



THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Européenne de Bretagne

pour le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Droit

**École doctorale Sciences de l'Homme, des Organisations et de la
Société (SHOS)**

présentée par

Éloi Clément

Préparée à l'unité de recherche UMR-CNRS 6262 IODE
Institut de l'Ouest : Droit et Europe
Faculté de Droit et de science politique

**Les caractères de
l'influence de la
victime en droit pénal**

**Thèse soutenue à Rennes
le 29 novembre 2013**

devant le jury composé de :

Jacques-Henri ROBERT

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II) / *examineur*

Édouard VERNY

Professeur à l'Université de Rennes I / *directeur de
thèse*

Olivier DÉCIMA

Professeur à l'Université Montesquieu –
Bordeaux IV / *rapporteur*

Cristina MAURO

Professeur à l'Université de Poitiers / *rapporteur*

Claudia GHICA-LEMARCHAND

Professeur à l'Université de Rennes I / *examineur*

L'Université n'entend accorder aucune approbation, ni aucune improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs

**LES CARACTÈRES DE L'INFLUENCE DE LA
VICTIME EN DROIT PÉNAL**

Liste des principales abréviations

| | |
|-----------------------|---|
| ACP | Anciennes dispositions du Code pénal (1810 – 1994) |
| AJDA | Actualité juridique du droit administratif |
| AJ Famille | Actualité juridique famille |
| AJ Pénal | Actualité juridique pénal |
| Art. | Article |
| Ass. plén. | Assemblée plénière de la Cour de cassation |
| BICC | Bulletin d'information de la Cour de cassation |
| Bull. civ. | Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation |
| Bull. crim. | Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation |
| C. | Code |
| C. civ. | Code civil |
| C. com. | Code de commerce |
| C. déf. | Code de la défense |
| C.J.M. | Code de justice militaire |
| C. mon. fin. | Code monétaire et financier |
| C. patr. | Code du patrimoine |
| C.S.P. | Code de la santé publique |
| CA | Cour d'appel |
| Ch. | Chambre |
| Ch. acc. | Chambre d'accusation |
| Ch. mixte | Chambre mixte de la Cour de cassation |
| Ch. réunies | Chambres réunies de la Cour de cassation |
| Chron | Chronique |
| Civ. | Chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ. 1 ^{ère} | Première chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ. 2 ^{ème} | Deuxième chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ. 3 ^{ème} | Troisième chambre civile de la Cour de cassation |
| coll. | Collection |
| Com. | Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation |
| comm. | Commentaire |

| | |
|--------------------|---|
| Crim. | Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel |
| CE | Conseil d'État |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| Cf. | Confère |
| Com. comm. électr. | Revue Communication commerce électronique |
| CP | Code pénal |
| CPP | Code de procédure pénale |
| D. | Recueil Dalloz |
| DH | Recueil Dalloz hebdomadaire de jurisprudence |
| doctr. | Doctrines |
| DP | Recueil Dalloz périodique |
| Dr. pén. | Revue Droit pénal |
| Dr. rur. | Revue Droit rural |
| éd. | Édition |
| Fasc. | Fascicule |
| GAJC | Grands arrêts de la jurisprudence civile (Dalloz) |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| Ibid. | <i>Ibidem</i> |
| IR | Informations rapides |
| JCP éd. G | Jurisclasseur périodique, édition générale (bibliographie) |
| JCP G | Jurisclasseur périodique, édition générale (corps des développements) |
| JCP éd. E | Jurisclasseur périodique, édition entreprise (bibliographie) |
| JCP E | Jurisclasseur périodique, édition entreprise (corps des développements) |
| JOAN | Journal officiel de l'Assemblée nationale |
| JOCE | Journal officiel des Communautés européennes |
| JORF | Journal officiel de la République française |
| JOUE | Journal officiel de l'Union européenne |
| jur. | Jurisprudence |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| obs. | Observations |
| op. cit. | <i>Opus citatum</i> |
| p. | Page |
| Pan. | Panorama |
| PUF | Presses universitaires de France |
| PULIM | Presses universitaires de Limoges |
| PUR | Presses universitaires de Rennes |

| | |
|----------------------|---|
| RDLF | Revue des droits et libertés fondamentaux |
| Resp. civ. et assur. | Revue Responsabilité civile et assurances |
| Rev. pénit. | Revue pénitentiaire et de droit pénal |
| Rev. sc. crim. | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé |
| Rev. sociétés | Revue des sociétés |
| RFDA | Revue française de droit administratif |
| RIDP | Revue internationale de droit pénal |
| RTD Civ. | Revue trimestrielle de droit civil |
| RTD Com. | Revue trimestrielle de droit commerciale |
| S. | Recueil Sirey |
| Soc. | Chambre sociale de la Cour de cassation |
| somm. | Sommaire |
| spéc. | Spécialement |
| ss. la dir. | Sous la direction |
| T. | Tome |
| T. civ. | Tribunal civil |
| T. corr. | Tribunal correctionnel |
| T. pol. | Tribunal de police |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| TPIR | Tribunal pénal international pour le Rwanda |
| V. | Voir |
| Vol. | Volume |

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE : LA SUBJECTIVITÉ DE L'INFLUENCE DE LA VICTIME

Titre premier : La subjectivité imposée par la nature de la responsabilité pénale

Chapitre premier : L'existence d'une victime symbolisant la valeur protégée

Chapitre second : La qualité de la victime indiquant la nature de la valeur protégée

Titre second : La subjectivité imposée par le principe d'égalité devant la loi pénale

Chapitre premier : Le principe de subjectivité validant les différenciations des victimes

Chapitre second : L'égalité aux prises avec les adaptations de la subjectivité

SECONDE PARTIE : LA SPÉCIFICITÉ DES CRITÈRES PÉNAUX D'INFLUENCE DE LA VICTIME

Titre premier : L'autonomie des critères pénaux d'influence de la victime

Chapitre premier : Les critères propres au droit pénal

Chapitre second : Les critères rassemblés en une catégorie propre au droit pénal

Titre second : L'imprécision des critères pénaux d'influence de la victime

Chapitre premier : La confusion des critères due à la variété des valeurs protégées

Chapitre second : L'impermanence des critères due à l'évolution des valeurs protégées

INTRODUCTION

« Cette apparence de coupables qu'elle prête aux victimes, voilà bien l'injustice de la défaite. »

Antoine DE SAINT-EXUPERY, *Pilote de guerre*

1. La victime d'infraction. Dans l'ouvrage qu'il a consacré à la lutte pour le droit, JHERING entendait ne s'adresser qu'aux personnes qui refusent de s'accommoder de la lésion de leurs droits : « À celui qui ne sent point, lorsque son droit est insolemment méconnu et foulé aux pieds, qu'il ne s'agit pas seulement de l'objet de ce droit, mais de sa propre personne ; à celui qui, en pareille situation, n'éprouve point l'irrésistible besoin de défendre sa personne et son bon droit, il n'y a nulle aide à donner et je n'éprouve aucun intérêt à le convertir. C'est un type dont il faut simplement constater l'existence en fait, le philistin du droit comme on pourrait le nommer »¹. Selon cet illustre auteur, « le degré d'énergie avec lequel le sentiment juridique réagit contre une lésion du droit, est à mes yeux une mesure certaine de la force avec laquelle un individu, une classe ou un peuple comprend, pour lui et pour le but spécial de sa vie, l'importance du droit, aussi bien du droit en général que d'une institution isolée du droit. »². Lorsqu'un droit se trouve lésé, la vigueur du sentiment juridique ne se mesurerait donc pas à la seule aune de la réaction sociale, mais également à celle de la victime d'une telle lésion. Appliquée au droit pénal, cette analyse invite à considérer que l'infraction n'oppose pas uniquement son auteur au corps social, mais également à sa victime. Si aucune infraction ne saurait se concevoir sans un protagoniste actif pour la commettre, nombre d'entre elles ne peuvent davantage être envisagées sans un protagoniste passif pour la subir³. Telle est la victime de l'infraction⁴.

2. Première approche de la définition de victime pénale. Étymologiquement, le terme « victime » pourrait être rattaché à *vincere, vici, victum*, et ainsi désigner la personne vaincue⁵. Pourtant, c'est du latin classique *victima*, signifiant « bête offerte en sacrifice aux dieux » que proviendrait le terme moderne de « victime », apparu au XV^{ème} siècle⁶. De cette origine, le terme a longtemps conservé une signification théologique⁷, avant que celle-ci ne soit étendue jusqu'à le

¹ R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, trad. par O. DE MEULENAERE, Dalloz, 2006 [1872], Introduction, p. XVIII.

² *Ibid.*, pp. 36-37.

³ Pour une illustration, V. Crim. 19 janvier 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 48, obs. J.-H. ROBERT. La chambre criminelle de la Cour de cassation y affirme que la diffamation n'est pas constituée lorsque les propos en cause ne font aucune référence à une personne physique ou morale susceptible d'avoir commis le fait évoqué.

⁴ Dans le même sens, F. ALT-MAES, « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 35.

⁵ Y. JEANGLIS, *Dictionnaire de droit criminel et pénal. Dimension historique*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2011, n° 151, entrée « Victime ».

⁶ *Dictionnaire historique de la langue française*, ss la dir. d'A. REY, éd. Le Robert, 2004, entrée « victime ».

⁷ V. J. AUDET et J.-F. KATZ, *Précis de victimologie générale*, Dunod, 2^e éd., 2006, pp. 5-6.

conduire à désigner toute personne souffrant des agissements d'autrui. En droit, la victime est classiquement une notion antagoniste, définie comme la personne qui subit un dommage par opposition à celle qui le cause¹, généralement afin de permettre à celle-ci de demander réparation du dommage à celle-là. Parmi l'ensemble des victimes, certaines se voient reconnues par le droit et notamment par le droit pénal. À l'inverse du droit civil ou du droit administratif ayant essentiellement vocation à protéger les victimes et à leur assurer réparation des dommages qu'elles subissent, le droit pénal s'inscrit dans une démarche répressive. En droit pénal, la victime est celle dont la souffrance provient de la commission d'une infraction, infraction dont il conviendra de sanctionner l'auteur.

3. L'insuffisance des définitions victimologiques de la victime. La victime n'est donc pas directement au centre des préoccupations du législateur pénal. C'est ainsi que la victimologie, discipline rattachée aux sciences criminelles, s'est d'abord constituée comme une branche de la criminologie, science dédiée à l'étude du comportement délinquant. La victime n'y était donc étudiée que par rapport à lui. La victimologie classique², ou première victimologie³, est née dans les années 1950 afin d'expliquer l'influence et la responsabilité que pouvait avoir la victime dans le passage à l'acte du délinquant. Dans un second temps la victimologie moderne, ou seconde victimologie⁴, s'est détachée de la criminologie afin d'étudier la victime dans son rapport à la société. Au moyen du droit, de la criminologie, de la psychotraumatologie, de la médecine, de la psychologie, de la sociologie ou de la philosophie⁵, cette victimologie moderne étudie les différentes mesures de protection et d'assistance aux victimes, ainsi que les droits qui leur sont reconnus. Elle s'est alors affranchie du cadre pénal auquel la restreignait la conception de la première victimologie. Les victimes auxquelles elle s'intéresse ne sont plus uniquement les victimes d'infractions pénales, mais plus généralement tout « *individu qui a subi un dommage reconnu par une loi, un texte ou un règlement* »⁶ ou encore « *toute personne en souffrance [dès lors que ces souffrances sont] personnelles, réelles, socialement reconnues comme inacceptables et de nature à justifier une prise en charge des personnes concernées, passant, selon les cas, par la nomination de l'acte ou de l'événement par des soins médicaux, un accompagnement psychologique, social et/ou une indemnisation* »⁷. L'objet de cette seconde victimologie se trouve alors détaché de la répression et recentré sur l'accompagnement des victimes. Dans son

¹ *Vocabulaire juridique*, ss la dir. de G. CORNU, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, entrée « Victime ».

² R. CARIO, « Victimes d'infraction », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, n° 46.

³ Sur la première victimologie, V. J. AUDET et J.-F. KATZ, *Précis de victimologie générale*, op. cit., pp. 11 et s. ; P. MORVAN, *Criminologie*, Litec, coll. Manuel, 1^e éd., 2013, n° 248 et s.

⁴ Sur laquelle V. J. AUDET et J.-F. KATZ, *Précis de victimologie générale*, op. cit., pp. 19 et s. ; P. MORVAN, *Criminologie*, op. cit., n° 249 et s.

⁵ G. LOPEZ, *La victimologie*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1^e éd., 2010, p. 8 ; P. SPITERI, « Essai sur quelques aspects des grands courants criminologiques », in *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, T. XVIII, 1970, p. 5 et spéc. « Troisième partie – Le courant victimologique », pp. 121 et s.

⁶ *Ibid.*, p. 5. Pour une définition proche, V. également J. AUDET et J.-F. KATZ, *Précis de victimologie générale*, op. cit., p. 7.

⁷ R. CARIO, « Victimes d'infraction », op. cit., n° 11.

volet juridique, cette discipline assure essentiellement l'information des victimes sur les droits subjectifs qui leurs sont reconnus¹. Par conséquent, la victimologie, dont l'objet diffère de celui du droit pénal et dont le champ dépasse celui de cette discipline juridique, ne saurait donner une définition recevable de la notion pénale de victime d'infraction.

4. La définition légale de la victime. Il convient donc de se tourner vers les textes juridiques afin d'y découvrir la définition recherchée. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 2 du Code de procédure pénale, l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction appartient à tous ceux qui auront personnellement souffert du dommage directement causé par cette infraction. Le dommage doit donc avoir été directement causé par l'infraction et personnellement subi par la personne en cause. Lorsque ces deux conditions sont remplies, cette personne peut être qualifiée de victime de l'infraction, ou de partie lésée. Cette définition, proche de celles figurant dans certains textes internationaux², permet d'attribuer la qualité de victime d'une infraction, encore que cette qualité ne puisse être véritablement reconnue qu'à l'issue du procès pénal, une fois l'existence et les circonstances de l'infraction définitivement établies. Néanmoins, il suffit que celui qui se prétend victime invoque des circonstances rendant possible la satisfaction des critères mentionnés pour qu'il puisse se constituer partie civile³. Cette simple potentialité déterminera également le choix de la qualification infractionnelle retenue car, bien que contenue dans la norme formelle, la définition pénale de la victime devait également prévaloir au regard de la norme substantielle. Dans l'esprit du législateur de 1958, la victime pénale de l'infraction est la personne à laquelle il entend conférer un droit de demander, devant les juridictions répressives, réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de l'infraction⁴.

5. L'évolution prétorienne de la définition légale de la victime à l'égard des personnes physiques. La jurisprudence a cependant adopté une conception relativement

¹ Pour un exemple de production scientifique à destination des victimes, V. G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLEMENT, *Les droits des victimes. Droit, auditions, expertise, clinique*, Dalloz, coll. États de droits, 2^e éd., 2007.

² Par exemple, l'article 1^{er} de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, adoptée par la Résolution n° 40-34 de l'Assemblée générale de l'O.N.U. du 29 novembre 1985, définit les victimes comme « *des personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions qui enfreignent les lois pénales en vigueur dans un État membre, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir* ». De même, l'article 2, 1, a, i de la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil (JOUÉ du 14 novembre 2012, L 315, p. 57) définit la victime comme « *toute personne physique ayant subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique, mentale ou émotionnelle ou une perte matérielle, qui a été directement causé par une infraction pénale* ». Sur cette directive, V. S. DETRAZ, « Plus d'attention portée aux victimes – À propos de la directive du 14 novembre 2012 », *JCP G* 2013, 3.

³ Sur la suffisance de la possibilité du préjudice, c'est-à-dire des conséquences personnellement subies du fait de l'infraction, et la possibilité de leur lien direct avec l'infraction, V. Crim. 23 juillet 1974, *Bull. crim.* n° 263 ; Crim. 21 octobre 1982, *Bull. crim.* n° 231 ; Crim. 19 février 2002, *Bull. crim.* n° 34 ; Crim. 27 mai 2009, *Bull. crim.* n° 107, *AJ Pénal* 2009, p. 363, obs. C. DUPARC.

⁴ En ce sens, B. MASSON, *La détermination de la partie lésée au sens de l'article premier du Code de procédure pénale*, Thèse, Université de Rennes I, 1975, n° 148.

extensive de ces dispositions législatives. La chambre criminelle de la Cour de cassation considère qu'en vertu des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale, les proches de la victime d'une infraction sont recevables à rapporter la preuve d'un préjudice dont ils auraient personnellement souffert et découlant des faits objets de la poursuite¹. C'est ainsi que sont recevables à exercer l'action civile le conjoint et les enfants de la victime de violences involontaires² ou volontaires³. Les parents peuvent également demander en leur nom propre réparation du préjudice que leur a causé la non dénonciation de l'infraction de viol commise sur leur enfant mineur⁴. L'enfant né de relations incestueuses imposées à sa mère par son grand-père peut se constituer partie civile des faits de viol commis sur la personne de sa mère⁵, de même que les enfants d'une femme victime d'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse ont été admis à démontrer avoir personnellement subi un préjudice découlant directement de l'infraction commise à l'encontre de leur mère⁶. Dernière illustration, les magistrats de la Cour de cassation ont censuré la décision de la Cour d'appel de Paris refusant la constitution de partie civile de la sœur d'une personne victime de viols et d'agressions sexuelles aggravées⁷.

6. L'évolution prétorienne de la définition légale de la victime à l'égard des personnes morales. Parallèlement, la jurisprudence a accepté la constitution de partie civile de certaines personnes morales pour des infractions commises au détriment de personnes physiques. Plusieurs décisions ont ainsi affirmé que la personne morale dépositaire de biens appartenant à des personnes physiques subit un préjudice dont elle peut demander réparation dans le cas de leur soustraction⁸. Ces aménagements prétoriens ne doivent pas être confondus avec les dispositions des articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale, lesquelles autorisent des groupements de défense de certains intérêts collectifs⁹, à se constituer partie civile du chef de

¹ Crim. 9 février 1989, *Bull. crim.* n° 63.

² *Ibid.*

³ Crim. 23 mai 1991, *Bull. crim.* n° 220 ; *D.* 1992, p. 95, obs. J. PRADEL.

⁴ Crim. 27 février 2001, *Bull. crim.* n° 48.

⁵ Crim. 4 février 1998, *Bull. crim.* n° 43 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 579, obs. J.-P. DINTILHAC ; *RTD Civ.* 1999, p. 64, obs. J. HAUSER.

⁶ Crim. 3 novembre 2009, *Bull. crim.* n° 182 ; *D.* 2010, p. 39, obs. P. CHAUMONT ; *D.* 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL. Pour une solution identique à propos de la constitution de partie civile des nièces par alliance de la victime d'abus d'état d'ignorance ou de faiblesse, V. Crim. 4 septembre 2007, n° 06-87.997.

⁷ Crim. 27 mai 2009, *Bull. crim.* n° 107.

⁸ Crim. 19 juillet 1951, *JCP G* 1951, II, 6438 (constitution de partie civile de la SNCF du fait de vols de colis appartenant à des tiers, mais transportés par elle) ; Crim. 8 janvier 1998, *Bull. crim.* n° 7 (constitution de partie civile d'une banque du fait d'abus de confiance commis par l'un de ses employés au préjudice des titulaires de comptes dans l'établissement) ; Crim. 16 novembre 2005, *Bull. crim.* n° 297 (constitution de partie civile d'une compagnie d'assurance du fait d'abus de confiance commis par l'un de ses employés au détriment des clients de la compagnie) ; Crim. 14 novembre 2007, *Bull. crim.* n° 277 ; *Dr. pén.* 2008, chron. 10, n° 25, obs. A. LEPAGE (constitution de partie civile d'une banque du fait d'une escroquerie commise au détriment d'un détenteur d'un compte par utilisation frauduleuse d'un code d'accès bancaire).

⁹ M. MASSON distingue à ce propos « l'intérêt collectif particulier », intérêt d'un groupe plus restreint que la société dans son ensemble, et « l'intérêt collectif général », intérêt d'un groupe qui se confond avec l'ensemble des citoyens, in *La détermination de la partie lésée au sens de l'article premier du Code de procédure pénale*, op. cit., n° 150. Il convient

certaines infractions portant atteintes à ces intérêts. L'objet de ces dispositions est précisément de permettre à un groupement la constitution de partie civile alors même qu'il n'a pas été, à proprement parler, victime de l'infraction considérée¹. De telles habilitations peuvent également être découvertes dans d'autres dispositions législatives². Ces groupements se voient donc reconnaître la capacité à exercer les droits reconnus à la partie civile, alors qu'ils ne constituent pas des victimes naturelles, évidentes des infractions considérées. Contrairement aux exemples prétoriens précédemment évoqués, ces groupements tirent leur qualité de victime de la loi.

7. Le dévoiement prétorien de la définition légale de la victime pénale. Il pourrait sembler excessif de qualifier ces évolutions jurisprudentielles de dévoiement de la notion de victime pénale, d'autant que ces évolutions sont expressément validées par certains instruments internationaux³. Pourtant, en affirmant que toute personne ayant personnellement et directement subi un préjudice causé par une infraction pénale peut en rapporter la preuve et se constituer partie civile, la Cour de cassation semble avoir choisi de faire primer l'esprit de l'article 3 du Code de procédure pénale sur la lettre de son article 2. Or, si cet article 3 prévoit que l'action civile « *est recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite* », il n'autorise pour autant pas toute personne pouvant invoquer un tel préjudice à exercer l'action civile. L'article 3 du Code de procédure pénale doit être interprété à la lumière des dispositions de l'article 2, lesquelles réservent l'exercice de l'action civile à celui qui a personnellement souffert le dommage directement causé par l'infraction, c'est-à-dire à la victime pénale *stricto sensu*. Le fait de subir personnellement et directement un préjudice causé par une infraction pénale ne devrait pas être confondu avec le fait de subir personnellement un dommage directement causé par une infraction pénale. La première expression, que paraît retenir la jurisprudence, permet d'englober tout préjudice directement subi par une personne. Cependant, le préjudice ne se confond pas nécessairement avec le dommage⁴, lequel est seul directement causé par l'infraction. Dans le cas d'un meurtre par exemple, le dommage résultant directement de l'infraction est la mort de la victime. Les proches de cette victime peuvent subir directement et personnellement un préjudice lié à la perte d'un être cher, mais ce préjudice n'est que la conséquence du dommage directement causé par l'infraction. La seconde expression,

cependant d'observer que certaines dispositions, notamment l'article 2-17 du Code de procédure pénale, ont un champ d'application extrêmement large et confinent donc à la protection de l'intérêt général.

¹ C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 354.

² Sur lesquelles V. C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », *op. cit.*, n° 357 et s. ; L. BORE, « Action publique et action civile – Action civile des groupements », *JurisClasseur Procédure pénale*, art. 2 à 3, fasc. 40, n° 6 et s.

³ V. ainsi l'article 2 de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies (*op. cit.*) ou encore l'article 2, 1, a de la Directive 2012/29/UE du 14 novembre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil (*op. cit.*).

⁴ Sur la distinction entre dommage et préjudice, cf. *infra*, n° 10.

correspondant à la lettre du texte, ne désigne qu'un dommage précis, découlant immédiatement de l'infraction. En l'occurrence, il s'agira de la mort de la victime.

8. Conséquence : la distinction des notions procédurale et substantielle de la victime pénale. Il résulte de ces évolutions une distinction entre les notions processuelle et substantielle de la victime pénale. Au regard de la norme de procédure, toute personne démontrant avoir personnellement subi un préjudice directement causé par l'infraction pénale pourra exercer l'action civile, quand bien même ce n'est pas à son encontre que l'infraction aura été commise. Au regard de la norme pénale substantielle en revanche, la victime est entendue plus strictement. Ainsi, les proches d'une personne assassinée seront recevables à démontrer que la mort de cette personne leur cause un préjudice dont ils peuvent demander réparation en exerçant l'action civile. Ils pourront donc être considérés comme des parties lésées au sens de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale¹. À l'inverse, seule la personne du défunt pourra être considérée comme la victime pénale au sens de la norme substantielle et c'est par rapport à elle seule que devront, par exemple, être déterminées les circonstances aggravantes relatives à la qualité de la victime de l'infraction. La notion de victime pénale est un concept opérationnel en droit pénal substantiel, en ce sens que cette qualification produit également des effets juridiques au regard du droit pénal de fond. Il convient donc de cerner cette notion, dès lors qu'elle ne peut plus être appréhendée par les outils de la procédure pénale.

9. L'insuffisance des définitions doctrinales classiques de la victime pénale. Il faut en premier lieu observer que la loi ne semble pas donner de définition de la victime pénale substantielle. Le terme même de victime n'apparaît que dans soixante-douze articles du Code pénal, c'est-à-dire relativement peu eu égard au nombre d'articles qu'il contient². Dans de nombreuses incriminations, la victime est désignée par le terme « autrui » ou par l'emploi de périphrases évoquant la personne sur laquelle sont commis les faits incriminés. Quant à la partie générale du Code, elle ne contient aucune définition de la victime comparable à la définition que l'article 121-4 donne de l'auteur de l'infraction. S'il est vrai qu'« *il peut paraître vain de vouloir systématiser une notion devant laquelle la loi elle-même démissionne* »³, la doctrine y est cependant invitée par l'importance pratique de ladite notion. C'est d'ailleurs pourtant de la loi que pourrait être déduite une définition de la victime pénale substantielle. Plusieurs auteurs définissent simplement la victime pénale substantielle comme la victime pénale directe⁴ ou encore la « victime même »¹.

¹ En ce sens, B. MASSON, *La détermination de la partie lésée au sens de l'article premier du Code de procédure pénale*, op. cit., n° 148.

² V. déjà, sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal, P. COUV RAT, « La protection des victimes d'infractions. Essai d'un bilan », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 577 et spéc. p. 579.

³ B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1967, p. 1. La citation se trouve p. 4. Cette affirmation concernant la notion d'intention paraît pouvoir être aisément transposée à la notion de victime.

⁴ V. par ex. B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2012, n° 237 et 241 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 8^e éd., 2012, n° 1187. Dans le même sens, V. également É. VERNY,

Ils semblent par là reconnaître implicitement le dévoiement prétorien précédemment dénoncé, puisqu'ils admettent que les autres personnes admises à se constituer partie civile ne constituent pas des victimes réellement directes et ne satisfont donc pas au critère de l'article 2 du Code de procédure pénale. La définition retenue par ces auteurs pourrait s'avérer suffisante si la jurisprudence n'avait pas précisément fondé l'admission de la qualité de partie civile des proches de la victime pénale *stricto sensu* sur la reconnaissance du caractère direct de leur préjudice. L'appréciation du caractère direct du préjudice s'en trouve brouillée. Pourtant, la définition peut regagner en précision dès lors qu'il est admis que les notions de dommage et de préjudice ne sont pas équivalentes.

10. La distinction du dommage et du préjudice, fondement de la distinction des victimes processuelles et substantielles. Bien que les termes de dommage et de préjudice soient parfois considérés comme synonymes², de nombreux auteurs préconisent de distinguer ces deux notions³. Le dommage constituerait ainsi la « lésion brute », l'atteinte à l'intégrité corporelle ou morale d'une personne ou à l'intégrité physique d'un bien. Il s'agirait là d'une notion factuelle, objective, à laquelle le droit opposerait la notion juridique et subjective de préjudice. Celui-ci résiderait dans l'évaluation juridique du dommage. Le préjudice serait donc constitué par les répercussions du dommage sur la personne de la victime, répercussions appréciées grâce aux outils du droit. Détruire un objet provoquerait ainsi un dommage résidant dans la lésion même du bien. Ce dommage entraînerait alors pour le propriétaire de l'objet détruit un préjudice patrimonial, constitué par la perte de la valeur économique et la privation des utilités du bien. Lorsque le bien a une valeur sentimentale pour son propriétaire, le préjudice patrimonial pourrait se doubler d'un préjudice moral constitué par l'atteinte aux sentiments du propriétaire. De même, le dommage corporel, lésion brute de l'intégrité physique, peut entraîner des préjudices économiques liés aux coûts des soins et aux pertes de revenus dues à l'incapacité de travail de la victime⁴. Peuvent également en résulter un préjudice moral dû à la souffrance subie¹, un préjudice

Procédure pénale, Dalloz, coll. Cours, 3^e éd., 2012, n° 214 évoquant la « victime immédiate » ; PH. BONFILS, « Partie civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, n° 58 évoquant les « personnes qui ont très directement et personnellement souffert de l'infraction ».

¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, coll. Référence, 16^e éd., 2011, n° 296 et 297.

² V. par ex. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrées « dommage » (sens 1) et « préjudice » (sens 1) ; PH. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuel, 12^e éd., 2012, n° 560 et s. ; F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2009, n° 712 et 713.

³ Pour le droit civil, V. par ex. S. PORCHY-SIMON et Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2011, n° 25 ; PH. LE TOURNEAU, « Responsabilité (en général) », *Répertoire de droit civil* Dalloz, n° 22 ; Pour le droit pénal, V. notamment R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, n° 608 ; R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561. Pour une présentation de la solution intermédiaire, reconnaissant la pertinence de la distinction tout en considérant que les termes doivent souvent être regardés comme synonymes, V. S. PORCHY-SIMON, « Dommage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, coll. Quadrige, 1^e éd., 2003, p. 412 et spéc. pp. 413-414.

⁴ Sur le préjudice économique, V. S. PORCHY-SIMON et Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, op. cit., n° 128 et s.

esthétique lié à l'éventuelle modification de l'apparence physique de la victime² ou encore un préjudice d'agrément lié à l'impossibilité d'effectuer certaines tâches ou de se livrer à certaines activités³. Plus encore, ces différents préjudices, notamment le préjudice économique et le préjudice moral, peuvent être identifiés chez des tiers susceptibles d'éprouver une souffrance morale ou une perte de revenus à la suite de la blessure subie par l'un de leurs proches. Si la définition processuelle de la victime repose nécessairement sur le préjudice, puisque l'action civile a essentiellement vocation à en demander la réparation⁴, le droit pénal marque quant à lui une résistance à cette notion⁵, laquelle constitue « *une référence peu naturelle pour la responsabilité pénale* »⁶. Celle-ci repose plus volontiers sur la notion de résultat pénal, laquelle se rapproche davantage du dommage causé par l'infraction⁷.

11. Essai d'une définition de la victime pénale substantielle fondée sur la définition légale du Code de procédure pénale. Or, c'est bien à la notion de dommage que se réfère explicitement l'article 2 du Code de procédure pénale. En évoquant le « *dommage directement causé par l'infraction* », ce texte invite à identifier la victime pénale dans la personne subissant la lésion brute causée par l'infraction. Unique, ce dommage identifiera la ou les victimes pénales substantielles, tandis que les divers préjudices que ce dommage pourra engendrer permettront d'identifier les victimes pénales processuelles. Le dommage étant une lésion brute, factuelle, l'identification du dommage directement causé par l'infraction supposera une analyse précise du comportement infractionnel, donc du texte d'incrimination. Ce sont alors les éléments constitutifs de l'infraction qui indiqueront la nature de l'atteinte causée par l'infraction⁸, laquelle constituera le résultat pénal de celle-ci. Déterminer la victime d'une infraction suppose donc de déterminer ce à quoi la commission des faits incriminés est susceptible de porter atteinte.

¹ Sur le préjudice moral, V. *Ibid.*, n° 171 et s.

² Sur le préjudice esthétique, V. *Ibid.*, n° 182 et s.

³ Sur le préjudice d'agrément, V. *Ibid.*, n° 177 et s.

⁴ La jurisprudence accepte cependant que l'action civile puisse être intentée à des fins vindicatives, c'est-à-dire dans le seul but de corroborer l'action publique. V. par ex. Crim. 8 juin 1971, *Bull. crim.* n° 182 ; Crim. 10 février 1987, *Bull. crim.* n° 64. Sur la dissociation des fonctions répressives et réparatrices de l'action civile, V. notamment R. MERLE, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point, ou fluctuations ?) », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Cujas, 1989, p. 397 ; J. DE POULPIQUET, « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 37 ; C. ROCA, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *D.* 1991, p. 85. V. également PH. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 179. Selon ce dernier auteur, il convient de distinguer l'action civile proprement dite, laquelle ne vise qu'à obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'infraction, de l'action spécifique et innommée par laquelle la victime participe au procès pénal à des fins purement vindicatives.

⁵ Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz 2007, p. 807.

⁶ *Ibid.* La citation se trouve p. 808.

⁷ Pour une présentation du résultat pénal et de son lien avec la notion de dommage, cf. *infra*, n° 36 et s. et spéc. n° 41 et 42.

⁸ B. MASSON, *La détermination de la partie lésée au sens de l'article premier du Code de procédure pénale*, op. cit., n° 28.

12. L’incrimination pénale comme instrument de sanction de l’atteinte aux valeurs sociales essentielles. La doctrine admet majoritairement, presque unanimement, que l’infraction constitue un comportement incriminé en raison de son caractère attentatoire soit à une valeur sociale¹, soit à l’ordre social², soit encore à la morale sociale ou aux nécessités de la vie collective³. Conçu comme un frein à une répression pouvant exister indépendamment de lui⁴, le droit pénal est un droit d’exception, subsidiaire⁵, l’*ultima ratio* de la réaction sociale⁶. Aussi, seules les atteintes jugées les plus graves aux valeurs sociales jugées les plus essentielles doivent être incriminées. Par cette menace de sanction, le droit criminel participe indirectement d’une mission de protection des valeurs sociales, mais il est bien évident que l’incrimination pénale ne prétend pas assurer à elle seule la protection d’une valeur sociale dans son ensemble. Chaque texte d’incrimination ne sanctionne qu’une forme d’atteinte, dont le principe de légalité impose la définition précise, à une valeur sociale donnée. Toutes les valeurs sociales ne requièrent pas la protection de la loi répressive⁷ et certaines formes d’atteintes n’appellent pas de sanction pénale, même lorsqu’elles sont portées à une valeur sociale essentielle⁸.

13. Valeurs sociales abstraites, valeurs sociales supportées par les individus et valeurs sociales incarnées par les individus. Ces valeurs protégées sont fort diverses et cela s’exprime notamment dans leur modalité d’existence. Le droit n’est ni la philosophie, ni la métaphysique. Aussi ne saurait-il appréhender des valeurs considérées comme de pures idées, des absolus détachés de tout lien au concret. Les valeurs auxquelles il accorde une considération doivent pouvoir être rattachées au concret, c’est-à-dire qu’elles n’existent qu’attachées à des entités existantes. Il en est qui présentent un caractère relativement diffus, telles que l’humanité ou l’espèce humaine, valeurs protégées par les dispositions du titre premier du livre deux de la première partie du Code pénal. Ces incriminations marquent la tendance à l’universalisme du droit pénal, puisqu’elles permettent de sanctionner certaines atteintes à des valeurs attachées à la

¹ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1^e éd., 1980, p. 101 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 29 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 1971, pp. 17-18 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^e éd., 2009, n° 50 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n° 18 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 6 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012, n° 3 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1999, n° 84 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 84 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 225 ; C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 194 ; Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597 ; Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d’instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 3.

² B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 6.

³ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 17^e éd., 2009, n° 3.

⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 53.

⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 72 et s.

⁶ *Ibid.*, n° 72 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 84.

⁷ La disparition de l’incrimination de l’adultère témoigne ainsi de ce que la fidélité conjugale ne requière plus une telle protection. Sur cette disparition, cf. *infra*, n° 364.

⁸ La dépenalisation du suicide illustre le fait que cette atteinte à la vie humaine n’appelle pas de sanction pénale en raison du fait qu’elle est une atteinte dirigée contre soi-même. Sur le suicide, cf. *infra*, n° 16.

communauté humaine dans son ensemble. Ensuite, les incriminations d'atteintes à la nation, l'État et la paix publique permettent de préserver des valeurs sociales générales. Ainsi, ces valeurs sont attachées à la société dans son ensemble, ou à ses manifestations institutionnelles dans le cas de l'État. À l'inverse, certaines valeurs protégées ne se conçoivent qu'incarnées dans une personne physique ou morale, voire dans certains biens. La vie par exemple est une valeur protégée, non pas en tant que valeur abstraite, mais en tant qu'elle est inhérente aux personnes humaines, ainsi qu'à l'embryon ou même aux animaux. De même, les différentes atteintes à la propriété permettent d'assurer la sanction des atteintes aux droits de propriété des personnes physiques et morales, et non de la propriété en soi. Ces valeurs étant individuellement « attribuées », elles ont également pu être qualifiées d'intérêts par certains auteurs.

14. L'hésitation entre les notions de valeur sociale protégée et d'intérêt pénalement protégé. M. MARECHAL juge la notion de valeurs sociales trop imprécise et lui préfère en conséquence celle d'intérêts pénalement protégés¹. À l'inverse, certains auteurs emploient indifféremment les notions de valeurs sociales et d'intérêts pénalement protégés². Cette dernière conception semble davantage devoir être approuvée, en raison de la similarité de notions. Dans son sens présent, l'intérêt peut être défini comme ce qui importe, ce qui convient à quelqu'un³. En droit, l'intérêt s'entend également de ce qui importe à une personne⁴, ce qui est bon, opportun, avantageux ou bénéfique⁵. Enfin, dans l'expression « intérêt juridiquement protégé », qu'emploie JHERING pour désigner le droit subjectif, le terme « intérêt » désignerait l'élément constitutif du droit⁶. La valeur, généralement définie comme ce qui est vrai, beau ou bien selon un jugement donné⁷ apparaît comme une notion proche. Dans son sens juridique et objectif, la valeur s'entend de ce qui est bien en soi, ce qui, en général, est considéré comme bon, utile ou digne d'estime⁸. Ainsi, l'intérêt est toujours attribué. L'intérêt individuel est celui d'une personne, l'intérêt collectif celui d'un groupe et lorsque ce groupe culmine jusqu'à englober l'ensemble de la société, l'intérêt collectif devient l'intérêt général.

15. La référence à la valeur sociale plus précise que la référence l'intérêt général. La valeur sociale, bien que désignant également ce qui importe à la société, est une notion plus

¹ V. notamment J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, n° 215 et s.

² En ce sens, V. X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 3 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p.° 225. Dans le même sens, V. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 77 et n° 143 et s. L'auteur assimile les notions d'intérêts protégés et de valeurs sociales, tout en dénonçant l'emploi de ces notions dont la valeur scientifique ne lui semble pas suffisante. M. DREYER considère notamment que ces notions relèvent davantage de l'étude de la politique criminelle et non du droit pénal, en raison de leur caractère imprécis et impermanent.

³ *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française Le Petit Robert*, éd. Le Robert, 1992, entrée « intérêt », sens 3.

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée « intérêt », sens 1.

⁵ *Ibid.*, sens 2.

⁶ *Ibid.*, sens 4, b.

⁷ *Dictionnaire Le Petit Robert*, op. cit., entrée « valeur », sens III, 5°.

⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée « valeur », sens 1, b.

spécifique que l'intérêt général. Il n'y a qu'un intérêt général et celui-ci se décompose en une multitude de valeurs sociales, de natures et d'importances diverses. Ainsi, toute infraction porte atteinte à l'ordre social et donc à l'intérêt général. Pourtant, aucune incrimination ne se présente sous la forme d'une sanction de toute atteinte à cet intérêt abstrait¹. Ce sont des comportements attentatoires à certaines fractions de l'intérêt général, donc attentatoires à certaines valeurs sociales, qu'incriminent les textes pénaux. S'il est exact de considérer que la préservation de l'intérêt général impose de réprimer pénalement certains comportements, préciser la valeur sociale à laquelle ces comportements portent atteinte permet néanmoins de cerner plus précisément la *ratio legis* de l'incrimination.

16. La référence à la valeur sociale plus exacte que la référence à l'intérêt protégé. Afin de répondre à l'objection relative à l'imprécision de la notion d'intérêt général, il pourrait être envisagé de considérer que l'intérêt pénalement protégé est un intérêt individuel ou à la rigueur collectif. Il semble évident que les différentes atteintes à la vie ou à la propriété lèsent des intérêts privés des victimes de ces infractions. Si ce point ne saurait être contesté, il doit cependant être complété. Considérer de tels intérêts comme des valeurs sociales « incarnées » permet d'en comprendre la protection par le droit pénal. Si l'outil juridique le plus contraignant, l'*ultima ratio* de la réaction sociale, est employé afin de sanctionner de telles atteintes, cela ne se peut comprendre qu'en admettant que l'ordre social est lui-même atteint par de tels comportements. Par sa simple formulation, la notion de valeur sociale permet de rendre compte du fait que les intérêts privés que peuvent protéger les incriminations pénales sont également des composantes de l'intérêt général. Ceci explique d'ailleurs que certains de ces intérêts ne soient pas disponibles. Le fait que les atteintes volontaires à la vie ne puissent être valablement consenties² traduit le fait que le respect de la vie d'autrui n'est pas seulement un intérêt privé dont son titulaire pourrait disposer à loisir, mais aussi une valeur reconnue comme essentielle par l'organisation sociale. Ceci explique également pourquoi le suicide a pu être pénalement réprimé dans certains systèmes antérieurs³ avant que le législateur ne considère qu'un tel acte, librement décidé, n'appelle pas de

¹ Une incrimination rédigée de la sorte ne survivrait pas à l'examen du Conseil constitutionnel, lequel a de nombreuses fois rappelé que le principe de légalité, mentionné à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur de définir les incriminations en termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire. V. par ex. Cons. const., 19 juin 1981, décision n° 80-127 DC ; Cons. const., 16 juin 1999, décision n° 99-411 DC, Cons. const., 12 janvier 2002, décision n° 2001-455 DC. V. également Crim. 1^{er} février 1990, *Bull. crim.* n° 56, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 555, note A. VITU pour une sanction prononcée par la Cour de cassation d'un texte d'incrimination réglementaire. Un tel niveau d'exigence n'a cependant pas toujours été partagé, aussi certaines législations pénales ont pu se contenter de prévoir la possibilité de sanctionner tout acte contraire à la morale sociale. L'ancien droit pénal soviétique en constitue une bonne illustration. Sur ce point, V. R. CHARLES, *Histoire du droit pénal*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1963, p. 111 ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 3^e éd., 2008, n° 687.

² V. par ex. Crim. 21 août 1851, *DP* 1851, 5, 237. Sur ce point, cf. *infra*, n° 175.

³ Sur ce point, V. Y. JEANGLIS, *Dictionnaire de droit criminel et pénal*, op. cit., n° 140, entrée « Suicide » ; A. LEPAGE, « Suicide et droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 399.

sanction pénale. Punir celui qui s'ôte lui-même la vie n'a pas le même sens que sanctionner celui qui donne la mort à autrui, fût-ce avec le consentement de ce dernier.

17. La pertinence d'une approche finaliste des incriminations pénales. Il est certain que l'identification de la valeur sociale protégée par une incrimination peut être difficile, voire hasardeuse. Pour autant, cela ne permet pas de conclure qu'une telle valeur n'existe pas ou n'a pas d'importance au regard du droit pénal. En premier lieu, si la volonté de préserver une valeur sociale fonde l'existence d'une incrimination, déterminer la pertinence et l'effectivité de l'incrimination supposera d'identifier la valeur sociale malgré les difficultés liées à l'évolution des valeurs protégées et à leur éventuelle instrumentalisation¹. Plus encore, la valeur sociale protégée par l'incrimination peut avoir de réelles conséquences sur le plan de la technique juridique. La doctrine considère ainsi classiquement qu'en cas de concours idéal de qualifications, la solution dépendra de l'identification des valeurs protégées par les différentes incriminations en présence². Lorsque les différentes qualifications envisageables assurent la protection de la même valeur sociale, une seule qualification sera retenue. Il est en revanche possible de retenir cumulativement les différentes qualifications destinées à assurer la protection de valeurs sociales distinctes³. La nature de la valeur protégée semble également constituer le critère de l'infraction politique⁴, puisque ni la motivation de l'agent ni la personnalité de sa victime ne sont susceptibles de conférer une nature politique à l'infraction⁵. Par ailleurs, certaines causes de justification de l'infraction reposent sur une appréciation de l'équilibre des intérêts en présence, sur une mise en perspective de la valeur sociale atteinte par l'infraction face à la valeur préservée par la

¹ Pour une dénonciation des risques d'instrumentalisation de la référence à l'éthique dans le contexte spécifique du droit pénal des affaires, V. G. FOURNIER, « Le droit pénal et le risque de l'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires », in *Aspects organisationnels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 273. L'auteur y démontre que la référence à l'éthique invoquée de manière excessive peut être instrumentalisée tant par les normes et les organes juridictionnels qui les interprètent que par les acteurs économiques eux-mêmes.

² B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 751 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 299 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 584 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1*, op. cit., n° 398 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 240 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 282.

³ V. par ex. Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138 pour le cas du jet d'une grenade dans un café qui fut qualifié à la fois d'assassinat et de destruction d'immeuble par explosif. La jurisprudence en la matière est bien établie, permettant le cumul des qualifications de détournement d'aéronef et de prise d'otages (Crim. 22 novembre 1983, *Bull. crim.* n° 308), de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (Crim. 20 décembre 1985, *Bull. crim.* n° 407), d'homicide involontaire et de violation des règles d'hygiène et de sécurité sur le lieu de travail (Crim. 21 septembre 1999, *Bull. crim.* n° 191 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 200, obs. Y. MAYAUD), ou encore de tromperie et de publicité mensongère (Crim. 4 mai 2004, *Bull. crim.* n° 105 ; *RTD Com.* 2004, p. 829, obs. B. BOULOC ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 88, obs. C. AMBROISE-CASTEROT). Toutefois, il n'est pas certain que les récentes évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permettent le maintien de ces solutions. Sur ce point, cf. *infra*, n° 309 et n° 657.

⁴ En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1*, op. cit., n° 424 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 235 et s.

⁵ V. par ex. Crim., 20 août 1932, *Bull. crim.* n° 207. La chambre criminelle de la Cour de cassation décida à cette occasion que l'assassinat du Président de la République ne constitue pas une infraction politique, nonobstant la qualité de la victime et les motifs politiques de l'auteur, en l'occurrence l'idéologie anarchiste.

commission des faits¹. Enfin, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale² ne prohibant pas l'interprétation téléologique d'un texte insuffisamment clair et précis³, la référence à la valeur protégée par l'incrimination peut éclairer le juge sur l'interprétation à retenir du texte pénal. Raisonner en termes de finalité des textes d'incrimination apparaît donc justifié tant lors de l'étude de la politique criminelle que du droit pénal substantiel. Ce type de raisonnement finaliste n'est par ailleurs pas inconnu des autres branches du droit. La doctrine civiliste moderne considère par exemple que la nature de l'intérêt protégé par une nullité constitue le critère de distinction des nullités relatives et absolues⁴.

18. Proposition d'une définition de la victime pénale substantielle. En résumé, la victime pénale substantielle devrait être définie comme le protagoniste de l'infraction subissant le dommage qui en résulte directement, dommage résidant dans la lésion de la valeur sociale protégée par l'incrimination. En conséquence, la victime pénale substantielle peut être définie soit à partir de l'incrimination, soit à partir de l'infraction. **La victime pénale substantielle de l'incrimination peut être définie comme celle à laquelle est attachée la valeur sociale dont le législateur souhaitait assurer la protection en incriminant les faits.** Réciproquement, **la victime pénale substantielle de l'infraction peut être définie comme celle qui subit personnellement l'atteinte à la valeur sociale causée par l'infraction.** Cette double définition est partagée par MM. GUINCHARD et BUISSON, pour lesquels la victime pénale est « *celle qui a subi personnellement l'atteinte à l'intérêt légitime protégé par l'incrimination dont elle dénonce la commission au juge répressif* »⁵, ainsi que par Mme AMBROISE-CASTEROT qui considère que la victime pénale directe est la personne subissant le dommage correspondant trait pour trait au résultat de l'infraction⁶. Il en résulte que la victime pénale substantielle est une entité, personne ou chose, protégée pour elle-même par certaines incriminations pénales.

19. Illustrations diverses. La victime d'une atteinte à la vie ne peut donc qu'être la personne dont la vie est ôtée, à l'exclusion de ses proches. Les atteintes sexuelles assurant la protection de la liberté sexuelle⁷, plus précisément de la liberté de comportement en matière sexuelle¹, la victime

¹ En ce sens, V. par ex. R. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 249 et s. ; Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », op. cit. ; X. PIN, « L'infraction juste », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 585. Sur l'application de cette considération à l'hypothèse de la légitime défense, cf. *infra*, n° 75, 77 et n° 127.

² Art. 111-4 CP.

³ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 129 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 545 et s. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 198 et s. ; G. DI MARINO, « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 505 ; Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », op. cit.

⁴ V. par ex. Y. PICOD, « Nullité », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 24 et 25. Pour une application récente, V. Civ. 3^{ème} 26 juin 2013, à paraître au *Bull. civ. III*.

⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1181.

⁶ C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », op. cit., n° 143. V. également PH. CONTE, *JCP G* 1987, II, 20727, note sous Crim. 30 octobre 1985. L'auteur y définit la victime comme « *celui qui invoque un préjudice directement causé par l'infraction et correspondant adéquatement au résultat pénal de cette dernière, car il en a alors personnellement souffert – dans sa personne ou dans son patrimoine* ».

⁷ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. Cours magistral, 1^{er} éd., 2008, n° 286 et s.

en est logiquement la seule personne dont la liberté sexuelle est atteinte par l'infraction. Concernant les appropriations frauduleuses, la valeur protégée est généralement la propriété. Ainsi, la seule victime pénale substantielle du vol² est le propriétaire du bien soustrait³. Ce n'est donc que par rapport à la personne du propriétaire que doit être appréciée la circonstance aggravante tenant aux appartenances raciale, nationale, ethnique ou religieuse ou à l'orientation sexuelle de la victime de l'infraction⁴. En raison de la distinction des notions substantielle et processuelle de victime pénale, le détenteur du bien est cependant admis à se constituer partie civile⁵. À l'inverse, les solutions du droit pénal et de la procédure pénale coïncident en matière d'abus de biens sociaux⁶. La valeur protégée étant la propriété, la victime pénale désignée est la personne morale, propriétaire des biens ou du crédit dont il a été fait usage, et seule personne recevable à exercer l'action civile⁷. Par ailleurs, certaines atteintes aux biens ne portent pas atteinte à la propriété, mais à une autre valeur sociale. Les infractions de détournement de gage⁸ ou d'objet saisi⁹ constituent respectivement des atteintes aux droits du créancier gagiste¹⁰ et aux droits du créancier saisissant¹¹. Ce sont donc ces créanciers qu'il convient de considérer comme les victimes pénales substantielles de l'infraction et non le propriétaire du bien auteur de l'infraction.

20. Cas particuliers : atteintes envers soi-même. Cette dernière illustration n'est pas sans évoquer certaines infractions dont l'auteur apparaît également peu ou prou comme la victime de ses propres agissements. La doctrine a parfois considéré que les auteurs d'usage illicite de stupéfiants¹² et de détention ou d'usage de produits dopants¹³ constituent également les victimes des infractions en cause¹⁴. Considérer ces auteurs comme victimes de leurs propres infractions revient à considérer que ces incriminations visent à assurer une protection des individus contre eux-mêmes. L'incrimination du dopage semble principalement destinée à assurer l'équité et la

¹ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 4^e éd., 2013, n° 231 et s.

² Art. 311-1 et s. CP.

³ En ce sens, V. C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », op. cit., n° 137.

⁴ Art. 311-4, 9° CP.

⁵ V. par ex. Crim. 5 mars 1990, *Bull. crim.* n° 103. L'emprunteur subit un préjudice découlant du vol du bien prêté en raison de son incapacité à le restituer au prêteur. Pour d'autres exemples concernant des personnes morales, cf. *supra*, n° 6, note 8.

⁶ Art. L. 241-3, 4° ; L. 242-6, 3° ; L. 243-1 et L. 244-1 C. com.

⁷ D. REBUT, « Abus de biens sociaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 247 et s. Après avoir été un temps admise, la constitution de partie civile des associés et actionnaires à raison de leur préjudice personnel a été déclarée irrecevable par deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 13 décembre 2000 (*Bull. crim.* n° 373 et n° 378 ; *RTD Com.* 2001, p. 446, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET).

⁸ Art. 314-5 CP.

⁹ Art. 314-6 CP.

¹⁰ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 669 et s.

¹¹ *Ibid.*, n° 676 et s.

¹² Art. L. 3421-1 CSP.

¹³ Art. L. 232-26 et L. 232-27 du Code du sport.

¹⁴ C. MARIE, *Les interférences d'états d'auteur et de victime. À la recherche d'un concept d'auteur-victime en droit pénal*, Thèse, Université de Poitiers, 1994, pp. 44 et s. (toxicomanie) et pp. 59 et s. (dopage).

probité des manifestations sportives¹, mais l'incrimination de la consommation de produits stupéfiants semble en effet procéder d'une telle logique. Considérer le toxicomane comme la victime de l'infraction qu'il commet n'aura toutefois aucune répercussion au regard du droit pénal puisque la norme pénale n'attache aucune conséquence à la qualité de victime de ces infractions. Au regard de la procédure pénale, l'identité des qualités d'auteur et de victime exclut tout exercice de l'action civile. Réciproquement, il est d'autres catégories d'infractions pour lesquelles l'action civile ne saurait davantage être exercée, faute de victime individualisée.

21. Cas particuliers : infractions d'intérêt général. Toute valeur sociale étant nécessairement attachée à une entité, fût-ce la société dans son ensemble, il serait toujours possible de considérer qu'existe une victime pénale. La victime pénale substantielle ayant été distinguée de la victime pénale processuelle, l'affirmation pourrait être valablement reçue, bien que la nature abstraite de la société la rende délicate à manier. Il serait donc possible de considérer en ce sens que la société est dans son ensemble victime des infractions portant atteinte aux valeurs sociales générales. L'infraction d'intérêt général peut alors être perçue comme une infraction dont seule la société est victime, ainsi que semble le reconnaître la jurisprudence lorsqu'elle affirme qu'une telle infraction « *ne lèse que la généralité des citoyens* »². Lorsque la valeur sociale protégée est attachée à une entité abstraite, il est logique que, cette dernière ne pouvant agir en justice, elle ne puisse exercer l'action civile. Cela n'empêche d'ailleurs pas que cette action puisse être néanmoins exercée par un groupement habilité à cet effet par le législateur. Il convient par ailleurs de relever que la doctrine considère que la catégorie est en net déclin, la jurisprudence tendant à admettre de plus en plus fréquemment les constitutions de partie civile³. Si ces évolutions au regard de la norme de procédure devaient traduire une évolution de la conception des valeurs protégées par ces incriminations, il faudrait alors considérer que ces infractions portent atteinte à des victimes individuelles. Au regard de la norme pénale substantielle, l'évolution serait toutefois pauvre de conséquences car cette norme ne prévoit aucune influence des victimes de telles infractions⁴.

22. L'influence de la qualification de victime pénale en droit pénal substantiel. L'adoption d'une définition précise de la notion de victime pénale n'aurait en effet qu'un intérêt

¹ L. SAENKO, « Sport », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, fasc. 20, n° 69 et s.

² Crim. 25 juillet 1913, *DP* 1915, 1, p. 150.

³ V. par ex. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1241 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 311 et s. ; É. VERNY, *Procédure pénale*, op. cit., n° 216. V. également la position de Mme CUTAJAR plaidant pour la reconnaissance d'un statut de victime de la corruption au profit de l'agent public auquel aurait été proposé un pacte de corruption que l'agent aurait rejeté : « Le droit à réparation des victimes de la corruption : plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *D.* 2008, p. 1081. Pour une position plus nuancée sur cette catégorie d'infractions, V. S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures* 2009, étude 10.

⁴ Et pour cause puisque la catégorie des infractions d'intérêt général n'a pu naître que de la constatation du fait que la loi ne semble pas reconnaître de victime de ces infractions.

restreint si elle ne constituait pas une notion fonctionnelle aussi bien en procédure pénale qu'en droit pénal substantiel. La qualification de victime pénale peut engendrer d'importantes conséquences juridiques, que ce soit au regard du droit pénal général ou du droit pénal spécial. Dès lors que la victime constitue à la fois une référence à la valeur protégée par l'incrimination et un protagoniste de l'infraction, elle est doublement amenée à exercer une influence sur la qualification pénale des actes de l'agent. Or, si les différents aspects de cette double influence de la victime ont été abondamment étudiés en doctrine, ils n'ont pas réellement fait l'objet d'une étude d'ensemble. Pourtant de nombreux aspects du droit pénal substantiel procèdent d'une même source, la victime de l'infraction. Plusieurs circonstances aggravantes tiennent ainsi aux qualités personnelles de la victime et certaines incriminations invitent à considérer le comportement de ce protagoniste de l'infraction. Il paraît donc pertinent de consacrer une étude à la victime en droit pénal substantiel et plus précisément de théoriser l'influence que la victime peut exercer sur la qualification pénale. Cette influence découle soit de la personnalité de la victime, soit de son comportement.

23. L'influence de la personnalité de la victime pénale. Parce qu'elle constitue une référence à la valeur protégée par l'incrimination, la victime pénale détermine fréquemment la nature de l'infraction. Ôter volontairement la vie est différemment qualifié selon que l'agent s'est attaqué à un animal¹ ou un être humain², le cas de l'enfant à naître appelant également un régime pénal distinct. Si les victimes ont été nombreuses et sélectionnées en raison de certaines de leurs appartenances, ce sont les qualifications de crimes contre l'humanité³ qui peuvent être envisagées. Une fois la nature de l'infraction identifiée, il reste encore à en déterminer la gravité et la personnalité de la victime peut également exercer une influence à cet égard. Il existe ainsi diverses circonstances aggravantes tenant à certaines caractéristiques personnelles de la victime⁴, telles que sa minorité, sa particulière vulnérabilité, la fonction ou la profession qu'elle exerce. Le nombre de victimes visées par l'infraction n'est pas non plus indifférent au moment de la détermination de la peine, bien que cela constitue rarement une circonstance aggravante. Au-delà de ces quelques illustrations, il pourrait être établie toute une liste de critères tenant à la personnalité de la victime que le droit pénal français contemporain consacre, ou dont d'autres systèmes pénaux ont pu tenir compte. Pourraient notamment être considérés la nature de la victime⁵, sa nationalité, sa minorité, sa particulière vulnérabilité, son genre, ses choix de vie, croyances ou appartenances sociales, sa profession ou sa fonction, sa dignité sociale, les liens l'unissant à l'auteur de l'infraction ou encore le nombre de victimes.

¹ Art. R. 655-1 CP.

² Art. 221-1 et s. CP.

³ Art. 211-1 et s. CP.

⁴ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 62 et s.

⁵ C'est-à-dire la question de savoir si la victime est une personne physique, une personne morale, un enfant à naître, un animal ou un autre bien.

24. L'influence du comportement de la victime pénale. Parce qu'elle est un protagoniste de l'infraction, la victime est susceptible d'interagir avec l'auteur des faits. Le comportement de l'agent doit donc parfois être apprécié en tenant compte de celui de sa victime. La victime apparaît ainsi dans les plans de certains ouvrages de droit pénal général qui consacrent des développements significatifs au consentement de ce protagoniste de l'infraction¹, consentement qui, bien que par principe indifférent, exclut l'existence de certaines infractions. Mais ce n'est alors plus le consentement d'une victime, simplement celui d'une personne visée par un acte qui n'a plus que l'apparence d'une infraction. Plus généralement, l'action de la victime peut contrecarrer le déroulement de l'enchaînement des événements causés par l'action de l'agent. Le rôle causal de la victime dans la survenance du résultat pénal de l'infraction doit donc être étudié. Certaines infractions supposent d'ailleurs nécessairement un comportement spécifique de la part de la victime, tel que la remise d'un bien antérieurement à l'infraction dans l'abus de confiance² ou consommant l'infraction dans l'escroquerie³. Ce sont enfin certains moyens de défense que l'agent pourra faire valoir lors d'éventuelles poursuites qui dépendront du comportement de sa prétendue victime. La légitime défense⁴ permet de justifier des violences volontaires car celui qui les subit s'est antérieurement montré agressif. L'excuse de la provocation, maintenue en matière d'injure, procède d'un raisonnement analogue. La liste des critères tenant au comportement de la victime pourrait ainsi inclure le comportement infractionnel de la victime, son consentement ou encore son rôle causal dans la survenue du résultat pénal.

25. L'influence reconnue de la victime pénale. Ces diverses illustrations semblent démontrer que la victime exerce une influence dans toutes les formes de systèmes juridiques pénaux. Historiquement, le premier d'entre eux fut le modèle de « pénal compensatoire », dans lequel seul l'intérêt de la victime justifie la répression. La sanction pénale est justifiée par la volonté d'apaiser la rancœur de la victime et de permettre de canaliser sa soif de vengeance. Dans un tel système, la répression ne se distingue pas de l'indemnisation⁵, aussi l'influence de la victime y est-elle prépondérante. Avec le renforcement du pouvoir social et l'établissement d'un monopôle en matière pénale, ce système a progressivement cédé la place à celui dit de « pénal rétributif » consacrant une distinction entre le droit de demander réparation réservé à la victime et le pouvoir de sanctionner l'infraction appartenant au corps social⁶. L'influence de la victime y est pourtant toujours sensible. Au regard de la procédure, elle peut contribuer à faire mettre en

¹ V. par ex. J. LARGUIER, *Le droit pénal*, PUF, coll. Que sais-je ?, 16^e éd., 2006, pp. 70 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 203 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 546 et s. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 279-280.

² Art. 314-1 et s. CP.

³ Art. 313-1 et s. CP.

⁴ Art. 122-5 et 122-6 CP.

⁵ Sur ce modèle, V. M. DELMAS-MARTY, « Des victimes : repères pour une approche comparative », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 209, spéc. p. 211.

⁶ M. DELMAS-MARTY, « Des victimes : repères pour une approche comparative », op. cit., spéc. pp. 211 et s.

mouvement l'action publique, ne serait-ce qu'en portant l'infraction à la connaissance des autorités de poursuite. Au regard du droit pénal substantiel, son influence découle de ce qu'elle demeure la cause indirecte de l'existence de nombreuses incriminations. De plus, les criminologues enseignent que la situation et l'attitude de la victime peuvent être déterminantes du passage à l'acte¹. MERLE et VITU rappellent ainsi que la victime peut être un agent actif ou passif du crime². Est un agent actif celui que sa situation de victime pousse à commettre à son tour une infraction. Tel est le cas de la personne agressée qui se venge ultérieurement de son agresseur. À l'inverse, la victime est un agent passif lorsqu'elle est prédisposée à tenir ce rôle de victime ou « lorsqu'elle attire le crime par son attitude (*imprudence, provocation, légèreté, consentement, etc.*) »³. Les théories de la défense sociale prennent également en compte l'influence de ce protagoniste de l'infraction, auquel ANCEL a consacré un article⁴. Existente enfin, les systèmes de « pénal solidariste »⁵ et de « *restorative justice* »⁶, dans lesquels l'indemnisation de la victime par la société doit accompagner la répression. La répression peut même être employée afin de garantir l'indemnisation. La victime exerce alors une évidente influence, puisque sa protection et la réparation de son préjudice sont posées en finalités de l'ordre répressif. Le système pénal français contemporain empruntant aux modèles du « pénal rétributif » et du « pénal solidariste » avec quelques références à la défense sociale, il n'est pas étonnant que la victime y exerce une influence. Cette influence se ressent jusque sur la peine, son prononcé, son aménagement et son exécution, questions que la doctrine a souvent traitées⁷. Ainsi, le choix de la peine dépend, entre autre, de la gravité de l'infraction, gravité qui est notamment fonction de la nature de la victime et de l'importance du dommage pénal qu'elle subit, c'est-à-dire du résultat de l'infraction⁸. Bien que la vengeance soit en principe exclue des fonctions de la peine⁹, l'influence de la victime sur le choix de la peine résulte également de ce que le juge peut être tenté de satisfaire les attentes vindicatives de cette dernière¹⁰. La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance¹¹ a singulièrement

¹ Sur ce point, V. P. MORVAN, *Criminologie*, op. cit., n° 120 et s. Cf également *infra*, n° 668.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*. T. 1, op. cit., n° 44.

³ *Ibid.*

⁴ M. ANCEL, « Chronique de défense sociale – La défense sociale devant le problème de la victime », *Rev. sc. crim.* 1978, p. 179.

⁵ M. DELMAS-MARTY, « Des victimes : repères pour une approche comparative », op. cit., spéc. pp. 216 et s.

⁶ P. MORVAN, *Criminologie*, op. cit., n° 283 et s. ; G. PICCA, *La criminologie*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 8^e éd., 2009, pp. 39-40.

⁷ V. par ex. R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *D.* 2003, p. 145 ; J.-Y. CHEVALLIER, « La victime et la peine », *Rev. pénit.* 2004, p. 815 ; D. SALAS, « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ pén.* 2004, p. 430 ; G. ROYER, « La victime et la peine. Contribution à la théorie du procès pénal *post sententiam* », *D.* 2007, p. 1745 ; M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines. En finir avec le déni et l'idéologie », *AJ Pén.* 2008, p. 356 ; F. GROS, « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », in *Droit pénal, Archives de philosophie du droit*, T. 53, Dalloz, 2010, p. 164.

⁸ Cf. *supra*, n° 10 et s. et *infra*, n° 42.

⁹ Sur ce point, cf. *infra*, n° 787 et 788.

¹⁰ F. GROS, « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », op. cit.

¹¹ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JORF* du 7 mars 2007, p. 4297. Sur cette loi, V. PH. CONTE, « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pén.* 2007, étude 7.

renforcé cette influence sur la nature et la mesure de la peine en créant la peine de sanction-réparation¹. Tous ces éléments démontrent que, si « *le droit pénal et la justice publique ont pour vocation de faire respecter la loi pénale avant toute vocation sociale* »², cela n'exclut pas que la référence à la victime soit employée afin de déterminer le champ de la loi pénale et d'apprécier la transgression de cette loi par l'auteur de l'infraction.

26. L'étude des caractères de l'influence de la victime en droit pénal. Cette étude ambitionne donc de contribuer à l'étude de l'influence de la victime en matière pénale, en se concentrant sur son influence en droit pénal substantiel. Il s'agira notamment de s'intéresser à l'influence de la victime sur la constitution et la gravité de l'infraction, thèmes qui n'ont pas suscité la même abondante littérature scientifique que celle consacrée à l'étude de l'influence de la victime sur la peine. Étudier l'influence de la victime en droit pénal conduirait à lister les critères par lesquels le droit pénal consacre cette influence. Or, ces critères traduisent des valeurs sociales protégées dont la détermination est variable dans le temps et dans l'espace³. En raison de leur impermanence, une liste de ces critères serait vouée à une prompt obsolescence. En outre, pour reprendre la question posée par MONTESQUIEU dans l'introduction de son *Esprit des lois*, « *qui pourrait dire tout sans un mortel ennui ?* »⁴. Il est d'ailleurs douteux que l'influence de la victime puisse être présentée de manière exhaustive. Il est des victimes pénales substantielles dans l'ensemble du droit pénal général et des droits pénaux spéciaux. Or, au-delà de leur variété, de leur diversité, ces critères paraissent présenter certains caractères communs. Aussi, concentrer l'étude sur les caractères de cette influence permet de dégager ce qui, par delà leur diversité, unit ces critères. Ainsi pourra-t-il être proposé une première théorisation de l'influence de la victime en droit pénal substantiel. Il sera également possible d'identifier ce qui perdure, par delà les évolutions ponctuelles des critères considérés. Plus encore, l'étude des caractères d'influence de la victime pourrait permettre d'anticiper certaines de ces évolutions en en restituant la cohérence générale.

27. L'influence nécessairement limitée de la victime pénale. En premier lieu, l'influence de la victime dans un droit historiquement et intellectuellement construit par référence à l'auteur de l'infraction présente nécessairement un caractère limité. La victime de l'infraction ne saurait constituer qu'une variable secondaire dans l'appréciation de l'infraction et de la responsabilité pénale de son auteur. Un droit pénal construit sur la référence à la victime apparaîtrait excessivement répressif puisque les considérations subjectives de la responsabilité pénale seraient sacrifiées à la volonté de sanctionner toute atteinte subie. Les caractères de l'influence de la

¹ Sur laquelle cf. *infra*, n° 787 et s. et spéc. n° 790.

² G. PICCA, « Victime : un concept d'avenir ? », in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, p. 483. La citation se trouve p. 486.

³ S. PIERRE-CAPS, « La Constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF*, Dalloz, 2005, p. 283 et spéc. p. 290.

⁴ In Préface à *De l'esprit des lois*, Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008 [1748], p. 54.

victime dans le droit pénal français contemporain traduisent cette ambivalence. L'influence de la victime est réelle, significative, mais encadrée par différents outils juridiques permettant d'éviter qu'elle ne phagocyte l'ensemble de la responsabilité pénale. Le risque d'une telle instrumentalisation est d'autant plus réel que les victimes ont traditionnellement bonne presse. Si le législateur s'intéresse aux victimes, celles-ci s'intéressent en retour au législateur, quand ce ne sont pas des groupes d'influence médiatique qui prétendent attirer l'attention du législateur sur les victimes.

28. La subjectivité de l'influence de la victime. C'est pourquoi il importe en premier lieu que l'influence de la victime soit subjective. Il faut entendre par là que, par principe, seules les caractéristiques relatives à la victime connues de l'auteur de l'infraction doivent être prises en considération. « *La responsabilité pénale est faite d'imputabilité et de culpabilité* »¹, aussi repose-t-elle sur une conception subjective², sur une exigence de faute pénale, élément constitutif de l'infraction³ et établie par référence à la perception de son acte et de ses circonstances par l'agent. L'appréciation de la dimension subjective de l'infraction suppose d'établir que l'agent avait conscience des caractéristiques de son acte et notamment de la personne contre laquelle cet acte était dirigé. Ceci explique, par exemple, que la particulière vulnérabilité de la victime, ou les fonctions qu'elle exerce, ne permettent l'aggravation de certaines infractions que lorsque ces caractéristiques de la victime étaient apparentes ou connues de l'auteur de l'infraction⁴. La victime étant porteuse d'une référence à la valeur protégée par l'incrimination, établir la connaissance par l'agent des caractéristiques de sa victime revient à établir son hostilité à la valeur protégée par l'incrimination.

29. La spécialité de l'influence de la victime pénale. Par ailleurs, les exigences du principe de légalité criminelle⁵ interdisent que l'influence de la victime puisse conduire à aggraver la situation pénale de l'auteur de l'infraction sans que cela ait été expressément et antérieurement prévu par un texte. En revanche, il est concevable que la personnalité ou le comportement de la victime puissent être spontanément pris en compte afin de justifier une certaine clémence envers l'agent. Il n'y a là nulle rupture du principe d'égalité devant la loi pénale, puisque ce principe n'impose de traiter également que les situations égales⁶. Or auteur et victime sont dans des

¹ Y. MAYAUD, « De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, p. 37. Dans le même sens, V. A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 23, 1982, n° 18.

² J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 287 et s.

³ V. par ex. PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 376 et s. ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 463. V. contra E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 787 et s. L'auteur distingue l'exigence de la faute, exceptionnelle, de l'exigence d'une intention, solution de principe de la responsabilité pénale.

⁴ V. par ex. pour le meurtre art.221-4, 3° (particulière vulnérabilité), 4° et 4° bis (fonction) CP.

⁵ Art. 111-3 CP, art. 7 C.E.S.D.H.L.F. et art. 8 D.D.H.C.

⁶ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 45, 2008, n° 14.

situations diamétralement opposées puisque seul l'auteur est pénalement poursuivi. Ce principe d'égalité devant la loi pénal interdit toutefois d'effectuer entre les victimes des distinctions qui ne seraient pas justifiées, la loi devant être la même pour tous qu'elle punisse ou qu'elle protège¹. Aussi la pertinence des textes consacrant une influence de certaines catégories de victimes devrait-elle être établie. La subjectivité de l'influence de la victime est également décisive à cet égard puisqu'elle permet de garantir que, à faute pénale équivalente, les auteurs d'infractions seront semblablement traités. Il serait contraire au principe d'égalité de sanctionner plus sévèrement celui qui aura porté atteinte à un agent public en ignorant sa qualité que celui qui aura porté atteinte à une personne privée dénuée de toute fonction officielle.

30. La spécificité de l'influence de la victime pénale. Devant être spécialement prévue par des textes pénaux, l'influence de la victime s'appuie soit sur des critères pénaux spécialement élaborés à cette fin, soit sur des critères extra-pénaux spécialement importés d'autres branches du droit à cette fin. Ainsi, ces critères ont été soit spécialement créés pour les besoins de la norme pénale, soit spécialement choisis parmi des critères existants dans une autre branche juridique en raison de leur aptitude à servir les exigences de la norme pénale. Définie par référence au dommage causé par l'infraction résidant dans l'atteinte à une valeur sociale, la victime pénale n'est pas la victime civile ou administrative définie par référence au préjudice découlant d'un fait générateur. Par conséquent, les critères d'influence de la victime en droit pénal sont tout à fait spécifiques à cette discipline et ne correspondent que rarement aux critères employés dans les disciplines extra-pénales. La particulière vulnérabilité de la victime constitue ainsi un critère spécifiquement pénal, bien que d'autres branches du droit puissent se référer à des notions approchantes. De même, le critère de minorité de la victime repose sur une notion issue du droit civil, mais celle-ci n'y est pas employée comme critère légal de mesure de la gravité d'un dommage.

31. Subjectivité et spécificité de l'influence de la victime en droit pénal, caractères essentiels de l'influence de la victime en droit pénal. Spécificité et subjectivité apparaissent comme les caractères essentiels de l'influence de la victime en droit pénal. Ils sont les deux caractères qui découlent directement du caractère secondaire de cette influence, dont il a été vu qu'il s'imposait dans un droit pénal construit sur la référence à l'auteur de l'infraction. La spécialité de cette influence en constitue également un critère notable, mais ne présente pas le même degré de complexité et n'appelle donc pas autant d'analyse. En vérité, le caractère spécial de l'influence de la victime en droit pénal s'apparente davantage à un cadre circonscrivant le domaine de cette influence. Il est certain qu'au fil de l'étude, il conviendra de s'interroger sur la pertinence du choix législatif de retenir tel critère d'influence de la victime ou d'écarter tel autre.

¹ Art. 6 D.D.H.C.

Introduction

Ce cadre sera donc étudié, mais la recherche, à travers le droit pénal, des différentes manifestations de l'influence de la victime devra essentiellement permettre d'en faire ressortir la subjectivité (**Première partie**) et la spécificité (**Seconde partie**).

PREMIÈRE PARTIE

LA SUBJECTIVITÉ DE L'INFLUENCE DE LA VICTIME

32. L'auteur de l'infraction constitue le pivot intellectuel, le centre de gravité des différentes normes constituant le droit pénal et la subjectivité de l'influence de la victime exprime cette réalité. Par subjectivité, il faut entendre que ce que les normes pénales invitent à prendre en considération ne sont pas tant les caractéristiques de la victime que ce que l'auteur en a perçu. Dès lors, l'appréciation subjective conduit à se focaliser sur l'état d'esprit de l'auteur de l'infraction. En premier lieu, cela permet d'évaluer sa culpabilité, ce qu'impose la nature de la responsabilité pénale (**Titre premier**). En second lieu, cela exclut l'objectivisation des différenciations que la loi pénale instaure entre les différentes catégories de victimes. La subjectivité de l'influence de la victime est ainsi également imposée par le principe d'égalité devant la loi pénale (**Titre second**).

TITRE PREMIER

LA SUBJECTIVITÉ IMPOSÉE PAR LA NATURE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

33. La victime constitue le support de la valeur protégée par l'incrimination. Or, l'objet du droit pénal est justement de sanctionner certaines atteintes coupables déterminées à ces valeurs sociales jugées essentielles par le législateur. Reposant sur une conception libérale de l'individu, percevant le délinquant comme un être doué de raison, de capacités volitives et cognitives, le droit pénal français fonde la responsabilité pénale sur la culpabilité. C'est pourquoi la nature de la responsabilité pénale impose une prise en compte subjective de l'influence de la victime. Cela permet de prendre en compte l'état d'esprit de l'agent vis-à-vis de la valeur protégée. La conscience de l'existence d'une victime induit la conscience de l'existence d'une valeur protégée et donc de l'illicéité du comportement (**Chapitre premier**). Une fois établie l'existence d'une valeur protégée, la nature de celle-ci pourra être déduite de la qualité de la victime de l'infraction (**Chapitre second**).

Chapitre premier

L'existence d'une victime symbolisant la valeur protégée

34. Existence matérielle et juridique de la victime. L'infraction pénale est un acte incriminé parce qu'il porte atteinte à une valeur sociale jugée essentielle par l'auteur de la norme pénale¹. Or la victime reçoit cette qualification précisément en raison du fait qu'elle est le support de la valeur protégée par l'incrimination. Il en résulte que, lorsque le texte d'incrimination fait état d'une victime, son existence est nécessaire à la constitution de l'infraction. En premier lieu, il est assez aisé de démontrer que l'inexistence matérielle d'une victime constitue un obstacle à la répression pénale. Le droit pénal ayant un caractère subjectif et réaliste, il semble exclu que l'agent puisse engager sa responsabilité pénale lorsque son acte n'a pas porté atteinte à une victime et donc à une valeur protégée (**Section préliminaire**). Plus discutée est la question des hypothèses d'inexistence juridique de la victime. Il s'agit de cas dans lesquels, si la personne subit et souffre effectivement le comportement normalement incriminé, ses agissements antérieurs excluent que ce comportement soit pénalement sanctionné. Cela peut résulter de ce que le comportement de l'agent vise à résister à une agression (**Section première**). Il peut également arriver que, par son comportement, une personne exclut qu'un comportement à son encontre puisse porter atteinte à la valeur sociale dont elle est le support. Cela correspond notamment aux hypothèses dans lesquels la personne accepte la commission d'une infraction à son encontre (**Section seconde**).

¹ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1^e éd., 1980, p. 101 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 6 et 23 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 29 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 1971, pp. 17-18 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 50 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n° 18 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 6 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012, n° 3 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009, n° 3 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Elipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 84 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 225 ; Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597 ; Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 3.

Section préliminaire

La subjectivité et la nécessité d'une atteinte à la valeur protégée

35. Premier aperçu de la distinction entre la finalité partagée et l'objet spécifique du droit pénal. La vocation générale et théorique du droit pénal consiste à protéger les valeurs sociales jugées essentielles par l'auteur de la norme. Il s'agit là de la finalité du droit pénal, finalité d'ailleurs non spécifique, puisqu'il la partage avec les autres branches du droit. L'ensemble du droit concourt à cet objectif général d'organisation de la Société et de protection des valeurs sociales et le droit pénal ne fait pas exception¹. Ce qui constitue la singularité du droit pénal n'est donc pas sa finalité, mais la façon dont il la poursuit, c'est-à-dire son objet. Le droit pénal a pour rôle d'assurer la sanction des atteintes coupables les plus graves aux valeurs sociales jugées essentielles². Comme l'a relevé JHERING, « [L]e droit n'est pas une pure théorie, mais une force vive. Aussi la justice tient-elle d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse le droit, et de l'autre l'épée au moyen de laquelle elle le défend. L'épée sans la balance est la force brutale, la balance sans l'épée est l'impuissance du droit. »³. Le droit pénal a vocation à tenir ce rôle d'épée au service de la justice. On retrouve évidemment cet aspect sanctionnateur dans d'autres branches du droit, telles que les responsabilités civile et administrative dans leur dimension normative. Le droit pénal présente cependant la particularité d'être entièrement défini et constitué par cette dimension répressive.

36. L'importance de la valeur sociale protégée en droit pénal. L'objet du droit pénal s'exprime techniquement par la construction des incriminations. Une incrimination constitue « une description abstraite, un concept mis en forme »⁴ de l'infraction, laquelle est « un acte réel, concret et malfaisant qui trouble la société. »⁵. L'incrimination décrit le comportement qu'elle viendra sanctionner en raison de son caractère attentatoire à une valeur sociale. Pourtant, la valeur sociale protégée par l'incrimination et atteinte par l'infraction ne figure généralement pas expressément dans la norme pénale, ce qui en rend l'identification assez délicate. Certains auteurs en concluent d'ailleurs qu'elle ne saurait présenter un intérêt juridique⁶. L'argument ne semble cependant pas

¹ Dans le même sens, V. PH. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1984, n° 648 et s.

² Pour un approfondissement de la distinction entre objet et finalité du droit pénal, cf. *infra*, n°482 et s.

³ R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, trad. par O. DE MEULENAERE, Dalloz, 2006, pp. 1-2.

⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 103.

⁵ *Ibid.*

⁶ V. notamment J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, n° 213-217 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n°77. Dans l'ouvrage de M. MARECHAL, la critique porte essentiellement sur la dénomination retenue. À la notion de « valeur sociale protégée », celui-ci préfère celle d'« intérêt pénalement protégé », plus significative du fait que c'est la loi pénale qui confère importance et valeur à cet intérêt (*Ibid.*, n° 217). Pourtant, le terme de « valeur » semble plus adéquat à la philosophie du droit pénal, tournée vers la protection de la Société, que le terme d'« intérêt ». La valeur désigne ce qui est bien en soi, ce qui a de l'importance

scientifiquement satisfaisant dans la mesure où les difficultés à identifier un objet n'excluent pas son existence et donc sa capacité à produire des effets. La volonté de protéger la valeur sociale en sanctionnant les atteintes qui lui sont portées constitue la *ratio legis* de l'intervention législative. Il en résulte que, fût-ce implicitement, la valeur sociale est exprimée dans l'incrimination où elle tient un rôle non négligeable. Plus précisément, l'atteinte à la valeur sociale transparait à travers le résultat de l'infraction, dont elle constituera l'une des composantes (I). De l'absence de valeur sociale à atteindre devrait alors découler l'impossibilité, non pas seulement de constituer l'infraction, mais même simplement de la concevoir. Une telle situation semble alors devoir exclure toute possibilité de répression pénale (II).

I – L'ATTEINTE À LA VALEUR SOCIALE PROTÉGÉE COMME COMPOSANTE DU RÉSULTAT DE L'INFRACTION

37. L'objet du droit pénal est d'assurer la sanction de certaines atteintes portées à des valeurs sociales jugées essentielles. Cet objet se traduit par la conception technique du résultat de l'infraction, laquelle repose donc sur la notion d'atteinte à la valeur sociale protégée (A). La variété des modes d'atteinte à la valeur sociale se traduit alors par la variété des modes d'infractions (B).

A/ L'OBJET DU DROIT PÉNAL TRADUIT PAR LA CONCEPTION TECHNIQUE DU RÉSULTAT DE L'INFRACTION

38. Les définitions doctrinales reposant sur une variété de résultats de l'infraction. Le résultat de l'infraction constitue une notion complexe et relativement mal définie, bien qu'elle existe depuis fort longtemps¹. Lorsqu'il n'est pas rapproché du préjudice² ou du dommage³, le résultat de l'infraction fait l'objet de diverses définitions doctrinales⁴. Certains auteurs ont

en soi, tandis que l'intérêt renvoie à ce qui est bien ou a de l'importance pour une personne donnée, le titulaire de l'intérêt. Or, la protection pénale n'est pas fondée sur la volonté de protéger ce qui présente de l'importance pour l'ensemble de la collectivité. Autrement dit, ce ne sont pas des intérêts privés, mais un intérêt général dont le droit pénal assure la protection. L'expression « *valeur sociale* » paraît plus générale que celle d'« *intérêt pénalement protégé* ». Bien qu'il ne soit pas exclu que la valeur sociale protégée coïncide avec un intérêt particulier, il est de nombreux cas où l'interprète serait en peine d'indiquer le titulaire de la valeur sociale que la loi a entendu protéger. C'est notamment le cas de nombreuses infractions du Livre IV du Code pénal, en particulier les atteintes à la confiance publique. Autant celle-ci apparaît comme une valeur sociale digne de protection, autant il semble artificiel d'en faire un intérêt reconnu à une entité abstraite et indéfinie telle que « le public » ou encore « les gens ».

¹ Pour une présentation de l'histoire de la notion, V. J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, n° 12 et s. et n° 37 et s.

² J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 375 et s. définissant le résultat comme le préjudice en germe ou effectif ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 211-213.

³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 240.

⁴ Pour une présentation plus détaillée desquelles V. J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 119 et s.

notamment proposé des systèmes reposant sur une pluralité de résultats de l'infraction. L'une de ces classifications a été proposée par M. DECOCQ¹. Celui-ci définit un premier résultat de l'infraction, qualifié de « redouté », ou encore de « réel » ou de « sociologique » et constitué par le préjudice social susceptible de résulter de l'infraction. À ce résultat s'oppose le résultat « légal » ou « juridique », défini comme le résultat, plus ou moins décrit dans le texte d'incrimination, de la conduite infractionnelle. Cette distinction a été reprise par M. MAYAUD² qui l'a approfondie en distinguant les résultats « juridique » et « légal ». Le premier, présent dans toute infraction, résiderait dans l'atteinte au moins formelle à la valeur sociale protégée par l'incrimination³. Le second correspondrait au « seuil de juridicité » fixé par le législateur, c'est-à-dire à la consommation de l'infraction⁴. MM. CONTE⁵ et MAISTRE DU CHAMBON opèrent quant à eux une distinction entre le résultat « sociologique », atteinte à la valeur sociale justifiant l'incrimination⁶, et le résultat « pénal ». Ce dernier peut constituer soit un résultat « matériel » résidant dans la conséquence découlant immédiatement de l'exécution achevée du comportement incriminé⁷, soit un résultat « juridique », c'est-à-dire une atteinte effective à la valeur protégée⁸. À partir de cette distinction ils s'intéressent au résultat « légal », constituant le « seuil de l'illicite » fixé par le législateur, c'est-à-dire celui dont la survenance permet d'entrer en répression⁹. Cette approche est partagée notamment par M. PIN¹⁰ et, dans une certaine mesure, par Mme MALABAT¹¹. Ces différentes approches paraissent cependant sujettes à contestation. En effet, il n'est pas certain que ces diverses notions puissent être rassemblées sous la qualification unique de « résultat de l'infraction ».

39. L'assimilation trompeuse du résultat légal à un résultat de l'infraction. Qualifier un élément de « résultat », c'est l'envisager en tant qu'aboutissement d'un processus. Or, s'il est indéniable que, pour toute infraction, il peut être relevé un seuil de l'illicite fixé par le législateur, ce seuil n'apparaît pas nécessairement comme l'aboutissement des actes de l'agent. Comme le relève M. DREYER, le « résultat de l'infraction » désigne en réalité « *moins le résultat de l'infraction elle-même que le résultat du comportement incriminé* »¹². Or, le seuil de l'illicite fixé par le législateur correspond à l'aboutissement d'un tout autre processus. Il ne constitue pas le résultat du comportement incriminé, mais réside dans l'incrimination elle-même, c'est-à-dire qu'il est

¹ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 171.

² Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, éd. L'Hermès, 1979, n° 358 et s.

³ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 363.

⁴ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 367.

⁵ Lequel avait déjà exposé cette distinction in *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1984, n° 821 et s.

⁶ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 314 et 315.

⁷ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 317.

⁸ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 318.

⁹ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 319.

¹⁰ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 153.

¹¹ V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 443.

¹² E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 674.

constitué précisément par ce comportement incriminé. Ce résultat n'est donc pas la conséquence des actes de l'agent, mais des choix opérés par le législateur. Ce que certains auteurs qualifient de résultat légal n'est alors pas le résultat de l'infraction, mais le résultat du processus d'incrimination ayant abouti à fixer le seuil de l'illicite à tel ou tel point de l'*iter criminis*. Il est certain que, s'agissant des infractions matérielles, ce seuil correspond au résultat du comportement incriminé. Mais pour les infractions formelles, ce seuil se place en amont du résultat du comportement et la qualification de « résultat de l'infraction » semble alors usurpée¹. Au regard de l'infraction, la notion de seuil de consommation paraît plus appropriée pour décrire ce qu'elle recouvre que celle de résultat.

40. La distinction artificielle des résultats matériel et juridique. La distinction des résultats pénaux, opposant le résultat matériel au juridique, n'est pas non plus à l'abri des critiques. En premier lieu, force est de constater que la dénomination du résultat juridique ne fait pas réellement sens, ce dont témoigne d'ailleurs la multiplicité des significations que lui reconnaît la doctrine. Ce qualificatif de « juridique » ne rend ainsi nullement compte de l'idée d'atteinte concrète à une valeur protégée. Que cette atteinte ait eu lieu ou non, la commission du comportement incriminé suffit à emporter des conséquences juridiques. En second lieu, il faut essentiellement relever que la distinction des résultats pénaux n'apparaît pas d'une grande utilité. Pour certaines infractions, résultats matériel et juridique coïncident, auquel cas la distinction est fictive. Pour d'autres ils diffèrent, mais la distinction ne semble pas se justifier car elle conduit alors à masquer un point important. Ce point tient à ce que, même lorsque l'atteinte effective à la valeur protégée par l'incrimination (résultat juridique) n'est pas requise à la constitution de l'infraction (infractions formelles), c'est néanmoins la perspective de cette atteinte qui justifie l'incrimination². Le résultat juridique semble clairement se confondre avec la notion de résultat redouté, parfois dénommé résultat réel ou encore sociologique. La distinction entre le résultat juridique et le résultat matériel recouvre donc la question de savoir si l'atteinte à la valeur protégée doit avoir été concrète ou simplement abstraite, ce dont une définition unitaire du résultat rend davantage compte.

41. Les définitions doctrinales unitaires du résultat de l'infraction. MM. MERLE et VITU définissent le résultat comme « *un trouble social ou privé particulièrement grave en relation causale avec le comportement du délinquant* », trouble qui justifierait l'intervention de la loi pénale³. Cette présentation, partagée par M. DREYER⁴, se rapproche de celle que proposent MM. DESPORTES et

¹ Pour une critique de la notion de résultat légal, V. également J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 162 et s. et spéc. n°178 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 676.

² Pour une critique plus développée de la notion de résultat juridique, V. également J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 179 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 677.

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel ; Problèmes généraux de la science criminelle*, T. 1, op. cit., n° 518.

⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 679.

LE GUNEHCEC, lesquels évoquent le résultat dommageable, conséquence immédiate et directe du comportement incriminé¹. Postérieurement à ses premiers écrits, M. MAYAUD a adopté une définition similaire, présentant le résultat comme l'impact dommageable de la conduite incriminée², tout en précisant que l'incrimination est construite par référence au « résultat redouté »³. Enfin, au terme de l'étude qu'il consacre à ce sujet, M. MARECHAL précise que « *le résultat, élément constitutif de l'infraction prévue, le cas échéant, par le texte d'incrimination, consiste en une atteinte, concrète ou abstraite, à un intérêt pénalement protégé, qui constitue l'effet ou la conséquence des actes d'exécution de l'infraction* »⁴. Ces diverses définitions ont le grand mérite de rendre parfaitement compte des deux dimensions de la notion de résultat de l'infraction.

42. Le choix d'une définition unitaire du résultat de l'infraction. La notion de résultat évoque l'aboutissement d'un processus ou d'un événement. Cela revient en premier lieu à dire que le résultat entretient un lien causal avec le processus ou l'évènement considéré. En second lieu, en tant qu'aboutissement, le résultat marque le terme de l'évènement, l'achèvement de l'enchaînement causal du processus. Si l'évènement considéré est l'infraction, son résultat doit alors s'entendre d'abord d'une conséquence du comportement incriminé. Ensuite, puisque l'infraction est un comportement incriminé en raison de son caractère potentiellement attentatoire à une valeur sociale jugée essentielle, il faut considérer que le résultat réside précisément dans cette atteinte à la valeur sociale protégée. **Le résultat de l'infraction semble donc pouvoir être défini comme l'atteinte à la valeur sociale résultant du comportement incriminé.** Cette définition est tout à fait assimilable aux précédentes, notamment celle proposée par M. MARECHAL, tant la notion d'intérêt protégé semble se confondre avec celle de valeur sociale protégée⁵. Quant à la distinction qu'il opère concernant la nature de l'atteinte, elle semble tout à fait essentielle dans la mesure où elle permet d'expliquer la distinction entre les infractions matérielles et formelles.

B/ LES MODES D'ATTEINTE À LA VALEUR SOCIALE ET LES DIFFÉRENTES VARIÉTÉS D'INFRACTIONS

43. La nature de l'atteinte et la distinction entre infractions formelles et matérielles. Lorsqu'un comportement est incriminé, c'est toujours en raison de la gravité de l'atteinte qu'il est susceptible d'entraîner à une ou plusieurs valeurs sociales essentielles. Cependant, la nature de l'atteinte mentionnée dans le texte d'incrimination n'est pas toujours la même, ce dont il résulte deux catégories d'infractions. Comme l'a écrit M. DECOCQ, « *dans les unes, le résultat est*

¹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHCEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 445.

² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 189.

³ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 33 et 190.

⁴ J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 371.

⁵ Sur ce point, cf. *supra*, n° ?

indissociablement lié à la conduite matérielle qui le produit ; dans les autres, le résultat est détachable de la conduite et présente par rapport à elle un caractère aléatoire »¹. Il peut arriver que soit exigée une atteinte concrète, effective, à la valeur sociale protégée et l'infraction peut alors être qualifiée de matérielle, ou encore d'infraction de résultat². Cela correspond aux hypothèses dans lesquelles le comportement incriminé implique nécessairement l'atteinte concrète à la valeur sociale. Ainsi, le meurtre réside dans « le fait de donner la mort »³ et suppose donc la mort de la victime, c'est-à-dire une atteinte concrète à la vie humaine. De même, la soustraction frauduleuse constitutive du vol⁴ implique nécessairement une atteinte concrète à la propriété d'autrui. Les normes pénales ne sont pourtant pas toujours aussi exigeantes quant à la matérialité de l'atteinte et certaines n'exigent qu'une atteinte potentielle, en germe, ou abstraite selon la qualification retenue par M. MARECHAL⁵. Tel est le cas des infractions formelles, lesquelles permettent de sanctionner des comportements susceptibles de porter atteinte à une valeur sociale indépendamment du point de savoir si cette atteinte s'est effectivement concrétisée. L'empoisonnement par exemple, suppose l'emploi, en connaissance de cause, d'une substance de nature à donner la mort avec l'intention de la donner⁶. L'atteinte à la vie de la victime doit avoir été activement recherchée par l'agent, mais il n'est pas nécessaire que la mort soit survenue pour que l'infraction soit constituée. Il en va de même pour la subornation de témoin⁷, supposant simplement un acte susceptible de conduire un témoin à ne pas déposer ou à effectuer un témoignage mensonger, indépendamment de la réussite de l'acte. L'acte n'implique pas nécessairement l'atteinte au bon déroulement de la justice, laquelle peut donc n'être que potentielle.

44. Le classement exhaustif des infractions dans les deux catégories. Comme le relève M. DREYER, la distinction entre infractions matérielles et formelles s'exprime techniquement par une variation de l'exigence probatoire⁸. Si une atteinte potentielle suffit à la constitution d'une infraction formelle, c'est en raison du fait que la preuve de l'atteinte n'a pas à être rapportée par les autorités de poursuite. En revanche, les infractions matérielles nécessitent une atteinte concrète à la valeur sociale protégée dont la preuve devra être rapportée. En conséquence, toute infraction peut être classée dans l'une de ces deux catégories, selon le degré d'exigence probatoire mentionné dans le texte d'incrimination. Toute infraction dont le texte d'incrimination n'exige pas d'atteinte effective à la valeur sociale protégée peut être considérée comme formelle⁹. Selon

¹ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 211.

² V. J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction*, op. cit., n° 469 et s. pour une critique de la notion d'« infraction matérielle » et une défense de la notion d'« infraction de résultat ».

³ Art. 221-1 et s. CP.

⁴ Art. 311-1 et s. CP.

⁵ J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction*, op. cit., n° 227 et s.

⁶ Art. 221-5 CP. V. Crim. 2 juillet 1998, *Bull. crim.* n° 211 pour le caractère intentionnel de l'empoisonnement.

⁷ Art. 434-15 CP.

⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 687 et s.

⁹ Plusieurs indications de cet état de fait peuvent être trouvées dans la formulation de l'incrimination. Ainsi, lorsque le texte exige un acte « de nature à » causer une atteinte, cette mention est symptomatique de ce que l'atteinte peut

Mme MALABAT, l'atteinte effective à une victime constituant le critère de distinction des infractions matérielles et formelles, toutes les infractions sans victimes doivent également être considérées comme formelles¹. Cependant, dès lors que l'on considère que c'est l'atteinte effective à la valeur sociale et non à la victime² qui caractérise l'infraction matérielle, rien ne s'oppose à ce que certaines infractions d'intérêt général soient classées dans cette catégorie. Ainsi en va-t-il par exemple des infractions de livraison de tout ou partie du territoire national, de forces armées ou de matériel à une puissance étrangère³. Si de très nombreuses infractions du livre IV du Code pénal peuvent être qualifiées de formelles, c'est parce qu'elles n'exigent pas la preuve d'une atteinte effective à la valeur sociale protégée⁴. Une telle orientation législative s'explique notamment par la volonté de faciliter la répression face à des atteintes à des valeurs intéressant la nation dans son ensemble⁵. La distinction des infractions matérielles et formelles nécessite donc d'étudier le comportement incriminé afin de déterminer s'il implique nécessairement et corrélativement une atteinte à la valeur sociale. De même, la distinction entre infractions intentionnelles et non-intentionnelles nécessite l'étude du texte d'incrimination.

45. L'attitude de l'agent à l'égard de l'atteinte et la distinction entre infractions intentionnelles et non-intentionnelles. L'article 121-3 du Code pénal invite à distinguer les infractions selon leur élément moral. Si le résultat, envisagé comme une atteinte à la valeur sociale protégée, ne constitue pas le critère technique de cette distinction, il est néanmoins possible de considérer qu'elle se justifie par la volonté de tenir compte de la nature de l'hostilité aux valeurs

n'être que potentielle. Pour n'en citer que quelques exemples, peuvent ainsi être qualifiées de formelles la livraison d'informations à une puissance étrangère (art. 411-6 CP), le sabotage (art. 411-9 CP) ou encore l'atteinte au respect de la justice par le discrédit d'une décision de justice (art. 434-25 CP). Sont également formelles les infractions consistant en un fait de provocation, lorsqu'il est indifférent que le provoqué se soit ou non exécuté. Ainsi en va-t-il par exemple de la subornation de témoin (art. 434-15 CP). Dernière illustration, le harcèlement moral (art. 222-33-2 et 222-33-2-1 CP) peut être considéré comme une infraction formelle dans la mesure où il est simplement exigé que les actes de l'agent aient eu « pour objet » la dégradation des conditions de vie ou de la santé de la victime.

¹ V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », op. cit., spéc. pp. 452 et s.

² La victime étant le support (cf. *supra*, n° 18), voire l'incarnation (cf. *infra*, n° 209 et s.) de la valeur sociale protégée par l'incrimination, il est néanmoins certain que l'atteinte effective à une victime implique nécessairement l'atteinte effective à la valeur sociale protégée. Toute infraction supposant une atteinte effective à la victime est donc bien une infraction matérielle. Cependant, la catégorie des infractions matérielles est plus étendue.

³ Art. 411-2 et 411-3 CP. Cette infraction suppose en effet une atteinte effective à l'intégrité du territoire national, ou à celle des forces armées par la livraison de troupes ou de matériels militaires nationaux. Le fait que l'atteinte à la valeur sociale puisse être assez peu importante (si, par exemple, n'est livrée à l'ennemi qu'un très petit nombre de troupes ou une très faible quantité de matériel) ne doit pas masquer le fait qu'elle existe néanmoins.

⁴ Certaines infractions sont parfois difficiles à classer. Ainsi, les atteintes au secret de la défense nationale (art. 413-10 et s. CP) supposent la livraison effective d'une information ayant le caractère de secret de la défense nationale à une puissance étrangère. Cependant, il suffit que l'accès à une information soit de nature à nuire à la défense nationale pour que celle-ci puisse être classifiée (art. 413-9 CP). Le fait que l'information doive avoir reçu une telle classification préalablement à l'infraction ne saurait donc remettre en cause le caractère formel de l'infraction. La preuve de l'acte suffira à justifier la condamnation, sans qu'il soit nécessaire d'établir au surplus que cet acte a conduit à porter atteinte à la défense nationale.

⁵ De plus, la démonstration de la réalité de telles atteintes pourrait être compliquée par le caractère relativement limité des atteintes en question. En effet, il n'est pas aisé pour un individu isolé, ou même un petit groupe d'individus de porter une atteinte significative à l'ensemble d'une nation.

protégées dont témoigne le comportement de l'agent¹. Ainsi, toutes les infractions sont en principe intentionnelles car l'atteinte intentionnelle à une valeur sociale semble la plus répréhensible. L'intention désignant étymologiquement la volonté tendue vers un but², la doctrine considère classiquement que l'intention réside dans la volonté de commettre le comportement décrit dans la norme d'incrimination malgré sa prohibition³. S'agissant des infractions matérielles, le résultat étant indissociable du comportement, il semble impossible que l'agent puisse vouloir le comportement sans vouloir le résultat. Ce point demeure valable dans les hypothèses de dol indéterminé et de dol *praeter-intentionnel*. Ce que l'agent n'a pas ou mal anticipé n'est pas l'existence de l'atteinte à la valeur sociale, mais son intensité⁴. Par exception, il peut y avoir infraction en cas de mise en danger délibérée d'autrui, ou encore en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité. Cela correspond aux hypothèses dans lesquels l'agent a fait preuve d'imprévoyance⁵, se désintéressant des conséquences de son comportement et de l'atteinte qui pouvait en résulter. Le fait qu'un comportement porte atteinte à une valeur sociale protégée n'est donc pas indifférent en droit pénal, que ce fait constitue un critère technique de distinction ou un critère moral de justification d'une distinction technique. Cela se traduit par le fait qu'en l'absence d'une valeur sociale à atteindre, l'atteinte et donc l'infraction elle-même ne se conçoit plus.

II – L'IMPOSSIBLE RÉPRESSION PÉNALE EN L'ABSENCE DE VALEUR SOCIALE À ATTEINDRE

46. L'impunité admise de l'auteur d'une infraction putative. L'inexistence de la valeur sociale à atteindre peut correspondre dans la doctrine à deux hypothèses distinctes. La première est celle de l'infraction putative, c'est-à-dire l'infraction qui n'existe que dans l'esprit de l'agent. Cette hypothèse peut s'appliquer à diverses situations et il semble possible d'opérer une distinction entre l'infraction putative proprement dite et l'incrimination putative. L'incrimination putative correspondrait à la situation de l'agent qui croit son comportement incriminé alors qu'il n'en est rien. Ainsi en irait-il d'un homme qui se livrerait au commerce de l'or en pensant celui-ci

¹ J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 571 et s. M. MARECHAL ne reconnaît cependant qu'un rôle limité au résultat, la volonté du comportement étant le critère essentiel de distinction (n° 669 et s.). La volonté du résultat constitue cependant un « critère résiduel de l'intention » (n° 731 et s.).

² V. par ex. PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 381 ; J. LARGUIER, *Le droit pénal*, PUF, coll. Que sais-je ?, 16^e éd., 2006, p. 37 ; B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1967, p. 1 et spéc. p. 13.

³ V. par ex. É. GARÇON, *Code pénal annoté*, Recueil Sirey, 1956, art. 1^{er}, n° 77 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 271 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 208 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, op. cit., n° 580 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 502 ; I. FERRARI, « L'élément moral de l'infraction : L'application par la chambre criminelle des nouvelles dispositions du Code pénal », in *Rapport de la Cour de cassation 1995*, La documentation française, 1996, p. 103 et spéc. pp. 104-105.

⁴ Dans le même sens, V. V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », op. cit., spéc. p. 448.

⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, op. cit., n° 603.

pénalement répréhensible¹. En pareil cas, l'impunité de l'agent est évidente et découle du principe de légalité criminelle. À cette hypothèse répondrait celle de l'infraction putative proprement dite, dans laquelle l'agent ne se méprendrait pas sur la qualification, mais sur la matérialité de sa situation. Tel serait par exemple le cas d'un adulte entretenant des relations sexuelles avec un mineur qu'il croit faussement âgé de moins de quinze ans, ou encore d'un homme se croyant bigame car il ignore, au moment de son second mariage, que sa première épouse est décédée. La doctrine s'accorde à reconnaître l'impunité de l'auteur de ces infractions imaginaires, malgré l'hostilité aux valeurs sociales dont témoigne son comportement². Cette impunité découle de ce que, le comportement de l'agent ne correspondant pas exactement à celui décrit dans le texte pénal, l'infraction n'est pas juridiquement consommée. Ainsi, il est admis que celui qui « vole » sa propre chose n'est pas punissable³. La répression n'est pas non plus envisageable sur le fondement de la tentative punissable, l'agent étant néanmoins parvenu à consommer matériellement l'infraction, fût-ce de façon imaginaire, ce qui distinguerait par ailleurs l'infraction putative de l'infraction impossible⁴.

47. La problématique de l'infraction impossible. L'infraction impossible correspond aux hypothèses dans lesquelles la réalisation du comportement incriminé est factuellement impossible. Cette impossibilité peut en premier lieu résulter de ce que l'agent emploie des moyens inadaptés, par exemple en faisant usage d'une arme déchargée, en inoculant une substance inoffensive à sa victime, voire recourt à des « sortilèges » dont il espère qu'ils attireront la foudre sur sa victime. En second lieu, l'impossibilité peut découler de ce qu'une condition préalable de l'infraction fait défaut⁵, c'est-à-dire de l'absence d'un des éléments exigés par le texte d'incrimination. Les hypothèses classiques les plus évoquées en doctrine concernent le cas du pickpocket plongeant la main dans une poche vide, de la grenade lancée dans une pièce déserte et enfin des coups portés au cadavre d'un homme que l'agent croit toujours en vie. Que l'impossibilité résulte des moyens ou des conditions préalables, l'agent n'a pu réaliser le comportement incriminé et donc consommer juridiquement l'infraction. Il n'a même pas pu consommer matériellement cette infraction, ce dont la jurisprudence et une majeure partie de la doctrine déduisent la possibilité de retenir la tentative punissable. L'objectif avoué est de permettre par ce biais de sanctionner un agent dont les tendances antisociales ont été clairement démontrées par ses actes. Cependant, les théories prônant la répression de l'infraction impossible sur le fondement de la tentative ne résistent pas à l'analyse (A). Celle-ci devrait donc avoir vocation à demeurer impunie (B).

¹ V. par ex. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 179.

² V. par ex. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 900 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 395.

³ V. par ex. T. corr. Auxerre, 14 janvier 1964 ; *Gaz. Pal.* 1964, 1, 185.

⁴ En ce sens, PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 337 ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010, n° 519.

⁵ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, op. cit., n° 519 et s.

A/ LE REJET DES THÉORIES PRÔNANT LA RÉPRESSION DE L'INFRACTION IMPOSSIBLE

48. La variété des théories relatives à l'infraction impossible. La problématique de l'infraction impossible préoccupe la doctrine depuis un certain temps, aussi de nombreuses théories ont-elles été élaborées à ce propos¹. À la première extrémité du spectre de ces théories se situe la thèse objectiviste selon laquelle l'infraction ne se concevant qu'en présence d'un trouble à l'ordre social, l'impunité de toute infraction impossible doit être assurée. À l'autre extrémité du spectre se trouve la thèse subjectiviste selon laquelle la prise en considération de la dangerosité de l'agent doit conduire à une répression systématique de l'infraction impossible. Avant d'examiner ces théories plus en avant, il convient de s'arrêter sur les théories intermédiaires suggérant de prendre en compte la nature de l'impossibilité afin de déterminer s'il y a lieu de réprimer ou non le comportement considéré. Il faut alors constater qu'en plus de ne reposer sur aucun fondement légal, ces théories ne résistent pas à l'analyse, qu'elles opposent impossibilité relative et impossibilité absolue (1) ou impossibilité de droit et impossibilité de fait (2).

1) Le refus de la distinction artificielle entre impossibilité relative et impossibilité absolue

49. Exposé de la distinction entre impossibilité absolue et impossibilité relative. La doctrine allemande du XIX^{ème} siècle, reprise par ORTOLAN, avait suggéré de distinguer entre impossibilité absolue et relative². Il y aurait impossibilité absolue lorsque l'objet de l'infraction n'existe pas, situation englobant le décès préalable de la « victime ». L'impunité devrait alors être assurée. L'impossibilité relative correspondrait aux cas dans lesquels l'objet de l'infraction n'a été que momentanément impossible à atteindre (par exemple lorsqu'un pickpocket plonge la main dans une poche vide), ou si les moyens mis en œuvre par l'agent auraient pu provoquer le résultat voulu s'ils avaient été mieux employés (si le tireur avait chargé son arme, si il s'était trouvé à portée de sa victime, etc.). Dans ce second cas, la répression demeurerait possible sur le fondement de la tentative. Elle est actuellement maintenue par M. DREYER qui considère que lorsque l'objet de l'infraction n'existe pas, que ce soit momentanément ou de façon permanente, la répression est impossible mais que la tentative est envisageable lorsque les moyens employés par l'agent sont inefficaces³.

50. Le caractère artificiel de la distinction. Cette distinction apparaît critiquable en raison de son caractère extrêmement artificiel. En effet, contrairement aux notions de difficulté ou de

¹ Pour un exposé détaillé desquelles V. R. BERNARDINI, *L'intention coupable en droit pénal*, thèse, Nice, 1976, n° 152 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, op. cit., n° 508 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 390 et s. ; A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 1985, n° 126 et s.

² V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 510 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 392.

³ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 898 et 899.

probabilité, la possibilité est une notion binaire et ne semble pas susceptible de degrés : soit une chose est possible, soit elle ne l'est pas¹. N'est impossible que ce que ne permettent pas les « lois naturelles », c'est-à-dire les lois de la biologie, de la physique, des mathématiques, etc. (qu'elles aient été découvertes et formalisées ou non par l'homme n'ayant à cet égard aucune importance). Dès lors que ces lois n'excluent pas totalement la survenance d'un évènement, celui-ci doit être considéré comme possible, quelle que soit l'improbabilité ou la difficulté de sa réalisation. Dans ces conditions, il est artificiel de considérer qu'un évènement est « relativement impossible ». Cela explique pourquoi cette distinction est fort malaisée à mettre en œuvre. Il est extrêmement arbitraire de considérer que telle hypothèse doit être classée parmi les impossibilités relatives plutôt que parmi les impossibilités absolues. Les imperfections de cette théorie ont conduit certains auteurs à en proposer une nouvelle, laquelle ne convainc cependant pas davantage.

2) Le refus de la distinction artificielle entre impossibilité de droit et impossibilité de fait

51. Exposé de la distinction entre impossibilité de fait et impossibilité de droit.

Jugeant artificielle la précédente théorie, GARRAUD et ROUX l'ont modifiée en proposant de distinguer l'impossibilité de droit et l'impossibilité de fait². Il y aurait impossibilité de droit lorsque l'élément légal de l'infraction ferait défaut, ou en présence d'une « impossibilité de qualification »³, ce qui serait le cas lorsque la « victime » est déjà décédée. Cette impossibilité emporterait l'impunité de l'agent, par opposition à l'impossibilité de fait, constituée lorsque les faits n'ont pas permis la constitution de l'infraction (par exemple si la poche de la victime est vide). Cette distinction a été reprise par MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON qui font référence à l'impossibilité matérielle qui devrait permettre la répression et l'impossibilité juridique qui devrait l'interdire⁴. Cette distinction présente cependant plusieurs incohérences qui conduisent à l'exclure pareillement.

52. Les caractères illogique et artificiel de la distinction. En premier lieu, elle est critiquable lorsqu'elle fait référence à « l'élément légal de l'infraction », dont l'existence a été souvent et à juste titre, critiquée⁵. Il serait en effet illogique de considérer que la norme serait une partie de l'infraction « *car une norme ne peut ne peut s'intégrer à un fait, au surplus illicite* »⁶. De plus, intégrer la description de l'acte à l'acte commis relève de la tautologie ou de la confusion des espèces. Il est vrai que ce premier reproche pourrait être surmonté en substituant la notion de

¹ Dans le même sens, B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 259 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 392.

² V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 510 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 392.

³ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Recueil Sirey, 3^e éd., 1913, tome I, n° 242.

⁴ PH. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, op. cit., n° 886 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 337 et 338.

⁵ V. notamment A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 61 ; J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.* 1977, p. 269 ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 14 ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, n° 99.

⁶ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 61.

« préalable légal » à celle d'« élément légal ». Il demeure cependant une seconde objection, plus décisive, tenant au caractère artificiel de cette distinction. Comme l'a en effet relevé M. MARECHAL, l'impossibilité de fait emporte nécessairement l'impossibilité de droit¹. Reprenant l'exemple de la poche vide, il explique que l'absence d'une chose appartenant à autrui (impossibilité matérielle de commettre un vol) emporte nécessairement l'absence de propriété d'autrui (impossibilité juridique de commettre un vol). Il aurait donc été tentant, eu égard à leurs imperfections, de se réjouir du fait que le droit positif n'ait pas consacré l'une ou l'autre de ces deux théories. Malheureusement, il n'est pas certain que celle que la jurisprudence a retenue soit plus satisfaisante. Elle paraît en effet avoir opté pour la répression systématique, bien qu'une telle orientation semble en contradiction avec les règles relatives à la tentative punissable.

B/ L'IMPOSSIBLE RÉPRESSION DE L'INFRACTION IMPOSSIBLE

53. Admission jurisprudentielle de la répression de la tentative. La jurisprudence avait déjà pris le parti de sanctionner sur le fondement de la tentative des infractions impossibles, notamment s'agissant d'atteintes à des biens inexistant². La question de l'« homicide d'un cadavre » a été clairement tranchée pour la première fois³ par l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 16 janvier 1986⁴. Les faits cadraient parfaitement à cette hypothèse bien particulière. Au cours d'une rixe, un homme avait été mortellement atteint et était décédé après son retour chez lui. Informé de l'affrontement, un individu s'était rendu le lendemain sur les lieux où il découvrit le corps de la victime. Croyant que celle-ci n'était qu'endormie, l'homme décida de l'achever en la frappant et en la strangulant. L'agent fut renvoyé devant la cour d'assises sous l'accusation de tentative d'homicide volontaire. La chambre criminelle a censuré la décision de renvoi, en raison d'une contradiction de motifs, mais en a approuvé le principe dans un attendu d'une grande clarté : « *Attendu qu'à supposer établi que PERDEREAU croyant WILLEKENS encore en vie,*

¹ J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 451.

² V. par ex. Crim. 4 janvier 1895, DP 1896, 1, 21 (le fait de plonger la main dans une poche vide constitue une tentative punissable de vol) ; Crim. 19 mai 1949, Bull. crim. n° 181 (idem pour le fait de s'introduire dans une chambre d'hôtel dans laquelle il n'y aurait aucun objet à dérober).

³ Si l'on excepte deux arrêts antérieurs, qualifiés de « précédents incertains » (J. PRADEL, D. 1986, p. 268, note sous Crim. 16 janvier 1986). Le premier (Chambre d'accusation, Paris, 9 avril 1946) concernait le cas d'un homme abattu par un premier tireur en pleine course et qui fut touché par un second tireur avant sa chute. Le second tireur fut renvoyé en cour d'assises pour tentative d'assassinat. Dans le second cas (Crim. 5 octobre 1972, Bull. crim. n° 269 ; Rev. sc. crim. 1973, p. 879, obs. J. LARGUIER), deux individus avaient tiré sur un troisième, usant chacun d'une arme susceptible de tuer instantanément. Ils arguèrent par conséquent que le second tireur n'avait pu atteindre qu'un cadavre. La Cour de cassation estima que la cour d'assises avait pu décider que le crime avait été commis par l'un et l'autre, ceux-ci ayant agi « ensemble et de concert ». Il faut cependant relever que les experts étaient dans l'incapacité de déterminer lequel des deux accusés était à l'origine du tir mortel. Ces deux espèces concernaient donc des situations tangentes, ce qui ne permettait pas de définir clairement la position de la jurisprudence face à l'« homicide d'un cadavre ».

⁴ Crim. 16 janvier 1986, Bull. crim. n° 25, D. 1986, jur. 265, note D. MAYER et C. GAZOUNAUD et note J. PRADEL, Rev. sc. crim. 1986, p. 839, obs. A. VITU et p. 849, obs. G. LEVASSEUR, JCP G 1987, II, 20774, note G. ROUJOU DE BOUBEE.

ait exercé sur celui-ci des violences dans l'intention de lui donner la mort il n'importe, pour que soit caractérisée la tentative d'homicide volontaire, que la victime fût déjà décédée, cette circonstance étant indépendante de la volonté de l'auteur et lesdites violences caractérisant un commencement d'exécution au sens de l'article 2 du Code pénal. ». Cette décision a fait l'objet d'un important débat en doctrine, l'approbation semblant l'emporter¹ en dépit des critiques qu'appelle cette décision.

54. La tentative d'infraction impossible exclue par la définition légale de la tentative.

Un auteur a défendu la solution de la Cour de cassation en relevant que « *si on ne peut à l'évidence consommer l'impossible, on peut toujours le tenter* »². Cette affirmation ne convainc cependant pas dans la mesure où elle s'appuie sur le sens commun du verbe « tenter » et non sur la notion juridique de tentative. L'article 121-5 du Code pénal affirme en effet constituée la tentative « *dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* ». La tentative juridique punissable suppose donc un « commencement d'exécution ». Or, s'il est concevable qu'on puisse essayer d'exécuter l'impossible, la logique exclut que l'on puisse commencer à l'exécuter et donc qu'on puisse le tenter au sens juridique du terme. On ne peut commencer à tuer un mort ou à soustraire d'un objet qui n'existe pas. Affirmer que l'impossible peut être tenté est communément juste, mais juridiquement inexact. La célèbre formule précitée s'apparente donc à un sophisme juridique et la définition du commencement d'exécution retenue par la jurisprudence confirme cet état de fait.

55. La tentative d'infraction impossible exclue par la définition prétorienne du commencement d'exécution.

Ce commencement d'exécution est traditionnellement défini comme « *des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant entré ainsi dans sa période d'exécution* »³. La jurisprudence a également retenu la formule d'« *actes tendant directement au délit et accomplis dans l'intention de le commettre* »⁴. De ces deux définitions, il ressort clairement que les actes constituant le commencement d'exécution doivent s'inscrire dans un rapport chronologique et causal avec la consommation de l'infraction. Ces actes doivent précéder la consommation de l'infraction et être susceptibles de l'entraîner. Or, il est évident que des coups portés à un cadavre ne sont en aucun cas susceptibles de causer la mort de celui-ci. De même,

¹ Des notes précitées sur cet arrêt, seule celle des professeurs MAYER et GAZOUNAUD est réprobatrice. V. également, approuvant la solution, J.-P. DOUCET, *La protection pénale de la personne humaine, volume 1, La protection de la vie et de l'intégrité corporelle*, Gazette du Palais, 2^e éd., 1994, n° 149 ; A. VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », in *Mélanges offerts à Albert CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 165 ; A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, op. cit., n° 321. V. cependant, critiquant la solution, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 899 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 512 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 282 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 338 ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, op. cit., n° 502 et s. et spéc. n° 524 et s.

² A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, op. cit., n° 144.

³ V. par ex. Crim. 25 octobre 1962 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 292 et 293, *JCP G* 1963, II, 12985, note R. VOUIIN ; Crim. 3 mai 1973, *Bull. crim.* n° 157 ; D. 1973, Somm. p. 20. V. également Crim. 15 mai 1979, *Bull. crim.* n° 175 et 19 juin 1979, *D.* 1979, IR, p. 525 obs. M. PUECH, *D.* 1980, jur. p. 409, note M.-J. CABBASSEDES.

⁴ V. par ex. Crim. 11 juin 1975, *Bull. crim.* n° 150, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 407, obs. J. LARGUIER.

l'agent aura beau s'acharner à fouiller les moindres recoins d'une pièce vide, ses actes ne tendront jamais à lui permettre de soustraire un objet inexistant.

56. La proximité de l'infraction impossible et de l'infraction putative. La Cour de cassation retient une appréciation subjective de la tentative d'infraction impossible, ne se fondant que sur l'intention de l'agent¹. En l'état des textes et de la jurisprudence, une telle considération paraît insuffisante à justifier une répression sur le fondement de la tentative punissable. Faute d'un élément objectif susceptible de constituer l'élément matériel de l'infraction tentée, l'intention de donner la mort à autrui ou de s'approprier un bien n'appartenant pas à l'agent n'est que la marque de tendances antisociales auxquelles le droit n'a pas à réagir. Il en va de même pour l'infraction putative, laquelle n'est pas punissable car les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale. Dans le cas précis de l'« homicide d'un cadavre », les faits matériels correspondent bien à l'élément matériel d'une infraction, mais il s'agit de l'atteinte à l'intégrité du cadavre². L'homicide volontaire n'existe pas, sinon dans l'esprit de l'agent, faute d'objet, de même que, faute d'objet, le vol n'existe que dans l'esprit de l'agent lorsqu'il s'empare d'une chose qu'il ignore lui appartenir. Pareillement, le « meurtre surnaturel », c'est-à-dire par usage de sortilèges, ne tombe pas sous le coup de l'inculpation de tentative d'homicide³, en raison du fait que les moyens employés n'auraient pas été légalement incriminés. Mais à la vérité, le code pénal ne sanctionne que « *le fait de donner volontairement la mort* »⁴. Par conséquent, l'incrimination ne repose pas sur une liste d'actes précis mais sur n'importe quel acte volontaire susceptible de causer la mort de la victime. Or, les atteintes portées à un cadavre ne sont pas susceptibles de causer sa mort, de même que les sortilèges ne sont pas à même de causer la mort d'une personne vivante.

57. La nécessaire existence d'une victime incarnant la valeur sociale protégée par l'incrimination. L'atteinte effective ou potentielle à la valeur sociale constituant le résultat de l'infraction, il est clair que celle-ci ne saurait être constituée en l'absence d'une telle atteinte. Il en résulte que, lorsque la victime est le support de cette valeur sociale, sa présence est nécessaire à la constitution de l'infraction. Appliquées strictement et avec logique, les règles légales et prétoriques relatives à la tentative punissable ne devraient pas permettre de suppléer à l'absence de la victime et donc de la valeur sociale. Sans victime, pas d'infraction. C'est pourquoi

¹ Ce que même certains auteurs favorables à la solution de la Cour de cassation en matière d'homicide impossible relèvent. V. par ex. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 275 ; J. PRADEL, *D.* 1986, jur. p. 267, note préc. V. également R. BERNARDINI, *L'intention coupable en droit pénal*, op. cit., n° 163 et s. prônant une conception purement subjective du commencement d'exécution.

² L'agent pourrait-il alors être sanctionné sur le fondement de cette incrimination ? Cette solution originale (dont le mérite revient entièrement à l'une de nos collègues qui nous a suggéré cette hypothèse) nécessiterait de considérer la croyance de l'agent en la vie de sa victime comme une erreur de fait inopérante, puisqu'elle n'aurait pas supprimé la mauvaise foi de l'agent. Toute la question serait de savoir si l'erreur porte sur un élément essentiel de l'infraction quand l'agent pense commettre une infraction, mais pas celle qu'il commet effectivement. La question est malheureusement trop complexe pour être développée ici.

³ V. par ex. J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 396.

⁴ Art. 221-1 CP.

l'infraction est justifiée lorsque, par son comportement agressif, une personne exclut que les violences qu'elle subit en retour soient pénalement sanctionnées.

Section première

L'absence d'infraction due au comportement agressif de la personne visée

58. Agression et riposte ou l'alternance des qualités d'auteur et de victime. La victime a tendance à être perçue comme le protagoniste passif de l'infraction, par opposition au délinquant, actif dans sa commission. Une telle approche ne doit cependant pas masquer le fait qu'en pratique, la victime n'est pas nécessairement inactive. En premier lieu, son comportement précédent l'infraction peut avoir influencé le comportement de l'agent. En second lieu, lorsque la victime découvre le passage à l'acte, que ce soit concomitamment ou postérieurement à l'infraction, elle peut fort bien réagir. En pareils hypothèses, les qualifications d'auteur et de victime s'entremêlent en un nœud gordien qu'il appartiendra au juge de trancher, selon les textes prévus à cet effet par le législateur. Ainsi, lorsqu'un agent pénal commet une agression, il est auteur et la personne visée est victime. Mais si cette victime vient à riposter à l'agression, voici qu'elle devient auteur tandis que l'agresseur endosse le costume de victime de cette seconde agression. Dans les développements qui suivront, le terme d'« agresseur » viendra désigner l'auteur de l'agression initiale, l'« agressé » étant celui qui répondra éventuellement à cette agression première par une agression seconde.

59. Spécificité de la période de consommation de l'agression initiale. Que l'agresseur engage sa responsabilité pénale lorsque son agression prend la forme d'une infraction pénalement punissable n'appelle aucun commentaire particulier. En revanche, plus intéressante est la question de savoir s'il peut être considéré comme la victime pénale de la riposte dont il fait l'objet. Considérée abstraitement, la réaction de l'agressé peut parfaitement correspondre à une infraction pénale. Mais replacée dans son contexte très spécifique, cette réaction de l'agressé peut appeler une appréciation plus nuancée, selon le moment où elle intervient. Dans le déroulement de l'*iter criminis*, la période de commission de l'infraction, ici l'agression initiale, présente des caractéristiques tout à fait intéressantes. Envisagée par rapport à l'auteur de l'infraction, elle marque matériellement et moralement un début de transgression de la loi pénale. Toute la question portera alors sur le point de naissance de la responsabilité pénale, étant donné que le comportement illégal est amorcé, mais n'est pas achevé et n'a pas encore produit tous ses effets. D'où les discussions quant à la distinction entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution. Envisagée du point de vue de la victime de cette infraction et plus globalement de la

société, la période de commission est marquée par la même ambiguïté. L'infraction n'ayant pas encore été achevée, il n'est pas évident d'affirmer qu'elle doit être sanctionnée. Mais, pour la même raison, il peut être encore temps d'en limiter les effets, notamment en se défendant contre cette infraction.

60. Les effets de l'agression initiale sur la qualité de victime de l'agresseur et la responsabilité pénale de l'agressé. Le droit pénal tient compte de cette réalité, aussi l'appréciation juridique de la réaction de l'agressé dépend-t-elle des liens temporels et matériels qu'elle entretient avec l'agression initiale. Lorsque cette réaction vise à protéger l'agressé de l'agression initiale, elle peut échapper à la qualification pénale. L'agresseur n'est alors qualifié que d'auteur de l'infraction qu'est l'agression initiale, et non de victime de la réaction de l'agressé. L'agression initiale prive donc l'agresseur de sa qualité de victime pénale à l'égard de la réaction de l'agressé (I). Cela suppose néanmoins que cette réaction s'inscrive temporellement dans le bref délai séparant la commission de l'agression de la production du dommage, et matériellement dans la limite de ce qu'imposent les nécessités de la défense contre l'agression. L'agression conduit donc l'agresseur à perdre sa qualité de victime pénale, mais dans des limites découlant du cadre défini par cette agression (II). À défaut de respecter ces limites, la réaction de l'agressé pourra engager sa responsabilité pénale. En effet, la rétorsion n'est autorisée que de façon très exceptionnelle en droit pénal français (III).

I – L'AGRESSION PRIVANT SON AUTEUR DE LA QUALITÉ DE VICTIME PÉNALE

61. L'acte d'agression, c'est-à-dire l'infraction initiale, constitue une par définition une situation illégale et va conduire son auteur à perdre sa qualité de victime pénale en fondant le droit de se défendre, classiquement désigné sous l'appellation de légitime défense. Ce droit existe depuis fort longtemps, mais sa justification a été âprement discutée, aussi bien par les juristes que les philosophes et les moralistes. Elle semble, à l'analyse, devoir être trouvée dans le conflit de droits (A) que matérialise l'agression fondant le droit de se défendre (B).

A/ L'AGRESSION COMME CONFLIT DE DROITS FONDANT LE DROIT DE SE DÉFENDRE

62. Celui qui se défend légitimement échappe à sa responsabilité pénale. Le droit de se défendre se matérialise par la commission d'un acte de défense et c'est donc logiquement par rapport à cet acte que se révèlent les fondements du droit de se défendre. Suivant la classification

proposée par M. BERNARDINI¹, le fondement paraît pouvoir être recherché soit dans les causes de l'acte de défense (1), soit dans les effets de cet acte (2).

1) Le fondement lié aux causes de l'acte de défense

63. Certaines théories font découler l'effet justificatif de l'acte de défense du fait que cet acte constitue la réaction à une agression illicite. Plusieurs fondements peuvent à ce titre être envisagés pour la légitime défense (a), mais seul l'un d'entre eux semble mériter une attention plus soutenue b).

a) Les fondements à écarter

64. Selon certains auteurs, la légitimité de la défense résiderait dans l'illégitimité de l'agression. La défense serait alors légitimée soit objectivement par le fait qu'elle constitue une réaction à un acte illégitime (α), soit subjectivement, en considérant que l'illégitimité de l'agression donne à l'agent une raison légitime d'agir (β).

α) Les fondements objectifs tenant à l'illégitimité de l'agression

65. **La légitime défense comme « rétribution du mal par le mal ».** On pourrait estimer que l'acte de défense serait en soi répréhensible, mais qu'il se trouve justifié par le fait qu'il est causé par un acte lui-même répréhensible, à savoir l'agression. Le mal causé par la défense viendrait compenser celui causé par l'attaque². Cette vision ne saurait être retenue pour deux raisons. En premier lieu, cette position serait incompatible avec la reconnaissance de la légitime défense contre l'agression putative³ car il n'y aurait dans ce cas aucun « mal » à compenser. Mais surtout, elle conduit en second lieu à une confusion entre la parade et la riposte⁴, entre la défense de l'agressé et la répression de l'agresseur. La légitime défense n'autorise pas à sanctionner l'agresseur en lui causant un mal équivalent, mais à l'empêcher de causer le mal en question. La légitime défense ne peut pas viser à compenser le mal car c'est là l'objet de la justice et d'elle seule. On ne peut concevoir « un droit de punir exercé par un particulier »⁵. On pourrait alors être tenté d'adapter cette théorie afin de répondre à ce dernier argument.

66. **La légitime défense comme négation de l'injustice.** Certains auteurs ont ainsi proposé le système dit de « la nullité de l'injustice », ou « théorie de la justice absolue ».

¹ R. BERNARDINI, « Légitime défense », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 7 et s.

² Pour une présentation plus détaillée de cette théorie, V. R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 11.

³ Sur laquelle cf. *infra*, n° 89.

⁴ Il conviendra d'être vigilant quant à l'emploi du mot riposte. Étymologiquement, celui-ci évoque un acte de réaction, de rétorsion même. La riposte ne vise pas à se défendre, mais à répliquer à une attaque. On préférera donc l'emploi du terme « acte de défense » à celui de « riposte » qui renvoie davantage à une action postérieure et non concomitante à l'agression.

⁵ R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 12.

L'agression initiale causant la défense est par hypothèse injuste, elle constitue donc une négation du droit. L'acte de défense pourrait dès lors être perçu comme « la négation de cette négation, donc l'affirmation du droit »¹. Parce qu'elle vise à contrecarrer une négation du droit, la défense ne pourrait être que légitime. Le problème de cette conception est qu'elle ne fait aucunement appel à l'exigence de proportionnalité de la défense. L'essentiel étant que l'injustice succombe, tout acte en ce sens devra être approuvé, même s'il est disproportionné. En ce sens, GROTIUS relevait déjà que le « droit de se défendre provient immédiatement, et en premier lieu, de ce que la nature confie à chacun de nous le soin de nous-mêmes ; et non pas de l'injustice ou du crime qui nous expose au péril »². Dans ces deux dernières théories, la légitimité de l'acte de défense réside directement dans l'illégitimité de l'agression : l'acte de défense est légitime car il constitue une réaction à une agression illégitime. Ces théories ayant montré leurs limites, d'autres penseurs ont voulu les affiner en considérant que cette illégitimité de l'agression légitime le motif qui a conduit l'agent à se défendre.

β) Les fondements subjectifs tenant aux motifs de l'acte de défense

67. La légitime défense comme réflexe naturel. Une première analyse consisterait à voir dans l'acte de défense l'expression d'un réflexe naturel. L'agent se défendrait car il ne pourrait s'en empêcher, il pèserait sur lui une forme de « contrainte morale ». Le fait de se défendre correspondrait donc à une attitude naturelle, inhérente à l'être humain, et qui trouverait sa source dans un instinct de conservation. En tant que telle, la légitime défense relèverait du droit naturel, « *non scripta sed natal lex* » pour CICERON³. Une position similaire a également été défendue par M. DANA, pour qui la légitime défense s'assimile à une forme de contrainte⁴. L'auteur précise néanmoins que cette contrainte ne résulte ni de l'instinct de conservation ou d'un réflexe naturel, mais du fait que « *l'agent ne pouvait neutraliser l'agression que par l'accomplissement d'un acte normalement infractionnel.* »⁵.

68. Le refus de la légitime défense comme réflexe naturel. Cette présentation est tout à fait critiquable étant donné que l'agent conservant son libre-arbitre, il est impossible de considérer qu'il a subi une réelle contrainte. Seule la référence à l'instinct de conservation ou à un réflexe naturel expliquerait la qualification de contrainte. Cependant, une telle analyse induit une confusion entre la légitime défense et la contrainte qui est par ailleurs prévue à l'article 122-2 du

¹ Selon la formule de HEGEL, citée par Roger BERNARDINI, in « Légitime défense », op. cit., n° 14.

² GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, II, I, III, traduit par P. PRADIER-FODERE, PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 165.

³ CICERON, *Pro Milone*, IV, 10 ; cité par J.-M. CARBASSE, in *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 22.

⁴ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 23, 1982, n° 206 et s.

⁵ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 207.

Code pénal¹. Par ailleurs, comme le relève M. ROUSSEAU, les exigences de nécessité et de proportionnalité n'ont pas de sens si l'agent a été contraint d'agir². Enfin, cette position se révèle incompatible avec l'état du droit car elle échoue à expliquer la légitime défense d'autrui ou des biens, qui ne procède pas d'un réflexe mais d'un raisonnement³.

69. La légitime défense justifiée par la légitimité de son mobile. D'autres auteurs ont alors émis l'idée selon laquelle la défense serait légitime en raison de l'honorabilité de ses motifs. À travers son acte de défense, l'agent cherche à se protéger lui-même, à protéger autrui ou à protéger un bien contre une agression illégitime. Par conséquent, les mobiles qui l'ont poussé à agir ne seraient pas en contradiction avec l'ordre social. Au contraire, il s'agirait de mobiles nobles, donc légitimes. M. ROUSSEAU a ainsi développé l'idée selon laquelle les faits justificatifs auraient une nature subjective et seraient justifiés par leur mobile légitime⁴. Ce mobile serait caractérisé par « *la volonté de servir l'intérêt général* »⁵. Proportion et nécessité permettraient de caractériser cette volonté de servir l'intérêt social en sacrifiant l'intérêt supérieur ou équivalent menacé par l'infraction⁶. L'agent ne peut prétendre vouloir servir l'intérêt social que pour autant que son acte était le seul moyen de parvenir à cet objectif et que son acte n'ait pas excédé cet objectif. Bien que cette théorie soit intéressante, elle n'est pas à l'abri de la critique.

70. Le refus d'une prise en compte des mobiles. En premier lieu, plusieurs auteurs ont avancé l'argument selon lequel elle va à l'encontre du principe d'indifférence des mobiles en droit pénal et conduirait à légitimer toute infraction inspirée par des motifs honorables⁷. M. ROUSSEAU rétorque que le principe d'indifférence des mobiles connaît déjà certaines exceptions⁸ et qu'une irresponsabilité généralisée n'est pas à craindre en raison de l'appréciation sociale de la légitimité du mobile⁹ : seule la volonté de servir l'intérêt social constituerait un mobile légitime. Cependant, on relèvera que l'existence d'exceptions ne justifie pas en elle-même que l'on en rajoute une, d'autant qu'il n'est pas certain que ce soient réellement des mobiles que le droit pénal prenne en

¹ Dans le même sens, J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009, n° 323.

² F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, n° 164. On pourrait cependant objecter que les exigences de nécessité et de proportionnalité permettraient de délimiter l'étendue de la contrainte pesant sur l'agent : seul l'acte nécessaire et proportionné lui aurait été imposé, ce qui excède cette mesure relèverait de sa propre initiative et pourrait donc être sanctionné. Une telle objection ne résiste pas à l'analyse. En effet, ce raisonnement apparaît excessivement tortueux : il revient à tordre les concepts de nécessité et de proportionnalité afin de les concilier avec la notion de contrainte qui n'y fait aucunement référence. Nécessité et proportionnalité sont des caractères objectifs de l'acte, alors que la contrainte renvoie davantage à l'aspect subjectif, volontaire, de cet acte.

³ Dans le même sens, R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 10.

⁴ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 132 et s.

⁵ *Ibid.*, n° 156.

⁶ *Ibid.*, n° 157.

⁷ R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 16 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuels, 1^e éd., 2010, n° 1143 ; E. LEPOINTE, « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », *Rev. sc. crim.* 1969, p. 547.

⁸ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 151.

⁹ *Ibid.*, n° 153 et s.

compte¹. De plus, la volonté de servir l'intérêt social demeure un critère extrêmement souple, susceptible de conduire à de nombreuses incertitudes quant au champ d'application de la légitime défense. Qui plus est, un auteur a fait observer que ce fondement a quelque chose d'artificiel, dans la mesure où celui qui se défend n'a généralement pas en tête la défense de la société².

71. L'impossible appréciation des mobiles de l'agent. Et surtout, en second lieu, on objectera que cette vision des choses conduit à tordre les concepts de proportionnalité et de nécessité afin de les faire correspondre artificiellement aux exigences d'un raisonnement axé sur les mobiles de l'acte. Proportionnalité et nécessité sont des caractères objectifs de l'acte et renvoient à sa matérialité. Il ne semble pas pertinent d'en faire des critères d'appréciation d'un élément subjectif de l'acte, à savoir le mobile de l'agent. M. ROUSSEAU argue du fait que le mobile doit être établi par référence à des données matérielles objectives, telles que la nécessité et la proportionnalité de l'acte, qui ne seraient que des éléments de preuve³. Pourtant, si seul le mobile compte, il serait illogique d'exiger spécifiquement ces deux critères. Tout élément propre à établir le mobile devrait suffire, sans qu'il soit nécessairement besoin d'établir la nécessité et la proportionnalité.

72. Nécessité d'une appréciation objective de la légitime défense. Au final, cette théorie paraît essentiellement chercher à détourner le sens des critères imposés par la loi afin de subjectiviser la légitime défense. L'intérêt principal d'une telle analyse consiste à permettre une appréciation personnelle, puisque subjective, de la légitime défense. Cela conduirait ainsi à contrecarrer l'effet *in rem* de ce fait justificatif et notamment à permettre de sanctionner celui qui a participé à l'acte de défense en croyant participer à une agression⁴. Dans l'appréciation objective, il convient de distinguer entre la situation du coauteur et celle du complice.

73. L'appréciation objective et le coauteur. À l'instar de l'auteur, le coauteur « *a personnellement accompli les actes matériels constitutifs d'une infraction* »⁵, il réunit sur sa tête les différents éléments de l'infraction et doit donc être traité comme s'il était seul l'auteur de l'infraction⁶. Dans ce cas, puisque le Code pénal prévoit que « *[n]'est pas pénalement responsable la personne qui* »⁷ agit en état de légitime défense, rien ne s'oppose à ce que la situation de chaque coauteur soit appréciée

¹ Cf. *infra*, n° 406.

² F. D'AGOSTINO, « La légitime défense comme problème philosophique », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 23.

³ *Ibid.*, n° 139.

⁴ *Ibid.*, n° 168. Dans le même sens, PH. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 3^e éd., 1998, n° 288. Ces deux auteurs ne prennent cependant pas parti sur le fondement de la légitime défense. Ils se contentent de relever que, si l'analyse subjective triomphait, alors la légitime défense devrait opérer *in personam*.

⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 310.

⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 957.

⁷ Art. 122-5 CP.

de façon indépendante et que seuls ceux qui peuvent arguer avoir agi en état de légitime défense soient justifiés, même en retenant une appréciation objective de ce fait justificatif¹.

74. L'appréciation objective et le complice. Le cas du complice est différent car il s'associe à l'infraction commise par l'auteur principal et la jurisprudence a admis la nécessité d'un fait principal punissable². En conséquence, si l'acte de l'auteur principal est justifié, il ne serait pas possible de retenir sa responsabilité. Celui qui aide un individu à se défendre en croyant aider à une agression échapperait donc à la sanction. Si cela peut surprendre, il s'agit pourtant d'une solution en parfaite adéquation avec les principes de non-répression de l'infraction putative (dans le cas où le « complice » ignore que l'agent ne fait que se défendre)³ et de non-répression de la tentative de complicité⁴. À l'opposé, la conception subjective conduirait à rompre l'égalité devant la loi en sanctionnant le complice dans ce cas alors qu'échapperait toujours à la sanction celui qui aide à commettre un fait non-infractionnel ou qui échoue à aider ou inciter quelqu'un à commettre une infraction. La conception objective de la légitime défense fait donc gagner ce fait justificatif en cohérence et doit alors être préférée. Cela conduit à en retenir un fondement objectif.

b) Le fondement retenu

75. La légitime défense comme réponse à une « collision des droits ». Selon cette théorie, l'agression constitue une collision entre les droits de l'agressé et ceux de l'agresseur. Ces deux protagonistes ont des objectifs rigoureusement opposés. Par conséquent, la reconnaissance des droits de l'un suppose le sacrifice des droits de l'autre. La légitime défense serait dès lors fondée sur l'idée qu'il convient de sacrifier le droit le moins important, le moins légitime, à savoir celui de l'agresseur⁵. Ainsi, selon M. BOULOC, « [d]ans le conflit entre les intérêts de l'agresseur et ceux de la personne attaquée, la vie et l'intégrité corporelle de l'agresseur apparaissent des intérêts moins respectables que la vie et l'intégrité corporelle de la personne attaquée »⁶. De même, M. MAYAUD affirme que la légitime défense permet de « trancher entre deux valeurs en concours, afin de promouvoir celle qui se situe à un niveau supérieur par rapport à l'autre »⁷. M. BERNARDINI estime toutefois cette analyse contestable en ce qu'elle postule le sacrifice du droit le moins important, alors que « le devoir de l'État est de faire

¹ Dans le même sens, E. LEPOINTE, « De l'impunité à la non-punissabilité », *D.* 1978, chron. p. 225 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus droit privé, 13^e éd., 2006, n° 693 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1145 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 266.

² V. par ex. Crim. 2 juillet 1958, *Bull. crim.* n° 513.

³ Sur lequel cf. *supra*, n° 46 et s.

⁴ V. par ex. Crim. 25 octobre 1962 (arrêts Lacour et Banamar), *Bull. crim.* n° 292 et 293 ; *D.* 1963, p. 221, note P. BOUZAT.

⁵ Dans le même sens, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 258-259 et, implicitement, X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012, n° 212 évoquant la nécessité d'une pesée des intérêts en présence .

⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 414.

⁷ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n° 418.

respecter tous les droits sans imposer le sacrifice d'aucun»¹. L'opposition ne paraît pas recevable car le respect des droits passe par la reconnaissance de leur bien-fondé. Cela signifie que le droit n'est protégé que pour autant qu'il s'appuie sur un intérêt juridiquement protégé. Lorsque deux intérêts, supports de deux droits, entrent en collision, il est précisément du rôle de la justice étatique de les mettre en balance pour déterminer lequel a vocation à prévaloir sur l'autre. D'où la célèbre représentation de la Justice, personnifiée une balance à la main. Dans le cas d'une agression, deux intérêts s'affrontent : celui de l'agresseur et celui de l'agressé. Il n'est pas matériellement possible de sauvegarder les deux intérêts concurremment. Ils doivent donc être pesés afin de déterminer lequel a vocation à prévaloir, et dans quelle mesure². La légitime défense se caractérise par le fait que cette pesée n'est pas réalisée *a priori* par la puissance publique avant d'autoriser l'acte, mais *a posteriori*, en validant ou en sanctionnant l'acte effectué par l'agent.

76. La légitime défense comme réponse à la défaillance de la puissance publique. Il conviendrait donc d'affiner cette présentation du fondement de la légitime défense en y incluant cette donnée, relevée par de nombreux auteurs³, de défaillance de la puissance publique. Si l'acte de défense se trouve justifié, c'est parce que l'agent s'est trouvé dans une situation de collision de droits que l'État n'a pas su empêcher et qu'il n'est pas en mesure d'arbitrer immédiatement, ou bien précisément parce que l'agent est lui-même le représentant de l'État chargé d'intervenir⁴. L'agent est donc contraint par l'urgence à agir lui-même pour régler cette collision de droits, en lieu et place de l'autorité défaillante. En ce sens, certains auteurs relèvent que l'agent serait fugacement investi « *de prérogatives de puissance publique* »⁵, ou exercerait une « *police privée* »⁶, une « *police de soi-même* »⁷. Mme. RASSAT va jusqu'à évoquer un « *droit de justice privée* »⁸, ce qui semble tout à fait excessif, l'acte de défense relevant davantage d'une mission de police. Ce fondement

¹ R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 13.

² En ce sens, parler de « sacrifice » d'un droit comme le fait M. BERNARDINI n'apparaît pas exact. Le droit de l'agresseur est préservé dans une moindre mesure que celui de l'agressé, mais il n'est pas entièrement sacrifié pour autant, ainsi qu'en témoigne les exigences de nécessité et de proportionnalité. Ces dernières imposent bien à l'auteur de l'acte de défense de sauvegarder, dans la mesure du possible, l'intérêt de celui contre qui cet acte est dirigé.

³ V. par ex. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 414 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 257 ; A. DECOQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 1971, p. 316 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 726 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 220 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 323 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 325 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 258-259 ; D. REBUT, « Légitime défense (Point de vue juridique) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 924. Cette défaillance possible de l'autorité justifie également, chez GROTIUS, la guerre privée (*Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., I, III, II, 1, pp. 88-89).

⁴ À ce sujet, il est intéressant de noter que, sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal, les agents publics disposaient d'un texte spécial les habilitant à user de la force (art. 186 CP de 1810). Sur ce texte, V. P. DECHEIX, « À côté de la légitime défense, le motif légitime : de l'usage de violences par les agents publics », *D.* 1980, chron. 89. Sur l'obligation d'intervention des agents publics, cf. *infra*, n° 117.

⁵ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 259.

⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 418 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 220 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 323.

⁷ A. DECOQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 317 ; l'expression est reprise par PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON in *Droit pénal général*, op. cit., n° 257.

⁸ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 325.

permet de rapprocher la légitime défense de la cause de justification fondée sur l'article 73 du Code de procédure pénale¹ qui repose également sur l'idée qu'un particulier peut être amené par les circonstances à suppléer l'activité des forces de l'ordre. Cela évoque le mot de CICERON selon lequel « *lorsqu'il s'agit de sauver la liberté des citoyens, il n'y a plus de simple particulier* »². Si l'on veut le trouver dans la cause de l'acte de défense, on retiendra donc que **le fondement de la légitime défense réside dans l'incurie de la société qui oblige l'agent à arbitrer lui-même le conflit de droits matérialisé par l'agression**. L'agent est comptable de la justesse de son arbitrage, ce qui explique que son acte ne sera justifié que pour autant qu'il ait été nécessaire et proportionné. Il en résulte que les effets de l'acte de défense ne sont pas indifférents à sa légitimité, ce qui conduit à en tenir compte dans l'appréciation du fondement de la légitime défense.

2) Le fondement lié aux effets de l'acte de défense

77. La légitime défense comme acte conforme à l'intérêt social. Si l'on admet que l'agent qui se défend agit en lieu et place de l'État, il en résulte que les effets de l'acte de défense devront être équivalents à ceux qu'aurait produits une intervention étatique. Certains auteurs ont donc fondé la légitimité de l'acte de défense sur ses effets. L'acte de défense ne lèse pas, mais au contraire protège les valeurs sociales que le droit pénal a vocation à préserver³. Par conséquent, il s'agit d'un acte que le droit pénal n'a nulle raison de sanctionner et qu'il pourrait même encourager. Nécessité et proportionnalité constitueraient alors les critères de cette conformité à l'intérêt social. Cette position se présente comme une objectivisation de la théorie des mobiles légitimes. Ce qui serait pris en compte ne serait pas l'intention de l'agent de protéger les valeurs sociales, mais le fait que son acte a concrètement eu cet effet⁴. Cela s'explique par le fait que la seule référence aux effets de l'acte serait insuffisante à légitimer l'acte de défense.

78. Le fondement de la légitime défense. Il résulte de leur proximité que la critique opposée à la théorie des mobiles légitimes peut être également adressée à la théorie de M. BERNARDINI selon laquelle l'acte de défense ne puise sa légitimité que dans ses seuls effets⁵. Une telle théorie conduirait en effet à ce que tout acte conforme à l'intérêt social soit justifié, donc à une possible justification de la vengeance ou de la justice privée. Or, il est indéniable que cela n'est pas envisageable car il faut tenir compte des causes de l'acte de défense et notamment de l'échec de l'État à remplir sa tâche. Pour être légitime, l'acte de défense doit servir l'intérêt social, mais il doit également avoir été le moyen le plus adéquat pour arriver à ce résultat. C'est ce qu'exprime la condition de nécessité de l'acte, qui ne saurait être confondue avec la condition de

¹ Sur laquelle cf. *infra*, n° 117.

² CICERON, *De la République*, II, XXV, traduit par CH. APPUHN, GF Garnier-Flammarion, 1965, p. 61.

³ R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 17 et 18, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1144.

⁴ Cette appréciation n'est pourtant pas totalement objective, puisque la jurisprudence admet la légitime défense putative (sur laquelle cf. *infra*, n° 89 et s.).

⁵ R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 7 et s.

proportionnalité¹. La jurisprudence relève d'ailleurs clairement la différence lorsqu'elle sanctionne celui qui a usé de la force alors qu'il aurait pu se contenter d'alerter les services de police². Il convient donc de tenir compte à la fois de la cause et des effets de l'acte de défense. Concluons donc que **la légitime défense est fondée sur la défaillance de l'autorité publique qui met l'agent dans l'obligation de protéger lui-même les valeurs sociales en arbitrant le conflit de droits matérialisé par l'infraction**. Reste alors à définir la nature de cette agression.

B/ LA NATURE DE L'AGRESSION FONDANT LE DROIT DE SE DÉFENDRE

79. Ce conflit de droit apparaît avec clarté dans les hypothèses classiques de légitime défense, l'agression d'un individu par un autre. Celle-ci est caractérisée par deux critères que sont la réalité de l'agression et bien sûr son injustice (1). Cependant, il semble que cette situation n'épuise pas l'ensemble des hypothèses de conflit de droits justifiant une défense. En vérité, la légitime défense semble pouvoir être mise en œuvre toutes les fois qu'il est possible de parler d'agression. Les actes d'agression peuvent se rencontrer dans divers domaines, d'où il résulte une extension du domaine de la légitime défense, notamment aux relations interétatiques (2).

1) Réalité et injustice de l'agression

80. L'agression doit être génératrice d'un conflit de droit nécessitant un arbitrage en faveur de l'agressé. Il en ressort explicitement que l'agression doit présenter un caractère illégitime, injuste (a). Implicitement, il faudrait en déduire que cette agression doit exister pour que le conflit soit réel. Pourtant, le droit n'est pas aussi tranché, faisant intervenir la théorie de l'apparence (b).

a) L'appréciation objective du caractère injuste de l'agression

81. L'agression est l'œuvre de l'agresseur et c'est donc son comportement qu'il convient d'étudier pour apprécier l'injustice de l'agression. L'injustice est une situation objective, qui se doit d'être appréciée par rapport à la personne qui en est la victime, donc à l'agressé. Il convient de prendre en considération les seules caractéristiques du comportement de l'agresseur qui ont pu avoir une répercussion sur la situation de l'agressé. Cela signifie que le caractère objectivement injuste de l'agression est une condition nécessaire et suffisante du droit de se défendre. Autrement dit, seuls l'attitude et le comportement de l'agresseur doivent dès lors être pris en considération (α), à l'exclusion de sa responsabilité pénale (β).

¹ Sur ces conditions, cf. *infra*, n° 122 et s.

² Crim. 9 décembre 1992, n° 91-87.035.

α) Le caractère nécessairement objectif de l'injustice : l'influence matérielle du rôle de l'agresseur victime de l'acte de défense

82. La nécessité d'une action illégale de la victime de l'acte de défense. L'agression initiale doit présenter un caractère injuste. Lorsque l'acte est conforme au droit, il ne peut constituer une agression injuste. La légitime défense ne saurait ainsi être invoquée pour justifier la destruction de semences de maïs transgénique régulièrement détenues¹ ou l'opposition violente à des interruptions volontaires de grossesse légalement pratiquées². Il est également et classiquement admis que la légitime défense ne saurait être invoquée pour résister à une arrestation ou une perquisition légitimement effectuées par des officiers de police³, voire par un particulier agissant conformément à l'article 73 du Code de procédure pénale⁴. Pour que la légitime défense puisse être invoquée, il est nécessaire que la « victime » de l'acte de défense ait préalablement outrepassé, ou tenté d'outrepasser, les limites fixées par la loi. La jurisprudence a cependant réduit cette exigence lorsque l'agression initiale émane d'une autorité publique.

83. Le refus d'admettre la défense contre un acte illégal des forces publiques. Que l'action légale des forces de l'ordre ne puisse constituer une cause de légitime défense est parfaitement évident. La question se pose lorsque celles-ci s'affranchissent du cadre légal règlementant leur action. La Cour de cassation a très tôt affirmé que les actes d'officiers ou d'agents de police, même illégaux, ne peuvent justifier qu'on y résiste⁵. L'agent ne saurait donc invoquer la légitime défense, pas plus qu'il ne pouvait se prévaloir de l'excuse de la provocation sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal⁶. Cette solution est conforme aux solutions retenues en matière de rébellion. Une jurisprudence bien établie estime ce délit⁷ constitué même si l'acte auquel l'agent s'est opposé était illégal⁸. Pareillement, en matière de circonstance aggravante tenant à la fonction de la victime, la Cour de cassation estime que l'agent public doit être considéré comme dans l'exercice de ces fonctions même si l'acte qu'il exécute est illégal⁹. On reconnaîtra donc la cohérence de la solution, mais celle-ci constitue un mérite insuffisant à la justifier.

¹ TGI Agen, 18 février 1998, *D.* 1999, p. 334, note J.-CH. GALLOUX.

² T. corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 2, Somm. 327.

³ Crim. 9 février 1972, *Bull. crim.* n° 54 ; *D.* 1972, Somm. 80.

⁴ M. PUECH, note sous Crim. 1^{er} octobre 1979, *D.* 1980, IR, p. 334. Sur cet article, cf. *infra*, n° 117 et 335.

⁵ Crim. 15 septembre 1864, *S.* 1865, 1, 152.

⁶ P. DECHEIX, « À côté de la légitime défense, le motif légitime : de l'usage de violences par les agents publics », *D.* 1980, chron. 89.

⁷ Défini comme « le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice » (Art. 433-6 CP).

⁸ V. par ex. Crim. 3 mai 1961, *Bull. crim.* n° 234 ; Crim. 2 juillet 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 1, Somm. 78 ; Crim. 19 mai 1999, n° 98-81.627 ; Crim. 1^{er} septembre 2004, *Bull. crim.* n° 190.

⁹ V. par ex. Crim. 29 novembre 1946, *Bull. crim.* n° 219 ; Crim. 7 février 1995, *Bull. crim.* n° 51 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 131, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

84. Un refus justifié. En premier lieu, on pourrait relever le caractère inéquitable de cette solution eu égard au fait que les particuliers agissant sur le fondement de l'article 73 du Code de procédure pénale n'en bénéficient pas. Cet argument n'est cependant pas pertinent. En effet, on justifie cette solution en évoquant le fait qu'elle constituerait le pendant de la sanction pénale accrue encourue par les agents publics lorsqu'ils commettent des faits de violences¹. Or, seuls les agents publics encourent une telle circonstance aggravante. Il est certain qu'en raison de la nature de leurs missions, ceux-ci sont plus amenés à faire usage de la force et il paraît tout à fait juste de les protéger. Permettre à la personne concernée de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant l'illégalité de l'acte encouragerait les résistances aux agents publics. Par ailleurs, les particuliers ne semblent pas forcément aptes à juger de la légalité d'une action particulière des forces de l'ordre² et, comme la légitime défense putative est admise, la simple apparence de l'illégalité suffirait à justifier l'agent.

85. Un refus à encadrer. Si cette solution paraît donc fondée en son principe, elle paraît néanmoins excessive dans son application. Il est évident que certains actes de l'agent public n'ont aucune vocation à être subis passivement par leur victime. Il serait ridicule de demander à la victime d'un « passage à tabac » de supporter patiemment les coups, voire de se laisser occire, en se contentant de la satisfaction de savoir que son bourreau sera durement sanctionné. D'autres solutions doivent dès lors être envisagées³. La plus intéressante consiste à admettre que les actes manifestement illégaux des agents publics ouvrent droit à la légitime défense. Il serait dès lors interdit de résister aux agents publics, sauf dans les hypothèses extrêmes dans lesquelles la victime ne peut douter de l'illégalité des actes dont elle fait l'objet⁴. Cette position a d'ailleurs déjà été admise par certaines juridictions du fond⁵, ce qu'il faut approuver. L'agressé doit pouvoir se défendre lorsqu'il fait l'objet d'une agression objectivement injuste. Ce caractère objectivement injuste est donc nécessaire, mais aussi suffisant.

β) Le caractère purement objectif de l'injustice : l'indifférence de la responsabilité pénale de l'agresseur victime de l'acte de défense

86. Une indifférence découlant du fondement de la légitime défense. Les données subjectives tenant à l'irresponsabilité de l'agresseur ne sont pas pertinentes dans l'appréciation de

¹ P. DECHEIX, « À côté de la légitime défense... », op. cit.

² V. É. DESMONS, « Droit de résistance », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 459, relevant le droit de résistance suppose un conflit entre deux normes (l'une brandie par l'autorité, l'autre par l'agent), ou deux interprétations d'une même norme (dont l'une émane de l'autorité et l'autre de l'agent) et que l'exercice de ce droit de résistance requiert « la faculté d'accéder à une connaissance certaine du droit, ainsi que la capacité d'interpréter de manière incontestable l'antinomie entre les normes disputées. ».

³ V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 418.

⁴ Dans le même sens, É. GARÇON, *Code pénal annoté*, Recueil Sirey, 1952, art. 209, n° 116.

⁵ Par ex. T. corr. Lille, 12 février 1948, *D.* 1948, p. 305 ; CA Reims, 18 mai 1984, *JCP G* 1985, II, 20422, note P. CHAMBON.

la légitime défense. Que la responsabilité pénale de l'agresseur puisse ou non être mise en œuvre, la valeur sociale protégée par l'incrimination n'en est pas moins atteinte par son acte. Or, ainsi qu'il a été vu¹, c'est précisément la nécessité pour l'agent de préserver cette valeur sociale qui fonde son droit à user de la légitime défense. Par conséquent, le fait que l'agression émane d'une personne bénéficiant d'une cause subjective d'irresponsabilité (mineur, personne privée de discernement) ne prive pas l'agressé de son droit de se défendre.² GROTIUS ne dit pas autre chose lorsqu'il relève qu'ainsi, « *si je ne puis autrement sauver ma vie, m'est-il permis de repousser par toute sorte de violence celui qui l'attaque, bien que peut-être il soit exempt de péché : parce que ce droit ne naît pas proprement du péché d'autrui, mais du droit que la nature m'accorde pour moi-même* »³. La solution doit être étendue aux causes particulières d'irresponsabilité et *a fortiori* aux immunités. Rien n'interdirait donc de se défendre contre un membre du corps diplomatique⁴, voire contre un Président de la République⁵. Dans toutes ces situations particulières, le droit reconnaît à l'agressé le pouvoir de se défendre légitimement.

87. Une indifférence confirmée par le droit positif. La Cour de cassation a depuis longtemps reconnu que celui qui est agressé par un enfant ou un dément peut se prévaloir de la légitime défense⁶ et la doctrine, de manière générale, confirme cette solution⁷. Les auteurs relèvent que les causes de non-imputabilité ne font pas disparaître le caractère infractionnel des faits, mais empêchent simplement de les imputer à l'agent. Par conséquent, l'atteinte demeure injustifiée au sens de l'article 122-5 alinéa 1^{er} du Code pénal. La légitime défense des biens, qui requiert un crime ou un délit contre un bien, peut pareillement être invoquée, étant donné que l'infraction demeure constituée. Le critère consacré par le droit positif tient donc à la qualification

¹ Cf. *supra*, n° 75 et s.

² Comme le note Mme RASSAT, « *s'il peut paraître socialement normal que l'on soumette les déments et les enfants à un régime spécial de responsabilité pénale, il n'en résulte pas, du point de vue des individus, que chacun ait le devoir de se laisser tuer ou blesser par eux sans avoir le droit de riposter.* », in *Droit pénal général*, op. cit., n° 329.

³ GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., III, I, II, 1, p. 582.

⁴ Lesquels bénéficient des inviolabilités édictées par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques en ses articles 22 (locaux des missions diplomatiques), 24 (archives et documents de la mission), 27 (correspondance et valise diplomatique), 29 (personne de l'agent diplomatique), 30 (domicile de l'agent diplomatique) et 31 (immunité de juridiction). La ratification de cette Convention par la France a été autorisée par la loi n° 69-1039 du 20 novembre 1969 (JORF du 21 novembre 1969, p. 11350).

⁵ Selon l'alinéa 1^{er} article 67 de la Constitution, le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité (à l'exception des actes incriminés par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (art. 53-2 de la Constitution) et des actes constituant un manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat, lesquels permettraient d'envisager sa destitution (art. 68 de la Constitution)). Il s'agit là d'une cause subjective et limitée d'irresponsabilité civile, pénale et politique. S'agissant des actes extérieurs à ses fonctions, le Président de la République bénéficie, durant son mandat, d'une inviolabilité. Sur le statut pénal du chef de l'État, V. P.-O. CAILLE, « Président de la République », *Juris-Classeur Administratif*, fascicule 100, n° 19 et s. V. contra M.-L. RASSAT, « Du statut dit « pénal » du président de la République », *Dr. pén.* 2007, étude 8, estimant que les nouvelles dispositions de la Constitution sont inapplicables et partant que le Président de la République bénéficierait d'une irresponsabilité totale doublée d'une immunité complète, aussi bien pénalement que civilement ou politiquement.

⁶ Crim. 17 décembre 1864, *D.* 1865, 1, 102 ; Crim. 11 janvier 1896, *D.* 1896, 1, 368.

⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 418 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 261 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 327 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 329.

des faits. S'agissant de la légitime défense des biens, toute cause d'irresponsabilité ou tout obstacle à l'exercice des poursuites qui laisserait subsister la qualification pénale des faits ne s'oppose pas à la caractérisation de l'état de légitime défense. S'agissant de la légitime défense des personnes, il s'agira de déterminer si l'agression demeure « injustifiée ». Il convient donc de prendre en considération tant la situation de l'agresseur et celle de l'agressé. Il faudra alors se demander corrélativement si l'agresseur avait le droit de commettre les faits et si l'agressé avait le droit de s'y opposer. Tout cela suppose *a priori* que l'agression ait été réelle, mais, en application de la théorie de l'apparence, il est possible de tenir compte des perceptions des différents protagonistes.

b) L'appréciation subjective du caractère réel de l'agression

88. Lorsque la réalité de l'agression est avérée, la légitimité de l'acte de défense se trouve établie. Comme pour tout fait justificatif, il revient à celui qui se prévaut de la légitime défense d'en rapporter la preuve. Il revient donc en principe à l'agent d'établir la réalité de l'agression qui fonde cette légitime défense. La situation de l'agent est dès lors délicate lorsque cette agression n'existe que dans son esprit (α). Elle se simplifie considérablement lorsque l'agression est présumée (β).

α) Légitime défense et agression putative

89. La difficile consécration de la légitime défense contre l'agression putative. Il peut sembler délicat d'envisager la légitime défense lorsque l'agression n'existe que dans l'esprit de l'agent¹. De son point de vue, ce dernier se trouve en présence d'un conflit de droit qu'il est légitime de vouloir arbitrer. Le problème est que son intervention ne saurait à l'évidence être nécessaire ou proportionnée. Bien au contraire, l'agent va créer un conflit de droit, au détriment de la victime de l'acte de défense, là où il n'en existait aucun. Une telle situation est de plus éminemment polémogène². La victime de l'acte de défense, étant illégitimement agressée, est fondée à se défendre et son « agresseur », persuadé d'agir le plus légalement du monde, risque fort de riposter à son tour et ainsi de suite. La légitime défense paraît alors perdre de sa raison d'être, puisqu'au lieu d'arbitrer un conflit de droit de manière satisfaisante, elle en crée un *ex nihilo*, qui plus est apparemment insoluble. Certains arguments pratiques militent pourtant en faveur d'une reconnaissance de la légitime défense putative.

¹ La doctrine relève ici qu'il convient de parler d'agression putative et non de légitime défense putative car c'est bien l'agression qui n'existe que dans l'esprit de l'agent. V. par ex. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 730 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 420 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 326 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 328.

² Terme désignant ce qui est de nature à engendrer un conflit, emprunté à Stamatis TZITZIS, in *La philosophie pénale*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 1^e éd., 1996, pp. 48 et s. (V. également S. TZITZIS, *Les grandes questions de la philosophie pénale*, Buenos Books International, 2007, pp. 36 et s.).

90. La nécessaire consécration de la légitime défense contre l'agression putative. Ne pas autoriser la théorie de l'apparence à produire ses effets en la matière constituerait un choix inadéquat. Cela reviendrait à exiger de l'agent qu'il n'intervienne qu'en cas d'agression réelle. Or, on ne peut exiger de l'agent qu'il connaisse la réalité intrinsèque et absolue de toute situation. Il ne peut se déterminer que par rapport à sa propre perception de ladite situation, d'autant qu'une agression constitue un contexte très particulier, nécessitant une réaction rapide et excluant bien souvent la possibilité pour l'agent d'effectuer de quelconques vérifications. Faire peser sur l'agent le risque de l'erreur découragerait bon nombre d'interventions en faveur d'autrui et s'avèrerait excessif pour celui qui s'est défendu lui-même. L'agent qui intervient dans le cas d'une agression imaginaire n'a pas l'intention de léser les valeurs sociales que préserve le droit pénal, bien au contraire. En revanche, il est certain que son acte porte atteinte auxdites valeurs. La légitime défense n'étant pas fondée sur la pureté des mobiles de l'agent¹, le sanctionner semblerait possible. Pourtant, cela reviendrait à faire primer ce que l'on pourrait nommer la fonction cathartique² du droit pénal, au détriment de sa fonction normative. On sanctionnerait alors l'agent qui n'aurait pas entendu démériter afin que la victime de son acte voie son agresseur puni. On pourrait objecter à ceci que le droit pénal sanctionne déjà celui qui a causé un dommage qu'il n'a pas souhaité, par le biais des fautes pénales non-intentionnelles. Mais même en pareil cas, la violation d'une valeur protégée par le droit pénal est insuffisante à justifier la sanction. Il est nécessaire que cette violation procède d'une faute³, caractérisant un démérite de l'agent. Or, dans le cadre d'une agression putative, l'agent ne saurait se voir reprocher son action s'il a effectué toutes les vérifications que sa situation lui permettait.

¹ Cf. *supra*, n° 69 et s.

² Cette fonction pourrait être décrite comme celle tenant à la satisfaction des victimes, voire des tiers, à la vue de la sanction infligée à l'auteur de l'infraction qui les frappe. Une telle fonction serait mise en avant lorsque le droit pénal vient sanctionner un individu qui n'aurait pas démérité, mais dont l'acte aurait engendré un préjudice, afin de donner satisfaction à la victime de ce préjudice. Ce rôle, lorsqu'il est assumé par le droit pénal, conduit ce dernier à renier ses fondements, qui tiennent à la nécessité de sanctionner des comportements coupables portant atteinte aux valeurs essentielles de la société. À ce titre, cette fonction est justement critiquée et ce depuis un certain temps. Son essor est pourtant indéniable, ainsi qu'en témoigne par exemple la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (*JORF* du 26 février 2008, p. 3266). Au niveau de l'instruction, cette loi a, notamment, prévu que l'ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental précise qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits reprochés (art. 706-120 al. 2 CPP lorsqu'elle est rendue par le juge d'instruction, art. 706-125, 1° CPP lorsqu'elle est rendue par la chambre de l'instruction). Lorsque l'affaire est portée devant la juridiction de jugement, celle-ci doit préciser que l'intéressé a bien commis les faits en cause avant de prononcer son irresponsabilité pénale pour trouble mental (art. 706-133, 1° CPP pour le tribunal correctionnel ; les articles 349-1 et 361-1 du même Code prévoyait déjà que la commission des faits et la cause d'irresponsabilité pénale doivent faire l'objet de deux questions successives devant la cour d'assises). Il s'agit bien là d'une application de cette fonction cathartique précédemment évoquée. Il s'agit de permettre à la victime de voir judiciairement déclarée que l'intéressé a commis (ou au moins qu'il y a des fortes suspicions qu'il ait commis) les faits avant de prononcer l'irresponsabilité de ce dernier. La justice pénale cherche alors à apporter satisfaction à la victime, au détriment d'un individu auquel son état interdit d'imputer un démérite.

³ Une imprudence, une négligence, un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement (art. 121-3 al. 3 CP), un manquement manifestement délibéré à une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer (art. 121-3 al. 4 CP).

91. L'admission de la légitime défense contre l'agression putative. La légitime défense contre l'agression putative peut donc être admise¹, mais à la condition que l'agent ait effectué toutes les vérifications possibles et que l'acte de « l'agresseur » ait été univoque². L'agression putative paraît ainsi correspondre aux hypothèses dans lesquels « l'agresseur » a eu un comportement qui, sans être à proprement parler fautif, était à tout le moins susceptible d'être mal interprété ou d'apparaître menaçant. C'est en cela que la simple pureté des mobiles de l'agent ne saurait suffire à justifier l'infraction. On ne saurait aller jusqu'à dire que « l'agresseur » a « mérité » son sort, mais il aurait cependant du avoir conscience du caractère apparemment menaçant de son acte et des réactions que celui-ci pouvait susciter³. Mais de telles considérations nécessitent au préalable que l'agent rapporte la preuve du caractère univoque de l'acte auquel il a répondu. L'appréciation devant se faire *in concreto*, il est à cet égard certain que, dans les affaires les plus importantes, une reconstitution pourrait constituer un mode de preuve intéressant. À l'opposé, la situation de l'agent est facilitée lorsque la légitime défense est présumée.

β) Légitime défense et agression présumée

92. La distinction des deux types de présomption de légitime défense. Selon l'article 122-6 du Code pénal, il existe deux cas dans lesquels l'agent est présumé avoir agi en état de légitime défense. Le premier concerne l'acte de défense effectué « *pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité* » et le second « *pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillage exécutés avec violence* ». Dans les deux cas, le résultat est identique, la légitime défense est

¹ Et la jurisprudence l'a admise il y a un certain temps, précisant que la légitime défense peut être invoquée dans « *le cas où celui qui se défend peut raisonnablement croire qu'il se trouve en péril* » (CA Chambéry, 6 février 1907, DP 1907, 5, p. 19). La solution a par la suite été confirmée : V. par ex. Crim. 14 février 1957, Bull. crim. n° 155 (cas d'un père qui, apercevant un homme braquer une arme en direction de son fils, a abattu l'individu, ignorant que ce dernier ne faisait que jouer avec l'enfant) ; Crim. 20 octobre 1993, n° 92-85.736 (cas d'une commerçante qui, se croyant séquestrée par un huissier de justice et ses accompagnateurs venus recueillir des renseignements, a utilisé une bombe lacrymogène à l'encontre de l'huissier).

² Ainsi, la légitime défense est admise pour qui a tiré sur un malfaiteur, de nuit, alors que celui-ci venait de se retourner de façon menaçante et que l'agent pouvait penser qu'il venait de sortir une arme de sa poche (CA Nancy 9 mars 1979, D. 1981, p. 462, note R. BERNARDINI). N'est en revanche pas justifié le gazage envers un individu sur la voie publique d'un individu qui injurait l'agent mais n'avait commis aucune violence et s'était contenté d'esquisser un geste vers sa poche (CA Paris, 26 octobre 1999). Dans le premier cas, l'agent n'avait pas la possibilité d'effectuer de plus amples vérifications et le geste du malfaiteur était menaçant. Dans le second, l'attitude de « l'agresseur » n'était pas assez significative et l'agent aurait pu attendre que l'individu tente au moins de sortir quelque objet de sa poche avant de s'estimer menacé.

³ Ainsi que l'illustrent le cas de celui qui braque une arme sur un enfant (d'autant que le contexte de ce village où chaque adulte semble armé ne paraît pas emprunt de pacifisme...) ou de l'huissier et des ses accompagnateurs qui, d'après l'arrêt, sont entrés dans le magasin à l'insu de la commerçante, par une porte interdite au public, lui ont subtilisé ses clés et alors que l'un des accompagnateurs bloquait la porte de son pied afin de l'empêcher de sortir. Il convient d'ailleurs de se demander si, dans ce second cas, l'agression n'est pas réelle. L'arrêt de la Cour d'appel est contradictoire sur ce point puisqu'il affirme que la commerçante « *a pu s'estimer séquestrée* » avant d'évoquer « *l'agression dont elle était l'objet* ». La Cour de cassation se contente de valider le raisonnement de la Cour d'appel en évoquant son pouvoir souverain d'appréciation. Quoiqu'il en soit, cette espèce illustre bien la délicate frontière qui sépare l'agression proprement dite du comportement qui, sans se vouloir agressif, est tellement déplacé qu'il ne saurait apparaître que comme une agression. Il est probable que l'huissier n'ait pas entendu agresser la commerçante, mais peut-être ne lui déplaisait-il pas qu'elle se croit agressée et soit ainsi plus encline à fournir les renseignements que l'officier ministériel recherchait.

présumée dans son ensemble. En revanche, le raisonnement à l'origine de cette commune présomption diffère sensiblement¹. Ainsi, dans le second cas, l'agression elle-même n'a pas à être présumée puisqu'elle constitue l'hypothèse sur laquelle se fonde la présomption de légitime défense. Pour bénéficier de la présomption, l'agent doit établir qu'il se trouvait dans les conditions d'application du texte, donc face à des vols ou des pillages exécutés avec violence. Il s'agit alors essentiellement de présumer que l'agent a agi de façon nécessaire et proportionnée à l'encontre de l'auteur de ces actes violents. En revanche, dans le premier cas, sont présumés non seulement les caractères de l'acte de défense, mais également l'existence même de l'acte d'agression.

93. La présomption simple d'agression découlant des circonstances. Cette présomption d'agression repose sur le comportement de l'agresseur présumé et les circonstances dans lesquelles il est commis. L'agresseur présumé cherche à entrer dans un lieu par des moyens peu compatibles avec des intentions amicales (violence, ruse ou effraction). À l'exception de la violence, ces actes ne dénotent pas nécessairement une volonté d'agression². Mais si on les conjugue au fait qu'ils ont lieu de nuit et que les lieux sont habités, le législateur a estimé dès 1810 que ces actes généraient une situation dans laquelle les occupants des lieux pouvaient raisonnablement se croire menacés. Dans une optique de protection du domicile, de « *réaction territoriale instinctive* »³, la loi présume donc la légitime défense et, comme le rappelle M. ROBERT, « *l'agent n'a pas à s'informer davantage des intentions des agresseurs à son égard* »⁴. Il ne s'agit cependant là que d'une facilité probatoire en faveur de l'auteur de l'acte de défense. En effet, après quelques tergiversations, la jurisprudence a affirmé dans un arrêt Réminiac qu'il ne s'agit que d'une présomption simple, susceptible de céder devant la preuve contraire⁵. Un tel caractère semble plus en adéquation avec la nature exceptionnelle des faits justificatifs et il paraît pertinent de ne pas légitimer celui qui a usé de violences alors qu'il savait qu'aucun risque n'était encouru par lui-même ou autrui⁶. Seule l'agression réelle, ou celle que l'agent pouvait raisonnablement croire telle

¹ Une seconde différence résiderait dans le fait que le premier cas de présomption de légitime défense correspond à « *un fait isolé et précisément localisable* » (l'entrée dans les lieux) alors que le second renverrait à « *un ensemble de faits dont la localisation s'étale dans le temps et l'espace* » (les vols ou pillages violents) (C. MASCALA, « Faits justificatifs – Légitime défense », *Juris-Classeur Pénal Code*, fasc. 20, art. 122-5 et 122-6, 2012, n° 106 et s.

² Ainsi que l'illustrent deux arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans lesquels l'individu tentant de pénétrer dans les lieux n'était animé que de galantes intentions envers une domestique de la maisonnée (Crim. 8 juillet 1942, *Bull. crim.* n° 88) ou envers la fille du propriétaire (Crim. 12 octobre 1993, n° 93-83.504).

³ C. MASCALA, « Faits justificatifs – Légitime défense », op. cit., n° 103. L'auteur relève que ce fondement assigne à cette présomption de légitime défense une fonction de protection d'intérêts privés, là où le second cas de légitime défense présumée viserait à assurer la protection de l'ordre public dans une région troublée par les violences (*Ibid.*, n° 105).

⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 262.

⁵ Crim. 19 février 1959, *Bull. crim.* n° 121 ; *JCP G* 1959, II, 11112, note P. BOUZAT (réprobatoire) ; *Rev. sc. crim.* 1959, p. 839, obs. A. LEGAL (approbatoire) ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 8^e éd., 2012, n° 23, p. 319. Sur les évolutions de la force de cette présomption, V. également C. MASCALA, « Faits justificatifs – Légitime défense », art. préc., n° 112 et s.

⁶ Dans le même sens, A. LEGAL, obs. préc. Contra, P. BOUZAT, note préc.

en raison des circonstances, ouvre droit à légitime défense car elle seule rend l'acte de défense nécessaire. Cette nécessité de se défendre se conçoit aussi bien entre particuliers qu'entre États.

2) L'extension du domaine de prise en compte de l'agression aux relations interétatiques

94. La légitime défense est une institution juridique dont l'influence ne s'est pas fait sentir uniquement en droit pénal interne. Cette institution semble également avoir été une source d'inspiration dans le développement du droit de la guerre entre nations. Cette influence se traduit tant dans les règles du *jus ad bellum*, ou droit vers la guerre, qui traite de l'entrée en guerre (a) que du *jus in bello*, ou droit dans la guerre, qui règlemente la conduite des hostilités (b).

a) L'influence encore relative de la légitime défense dans le *jus ad bellum*

95. **Un droit traditionnellement admis entre particuliers.** Classiquement, la légitime défense autorise un particulier à se défendre lui-même, défendre autrui, ou éventuellement un bien, contre l'agression perpétrée par une autre personne. Cette institution juridique prend sa source au fond des âges et a par la suite traversé toutes les époques. Elle figurait déjà dans la loi des Douze Tables¹, fut reprise dans le droit coutumier dès le XIII^e siècle², puis à l'article 328 de l'ancien Code pénal avant d'intégrer les nouvelles dispositions de ce Code aux articles 122-5 et 122-6. Au plan du droit comparé, on relèvera que la légitime défense des personnes figure parmi les faits justificatifs universellement admis³. Si la légitime défense entre individus remonte à des temps très anciens, ce n'est que bien plus récemment que le droit a pareillement encadré le recours à la force entre États.

96. **La légitime défense comme restriction du recours à la force entre États.** Il a bien sûr toujours été admis qu'un État⁴ puisse se défendre lorsqu'il est agressé par l'un de ses semblables. Rares sont en effet les États qui ne se permettent pas eux-mêmes ce qu'ils autorisent à leur population et la légitime défense est internationalement reconnue. Pourtant, cette prérogative de fait tend de plus en plus à se transformer en droit juridiquement encadré. Le droit de légitime défense est ainsi consacré à l'article 51 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945. Le Traité de l'Atlantique Nord, signé le 4 avril 1949, repose entièrement sur l'application de ce droit⁵. L'essor du droit international tend à restreindre le recours à la force dans le cadre de relations internationales de plus en plus policées, au moins extérieurement. Le *jus ad bellum*, droit

¹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 22.

² J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 127.

³ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 3^e éd., 2008, n° 102.

⁴ Ce qui est vrai pour un État l'est également pour un organisme international ou pour toute autre entité à même d'évoluer dans la sphère internationale et reconnue par le droit.

⁵ L'article 5 du Traité a pour but de « mutualiser » la légitime défense : l'agression à l'encontre de l'une des Parties contractantes est considérée, au regard de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, comme une agression dirigée contre l'ensemble d'entre elles. La légitime défense peut dès lors s'exprimer collectivement (à condition que l'atteinte ait eu lieu dans la sphère d'influence du Traité, à savoir l'Europe, l'Amérique du Nord et l'Atlantique Nord).

de l'entrée en guerre, vient ainsi compléter le classique *jus in bello* régissant les hostilités une fois celles-ci engagées. La légitime défense tend alors à devenir l'une des seules hypothèses dans lesquelles un État peut recourir à la force armée sans encourir les foudres de la communauté internationale. Les autres emplois de la force conformes au droit international, tels que les interventions décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies¹, renvoient également à une idée de défense et de protection. Il s'agit alors de mettre fin aux atteintes subies par des populations civiles ou à une agression injustifiée.

97. La légitime défense comme pendant à l'incrimination du crime d'agression. Le développement du *jus ad bellum* a conduit à l'essor de l'incrimination de crime d'agression, traduisant une volonté internationale de mettre la guerre hors-la-loi. Cette volonté puise assez loin ces racines dans l'histoire. Déjà, la monarchie, puis la République romaine avaient institué le collège des féciaux, chargé d'apprécier et de valider les motifs de déclaration de guerre². CICERON relevait ainsi qu'« *injustes sont les guerres entreprises sans cause. Sauf quand il s'agit de venger une injure ou de repousser l'ennemi, on ne peut faire justement la guerre.* »³. Dès 1928, le Traité de Paris du 27 août 1928⁴, aussi appelé « Pacte Briand-Kellogg »⁵, contient un article premier par lequel les parties contractantes « *condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles* », le règlement des conflits ne devant être recherché « *que par des moyens pacifiques* »⁶. Il ne s'agissait là que d'une condamnation morale et philosophique de la guerre et il faudra attendre les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo pour que soient prononcées les premières condamnations pour crimes d'agression⁷. La condamnation morale de la guerre a été confirmée dans de nombreux textes essentiels⁸ et l'incrimination du crime d'agression s'est ancrée durablement dans l'ordre juridique international. L'article 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale donne ainsi compétence à cette juridiction permanente pour connaître du crime d'agression. Celui-ci est défini assez largement puisqu'il englobe tout emploi de la force armée par un État contre un autre en violation manifeste de la Charte des Nations Unies⁹. L'existence de cette incrimination

¹ Art. 42 de la Charte des Nations Unies.

² CICERON, *De la République*, op. cit., II, XVII, p. 55.

³ CICERON, *De la République*, op. cit., III, XXIII, p. 87.

⁴ Qui peut être consulté, en français, sur le site « LETTONIE – RUSSIE, Traités et documents de base – in extenso » à l'adresse <http://www.letton.ch>.

⁵ Du nom du ministre des affaires étrangères français Aristide BRIAND et du secrétaire d'État américain Frank Billings KELLOGG.

⁶ Art. 2 du Traité.

⁷ Sur l'historique et le développement de cette incrimination, V. A.-T. LEMASSON, « Le crime contre la paix ou crime d'agression – De la réactivation d'une infraction de droit international classique... », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 275 et P. TRUCHE et P. BOURETZ, « Crimes contre l'humanité – Génocide – Crimes de guerre et d'agression », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 84 et s.

⁸ V. par exemple l'article 33 de la Charte des Nations Unies ou les articles 1 et 2 du Traité de l'Atlantique Nord.

⁹ La définition de ce crime est donnée à l'article 8 *bis* du Statut. Il est constitué par « *la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies* ». L'acte

renforce d'autant le droit de légitime défense. Si l'emploi initial de la force armée constitue obligatoirement un crime, une agression illégitime, la défense opposée à cette attaque ne saurait être que légitime. GROTIUS relevait ainsi que « *la première cause d'une guerre juste est donc une injure qui n'est pas encore faite, mais qui menace ou le corps, ou les biens* »¹. Les autres causes de guerre juste relevées par lui tenaient à la défense, à « *la poursuite de ce qui est à nous ou de ce qui nous est dû* »², ce qui n'est pas sans évoquer une réaction à un acte illicite, ou au moins injuste. La légitimité de cette défense découle de ce qu'elle constitue la négation d'un acte dont l'illégitimité est telle qu'elle a conduit à l'incriminer.

98. L'influence grandissante du droit pénal sur le droit de la guerre. Ainsi, concurremment à la « contamination » du droit pénal interne par la logique guerrière, dénoncée par Mme DELMAS-MARTY³, on peut observer un mouvement inverse de pénalisation du droit de la guerre. Le *jus ad bellum* emprunte certaines conceptions et certaines logiques propres au droit pénal, ce dont on aurait tout lieu de se réjouir. Une telle orientation semble symptomatique d'une volonté d'encadrer et de policer les relations internationales. Cette orientation est cependant très relative en matière de *jus ad bellum* et s'exprime davantage dans le cadre du *jus in bello*⁴. Cela peut s'expliquer par le fait que le déclenchement des hostilités est une prérogative, un acte de l'État en tant que tel alors que la conduite des hostilités relève non pas de l'État lui-même, mais de ses agents personnes physiques. Or, l'institution juridique est plus encline à sanctionner des personnes physiques que des États⁵. Le droit, qu'il soit national ou international, est encore rétif à sanctionner ces derniers, du fait qu'ils apparaissent simultanément comme sujets de droit et auteurs de la norme⁶.

d'agression est défini de manière générique comme « *l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État* » (art. 8, 2° du Statut). On pourra regretter l'imprécision du critère de la violation manifeste de la Charte des Nations Unies dans la mesure où l'illicéité de l'acte d'agression ne repose que sur lui. Ainsi, une opération de maintien de la paix décidée par le Conseil de sécurité correspond entièrement à la définition du crime d'agression, à l'exception du fait qu'elle n'est pas une violation mais une application de la Charte des Nations Unies.

¹ GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., II, I, II, 3, p. 165.

² *Ibid.*, II, I, III, 2, p. 164.

³ Cf. M. DELMAS-MARTY, « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 59.

⁴ Sur ce point, cf. *infra*, n° 99 et s.

⁵ Dans le même sens, V. M. MASSE, « La place du droit pénal dans les relations internationales », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 123. La responsabilité pénale des États y est présentée comme une utopie, seuls les dirigeants personnes physiques pouvant voir leur responsabilité pénale mise en cause.

⁶ La position du Code pénal français, qui exclut la responsabilité pénale de l'État dans son article 121-2 alinéa 1^{er} est à ce titre révélatrice. On pourrait avancer plusieurs arguments pour expliquer cette réticence. En premier lieu, comme il a été dit, le fait que les États apparaissent simultanément comme auteurs et sujets de la norme peut constituer une première explication. Ensuite, il serait possible d'avancer le fait qu'un État constitue un ensemble dont la composition est bien loin d'être intangible, ce qui le rend moins apte à subir une sanction. L'État peut évoluer dans sa nature ou dans la forme de son gouvernement. Sa population et sa classe dirigeante ont vocation à se renouveler. De plus, l'appartenance à un État, en tant qu'elle est en général imposée par les normes de cet État (aidées par les normes internationales dont la lutte contre l'existence d'apatrides constitue une priorité) et non décidée par

l'individu, rend plus délicate à justifier qu'une partie de cette population se voit contrainte d'assumer et de subir les conséquences des actes d'une autre partie de cette population.

b) L'influence grandissante de la légitime défense dans le *jus in bello*

99. L'encadrement juridique de la conduite des hostilités. Si l'on en croit la formule prêtée à Napoléon I^{er}, « *la meilleure défense, c'est l'attaque* » et il est évident qu'une fois les hostilités déclenchées, aucune partie au conflit ne pourrait efficacement se cantonner à une attitude purement défensive. Une conduite rationnelle des hostilités imposant des actions offensives aux troupes en présence, le droit ne les prohibe pas¹. Si la légitime défense apparaît donc à nos civilisations policées comme le seul motif valable pour déclencher les hostilités, cette notion semblerait *a priori* ne plus avoir sa place dans la conduite desdites hostilités. Cela reviendrait à dire que la légitime défense ne serait prise en compte que dans le *jus ad bellum*², et pas dans le *jus in bello*. Une telle affirmation méconnaîtrait pourtant l'esprit du *jus in bello*, lequel emprunte indubitablement à la légitime défense.

100. L'emprunt du droit de la guerre au droit pénal. Tant le droit international que le droit national visent à encadrer la conduite des hostilités, dans un sens qui n'est pas sans évoquer l'idéal chevaleresque. Il s'agit de prohiber certaines pratiques, jugées déloyales³. Or, ces prohibitions semblent puiser aux mêmes fondements que la légitime défense. Ces règles visent en effet à assurer que la force armée ne puisse être employée qu'avec mesure et proportion et uniquement à l'encontre d'une personne qui participe activement aux combats. Ainsi, tout comme le *jus ad bellum*, le *jus in bello* est de plus en plus marqué par des logiques empruntant au droit pénal. En premier lieu, le droit permet de classer les personnes présentes sur le théâtre du conflit en deux catégories, selon qu'elles y participent ou non. La première de ces catégories se subdivise selon le caractère officiel de la participation au conflit. Il existe donc trois catégories de personnes, soumises à des régimes distincts.

101. Les participants officiels au conflit. La première regroupe les personnes prenant officiellement part aux hostilités, qualifiées de « combattants » par le droit international. Il s'agit

¹ V. par ex. la définition donnée des « attaques » permises par l'article 49 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux adopté le 8 juin 1977 (auquel l'adhésion de la France a été autorisée par la Loi n° 2001-79 du 30 janvier 2001 et qui fût publié par le Décret n° 2001-565 du 25 juin 2001, *JORF* du 30 juin 2001, pp. 10409 et s.).

² Sur cette question, cf. *supra*, n° 96 et s.

³ Ces prohibitions concernent un certain nombre de comportements incompatibles avec ce que l'on pourrait être tenté de qualifier de « pratique humaine de la guerre », si tant est que cette appellation ait un sens. L'exposé de l'ensemble de ces dispositions dépassant le cadre assigné à ce travail, on se limitera à en donner un simple exemple. L'article 37 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux établit ainsi une distinction entre la perfidie, prohibée (art. 37, 1°), et les ruses de guerre qui sont permises (art. 37, 2°). La distinction repose essentiellement sur le fait que la perfidie fait appel à la bonne foi de l'adversaire tandis que la ruse de guerre vise à lui faire commettre des erreurs sans faire appel à cette bonne foi. Typiquement, le fait de feindre l'intention de négocier, ou la reddition, ou encore de faire passer ses troupes pour des personnels humanitaires relève de la perfidie.

des membres des forces armées régulières des parties au conflit¹, ainsi que des membres des milices, corps de volontaires ou mouvements de résistances des parties au conflit² et même des personnes appartenant à la population d'une partie au conflit prenant spontanément les armes à l'approche de l'ennemi³. Ces combattants ont naturellement vocation à subir les actes de violence inhérents à la conduite d'un conflit armé, avec cette précision qu'ils intègrent la troisième catégorie et bénéficient d'une protection dès lors qu'ils ne sont plus en état de combattre.

102. Les participants officiels au conflit. La deuxième catégorie englobe les personnes qui participent au conflit, mais de façon officieuse, ce qui vise principalement les espions⁴ et tous les combattants non officiels, qui prennent part aux combats sans arborer un signe distinctif permettant d'identifier clairement leur camp d'affiliation. En tant que participants au conflit, ils peuvent être pris à partie au cours des combats, mais ils ne bénéficient pour autant d'aucune protection spécifique lorsqu'ils sont capturés⁵.

103. Les personnes ne participant pas au conflit. Enfin, se retrouvent dans la troisième catégorie toutes les personnes qui ne participent pas aux combats. Cela regroupe notamment les populations civiles⁶ ainsi que ceux qui ont vocation à se retrouver sur le théâtre des opérations pour des raisons humanitaires tels que les aumôniers et membres des services sanitaires des armées⁷ ou encore les personnels d'organismes internationaux humanitaires comme la Croix-

¹ Ces forces sont identifiées par l'existence d'une organisation, d'un commandement répondant des actes de ses subordonnés et du maintien d'une certaine discipline (art. 43 Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux).

² Pourvu qu'ils soient placés sous l'autorité d'un supérieur répondant de leur comportement, qu'ils portent ouvertement les armes et arborent un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance (art. 4, A, 2^o Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, publiée par le Décret n^o 52-253 du 28 février 1952, *JORF* du 6 mars 1952, pp. 2617 et s.).

³ Art. 4, A, 6^o de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre.

⁴ C'est-à-dire les personnes, fussent-elles membres des forces armées d'une partie au conflit, qui opèrent subrepticement derrière les lignes adverses aux fins de recueillir des renseignements ou se livrer à des actes de sabotage. Il est à noter que le critère est bien celui du défaut de participation officielle, car le fait de se livrer à de tels activités en arborant l'uniforme de son propre camp permet d'être considéré comme un participant officiel au conflit (art. 46 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève).

⁵ Il faut préciser que les mercenaires sont ajoutés à cette catégorie, quand bien même leur affiliation serait parfaitement claire et apparente (art. 47 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève). Ce sont donc davantage des considérations morales qui justifient leur exclusion de la sphère des combattants réguliers.

⁶ Définies négativement par opposition aux personnes relevant des catégories précédentes (art. 50 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève). Sur la notion de population civile dans les incriminations de crimes contre l'humanité, cf. *infra*, n^o 306 et s.

⁷ Art. 19 et s. et 24 et s. de la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; art. 22 et s. et 36 et s. de la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; art. 18 et s. de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ; art. 12 du Premier Protocole additionnel ; art. 11 du Deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (dont la ratification fut autorisée par la Loi n^o 83-1130 du 23 décembre 1983 et qui fut publié par le Décret n^o 84-727 du 17 juillet 1984, *JORF* du 26 juillet 1984, pp. 2468 et s.).

Rouge, le Croissant-Rouge¹ et désormais le « Cristal Rouge »². Il faut ajouter à cette catégorie tous les combattants réguliers qui ne sont plus en état de participer aux combats, soit qu'ils aient été blessés³, soient qu'ils aient été capturés par les forces adverses⁴. Les membres de cette catégorie bénéficient d'une protection maximale, étant donné qu'en théorie, leur statut de non combattants les met juridiquement à l'abri de la violence du conflit. Le choix d'un tel critère pour conditionner la protection pénale permet de démontrer la proximité existant entre le droit de la guerre et l'institution juridique de la légitime défense.

104. L'interdiction d'user de violence à l'encontre de personnes inoffensives. Le droit pénal du *jus in bello* permet de sanctionner le fait de porter atteinte à une personne qui ne prend pas part aux hostilités. Cela revient à considérer que ce qui fonde le droit de porter atteinte à autrui dans le cadre d'un conflit armé est lié à la menace que représente cette personne. Il serait donc possible de considérer que les dispositions du *jus in bello* prolongent celles du *jus ad bellum*⁵ en tâchant de limiter la conduite des hostilités à une forme très étendue de légitime défense. Ne seraient alors autorisés que les actes de défense largement entendus, ce qui inclurait les actes de défense préventive ou anticipée, voire les actes de défense proactive. On pourrait ainsi porter atteinte à toute personne, pourvu qu'elle soit ne serait-ce que susceptible de porter atteinte à nos propres forces. Une conception similaire apparaissait déjà dans le traité que GROTIUS a consacré à la question⁶. En conséquence, est incriminé le fait de porter atteinte à une personne protégée par le droit international⁷ car elle ne présente pas de danger pour les forces de l'auteur de l'atteinte. On en voudra pour preuve que cette protection cesse dès lors que le statut de personne protégée par le droit international est détourné de sa fonction première. La protection cesse ainsi

¹ V. par ex. art. 26 de la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne.

² Créé par le Troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel, signé le 8 décembre 2005 et dont la ratification par la France a été autorisée par la Loi n° 2009-432 du 21 avril 2009. Le texte du Protocole est accessible sur le site internet du Comité international de la Croix-Rouge à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/dih.nsf/INTRO/615?OpenDocument>.

³ Par ex. art. 12 et s. de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; art. 12 et s. de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer.

⁴ V. l'ensemble de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre.

⁵ Qui tentent de limiter le recours à la force armée au cas de légitime défense. Cf. *supra*, n° 96 et s.

⁶ GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit. La question des moyens employés dans le cadre d'un conflit (qu'il soit privé ou public) est essentiellement traitée au Livre III auquel il conviendra de se reporter. Pour l'essentiel, l'auteur fonde un droit de recourir à la violence afin de préserver une juste cause, entendue par référence au droit naturel qu'il identifie à « ce qu'enseigne la droite raison » (op. cit., I, I, X, 1, p. 38). Cette droite raison, tout en justifiant la violence le conduit alors à y poser certaines restrictions, quoique moins protectrices que le droit positif contemporain. V. sur ce point le chapitre IV du Livre III dans lequel est justifié, sous certaines conditions, « le massacre des enfants et des femmes » (III, IV, IX, 1, p. 628) ou des captifs et le chapitre V dans lequel sont justifiés les pillages. Ces solutions se justifient par le fait que, dans une guerre juste, la légitimité de la fin se transmettrait en grande partie aux moyens employés pour y parvenir.

⁷ Atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité physique ou psychique (art. 461-2 à 461-5 CP), à la liberté (art. 461-6 CP) ou aux biens (art. 461-16 CP). V. également art. 461-12 à 461-14 CP (atteintes aux personnels ou aux biens des missions humanitaires ou des Nations Unies ou civils) et art. 8, 2°, a du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

lorsque ce statut est faussement utilisé pour surprendre l'ennemi¹, ou lorsque les personnes protégées participent au conflit, c'est-à-dire « *s'il en est fait usage pour commettre, en dehors de leur destination humanitaire, des actes nuisibles à l'ennemi* »². Par ailleurs, constitue un crime de guerre le fait pour une partie au conflit de mêler des personnes protégées à ses propres forces afin de dissuader l'ennemi de les attaquer³. Le défaut de participation au conflit constitue également le critère permettant d'incriminer les atteintes aux civils⁴. Sont pareillement sanctionnées les atteintes aux combattants adverses dès lors que ceux-ci ont cessé de présenter un danger, soit qu'ils aient déposés les armes, soient qu'ils aient été mis hors d'état de combattre⁵.

105. L'interdiction de dépasser une certaine mesure dans l'emploi de la force armée.

En second lieu, on observe que le droit pénal de la guerre, même lorsqu'il autorise la violence armée, encadre son recours d'une façon qui n'est pas sans rappeler les exigences de nécessité et de proportionnalité de la légitime défense. Un certain nombre d'actes ne sont ainsi légaux qu'à condition de viser des « objectifs militaires », ce qui renvoie à une idée de nécessité militaire de l'acte⁶. Quant à la notion de proportion, elle est explicitement évoquée dans plusieurs textes qui subordonnent la légalité d'une pratique à une proportion entre les dommages provoqués et les avantages militaires résultant de cet acte⁷. L'idée de proportion apparaît également de façon implicite dans l'interdiction de certaines pratiques jugées excessives⁸. Enfin, le Code pénal prévoit une exonération de responsabilité due à une forme de légitime défense⁹ et évoque explicitement

¹ Un tel acte étant alors qualifié de perfide par l'article 37, 1^o, c et d du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux et incriminé à l'article 461-29 du Code pénal français en tant que méthode de combat prohibée. V. également art. 8, 2^o, b, vii du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

² Art. 21 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, art. 34 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, art. 19 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et art. 13, 1^o du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève.

³ Art. 416-19 CP et art. 8, 2^o, b, xxiii du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Notons de plus qu'un tel emploi des personnes protégées pourrait être assimilé à un usage nuisible à l'ennemi et hors de la mission humanitaire, ce qui conduirait à écarter la protection reconnue à ces unités par le droit international.

⁴ Art. 461-9 CP et art. 8, 2^o, b, i du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

⁵ Art. 461-10 CP et art. 8, 2^o, b, vi du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

⁶ Il en est ainsi pour les attaques et bombardements des villes, villages, habitations et bâtiments (Art. 461-24 CP et art. 8, 2^o, b, ii du Statut de Rome de la Cour pénale internationale), ou pour le fait d'ordonner des déplacements de populations civiles dans le cadre d'un conflit armé non international (art. 461-30 CP). La « nécessité militaire » est également évoquée explicitement s'agissant des destructions ou appropriations de biens appartenant à des personnes protégées (art. 461-16 CP et art. 8, 2^o, a, iv du Statut de Rome de la Cour pénale internationale).

⁷ On peut citer l'exemple des attaques causant soit des pertes civiles (art. 461-27 CP), soit des dommages aux biens (art. 461-28, 1^o CP) ou à l'environnement (art. 461-28, 2^o CP). V. également art. 8, 2^o, b, iv du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

⁸ Telles que le fait de menacer ou d'ordonner qu'il n'y ait pas de survivants (art. 40 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, art. 461-8 CP et art. 8, 2^o, b, xii du Statut de Rome de la Cour pénale internationale), le fait d'affamer des populations civiles (art. 461-25 CP et art. 8, 2^o, b, xxv du Statut de Rome de la Cour pénale internationale), ou encore l'emploi d'armes prohibées telles que les poisons, les gaz ou les munitions déformantes (art. 461-23 CP et art. 8, 2^o, b, xvii et s. du Statut de Rome de la Cour pénale internationale).

⁹ L'article 462-9 du Code pénal exonère de sa responsabilité celui qui a agi « *raisonnablement pour sauvegarder des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire contre un recours imminent et illicite à la force, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité du danger couru* ».

ce droit à la légitime défense comme condition de validité du recours à l'arme nucléaire¹. Si le *jus in bello* est beaucoup plus permissif que le droit commun quant aux possibilités d'emploi de la force armée, il n'en demeure pas moins attentif au comportement de la victime de cette violence pour en apprécier la légalité. L'agression constitue ainsi un cadre dans lequel doit s'inscrire l'acte de défense pour être justifié.

II – LE DROIT DE SE DÉFENDRE CIRCONSCRIT PAR LE CADRE DÉFINI PAR L'AGRESSION

106. Ainsi qu'il a été vu, l'agression initiale constitue un conflit entre deux droits qu'en raison d'une défaillance des autorités publiques, l'agent va devoir arbitrer seul en préservant les valeurs sociales². Il sera alors tenu de répondre de cet arbitrage devant la société et devra assumer les conséquences civiles et surtout pénales d'un arbitrage insatisfaisant. Il en résulte que son action ne sera légitimée que pour autant qu'elle ait permis de trancher de manière satisfaisante un conflit entre des droits concurrents. En ce sens, l'acte de défense rend service à la société. Pour autant, il ne saurait en principe être une obligation pour l'agent. L'agression ne génère donc *a priori* qu'un droit de se défendre (A). Ensuite, l'acte de défense doit arbitrer le conflit conformément au droit. L'acte d'agression est alors à prendre en considération en tant que cadre général de l'acte de défense. Cet acte de défense ne sera conforme au droit que s'il était nécessaire et proportionnel à l'acte d'agression (B).

A/ L'ABSENCE RELATIVE D'OBLIGATION DE SE DÉFENDRE

107. Selon la citation attribuée au philosophe et homme d'État britannique Edmund Burke (1729 – 1797), « *all that is necessary for the triumph of evil is for good men to do nothing* »³. À partir du moment où l'on admet que celui qui se trouve en état de légitime défense agit en lieu et place des pouvoirs publics, il pourrait être considéré qu'il en résulte une obligation d'agir. L'agent serait tenu de se comporter comme se seraient comportés les agents publics s'ils avaient été présents. Le droit positif n'est pas aussi explicite. Il instaure une distinction entre la défense de soi-même, qui n'est jamais une obligation juridique (1) et celle d'autrui qui peut l'être exceptionnellement (2).

1) L'absence d'obligation juridique de se défendre soi-même

108. Sur le plan juridique, il n'existe pas d'obligation générale de se défendre soi-même, que ce soit pour les particuliers (a) ou pour les États (b).

¹ Art. 462-11 CP.

² Cf. *supra*, n° 78.

³ Pour triompher, le mal n'a besoin que de l'inaction des gens de bien.

a) L'absence d'obligation de se défendre soi-même pour les particuliers

109. L'impossibilité d'une obligation juridique de se défendre. Plusieurs auteurs ont déduit du fondement de la légitime défense l'existence d'un véritable devoir de se défendre, perçu comme un devoir d'agir en lieu et place de l'autorité défaillante pour préserver les valeurs sociales¹. Face à une lésion d'un droit, JHERING considérait que la lutte pour le droit constituait un devoir de l'intéressé envers lui-même² et envers la société³. Si l'agent est en charge de l'arbitrage du conflit de valeurs sociales né de l'agression, il commettrait une faute en laissant faire l'agresseur. Il ne s'agirait ni plus ni moins que de la transposition actuelle de l'adage de LOISEL, « *Qui peat et n'empêche pêche* ». On pourrait invoquer, à l'appui de cette position, le fait qu'en matière d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique, le consentement de la victime n'est traditionnellement pas admis comme cause d'exonération de responsabilité⁴. La victime d'une telle atteinte ne serait pas en mesure d'accorder à l'auteur le droit de lui porter atteinte et se devrait donc de lui résister. Par conséquent, elle devrait s'en défendre, ainsi que l'ont estimé de nombreux auteurs classiques⁵. Un tel argument ne convainc pas car il n'a jamais été nié que le fait que la victime ne veuille pas se défendre ne puisse suffire à justifier l'acte de l'agresseur. La seule question est celle de l'éventuelle responsabilité de la victime⁶. Une telle obligation de se défendre imposerait d'évaluer précisément les actes que la victime de l'agression aurait pu commettre pour se défendre. Elle serait donc extrêmement délicate à mettre en œuvre, tant il est hasardeux de spéculer sur ce qui aurait pu être et non sur ce qui a été. Par ailleurs, cela reviendrait à ne pas tenir compte de l'aspect psychologique d'une agression. La victime peut parfaitement être tétanisée et donc incapable de réagir. Le droit se refuse donc heureusement à consacrer une obligation de se défendre soi-même.

110. La consécration d'une absence d'obligation juridique. Les criminalistes de l'Ancien Droit s'accordaient déjà à reconnaître que « *Nemo tenetur obviare delicto, aut insultatum defendere, etiam quod commodo et sine periculo possit* » (Nul n'est tenu de s'opposer à une infraction, ou de défendre une personne agressée, même s'il peut le faire commodément et sans danger)⁷. Le droit pénal actuel perdure dans cette voie et, comme le relèvent MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON,

¹ V. notamment M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 325 : « la personne menacée récupère son droit de justice privée et elle a le devoir de l'exercer pour prendre à son compte la défense de la société en neutralisant l'attaquant ». V. également B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 414 : « en se défendant [l'agent] n'exerce pas seulement un droit, mais accomplit un devoir de justice ».

² R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, trad. par O. de Meulenaere, Dalloz, 2006 [1872], p. 26.

³ *Ibid.*, p. 54.

⁴ Cf. *infra*, n° 175 et s.

⁵ Parmi lesquels on peut citer CICERON, LOCKE, PUFENDORF, GROTIUS... Leurs arguments reposent essentiellement sur l'idée de loi naturelle ou divine. Se défendre serait conforme à l'ordre naturel-divin, alors que ne pas le faire reviendrait à violer cet ordre et se rendre tout aussi coupable que l'agresseur. Sur ce point, V. É. DESMONS, « Légitime défense (Point de vue philosophique) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 926.

⁶ Sur cette question, cf. *infra*, n° 195 et s.

⁷ Sur cet adage, V. A. LAINGUI, « Les adages du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 46.

« [L]a loi n'impose pas de riposter (on peut préférer tendre l'autre joue) »¹. Aucune disposition légale n'impose à l'agressé de se défendre contre son agresseur, ce dont il résulte clairement que la légitime défense constitue un droit et non une obligation. Une telle orientation mérite l'approbation car, outre que la solution inverse ne serait pas satisfaisante, cette position est plus respectueuse des convictions personnelles des individus. Libre aux individus de pratiquer activement le pacifisme ou de tendre l'autre joue suivant le précepte chrétien². Il s'agit là d'une question qui relève de l'éthique. La loi quant à elle, si elle se doit de permettre aux individus de se substituer aux autorités lorsque celles-ci ont failli, n'est pas tenue de l'imposer. L'agent a donc la possibilité d'arbitrer le conflit de valeurs sociales auquel il est partie prenante, mais il n'en a pas l'obligation. On ne saurait lui tenir rigueur d'un arbitrage qu'il n'aurait pas effectué, ni lui reprocher de ne pas l'avoir effectué puisque cette tâche n'est en principe pas de sa compétence, mais de celle des autorités.

b) L'absence d'obligation de se défendre soi-même pour les États

111. L'absence d'obligation juridique. L'ordre juridique international présente cette particularité que les États y sont à la fois les auteurs et les sujets de la norme. Par conséquent, une norme n'y vaut généralement que pour les États qui ont choisi de s'y soumettre³. Aucune norme juridique de portée générale n'impose à un État de défendre un autre État, ni de se défendre lui-même contre une agression. L'article 51 de la Charte des Nations Unies fait explicitement référence à un droit et non à un devoir de légitime défense. Cet article prévoit néanmoins un devoir d'intervention pesant sur le Conseil de sécurité, là où l'article 42 de la Charte ne mentionne qu'une possibilité de recours à la force en cas d'insuffisance des autres solutions. Cette obligation pesant sur le seul Conseil de sécurité, elle est à ranger parmi les dérogations conventionnelles prévoyant un devoir de légitime défense⁴.

112. L'existence d'obligations morales. S'ils n'ont par principe pas d'obligation juridique de pratiquer la légitime défense, on peut néanmoins relever certaines contraintes d'ordre moral pesant non sur les États, mais sur leurs dirigeants. On peut ainsi relever une obligation morale tenant à la responsabilité historique et politique des dirigeants concernés. Il s'agit là d'une

¹ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 257.

² Encore faut-il noter que selon certains penseurs chrétiens, tel que GROTIUS, la religion chrétienne imposerait de se défendre car la protection de la vie constituerait une visée du droit naturel. GROTIUS affirme ainsi que « *L'Évangile nous ordonne, en effet, d'aimer notre prochain comme nous-mêmes, mais non pas de la préférer à nous-mêmes* » (*Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., I, III, III, 3, p. 90). Chez cet auteur, il faut relever que la guerre ayant pour but la paix (*Ibid.*, I, I, I, 1, p. 33), elle peut être imposée pour garantir cette dernière.

³ Le développement d'institutions transnationales dotées d'un pouvoir normatif autonome, telles que l'Union européenne, ne remet pas fondamentalement en cause ce principe. En effet, les normes édictées par ces institutions ne s'appliquent qu'aux États-parties, qui ont donc accepté et encadré *ab initio* cette délégation de compétence. Pour une opinion plus nuancée sur ce point, V. CH. EOUCHE-DUVAL, « Droit pénal et souveraineté démocratique : la France est-elle en train de perdre la maîtrise de son droit pénal ? », *Rev. sc. crim.* 2012, p. 305.

⁴ Sur lesquelles cf. *infra*, n° 119 et s. et spéc. n° 121.

contrainte susceptible de les pousser à prôner la défense de leur propre territoire national en cas d'agression. Par exemple, avec le recul de l'histoire, la position combative du général de Gaulle en 1940 est unanimement considérée comme bien plus digne de considération que la position conciliante à l'égard d'ennemis de la nation du maréchal Pétain. La difficulté tient ici au fait qu'il est très délicat de déterminer ce qu'imposent de telles considérations morales, par définition non écrites. GROTIUS estimait qu'il est parfois préférable de « *relâcher de son droit* » afin d'éviter la guerre et maintenir la paix¹. Quant à savoir si le fait que « l'histoire jugera » suffise à créer une obligation juridique, la question est délicate. Une telle obligation ne saurait pas peser sur l'État lui-même, mais pourrait conduire à retenir la responsabilité de ses dirigeants. Ainsi, le second alinéa de l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 fait du Président de la République le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire. Il serait alors concevable d'envisager que le fait de refuser d'organiser la défense contre une agression puisse être considéré comme un « *manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat* » pouvant entraîner sa destitution². S'agissant des États eux-mêmes, ils ne sauraient se voir imposer une telle obligation de se défendre eux-mêmes, mais, à l'instar des particuliers, ils peuvent se voir enjoindre de défendre d'autres États.

2) L'existence exceptionnelle d'obligations juridiques de défendre autrui

113. La défense d'autrui n'est en principe pas imposée, que ce soit aux particuliers ou aux États. Le droit pénal n'impose en principe pas l'action, en raison des risques que cela peut présenter. Comme tout principe, celui-ci connaît des exceptions, dont la nature varie légèrement selon le domaine considéré. Pour les particuliers, ces exceptions sont essentiellement de nature légale et résiduellement conventionnelle (a). S'agissant des États, elles ne sont que de nature conventionnelle (b).

a) Les exigences légales et conventionnelles applicables aux particuliers

114. Les exigences légales de protection d'autrui pesant sur les particuliers. Si la défense de soi-même relève davantage de l'éthique personnelle, la question prend une autre ampleur lorsque l'agression vise autrui. La défense d'autrui est plus facilement perçue comme un devoir et différents adages tirés des textes canoniques illustrent cette position. On relèvera notamment deux adages : « *Qui potuit hominem liberare a morte et non liberavit, eum occidit* » (Celui qui pouvait empêcher la mort d'un homme et ne l'a pas empêchée, est l'auteur de sa mort) et surtout « *Qui socii non repellit injuriam, similis est ei qui facit* » (Celui qui ne repousse pas l'injure faite à son

¹ GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., II, XXIV, I, 1, p. 551.

² Article 68 de la Constitution.

compagnon est aussi coupable que l'auteur de l'injure)¹. Cette conception se retrouve en droit positif à l'article 223-6 du Code pénal dont l'alinéa premier sanctionne celui qui s'abstient volontairement d'empêcher soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, alors qu'il aurait pu le faire, par son action immédiate, sans risque pour lui ou les tiers. Le second alinéa incrimine le fait, lorsque cela n'entraîne aucun risque pour l'agent ou les tiers, de ne pas porter assistance, directement ou en provoquant les secours, à une personne en péril. Une agression pouvant à l'évidence constituer un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle, il pourrait être tentant de déduire du premier alinéa une obligation de légitime défense d'autrui. À titre subsidiaire, sachant que la victime d'une agression est à l'évidence en état de péril, le second alinéa pourrait fonder un devoir d'intervention.

115. Le risque inhérent à l'intervention directe empêchant la reconnaissance d'un devoir général de défendre autrui. Qu'il s'agisse de l'alinéa premier ou de l'alinéa second, le texte fait expressément mention de l'absence de risque pour l'agent ou pour les tiers. Le risque se peut définir comme « *le danger, l'inconvénient plus ou moins probable auquel on est exposé* »², ou encore comme « *l'évènement dommageable dont la survenance est incertaine* »³. La norme pénale devant être interprétée strictement, à plus forte raison lorsque l'interprétation stricte est favorable au prévenu, il en résulte que toute probabilité de survenance d'un évènement dommageable doit être de nature à justifier l'inaction de l'agent. La jurisprudence tendant à apprécier le degré de risque encouru par l'agent en fonction de la gravité du dommage que peut subir l'agressé semble donc en contradiction avec la lettre du texte⁴. Il est certain que l'intervention directe expose l'agent à un risque pour son intégrité physique, étant donné qu'il devra vraisemblablement affronter physiquement l'agresseur. Par conséquent, il ne saurait être dégagé de cet article un devoir général d'intervention au bénéfice d'autrui. Cela ne signifie pour autant pas qu'aucun devoir d'intervention ne puisse être relevé dans des cas particuliers, à condition que les circonstances permettent d'établir que l'agent avait la possibilité de défendre lui-même l'agressé sans encourir aucun risque. Ainsi, la Cour de cassation considère que l'agent ne saurait toujours se contenter de provoquer les secours et peut parfois être tenu d'agir directement⁵. Ces circonstances pourraient

¹ Adages cités et présentés par A. LAINGUI, in « Les adages du droit pénal », op. cit.

² Dictionnaire *Le petit Larousse illustré*, éd. Larousse, 2010.

³ G. CORNU – Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, entrée « risque », sens 1.

⁴ V. par ex. T. corr. Mont-de-Marsan, 21 janvier 1959, *JCP éd. G* 1959, II, 11086. Le jugement précise que la loi attribue au juge un pouvoir d'appréciation du risque, appréciation dépendant de la proportion entre la nature du danger encouru et le degré de risque auquel se serait exposé l'agent en intervenant. La nature des faits a néanmoins pu influencer les juges. Il s'agissait en effet d'une femme qui ayant assisté sans intervenir au meurtre de son enfant par son amant, invoquait un risque de violences pour elle. Le raisonnement des juges est cependant entaché d'un vice logique car, tout en prônant la proportion entre le dommage causé à la victime et le risque pour l'agent, ils relèvent que la femme en question ne rapportait pas la preuve du risque de violence qu'elle encourait.

⁵ Elle a ainsi posé dans un arrêt de 1954 que l'agent ne dispose pas d'une option arbitraire lui permettant de choisir librement entre intervenir personnellement et provoquer les secours. Le choix lui est dicté par les circonstances et il lui appartient d'effectuer « *celui-là même de ces deux modes que la nécessité commande et même, s'il le faut, par leur emploi* ».

tenir à l'éventuel armement de l'agent, ou encore au nombre d'agents, un groupe pouvant avoir la faculté de mettre plus aisément en déroute un assaillant isolé. Pour le reste, la seule obligation légale qui puisse peser sur l'agent semble être celle de provoquer les secours.

116. L'obligation de défendre indirectement autrui en provoquant les secours. L'alinéa premier de l'article 223-6 du Code pénal ne fait référence qu'à l'action immédiate destinée à empêcher un crime ou un délit. En revanche, le second alinéa de ce texte précise que l'agent peut sauver la victime du péril directement ou indirectement. L'intervention directe a beau présenter des risques en cas d'agression, l'intervention indirecte demeure généralement possible. Par conséquent, le fait d'agresser une personne ne crée pas d'obligation générale d'intervention directe pour les témoins de la scène, mais pourra les obliger à prévenir les secours sous peine de poursuites sur le fondement de l'article 223-6 du Code pénal¹. Les autorités doivent alors être mises en mesure d'intervenir, ce qui constitue une obligation pour elles.

117. Le devoir d'intervention des forces publiques. L'agression constituant une infraction, lorsqu'elle se commet sous les yeux de l'agent ou presque, elle impose à l'évidence l'intervention de ce dernier. Le maintien de l'ordre public et la lutte contre la délinquance font clairement partie des missions des forces de police² et de gendarmerie³. Plus spécifiquement, selon l'article 14 du Code de procédure pénale, la police judiciaire est chargée de constater les infractions, d'en réunir les preuves et d'en rechercher les auteurs. Toutes les personnes chargées de mission de police judiciaire⁴ doivent concourir à ces objectifs, ce dont il résulte évidemment un devoir d'arrestation et même plus largement d'intervention, face à une infraction flagrante. Cette obligation est d'ailleurs explicitement prévue dans les codes de déontologie de la police nationale⁵ et des agents de police municipale⁶. L'arrestation de l'auteur d'une infraction flagrante est également présentée comme un devoir pour les chefs de district et agents techniques des eaux et forêts⁷ et plus généralement tous les agents publics en charge de la gestion des forêts⁸. Bien qu'elle ne soit présentée que comme une possibilité, il est tout à fait évident qu'elle doit également être réalisée

cumulatif» (Crim. 26 juillet 1954, *Bull. crim.* n° 276). La solution a par la suite été confirmée (Crim. 7 mars 1991, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 82, obs. G. LEVASSEUR).

¹ Il aurait pu être envisagé de se fonder sur l'article 434-1 du Code pénal, sanctionnant la non-dénonciation d'un crime dont il est encore possible de limiter les effets. Cependant, le champ d'application de cette infraction est plus restreint, puisqu'elle ne s'applique qu'aux crimes. De plus, la plus haute acception pénale doit prévaloir, or la peine encourue est ici moins élevée (trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende contre cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende dans le cas de l'article 223-6 du Code pénal).

² Art. 1^{er} du Code de déontologie de la police nationale.

³ Art. L. 421-1 du Code de la sécurité intérieure.

⁴ Art. 16 et s. CPP.

⁵ Art. 8 du Code de déontologie de la police nationale.

⁶ Art. 11 et 12 du Code de déontologie des agents de police municipale.

⁷ Art. 24 al. 1^{er} CPP.

⁸ Art. L. 161-16 C. for. visant les agents mentionnés à l'article L. 161-4 du même code.

par les agents des douanes¹ ou des services fiscaux². Les forces de l'ordre sont statutairement tenues d'intervenir, mais il est très intéressant de noter que le texte les y autorisant concrètement ne les vise pas spécifiquement. L'article 73 du Code de procédure pénale, permet l'appréhension de l'auteur de l'infraction par toute personne, ce qui inclut les forces de l'ordre mais sans qu'elles ne soient expressément visées. Il s'agit là d'une spécificité du droit français de ne pas prévoir de dispositions spécifiques aux forces de l'ordre. En la matière, celles-ci n'ont pas plus de prérogatives que les simples particuliers³. Conjugué au fait justificatif d'autorisation de la loi⁴, ce droit d'arrestation autorise à commettre à l'encontre de l'auteur d'une infraction flagrante, certains actes qui auraient été infractionnels dans d'autres circonstances. Ces exigences légales se couplent secondairement de certaines exigences conventionnelles.

118. Les obligations conventionnelles exceptionnelles de défendre autrui. Lorsqu'un particulier cumule la crainte pour son intégrité corporelle et la conscience de son incapacité à la défendre, il peut choisir de recourir à des professionnels de la protection physique des personnes. L'obligation de défendre autrui découle alors d'un contrat. Cela est cependant bien loin de constituer une circonstance ordinaire, notamment en raison du strict encadrement du statut de ces professions⁵. Par exemple, l'article L. 613-12 du Code de la sécurité intérieure prévoit que ces agents privés exerçant l'activité de protection de l'intégrité physique des personnes ne sauraient être armés. Les exigences conventionnelles sont donc assez limitées s'agissant des individus alors qu'elles constituent les principales exigences applicables aux États.

b) Les exigences conventionnelles applicables aux États

119. La grande variété des conventions particulières de défense mutuelle. Un grand nombre d'accords internationaux ont pour effet de « mutualiser » le droit de légitime défense. Lorsque plusieurs États s'engagent à se prêter mutuellement assistance si l'un d'entre eux est agressé, il résulte de cet accord une obligation conventionnelle de défendre son ou ses partenaires. De tels accords peuvent avoir un impact considérable sur les relations internationales

¹ Art. 323-1 C. douanes. Les agents des douanes sont d'ailleurs chargés de certaines tâches de police judiciaire, pour certaines infractions spécifiques, par l'article 28-1 du Code de procédure pénale.

² Art. L. 239 A du Livre des procédures fiscales, dans le cas des contributions indirectes. Les agents des services fiscaux sont d'ailleurs chargés de certaines tâches de police judiciaire, pour les infractions de fraude fiscale, par l'article 28-2 du Code de procédure pénale.

³ Dans le même sens, évoquant une prérogative reconnue à tout particulier dont les agents publics, B. BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., n° 423 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^e éd., 2001, n° 132 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipses, coll. Universités, 2^e éd., 2013, n° 161 ; J. BUISSON, « Crimes et délits flagrants », *Juris-classeur Procédure pénale*, art. 53 à 73, fasc. 20, 2006, n° 97. M. PRADEL évoque un droit qui serait reconnu à « tout citoyen », ce qui semble incomplet, l'article 73 du Code de procédure pénale ne mentionnant aucune condition tenant à la citoyenneté : J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, coll. Référence, 16^e éd., 2011, n° 573.

⁴ Art. 122-4 al. 1^{er} CP. Même avant les nouvelles dispositions du Code pénal, l'analyse de la doctrine était la même. Sur ce point, V. A. VITU, « Un fait justificatif spécial : la permission légale instituée par l'article 73 du Code de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 327.

⁵ Ce statut est défini aux articles L. 611-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure.

et la marche de l'histoire, ainsi que l'illustre la Première guerre mondiale. Par le jeu des alliances militaires, les grandes puissances de la Triple-Entente¹ et de la Triple² se retrouvèrent impliquées dans un conflit qui n'opposait à la base que l'Empire austro-hongrois et le Royaume de Serbie³. Plus récemment, dans le contexte de la guerre froide, les États soutenus par l'Union soviétique avaient conclu à Varsovie le 1^{er} mai 1955 un pacte dont l'article 4 prévoyait qu'une attaque lancée en Europe contre l'une des parties aurait obligé les autres États signataires à lui prêter assistance, au besoin par la force⁴. Dissout lors d'une réunion à Prague le 1^{er} juillet 1991, ce pacte a depuis été remplacé par le Traité de sécurité collective, signé à Tachkent (Ouzbékistan) le 15 mai 1992, instituant l'Organisation du traité de sécurité collective. À l'opposé, le Traité de l'Atlantique Nord, signé le 4 avril 1949 à Washington, a survécu à l'écroulement du bloc soviétique et prévoit toujours en son article 5 qu'une attaque armée dirigée contre l'une des parties au traité dans la zone géographique de l'Atlantique nord sera considérée comme une agression à l'encontre de l'ensemble des États signataires.

120. Les conventions de défense unilatérale. La liberté contractuelle préside en la matière et les États sont libres de conclure toutes sortes d'accords. Certains accords ne sont que bilatéraux et parfois ne prévoient d'obligation d'intervention qu'à la charge de l'une des parties, ce qui permet à un certain nombre d'États de n'entretenir quasiment aucune forces armées. À titre d'exemple, l'Islande ne dispose que de forces extrêmement limitées (gardes-côtes et forces spéciales), sa défense étant assurée par les États-Unis d'Amérique. De même, la Principauté d'Andorre n'a pas d'armée et sa défense est conjointement assurée par la France et l'Espagne. Le cas de Monaco peut également être évoqué. Le Traité d'amitié protectrice signé à Paris le 17 juillet 1918⁵ et le Traité destiné à adapter et à confirmer les rapports d'amitié et de coopération entre la République française et la Principauté de Monaco signé à Paris le 24 octobre 2002⁶ prévoient tous deux que « *[l]a République française assure à la Principauté de Monaco la défense de son indépendance et de sa souveraineté et garantit l'intégrité du territoire monégasque dans les mêmes conditions que le*

¹ France, Royaume-Uni et Russie impériale.

² Empire allemand, Empire austro-hongrois et Royaume d'Italie.

³ Suite à l'assassinat en 1914 à Sarajevo de l'Archiduc François-Ferdinand, héritier présomptif du trône austro-hongrois, par un nationaliste serbe, Gavrilo Princip, probablement guidé par une organisation secrète serbe dénommée La main noire.

⁴ « *In the event of an armed attack in Europe on one or several states that are signatories of the treaty by any state or group of states, each state that is a party to this treaty shall, in the exercise of the right to individual or collective self-defence in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations Organisation, render the state or states so attacked immediate assistance, individually and in agreement with other states that are parties to this treaty, by all the means it may consider necessary, including the use of armed force* ».

Les États concernés étaient la République populaire d'Albanie, la République populaire de Bulgarie, la République populaire de Hongrie, la République démocratique d'Allemagne, la République populaire de Pologne, la République populaire de Roumanie, la République de Tchécoslovaquie et l'Union des Républiques socialistes soviétiques.

⁵ Accessible à l'adresse : <http://www.doc.diplomatie.gouv.fr/BASIS/pacte/webext/bilat/DDD/19180003.pdf>.

⁶ Et publié par décret n° 2006-17 du 5 janvier 2006, JORF 7 janvier 2006, p. 309.

sien»¹. À l'opposé de ces conventions particulières, il existe une obligation d'intervention posée dans la Charte des Nations Unies qui présente un caractère général.

121. La convention générale. Si la Charte des Nations Unies ne prévoit qu'un droit et non un devoir de légitime défense au bénéfice des États-parties, ses exigences sont plus élevées envers le Conseil de sécurité². L'article 39 de la Charte précise que, face à une menace contre la paix, l'acte d'agression entrant à l'évidence dans cette catégorie, le Conseil « *décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationale* ». Ces dispositions ne semblent prévoir qu'une possibilité pour le Conseil de sécurité de recourir à des mesures impliquant³ ou n'impliquant pas⁴ le recours à la force armée. Cependant, la Charte évoque « *le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales* »⁵. Il faut en conclure que la latitude laissée au Conseil de sécurité ne concerne que la détermination des moyens les plus adaptés à résoudre une crise. La Charte lui fait obligation d'agir afin d'endiguer une menace ou une atteinte effective à la paix, mais le laisse juge des moyens les plus indiqués pour atteindre ce résultat⁶. S'il estime que l'emploi de la force armée constitue la seule manière de préserver la paix ou la sécurité internationale, le Conseil est dans l'obligation d'agir. Cela met potentiellement l'ensemble des membres des Nations-Unies en position de participants potentiels puisque tous doivent prêter le concours de leur force sur demande du Conseil⁷. Le caractère général de cette obligation résulte du fait que l'action de l'Organisation des Nations Unies n'est pas circonscrite aux différends opposant ses membres, et les articles 33 et suivants de la Charte n'établissent aucune distinction à cet égard. L'article 32 de la Charte le confirme d'ailleurs implicitement en prévoyant la possibilité pour un État qui n'est pas membre des Nations Unies d'intervenir devant le Conseil de sécurité lorsque ce dernier se penche sur un différend auquel cet État est partie. Qu'elle soit imposée ou librement décidée n'influera cependant pas sur le régime de la légitime défense. Dans les deux cas, elle devra obéir à des conditions strictes sur lesquelles l'attitude de l'agresseur, « victime » de l'acte de défense, n'est pas sans influencer.

¹ Art. 1^{er} de chacun des traités. La formulation est quasiment identique dans les deux cas (le Traité de 1918 se contente de remplacer l'expression « *dans les mêmes conditions que le sien* » par « *comme si ce territoire faisait partie de la France* »).

² Instauré à l'article 7 de la Charte, sa composition, ses fonctions et ses règles de fonctionnement sont précisées aux articles 23 et suivants du même texte.

³ Art. 42 Charte N.U.

⁴ Art. 41 Charte N.U.

⁵ Art. 51 Charte N.U.

⁶ Sur ce point, la rédaction de la Charte est maladroite car, si elle fait obligation au Conseil d'user des méthodes imposées par la situation, elle semble le laisser libre juge de ce qu'impose ladite situation. Ainsi, l'article 42 précise que le recours à la force armée peut être décidé si le Conseil estime que les mesures pacifiques seraient insuffisantes ou si elles se sont révélées telles. Est-ce à dire que le Conseil détermine abstraitement uniquement si les mesures se révéleraient insuffisantes ou lui revient-il également d'apprécier concrètement si les mesures se sont effectivement révélées insuffisantes ? Il semble que la seconde interprétation doive être privilégiée étant donné que l'article 39 fait plus généralement le Conseil juge de l'existence et de la réalité de la menace pesant sur la paix.

⁷ Art. 43 Charte N.U.

B/ NÉCESSITÉ ET PROPORTIONNALITÉ DE L'ACTE DE DÉFENSE

122. La distinction entre nécessité et proportionnalité. L'acte de défense est intimement lié à l'acte d'agression auquel il constitue une réponse. C'est pourquoi ses caractères découlent des caractéristiques de l'acte d'agression. Il en résulte que le comportement de la victime de l'acte de défense conditionne la justification de l'auteur de cet acte. Ces conditions s'expriment au travers de deux critères, la nécessité et la proportionnalité. Le caractère de nécessité a parfois été confondu en doctrine avec celui de proportionnalité de l'acte de défense¹. Pourtant, il semble exister une réelle différence entre ces deux caractères. Il convient ainsi de noter au préalable que la condition de nécessité figure expressément dans la lettre de l'article 122-5, au côté de la condition de proportionnalité. L'alinéa premier de cet article évoque la personne ayant commis un acte « *commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* » et l'alinéa second évoque un acte « *strictement nécessaire au but poursuivi, dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction* ». De telles mentions seraient redondantes si les conditions de nécessité et de proportionnalité ne faisaient qu'une. Ensuite, il convient essentiellement de relever une différence conceptuelle entre ces deux notions. Elles ne renvoient pas à la même exigence concernant l'acte de défense. En tant que fait justificatif, la légitime défense permet de légaliser un comportement qui, en principe, constitue une infraction². Un tel acte ne saurait être toléré qu'à la condition que l'agent établisse qu'aucun acte d'une autre nature n'était envisageable, ce qui correspond à la nécessité de l'acte, appréciée antérieurement à l'acte de défense (1). Ensuite, si l'acte pouvait être commis, la proportionnalité s'intéresse à sa mesure, concomitamment à sa commission (2).

1) La nécessité conditionnant la nature de l'acte de défense antérieurement à sa commission

123. Le choix de la réponse à apporter à l'agression. Basiquement, le nombre de choix dont dispose une personne face à une agression (envers elle-même ou autrui) peut être résumé à quatre. Elle peut laisser faire, intervenir directement, faire intervenir un tiers ou prendre la fuite. En temps ordinaire, seule la puissance publique est habilitée à faire usage de la force, ce droit étant dénié aux particuliers. Ainsi qu'il a été vu, la légitime défense repose donc sur une défaillance de la puissance publique qui oblige l'agent à arbitrer lui-même le conflit de droit matérialisé par l'infraction³. Il doit en résulter que l'agent n'est autorisé à faire usage de la force qu'à la condition que les forces de l'ordre n'aient pu assurer leur tâche. L'acte de défense n'est

¹ V. par ex. E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Recueil Sirey, 1952, art. 328, n° 17 ; C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, Thèse, Université de Poitiers, 2001, n° 195 ; R. BERNARDINI, « Légitime défense », *Recueil de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, 2007, n° 89.

² R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 70 et s.

³ Cf. *supra*, n° 76 et s.

nécessaire que si l'agressé ne pouvait obtenir la protection de la force publique¹. MONTESQUIEU relève ainsi que « *entre les citoyens, le droit de défense naturelle n'emporte point avec lui la nécessité de l'attaque. Au lieu d'attaquer, ils n'ont qu'à recourir aux tribunaux. Ils ne peuvent donc exercer le droit de cette défense que dans les cas momentanés où l'on serait perdu si l'on attendait le secours des lois* »². La jurisprudence a ainsi décidé que ne pouvait prétendre avoir agi en état de légitime défense celui qui, face à un agresseur dont l'arme s'était enrayée, est sorti de chez lui avec un fusil dont il fait usage contre son agresseur au lieu de se barricader en sa demeure et attendre la police³. De même, l'individu importuné par une bande de jeunes et qui fait usage d'un fusil à pompe au lieu de prévenir le commissariat demeure pénalement responsable⁴.

124. La distinction de la proportionnalité conditionnant la mesure de l'acte de défense.

La nécessité conditionne donc la nature de l'acte que l'agressé va commettre afin d'échapper à l'agression, ce qui ne doit pas être confondu avec sa mesure. Dans les exemples précités, il serait possible d'estimer que l'acte n'est pas disproportionné. Ainsi dans la première espèce, il n'est pas nécessairement excessif de répondre par les armes lorsqu'un individu armé (bien que son arme soit enrayée) vient s'en prendre à l'agressé dans son domicile. Dans la seconde espèce, l'agressé avait été importuné pendant une vingtaine de minutes par une bande de jeunes, dont l'un était armé d'un gourdin. De plus, l'agressé n'a pas tiré vers ses agresseurs, mais vers le sol, afin de les intimider et seul un éclat a touché l'un des jeunes, lui occasionnant une incapacité totale de travail inférieure à huit jours. Les actes de défense n'étaient pas forcément disproportionnés, mais ils auraient pu être évités et n'étaient donc pas nécessaires.

125. La problématique de la fuite.

L'agressé ne doit pas intervenir lui-même lorsque les autorités peuvent le faire efficacement. Mais lorsqu'elles ne le peuvent pas, l'agent n'a plus le choix qu'entre l'abstention, l'intervention directe et la fuite. Nul n'est tenu de se défendre⁵, mais sachant que la fuite n'occasionnerait pas de dommage, elle pourrait être préférée à l'intervention. Dans plusieurs décisions récentes, la Cour de cassation a paru l'admettre en se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond⁶. Cependant, cette jurisprudence semble très

¹ Dans le même sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1136 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 330 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 330.

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, II, X, II, Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008 [1748], p. 222.

³ CA Paris, 22 juin 1988, D. 1988, IR p. 244 ; Crim. 26 septembre 1989, n° 88-85.874.

⁴ Crim. 9 décembre 1992, n° 91-87.035.

⁵ Sur cette question, cf. *supra*, n° 108 et s.

⁶ Crim., 3 juillet 1987, n° 86-93.520 (un homme, voyant un agresseur se ruer sur lui avec un couteau, a sorti une arme et fait feu. La Cour d'appel lui a refusé le bénéfice de la légitime défense en arguant du fait qu'en raison de la distance séparant les deux hommes, l'agressé aurait pu fuir. La Cour de cassation a validé ce raisonnement) ; Crim. 3 juillet 1989, n° 88-80.948 (un homme, rentrant de la chasse et poursuivi par trois individus alors qu'il s'apprête à rentrer chez un proche, donne un coup de crosse à l'un de ses poursuivants. Le coup part et l'un des poursuivants est blessé. La Cour d'appel a relevé que le prévenu aurait pu se réfugier dans la propriété voisine, ce qui aurait évité le dommage. La Cour de cassation a validé ce raisonnement.) ; Crim. 25 septembre 2001, n° 00-87.306 (un chauffeur de taxi, agressé par un automobiliste descendu de son véhicule, s'est défendu à l'aide d'un cutter et d'une bombe

factuelle et n'est pas toujours d'une grande clarté¹. Rendre la fuite obligatoire lorsqu'elle est possible semble en contradiction avec l'esprit de la légitime défense, consistant à permettre à l'agent de défendre les valeurs sociales essentielles. GARÇON a ainsi relevé que « *le droit n'est pas tenu de céder devant l'injustice, et la fuite, souvent honteuse, ne peut être une obligation légale* »². La solution actuelle est également tributaire d'une appréciation casuistique extrêmement délicate, sachant que la fuite nécessitant de tourner le dos à son adversaire, elle n'est pas sans risque. Qui plus est, son succès n'est pas certain, l'agresseur pouvant rattraper l'agressé. Il semble donc qu'il soit préférable de considérer que l'acte de défense peut demeurer nécessaire même lorsque la fuite est possible³. La question sera alors de savoir si cet acte a été proportionné.

2) La proportionnalité conditionnant la mesure de l'acte de défense concomitamment à sa commission

126. Proportion dans la défense des biens et absence de disproportion dans la défense des personnes. La condition de proportionnalité figure dans les deux alinéas de l'article 122-5 du Code pénal, mais sous une formulation légèrement différente. Alors que l'alinéa premier admet la légitime défense des personnes « *sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* », l'alinéa second admet la légitime défense des biens « *dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction* ». Comme le relève un auteur, la légitime défense des personnes est plus largement admise puisqu'elle ne requiert que la preuve de l'absence de disproportion là où la légitime défense des biens nécessite la preuve de la proportion⁴. À cette exigence s'en rajoutent deux autres concernant la proportionnalité de la légitime défense des biens. La première tient au fait que l'agression ne peut être qu'un crime ou un délit, ce qui signifie que toute réponse à une agression contraventionnelle serait disproportionnée. La seconde résulte de l'interdiction de l'homicide volontaire, lequel apparaît disproportionné pour la défense d'un

lacrymogène. La Cour d'appel a relevé que le prévenu ayant une voiture, aurait pu s'en servir pour échapper à son agresseur. La Cour de cassation a validé ce raisonnement.)

¹ V. par ex. Crim. 11 juin 1991, n° 91-82.013. Un homme agressé par son épouse armée d'un couteau, l'a frappée à la tête à l'aide d'une barre de fer, occasionnant sa mort. La Cour d'appel a refusé la légitime défense en avançant que l'accusé aurait pu fuir ou se servir de la barre de fer afin de désarmer son épouse. La Cour d'appel semble donc laisser le choix à l'agent et s'être plutôt placée sur le terrain de la proportionnalité. La Cour de cassation a validé ce raisonnement.

² E. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 328, n° 26. Dans le même sens, V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 330.

³ Notons néanmoins que, selon certains auteurs, évoqués par M.-L. RASSAT in *Droit pénal général*, op. cit., n° 330, la fuite serait préférable lorsque l'agresseur est « *un incapable (dément, enfant, infirme)* » ou une « *personne à qui est dû un respect particulier (ascendant)* ». GARÇON s'inscrit dans ce courant (*Code pénal annoté*, op. cit., n° 26). L'affirmation paraît contestable, le principe n'ayant pas lieu d'être remis en cause, spécialement dans le dernier cas cité qui correspond à une infraction aggravée (cf. *infra*, n° 597 et s.).

⁴ C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, op. cit., n° 178. V. dans le même sens R. BERNARDINI, « *Légitime défense* », op. cit., n° 102 et 112. Contra, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 737, estimant que la différence de formulation est essentiellement rhétorique et ne modifie pas le fond du droit quant à la question de la preuve.

bien. Pour le reste, la condition de proportion est soumise au même régime, qu'il s'agisse de défendre une personne ou un bien.

127. La proportionnalité comme recherche d'une solution équilibrée au conflit de droits. La proportionnalité exprime un rapport entre au moins deux termes. Les deux termes comparés sont dits proportionnés lorsque le rapport existant entre eux est juste, équitable. Dans le sens qui nous intéresse ici, ce rapport ne s'entend pas d'une égalité précise, mais se rapproche néanmoins d'une idée d'équivalence. En ce sens, M. MAYAUD évoque « *la proportionnalité dans la théorie de la justification, critère de détermination des équilibres recherchés entre l'infraction commise et l'irresponsabilité retenue* »¹. La caractérisation de la légitime défense nécessite d'apprécier le rapport existant entre l'agression et l'acte de défense. C'est dans ce rapport, dont l'appréciation est souverainement effectuée par les juges du fond², que réside la justesse de l'arbitrage du conflit de droit réalisé par l'agent. Si son acte de défense est disproportionné par rapport à l'agression, alors il aura dépassé la défense des valeurs sociales et ajouté au trouble causé. Il convient donc de rechercher un équilibre entre l'agression et l'acte de défense, mais ce ne sont pas les mêmes éléments que l'on prend en considération dans chacun de ces termes.

128. La proportionnalité appréciée par rapport aux seuls moyens de défense. Qu'il s'agisse de la légitime défense des personnes ou des biens, le texte évoque une proportion devant exister entre l'acte de défense et la gravité de l'atteinte. Ainsi, c'est bien l'acte de défense en lui-même, et non son résultat, qui doit être considéré³. Une telle mention pourrait paraître assez surprenante, l'agent devant arbitrer un conflit de droits, il semblerait logique de comparer l'étendue des atteintes à ces droits, et non les moyens mis en œuvre pour y parvenir. Une telle orientation serait pourtant excessive car on ne peut attendre de l'agent, dans un tel contexte, qu'il maîtrise toutes les conséquences inattendues de son acte⁴. Il en résulte que l'agent peut bénéficier de l'effet justificatif, quand bien même son acte aurait eu de plus terribles conséquences que l'infraction projetée par l'agresseur⁵. À cet égard, la jurisprudence paraît parfois confondre, dans une optique répressive, la volonté de l'acte et la volonté du résultat. Ainsi, l'arrêt rendu par la

¹ Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle – Livre du Biventenaire* ; Dalloz, 2010, p. 3. La citation se trouve p. 10.

² Crim. 4 août 1949, *Bull. crim.* n° 274 ; Crim. 21 novembre 1961, *Bull. crim.* n° 474 ; Crim. 7 décembre 1971, *Bull. crim.* n° 338 ; Crim. 5 juin 1984, *Bull. crim.* n° 209.

³ Dans le même sens, V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 270 ; C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, op. cit., n° 179 ; R. BERNARDINI, « Légitime défense », op. cit., n° 103 et s.

⁴ Cela n'assure aucunement à l'agent une impunité extrême. Les résultats sont bien évidemment fonction des moyens employés pour y parvenir. Un résultat trop important par rapport au risque encouru sera bien souvent la marque du fait que l'agent a usé de moyens disproportionnés. Quant aux cas résiduels, ceux dans lesquels le résultat est, du fait de contingences extérieures au comportement de l'agent, plus important que prévu, il ne paraît pas légitime de les lui reprocher pénalement. L'agent s'est retrouvé dans une situation qui ne favorisait aucunement l'analyse détaillée des circonstances. De plus, l'analyse devant se réaliser *in concreto*, rien ne s'oppose à ce que la jurisprudence soit plus exigeante face aux moyens déployés par les personnes qui ont eu l'opportunité de préparer leur acte ou y ont été formées (tel est notamment le cas des agents publics).

⁵ Dans le même sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 331.

chambre criminelle de la Cour de cassation le 16 février 1967¹ a refusé le bénéfice de la légitime défense à un individu qui, importuné par un ivrogne, l'avait repoussé. Ce dernier avait alors titubé, puis s'était écroulé et blessé gravement. La Cour de cassation avança le fait que la légitime défense est inconciliable avec le caractère involontaire de l'infraction. Ce principe est tout à fait pertinent², mais son application à l'espèce fort contestable. En l'espèce, si le résultat n'était pas voulu, l'acte l'était bien. Il s'agissait donc ici de violences volontaires³, infraction volontaire constituée par un dol *praeter-intentionnel*⁴. Mais la condamnation ne pouvant se justifier par la non-proportionnalité du résultat (qui n'a pas à être prise en compte), ni par celle du moyen employé (le fait de repousser quelqu'un, sans même le frapper, pouvant apparaître proportionné), les hauts magistrats ont vraisemblablement opté pour ce biais discutable.

129. La proportionnalité appréciée par rapport aux moyens et au résultat de l'agression initiale. Concernant l'agression, l'article 122-5 du Code pénal évoque « *la gravité de l'atteinte* » (légitime défense des personnes) et « *la gravité de l'infraction* » (légitime défense des biens). À première vue, une telle mention renvoie davantage au résultat de l'agression qu'aux moyens employés pour la commettre. Pourtant, il est indéniable que la gravité d'une atteinte ou d'une infraction dépendra de la nature des moyens utilisés. Il semble alors plus logique d'estimer que l'acte de défense doit être apprécié, tant au regard des moyens mis en œuvre par l'agresseur que de l'objectif que celui-ci s'est fixé⁵. Il s'agit là encore d'une appréciation très casuistique⁶, mais, comme l'a relevé un auteur, la proportionnalité n'est pas appréciée uniquement *in concreto*⁷. La jurisprudence se réfère parfois à certains critères généraux pour apprécier la proportionnalité. À titre d'illustration, il lui arrive d'exiger l'équivalence des moyens employés de part et d'autre. La Cour de cassation a ainsi été amenée à accepter la légitime défense lorsque l'agent a employé une arme blanche à l'encontre d'un agresseur semblablement armé⁸, mais à la refuser lorsque l'agent use d'une arme à feu à l'encontre d'un agresseur armé d'un couteau⁹, ou complètement désarmé¹⁰. À défaut de proportionnalité, l'agent ne saurait être justifié, son acte s'apparentant alors à une

¹ *Bull. crim.* n° 70 ; *JCP G* 1967, II, 15034, note R. COMBALDIEU ; *Rev. sc. crim.* 1967, p. 659, obs. G. LEVASSEUR et p. 854, obs. A. LEGAL.

² Il semble en effet exclu de retenir que l'acte involontaire ait été « *commandé par les nécessités de la légitime défense* ». Pour une présentation plus en détail de ce problème, V. les notes et observations de MM. COMBALDIEU, LEGAL et LEVASSEUR sur l'arrêt précité.

³ Art. 222-7 et s. CP.

⁴ Dans le même sens, R. COMBALDIEU, note préc.

⁵ Dans le même sens, mais précisant que le but recherché par l'agresseur doit primer sur les moyens qu'il met en œuvre, V. R. BERNARDINI, « *Légitime défense* », op. cit., n° 104.

⁶ Pour une présentation approfondie de la jurisprudence sur la question, V. R. BERNARDINI, « *Légitime défense* », op. cit., n° 105 et s.

⁷ C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, op. cit., n° 190 et s. L'auteur avance même que l'appréciation *in abstracto* constitue ici le principe et l'appréciation *in concreto* un tempérament à celui-ci.

⁸ *Crim.* 11 juin 1997 ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, chron. crim. 228.

⁹ *Crim.*, 3 juillet 1987, n° 86-93, op. cit.

¹⁰ *Crim.* 12 décembre 1929, *S.* 1931, 1, p. 113 ; *Crim.* 7 juin 1968, *Bull. crim.* n° 186.

vengeance. Or, la vengeance est une forme de riposte, ce que le droit pénal n'autorise qu'exceptionnellement.

III – L'AGRESSION AUTORISANT EXCEPTIONNELLEMENT LA RÉTORSION

130. Lorsqu'une infraction a été commise, elle porte avant tout atteinte à l'ordre public et seules les autorités ont compétences pour en assurer la sanction. Si la défense contre une infraction est permise¹, la riposte ne l'est pas (A). L'histoire du droit pénal et de la procédure pénale va en ce sens, mais un bastion de rétorsion a réussi à se maintenir sous la forme d'une excuse absolutoire de provocation en matière d'injures (B).

A/ LE REFUS DU DROIT DE RIPOSTER À L'INFRACTION

131. Définition de la riposte. Le terme de « riposte » provient du terme latin « *respondere* » qui signifie « répondre ». Le terme désignait en escrime une attaque qui suit immédiatement la parade². *Lato sensu*, la riposte peut s'inscrire dans le cadre général de la défense, lorsque l'on riposte pour contrer ou prévenir une seconde attaque qui suivrait la première que l'on vient de parer. Mais, *stricto sensu*, il semble qu'elle doive être distinguée de l'acte de défense en ce qu'elle constitue une forme de rétorsion non strictement nécessaire à la parade. Prise en ce sens, la riposte n'est en principe pas tolérée par le droit positif, qui ne permet que la défense, à l'exclusion de tout acte de simple rétorsion car seul l'État a droit de punir une infraction (1). En conséquence l'excuse légale de provocation, minorant la peine de celui qui a riposté à une infraction précédente, a été abandonnée (2).

1) La sanction de l'infraction comme monopôle de la justice étatique

132. L'État s'est progressivement arrogé le monopôle du droit de punir. Cela signifie que la victime n'a plus la possibilité de prononcer elle-même la sanction, ni de l'exécuter (a). Ce sont là des prérogatives exclusives de l'État, mais la victime est parfois sollicitée afin d'y participer, de façon résiduelle et accessoire (b).

a) La sanction exclusivement prononcée et exécutée par la justice étatique

133. Le pouvoir de sanction de l'État découlant de son monopôle dans le pouvoir d'édiction de la norme pénale. Il est communément admis par les pénalistes que le système de la justice étatique s'est progressivement substitué à la vengeance privée afin de sanctionner les

¹ Cf. *supra*, n° 58 et s.

² A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2004, entrée « riposte ».

infractions¹. Au terme de cette évolution, l'État s'est arrogé un monopôle en la matière. Ce monopôle du pouvoir de sanction constitue en quelque sorte la conséquence du monopôle du pouvoir d'incrimination. L'État est l'auteur matériel et intellectuel de la norme pénale, aussi bien pour les jusnaturalistes partisans du *malum in se*², que pour les positivistes se référant au *malum prohibitum*³. La différence tient à ce qu'un jusnaturaliste jugera la valeur de la norme en la comparant à la norme naturelle, là où le positiviste s'en tiendra à une comparaison au sein des normes positives. Puisque la société a seule qualité pour définir l'interdit et édicter la sanction, il apparaît logique qu'elle soit également en charge du prononcé et de l'application de cette sanction. Parallèlement, reconnaître un droit de riposte reviendrait à autoriser la victime d'une infraction à en commettre une en retour, à l'encontre de l'agent. Deux solutions seraient alors possibles : soit cette riposte vient compléter la réaction sociale en s'ajoutant à la peine prononcée au nom de la société, soit cette riposte vient se substituer et remplacer la réaction sociale. Or, aucune de ces deux solutions n'apparaît satisfaisante.

134. L'illogisme théorique et pratique du droit de vengeance privée. Dans la première hypothèse, on reconnaît à la victime un droit de vengeance privée, parallèle au droit de punir exercé par la société. En premier lieu, le monopôle précédemment évoqué se trouverait entravé par la concurrence de l'action de la victime. D'un point de vue philosophique, cela revient à dénier à l'organisation sociale la tâche de pacifier les rapports entre les individus qui la composent. Les particuliers se verraient autorisés à mener des « guerres privées » et celles-ci seraient placées au même rang que la réaction sociale. Guerre et justice pourraient ainsi être confondues et Mme DELMAS-MARTY a déjà relevé les dangers d'une telle approche⁴. En second lieu, cette orientation génèrerait ainsi une inégalité de traitement entre les auteurs d'infractions, fondée sur le comportement de la victime. Soit la victime n'exerce pas son droit de vengeance et l'agent ne sera sanctionné qu'une seule fois, par la société, soit la victime décide de rétorquer et l'agent subira alors deux châtiments. Dans le dernier cas, la sanction de l'agent apparaîtra indéniablement disproportionnée. Il semblerait plus pertinent que l'agent ne subisse qu'une seule

¹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 56 et s. ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 1 et s. ; R. CHARLES, *Histoire du droit pénal*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 1963, pp. 8 et s. ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7^e éd., 2004, n° 12 et s. ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus droit privé, 16^e éd., 2009, n° 54 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuels, 1^e éd., 2010, n° 4 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, T. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 54 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009, n° 80 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1999, n° 2 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 2 et s.

² Ou « mal en soi ». Il s'agit de la tendance considérant qu'il existe certains actes infractionnels par nature. Cela correspond à la branche pénale du droit naturel, contenant les actes intrinsèquement mauvais. L'objectif du droit positif serait alors de transcrire fidèlement ce droit naturel en incriminant les mêmes actions.

³ Ou « mal technique ». Dans cette perspective, seuls sont infractionnels les actes qui ont été prohibés et incriminés par le législateur.

⁴ M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 59.

peine, prononcée au nom de la société, fût-elle appliquée par la victime. Cependant, une telle orientation ne serait pas davantage satisfaisante.

135. L'illogisme théorique et pratique de la sanction exercée par la victime. Dans la seconde hypothèse, la victime est titulaire du droit de punir, qu'elle peut exercer en lieu et place de la société. Un tel système conduirait encore une fois à dénier, au moins au regard des apparences, la fonction de médiation des rapports sociaux dévolue aux instances sociétales. Le fait que la victime de l'infraction applique la peine conduirait à minimiser, pratiquement et symboliquement, le rôle du juge en tant que tiers impartial. De plus, cela induirait une mise à l'écart de la dimension sociale de l'infraction car, si la victime exécute la peine, cela donne à penser qu'elle seule a souffert de l'infraction. Cette infraction ne serait alors plus considérée avant tout comme un trouble à l'ordre public, mais comme une simple offense purement privée. Seule l'injure répond aujourd'hui à cette description, ce que l'on peut déduire du fait que la victime peut y riposter¹ et qu'elle peut s'opposer à ce que son auteur soit poursuivi². Ensuite, d'un point de vue pratique, se poserait à l'évidence de graves problèmes quant à la mesure de la réaction à l'infraction. Il paraîtra excessivement difficile de déterminer si la sanction de l'agent est adaptée à son infraction. La victime n'est pas en position de mesurer la peine adaptée avec justesse. Il s'agirait surtout d'une peine excessivement primitive, voire brutale, puisque la réaction de la victime ne sera que physique (coups, violences portés à l'auteur), pécuniaire (atteinte aux biens de l'auteur) ou morale (atteinte à la considération ou à l'honneur de l'auteur). La seule façon de mesurer de la peine résiderait donc dans d'archaïques mécanismes tels que la loi du Talion ou encore l'abandon nauxal. S'il n'est pas envisageable que la victime puisse sanctionner elle-même l'auteur, que ce soit à la place ou à côté de la justice étatique, reste que le droit lui reconnaît la possibilité de participer au processus judiciaire menant à cette sanction. Cette participation est néanmoins résiduelle.

b) La participation résiduelle et indirecte de la victime au processus de sanction

136. La victime habilitée à solliciter l'action de la justice étatique. Si la victime ne peut pas exercer l'action publique, sa présence peut inciter le ministère public à le faire étant donné qu'elle doit être informée de sa décision de classement sans suite³ et qu'elle peut s'en plaindre auprès du procureur général⁴. Ensuite, le second alinéa de l'article premier du Code de procédure pénale l'autorise également à mettre elle-même l'action publique en mouvement. Cette mise en

¹ Cf. *infra*, n° 147 et s.

² Cf. *infra*, n° 200.

³ Art. 40-2 al. 2 CPP.

⁴ Art. 40-3 CPP.

mouvement peut s'effectuer par la citation directe¹ ou la plainte avec constitution de partie civile². La mise en mouvement de l'action publique va permettre à la justice étatique de reconnaître l'existence de l'infraction et d'en sanctionner l'auteur. Bien évidemment, la constitution de partie civile a d'abord été conçue comme un mécanisme visant à faciliter la procédure d'indemnisation³ en la permettant devant la juridiction répressive⁴. Mettre en mouvement l'action publique peut également être un excellent moyen pour la victime de s'alléger le fardeau de la preuve en le partageant avec le ministère public ou la juridiction d'instruction. Pour autant, cette procédure peut parfaitement servir à des fins purement vindicatives et la victime peut simplement entendre faire en sorte que l'agent soit puni. Cette approche repose sur la lettre du texte de l'alinéa 3 de l'article 418 du Code de procédure pénale, évoquant une simple possibilité pour la partie civile de demander réparation du préjudice qu'elle a subi. La chambre criminelle de la Cour de cassation a en conséquence admis que la victime pouvait agir en s'abstenant de demander réparation, simplement dans le but de corroborer l'action publique⁵. L'action civile n'étant alors aucunement subordonnée à la demande de réparation, elle adopte une finalité purement répressive⁶. La victime ne peut sanctionner l'agent, mais elle peut demander à ce qu'il le soit.

¹ Dont l'emploi par la partie lésée est visé à l'article 551 du Code de procédure pénale. Elle est possible en matière de délits (art. 388 CPP) et de contraventions (art. 531 CPP), mais pas pour les crimes qui nécessitent l'ouverture d'une instruction (art. 79 CPP). Sur la procédure de citation, V. B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2012, n° 632 et s.

² Prévue à l'article 85 du Code de procédure pénale. Elle est toujours possible en matière de crimes, de délits de presse et de délits électoraux. Pour les autres délits, il faut que le procureur de la République ait refusé d'engager lui-même les poursuites (art. 85 al. 2 CPP). La plainte avec constitution de partie civile est adressée au juge d'instruction qui la transmet au procureur de la République afin que celui-ci prenne ses réquisitions. Celles-ci ne peuvent enjoindre au juge d'instruction de ne pas informer que pour des causes juridiques (causes tenant à l'action publique, impossibilité légale de poursuivre les faits, absence de qualification pénale des faits, voire inexistence des faits) et non d'opportunité (art. 86 CPP). Sur la plainte avec constitution de partie civile, V. B. BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., n° 625 et s.

³ Art. 2 CPP.

⁴ Art. 3 CPP.

⁵ V. par ex. Crim. 8 juin 1971, *Bull. crim.* n° 182 ; Crim. 10 février 1987, *Bull. crim.* n° 64 ; Crim. 19 février 1998, *Bull. crim.* n° 72. Il en résulte que la constitution de partie civile demeure possible, même lorsque la juridiction pénale n'a pas compétence pour attribuer une réparation à la victime, par exemple en matière de transport, d'accident nucléaire ou de faute d'un fonctionnaire non détachable de son service. Sur ces hypothèses, V. C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 173 et s.

⁶ Certains auteurs analysent différemment la situation en considérant que l'action civile conserve systématiquement une fonction réparatrice. Pour certains, cela découle du fait que la victime conserve le droit de changer d'avis et de demander ultérieurement, éventuellement à la juridiction civile (art. 426 CPP), la réparation de son préjudice. Une telle analyse pêche en ce qu'elle fait dépendre la nature de l'action d'une simple hypothèse, d'une possibilité reconnue à la victime et qu'elle ne mettra peut-être jamais en œuvre. Pour d'autres (V. par ex. C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », op. cit.), la nature réparatrice demeure en ce qu'ils considèrent que la sanction de l'auteur constituerait une forme de réparation morale pour la victime de l'acte. En cherchant à le faire condamner, c'est donc également une forme de réparation qu'elle rechercherait, l'article 2 du Code de procédure pénale ne faisant pas spécifiquement référence à une réparation matérielle. Cette analyse semble malheureusement étendre exagérément la notion de réparation, au mépris de la conception juridique que vise à l'évidence le Code de procédure pénale. Pour une présentation détaillée sur ce point, V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2007, n° 68 et s. ; C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », op. cit., n° 161 et s.

137. La victime exceptionnellement autorisée, sous couvert de réparation, à participer au processus de sanction. La participation de la partie civile au procès pénale est un vaste sujet qu'il serait parfaitement vain de prétendre épuiser ici, ou même de donner un aperçu de l'ensemble de ses hypothèses. Notons simplement que la victime peut exceptionnellement être sollicitée, le plus fréquemment à des fins de réparation. Ainsi, la médiation, laquelle figure parmi les alternatives aux poursuites, requiert l'accord de la victime¹. Mais surtout, la position de la victime peut être prise en considération dans le cadre de la composition pénale², laquelle a une nature répressive³. Enfin, l'alinéa 3 de l'article 6 du Code de procédure pénale prévoit certaines possibilités pour la victime d'influer sur le procès pénal. En premier lieu, le retrait de sa plainte, lequel évoque une forme de consentement *a posteriori*⁴, peut, dans certaines circonstances, éteindre l'action publique. Quant à la transaction⁵, elle n'a en principe qu'une fonction réparatrice⁶, mais il est des circonstances où la loi lui adjoint une fonction indéniablement répressive. C'est notamment le cas des contraventions des quatre premières classes à la police des services publics de transports, concernant lesquelles l'action publique peut être éteinte par le versement d'une somme forfaitaire⁷. Cette somme comprend le prix du titre de transport, mais pas uniquement, ce qui témoigne de sa finalité répressive⁸.

138. La critique de la participation de la victime au processus de sanction. Dans ces différentes hypothèses, la réparation tend à être présentée comme une composante de la sanction, ce qui marque une confusion entre répression et réparation. La répression pourrait finir par y perdre sa singularité, le dommage social tendant à s'effacer devant le dommage particulier subi

¹ Art. 41-1, 5° CPP.

² Art. 41-2 CPP. La réparation du dommage doit être prévue et l'accord de la victime est nécessaire lorsque cette réparation sera effectuée par remise en état du bien endommagé (al. 19). Ensuite, la victime doit être informée de la mesure de composition pénale et de la saisine du président de tribunal aux fins de validation de cette mesure. La victime peut alors présenter des observations devant ce magistrat et son avis pourra ainsi rentrer en ligne de compte dans sa décision d'homologuer ou non la mesure convenue entre l'auteur et le ministère public (al. 23). L'accord de la victime n'est cependant pas nécessaire, étant donné qu'elle conserve le droit de recourir à la citation directe, le juge statuant alors sur les seuls intérêts civils (al. 26).

³ Cette nature se déduit aisément de certaines des mesures possibles, notamment l'amende de composition versée au Trésor public (1°), ou diverses privations et interdictions (que l'on retrouve d'ailleurs mentionnées sous le qualificatif de peines aux articles 131-3 et suivants du Code pénal). Dans sa décision relative à l'injonction pénale, le Conseil constitutionnel a admis que ces mesures (les mêmes que celles prévues pour la composition pénale) portant atteinte à la liberté individuelle et étant *in fine* prononcées par un juge, elles devaient être qualifiées de peines (Décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*). Dans le même sens, V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 414.

⁴ Sur ce point, cf. *infra*, n° 200 et s. et n° 203 et s.

⁵ Pour une présentation complète des différents cas de transactions, V. M. REDON, « Transaction », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 3 et s.

⁶ V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 373 et s. L'auteur y présente la transaction pénale comme un contrat (n° 375).

⁷ Art. 529-3 et s. CPP.

⁸ Art. 529-4 CPP. Le fait que le montant soit supérieur au prix du titre de transport indique clairement une volonté de sanction, d'exemplarité et de dissuasion, toutes les caractéristiques classiquement reconnues à la répression pénale. Par ailleurs, cette somme est due à l'exploitant du service de transport, donc à la victime.

par la victime¹. Corrélativement, traduction pratique de cette orientation théorique, la victime tend à prendre une place de moins en moins négligeable dans le procès pénal². Une telle évolution amorcerait donc un mouvement contraire à celui qu'a précédemment suivi l'institution judiciaire. L'infraction ne saurait être traitée comme une simple affaire privée entre particuliers, et c'est pourquoi la victime ne se voit plus reconnaître le droit d'y riposter impunément.

2) L'abandon de la provocation comme cause légale de diminution de peine

139. La provocation ne faisait pas disparaître le caractère délictueux des faits, mais elle permettait de réduire sensiblement la peine encourue par leur auteur (a). Les nouvelles dispositions du Code pénal ayant rendu cette institution inutile, elle n'y a logiquement pas été reprise (b).

a) Le traitement passé de la provocation

140. **Riposte et excuse de la provocation.** En premier lieu, notons que, s'agissant de l'excuse, le choix du terme de provocation n'est pas entièrement heureux. Classiquement, la provocation s'entend en effet de l'acte destiné à provoquer une réaction de son destinataire. Le provocateur agit dans le but de faire adopter un comportement déterminé au provoqué. C'est ainsi qu'on l'entend dans la complicité par provocation³, la provocation à la commission d'un génocide⁴, à la rébellion⁵, à la désobéissance des militaires de la défense nationale⁶, ou encore la provocation policière à la preuve. Or, dans le cas de l'excuse de provocation, non seulement le provocateur n'agit pas dans le but de susciter une réaction chez le provoqué, mais il espère même généralement que le provoqué n'aura pas de réaction. Il n'existe que quelques marginales exceptions, qu'illustrent à merveille d'Artagnan et les trois mousquetaires qui, par amour du duel, se provoquent sous des prétextes futiles⁷, ou encore certains personnages interprétés par Humphrey Bogart⁸ ou Clint Eastwood⁹.

¹ Pour un approfondissement de cette critique, cf. *infra*, n° 787 et s.

² Pour une présentation détaillée de l'importance croissante tenue par la réparation en droit pénale, V. N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon III, 2006, n° 919 et s. ; B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit.,

³ Art. 121-7 al. 2 CP.

⁴ Art. 211-2 CP.

⁵ Art. 433-10 CP.

⁶ Art. 413-3 CP.

⁷ Dans *Les Trois Mousquetaires*, d'Alexandre DUMAS, 1844. Lors du duel suivant la rencontre initiale des trois mousquetaires et de d'Artagnan, le personnage de Porthos reconnaît d'ailleurs la vacuité de l'excuse justifiant l'affrontement. Incapable de se rappeler de l'offense prétendument subi (son manteau avait été par mégarde arraché par d'Artagnan), il répond « *Ma foi, je me bats parce que je me bats* » à Athos qui lui demande la raison du duel (in A. DUMAS, *Les Trois Mousquetaires*, Le Livre de Poche, coll. Les Classiques de Poche, 2009, p. 122).

⁸ Ainsi, Sam Spade, le détective privé qu'il incarne dans *Le Faucon maltais* (*The Maltese Falcon*, J. HOUSTON, 1941), raille constamment ses adversaires dans l'espoir de les mettre en colère afin qu'ils en perdent leurs moyens.

⁹ Les personnages qu'il interprète dans *L'homme des hautes plaines* (*High Plains Drifter*, C. EASTWOOD, 1973) et *Gran Torino* (C. EASTWOOD, 2008), provoquent leurs adversaires à la violence, dans le premier cas afin de pouvoir les tuer

141. Le système des infractions excusables. L'excuse légale de provocation figurait aux articles 321 à 326 de l'ancien Code pénal. Le meurtre, les coups et les blessures pouvaient ainsi être excusés lorsqu'ils avaient été provoqués par des violences graves envers les personnes¹, lorsqu'ils avaient été commis de jour pour repousser l'escalade ou l'effraction dans un lieu habité² ou, dans les cas d'adultère, lorsqu'ils avaient été commis par l'époux surprenant sa femme et son amant dans la maison conjugale³. Bien qu'il soit une variété de meurtre, le parricide était néanmoins exclu de la liste des infractions excusables, de façon catégorique⁴. De même, le meurtre entre époux était inexcusable, en dehors de l'hypothèse adultérine évoquée⁵. Enfin, le crime de castration était également excusable lorsqu'il avait été provoqué par un outrage violent à la pudeur⁶. Lorsque l'excuse était retenue, la peine encourue par l'auteur s'en trouvait diminuée de façon extrêmement significative. Ainsi, selon l'article 326 du Code pénal, le crime puni de mort, des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation voyait sa peine passer à un emprisonnement d'un à cinq an. Pour les autres crimes, la peine était comprise entre six mois et deux ans. Quant aux contraventions, la peine devait être comprise entre six jours et six mois d'emprisonnement.

142. Les imperfections du système. La liste des infractions susceptibles d'être provoquées était strictement définie, d'autant que l'article 65 du Code pénal interdisait d'excuser une infraction en dehors des hypothèses prévues par la loi. En revanche, plusieurs auteurs ont relevé que la notion de provocation souffrait d'un manque flagrant de définition⁷. Pour les meurtres, coups et blessures, le texte n'évoquait que les « *coups ou violences graves envers les personnes* ». Or, la gravité est une notion subjective, qui avait du être appréciée au cas par cas par la jurisprudence⁸. Pareillement, l'outrage à la pudeur excusant la castration était qualifié de « violent », ce qui n'allait pas sans soulever de semblables interrogations. GARÇON se demandait ainsi si cette référence rendait nécessaire que des violences sur les personnes aient été exercées ou s'il suffisait que l'outrage à la pudeur ait été grave⁹. L'auteur penchait pour la seconde hypothèse¹⁰ et l'on tombait

et ainsi accomplir une vengeance, dans le second à titre de sacrifice, afin d'être lui-même assassiné ce qui permettra la condamnation du gang de ses meurtriers.

¹ Art. 321 de l'ancien Code pénal.

² Art. 322 de l'ancien Code pénal.

³ Art. 324 al. 2 de l'ancien Code pénal. Ce texte ne visait que le meurtre, mais la doctrine estimait que l'excuse s'appliquait *a fortiori* aux coups et blessures. Sur ce point, V. É. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e éd., 1956, art. 324, n° 22. Par ailleurs, il convient de noter qu'en raison de son caractère sexuellement discriminatoire, cette excuse fut supprimée du Code pénal en 1975 (Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975).

⁴ Art. 323 de l'ancien Code pénal.

⁵ Art. 324 al. 1 de l'ancien Code pénal.

⁶ Art. 325 de l'ancien Code pénal.

⁷ V. notamment É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 321, n° 17 et s. ; J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, Thèse, Limoges, 1978, p. 189 ; N. JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, Thèse, Nice, 2000, n° 294.

⁸ La Cour de cassation avait par exemple refusé de considérer qu'une violence verbale ou écrite, telle qu'une injure ou une diffamation, puisse constituer une provocation excusant le meurtre ou les violences (Crim. 27 février 1813, *Bull. crim.* n° 40). Pour une présentation de la jurisprudence sur la notion de gravité, V. É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 321, n° 17 et s. ; J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., pp. 189 à 193.

⁹ É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 325, n° 7.

¹⁰ *Ibid.*, n° 8.

de Charybde en Scylla, l'imprécision de la notion de « gravité » se substituant à celle de la « violence ». De plus, comme le relevait Mme DUPUY, « *tout peut devenir provocation si un acte peut tenir sa qualification de celui qui le subit, et non de celui dont il émane. La politique du tout ou rien est plus rationnelle qu'une sélection forcément arbitraire entre les faits qui seront déclarés provocateurs* »¹. Ce que le droit pénal gagnait en prévision textuelle, il le perdait alors en arbitraire, sans que, principe de légalité oblige, le juge ne puisse y suppléer. La réforme paraissait donc souhaitable.

b) L'abandon justifié de l'excuse de provocation

143. L'actuelle inutilité de l'excuse légale de provocation. L'excuse légale de provocation a disparu des nouvelles dispositions du Code pénal de 1992 entrées en vigueur en 1994. Dans cette nouvelle version, la disparition des seuils inférieurs de peine rend inutile les excuses légales, puisque le juge peut désormais fixer librement la peine, tant qu'il demeure sous le plafond fixé par le texte d'incrimination². La seule restriction concernait les crimes qui ne peuvent donner lieu à une peine de réclusion ou de détention inférieure à un an, ou à deux ans lorsque la peine prévue est la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité³. À cette exception vinrent s'ajouter en 2007 les « peines-planchers » en matière de récidive⁴, puis en 2011 en matière de violences correctionnelles aggravées⁵. En conséquence, les excuses légales ne sont plus nécessaires. Le Code contient toujours une section intitulée « *De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines* »⁶, mais elle ne contient pour l'essentiel que des circonstances aggravantes. Une seule excuse légale conduisant à la diminution ou à l'exemption de peine y demeure. Elle concerne les participants à une infraction qui, l'ayant dénoncée à temps aux autorités, ont permis d'en arrêter la commission ou d'en identifier les auteurs⁷.

144. La judiciarisation des excuses. Il ne résulte pas de cette disparition de la lettre du Code que la provocation ne puisse conduire à diminuer la peine de l'agent. Simplement, cette prise en compte est désormais à l'entière discrétion du juge qui puise dans l'article 132-24 du Code pénal le pouvoir de personnaliser la peine et son régime en tenant compte « *des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* ». Le fait que l'agent ait été provoqué peut toujours rentrer en ligne

¹ J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., p. 360.

² Art. 132-18 CP pour les crimes, art. 132-19 CP pour la peine d'emprisonnement en matière de délit et art. 132-20 CP pour les amendes.

³ Art. 132-18 CP.

⁴ Ajoutées par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs et codifiées aux articles 132-18-1 (crimes), 132-19-1 et 132-19-2 du Code pénal (délits).

⁵ Ajoutées par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (dite LOPSI 1) et codifiées à l'article 132-19-2 du Code pénal.

⁶ Située dans le chapitre deux (Du régime des peines) du Titre trois (Des peines) du Livre premier (Dispositions générales) et renfermant les articles 132-71 à 132-80 du Code pénal.

⁷ Art. 132-78 CP. Pour une présentation des différentes hypothèses d'application de cette excuse, V. B. PEREIRA, « Excuses », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, 2003, n° 11 à 22 et n° 47 à 54.

de compte dans la fixation de la peine¹. Incontestablement, les nouvelles dispositions du Code pénal ont transféré au juge une certaine marge d'appréciation concernant les excuses. L'exemple de l'instauration des peines minimales en matière de récidive ou de violences correctionnelles aggravées est à cet égard très significatif. Bien que destinée à lutter contre un prétendu laxisme des juges, cette réforme leur a néanmoins laissé une marge d'appréciation significative. Il leur est ainsi permis de prononcer une peine inférieure au minimum légal « *en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* », à condition de motiver spécialement cette peine². Le juge demeure donc globalement maître de la peine qu'il prononce³.

145. La judiciarisation compatible avec le principe de légalité criminelle. En premier lieu, il faut noter qu'un tel pouvoir ne paraît nullement choquant, même au regard des exigences du principe de légalité. Puisque la peine maximale demeure textuellement fixée, l'agent ne peut ignorer ce qu'il encoure. En partant de ce seuil maximal, les diminutions ne peuvent se réaliser qu'à son profit, sans qu'il ne puisse pour autant faire valoir de « droit à ce que sa peine soit diminuée ». Rien ne s'oppose donc à ce que le texte invite le juge à fonder sa décision quant à la peine sur des notions telles que les circonstances de commission de l'infraction alors que cette même notion a été jugée trop imprécise pour figurer dans un texte d'incrimination⁴.

146. La judiciarisation garante de l'adaptabilité de la norme. En second lieu, cette possibilité reconnue au juge est un indéniable facteur de souplesse dans l'application de la norme, là où la prévision textuelle avait montré ses limites⁵. Comme l'a écrit Mme LASSERRE-KIESOW, « *le juge est confronté à une réalité sans limite, tandis que la loi a été conçue par le législateur comme un discours aux frontières précises et définies* »⁶. Le législateur se contente ici de fixer les buts à atteindre : protection effective de la société, respect des intérêts de la victime, prévention de la commission

¹ Dans le même sens, N. JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., n° 296 ; F. DEFFERRARD, « La provocation », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 233 ; B. PEREIRA, « Excuses », op. cit., n° 63 et s.

² Art. 132-18-1 al. 2 (crimes en récidive), art. 132-19-1 al. 2 (emprisonnement pour les délits en récidive), 132-19-2 al. 2 (amende en cas de récidive) et 132-19-2 al. 2 CP (violences correctionnelles aggravées). Il existe néanmoins une exception pour certains « multirécidivistes », à savoir les auteurs de crimes commis une nouvelle fois en état de récidive légale (art. 132-18-1 al. 3 CP) et d'atteintes violentes ou à caractère sexuelle commises une nouvelle fois en état de récidive légale (art. 132-19-1 al. 4 CP). Dans ces cas, le prononcé d'une peine inférieure seuil légal doit être spécialement motivé par les « *garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* » de l'agent.

³ Sur ce point, V. J. LEBLOIS-HAPPE, « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la Chambre criminelle », note sous Crim. 4 avril 2002, *Dr. pén.* 2003, chron. 11.

⁴ Crim. 20 février 2001, *D.* 2001, p. 3001, note P. WACHSMANN. Il était question dans cet arrêt de l'alinéa 3 de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 qui incriminait la reproduction et la publication « *de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits prévus aux chapitres Ier, II et VII du Titre II du Livre II du Code pénal* ». La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris qui avait refusé de faire application de ce texte en raison de l'imprécision de la notion de « circonstances d'un crime ou d'un délit ».

⁵ Cf. *supra*, n° 142.

⁶ V. LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in *La confection de la loi*, ss la dir. de R. DRAGO, PUF, Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 209. La citation se trouve p. 214.

de nouvelles infractions, sanction du condamné et préparation de sa réinsertion¹. Pour y parvenir, le juge est alors libre de fixer librement la peine adéquate, en sachant qu'en matière de législation, « dans leur généralité, les buts indiquent une tâche permanente qui ne sera jamais définitivement réalisée. Ils montrent plus une direction, une tâche à accomplir qu'un état définitif »². Tout en étant conforme aux principes spécifiques de la matière pénale, une telle approche semble permettre un bon compromis dans la rédaction de la norme pénale. On évite ainsi « une langue technique, jargonnante, fermée sur elle-même, sentencieuse, prétentieuse, qui nécessite autant de travail de qui veut la comprendre que de qui veut l'écrire, qui éloigne, qui met à distance, qui fonde la compétence d'un interprète plutôt que d'un lecteur, qui dit les règles pour multiplier les exceptions, nourrit la jurisprudence, les malentendus et les gloses qui s'entre-glosent, pour reprendre l'expression de Montaigne »³ tout en s'approchant d' « une langue précise, concise, claire, sans affectation, sans pathos, impersonnelle en quelque sorte, descriptive et normative »⁴. Cette évolution n'a cependant concerné que le Code pénal proprement dit, ce dont il résulte que la provocation s'est maintenue dans la loi du 29 juillet 1881.

B/ LE MAINTIEN D'UNE EXCUSE ABSOLUTOIRE EN MATIÈRE D'INJURES

147. L'alinéa deux de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'article R. 621-2 du Code pénal sanctionnent l'injure envers un particulier « lorsqu'elle n'aura pas été précédée de provocation », sans autres précisions. Malgré l'imprécision de cette formule, il est admis qu'elle fonde une excuse légale en matière d'injures, et non un fait justificatif (1). Une injure provoquée demeure donc une infraction, mais elle ne saurait emporter de conséquences pénales ou civiles (2).

1) L'imprécise excuse légale de provocation en matière d'injures

148. Les dispositions de la loi de 1881 et du Code pénal relatives à la provocation sont extrêmement laconiques. Cela s'explique par le fait que, pour comprendre la provocation, il était possible de se référer aux dispositions générales contenues dans le Code pénal de 1810. Ces dispositions ayant été abrogées (a), il en résulte quelques interrogations quant à cette institution (b).

¹ Art. 132-24 al. 2 CP.

² J.-D. DELLEY et A. FLÜCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in *La confection de la loi*, op. cit., p. 83. La citation se trouve p. 89.

³ A. GILDER, « Oui, tout cela dans une même phrase », in *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, *Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie*, numéro spécial, La Documentation Française, 2008, p. 95.

⁴ *Ibid.*

a) La difficulté née de l'abrogation des dispositions générales relatives à l'excuse de provocation

149. Le renvoi implicite de la loi de 1881 au Code pénal de 1810. La loi de 1881 a été adoptée à une époque où la provocation figurait expressément dans le texte du Code pénal, aux articles 321 et suivants. Il s'agissait donc d'une institution connue et il n'était pas douteux que la provocation avait vocation à s'appliquer de la même manière en matière d'injures qu'en droit commun. Il était par exemple bien admis que, comme en droit commun, la provocation constituait une simple excuse, à ceci près qu'elle affranchissait l'auteur de toute peine¹. La difficulté naît de ce que toutes les dispositions du Code pénal de 1810 ont été expressément abrogées par l'article 372 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992². En revanche, les dispositions relatives à la provocation en matière d'injure n'ont pas été abrogées, fût-ce implicitement. En matière d'abrogation, le principe est que celle-ci doit être explicite. Il ne peut y avoir d'abrogation implicite que lorsque les dispositions nouvelles sont nécessairement inconciliables avec les dispositions anciennes³. Or, rien dans les nouvelles dispositions du Code pénal ne semble inconciliable avec l'excuse légale de provocation. Au contraire, il est certain que ces dispositions ont été sciemment maintenues par le législateur. Le premier élément qui l'indique est le fait que la loi du 16 décembre précédemment évoquée a procédé, dans ces articles 246 à 250, à une modification de la loi sur la liberté de la presse afin de l'adapter aux nouvelles dispositions du Code pénal. L'article 33 a même été modifié, mais seulement dans son dernier alinéa, ce qui marque bien la volonté d'en laisser perdurer le deuxième. Le second élément attestant ce maintien de l'excuse de provocation est la création de l'article R. 621-2 du Code pénal réprimant l'injure non publique envers un particulier « *lorsqu'elle n'a pas été précédée de provocation* ».

150. Position du problème. Dès lors, les dispositions spéciales du droit de la presse sont maintenues, mais il n'y plus de textes prévoyant un régime général de l'excuse de provocation que l'on pourrait leur appliquer. Cela soulève un dilemme quasiment cornélien quant à l'interprétation des dispositions maintenues. Convient-il de maintenir l'interprétation précédente basée sur des textes abrogés ou faut-il les interpréter strictement et indépendamment de tout contexte ? *A priori*, la seconde interprétation semble plus respectueuse du principe de légalité et de son corolaire, l'interprétation stricte de la loi pénale⁴. Pourtant, interprétation stricte ne signifie pas

¹ Crim. 23 décembre 1887, *Bull. crim.* n° 400 ; Crim. 22 juin 1944, *Bull. crim.* n° 147.

² Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF* du 23 décembre 1992, p. 17568.

³ Crim. 21 janvier 1944, *Bull. crim.* n° 27 ; Crim. 28 mai 1964, *Bull. crim.* n° 183 ; Crim. 21 mai 1992, *Bull. crim.* n° 203. Ainsi, le simple fait qu'un texte légal ou réglementaire fasse l'objet d'une tolérance, quand bien même elle serait prolongée, ne suffit pas à conclure que le texte est tombé en désuétude et aurait été implicitement abrogé (Crim. 12 mai 1960, *Bull. crim.* n° 265).

⁴ Art. 111-4 CP.

interprétation restrictive, ni même littérale¹ et il est admis que, dans son interprétation, le juge puisse se référer aux objectifs de la loi pénale², à la *ratio legis* du texte considéré³. Or, la seconde méthode reviendrait précisément à se référer aux intentions du législateur⁴, en se servant des textes abrogés pour donner aux textes maintenus le sens qu'il avait entendu leur donner lors de leur adoption.

151. La nécessité de recourir aux principes gouvernant l'interprétation des normes pénales. Aucune de ces deux méthodes ne paraît donc devoir s'imposer *a priori*. Cela signifie que l'interprétation se fera au cas par cas, en se référant aux principes classiques d'interprétation de la norme pénale. Il conviendra donc d'étudier chacune des questions qui peuvent se présenter en gardant à l'esprit que les interprétations par extension, analogie ou induction sont proscrites⁵, en principe même lorsqu'elles sont réalisées *in favorem*⁶. Cela semble clairement découler de la lettre de l'article 111-4 du Code pénal prévoyant que les textes pénaux sont d'interprétation stricte, sans qu'il soit fait de distinction entre les textes favorables et défavorables. Pour autant, le juge n'est pas tenu de se limiter à une interprétation littérale⁷ et peut pratiquer une interprétation téléologique⁸. La jurisprudence sur la question est cependant très loin de la clarté et semble osciller au gré des affaires qui lui sont soumises. En réalité, seules deux prohibitions paraissent exemptes d'incertitude. En premier lieu, il est certain qu'est proscrite l'interprétation extensive défavorable à l'agent. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi été amenée à affirmer que le principe de légalité commande « *de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie* »⁹, ce qui semble laisser le champ libre à une interprétation extensive favorable à l'agent¹⁰. En second lieu, il est unanimement admis que, lorsque la loi est claire et dépourvue d'ambiguïté, le juge ne peut l'interpréter et doit se contenter de l'appliquer¹¹.

¹ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, éd. L'Hermès, 1979, n° 12 ; J.-Y. CHEVALLIER, « « Naître ou n'être pas ». La Chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 125.

² G. DI MARINO, « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 505.

³ Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597.

⁴ Pour un exemple d'admission de la prise en compte de l'intention du législateur dans l'interprétation d'un texte pénal, V. Crim. 21 janvier 1969, *Bull. crim.* n° 38.

⁵ Crim. 9 août 1913, *DP* 1917, 1, 69 ; Crim. 16 octobre 1957, *Bull. crim.* n° 637 ; Crim. 31 mars 1992, *Bull. crim.* n° 134.

⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 554 et s. et spéc. n° 558 et s. Selon cet auteur, les nouvelles dispositions du Code pénal ont proscrit ce genre d'interprétation, autrefois tolérée. V. contra B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 134 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 223. Ces auteurs ne citent toutefois à l'appui de leur démonstration que des solutions antérieures à 1994 et dont ils reconnaissent eux-mêmes que les nouvelles dispositions du Code pénal les ont rendu obsolètes. Pour une appréciation médiane, V. PH CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 128.

⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 225 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 182 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 119.

⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 545 et s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 127 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 183 et 186.

⁹ CEDH, gde ch., 29 mars 2006, n° 67335/01, *Achour c/ France*, § 41.

¹⁰ Pour une affirmation ancienne de ce point, V. Crim. 8 février 1840, *S.* 1840, 1, 651.

¹¹ V. par ex. Crim. 30 juin 1976, *Bull. crim.* n° 326 : lorsque la loi est claire et dépourvue d'ambiguïté, il n'y a pas lieu de sanctionner l'agent dont l'acte ne rentre pas dans les prévisions du texte, quand bien même cela résulterait d'un

Pour prendre un exemple, l'article 222-23 du Code pénal précise clairement que le viol est constitué par un acte de pénétration sexuelle « *commis sur la personne d'autrui* ». En conséquence, une fellation commise par l'auteur sur la victime ne peut s'analyser en un viol et, après un arrêt vivement dénoncé¹, la Cour de cassation a refusé cette qualification au nom de l'interprétation stricte². C'est donc avec ces éléments à l'esprit qu'il convient de se pencher sur les différents aspects de la provocation en matière d'injures.

b) Les difficultés d'interprétation des dispositions spéciales relative à la provocation en matière d'injures

152. En raison de l'extrême concision des textes, ces interrogations portent aussi bien sur la notion de provocation (α) que sur son régime (β).

α) Les interrogations quant à la notion d'excuse

153. L'hésitation quant à la nature : entre excuse et cause d'irresponsabilité. La loi de 1881 et le Code pénal se contentent de prévoir la sanction de l'injure lorsqu'elle n'a pas été précédée de provocation. Il faudrait *a contrario* en déduire que l'injure précédée de provocation n'emporte aucune peine³. Par conséquent, la provocation peut être perçue comme une immunité, une excuse ou une cause d'irresponsabilité. L'immunité peut immédiatement être écartée car, même si elle peut ne concerner que certains actes, elle puise sa source et est inhérente à la personne de celui qui en bénéficie⁴ alors que la provocation résulte de l'attitude d'un tiers. Restent l'excuse et la cause d'irresponsabilité, lesquelles conduisent pareillement à ce qu'aucune peine ne soit prononcée. Elles diffèrent cependant sur plusieurs autres points, le principal étant que l'excuse laisse subsister la responsabilité pénale de l'agent. Les causes d'irresponsabilité la font quant à elles disparaître, soit que les faits ne constituent plus une infraction (faits justificatifs), soit que cette infraction ne puisse être imputée à l'agent (cause de non-imputabilité). Ensuite, l'excuse

oubli du législateur qui aurait à l'évidence voulu viser ce cas. Dans le même sens, V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 136 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 127 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 187 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 122.

¹ Crim. 16 décembre 1997, *Bull. crim.* n° 429, *JCP G* 1998, II, 10074, note D. MAYER. La note de Mme MAYER est assez neutre sur la valeur de l'arrêt. Pour la dénonciation de cette solution, V. par ex. Y. MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et... *contra rationem* », *D.* 1998, chron. p. 212 ; H. ANGEVIN, « Viol d'autrui ou viol de la loi », *Dr. pén.* 1998, chron. 7.

² Crim. 21 octobre 1998, *Bull. crim.* n° 274, *JCP G* 1998, II, 10215, note D. MAYER ; *D.* 1999, p. 75, note Y. MAYAUD ; Crim. 22 août 2001, *Bull. crim.* n° 169.

³ Sur les effets de la provocation et les discussions à ce sujet, cf. *infra*, n° 155 et s.

⁴ L'immunité diplomatique provient du statut d'agent diplomatique, celle de la défense du statut de défenseur de l'avocat, celle du chef de l'État de la fonction qu'il exerce, l'immunité familiale provient du lien unissant l'auteur et sa victime, etc. V. dans le même sens, mais implicitement, M. COSNARD, « Immunités », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 1^e éd., 2003, p. 801 qui relève que « la caractéristique commune et primordiale présidant à l'attribution de toutes les immunités est d'assurer l'exercice indépendant et serein de ses fonctions par son bénéficiaire ». L'affirmation, centrée sur les immunités publiques, demeure valable pour l'immunité familiale à condition de remplacer « l'exercice des fonctions » par « la vie de la famille ».

doit être constatée par la juridiction de jugement, ce qui implique que l'agent doive être renvoyé devant elle¹. À l'opposé, les causes d'irresponsabilité peuvent être relevées directement par le juge d'instruction et motiver une ordonnance de non-lieu². La jurisprudence continue à considérer la provocation comme une excuse³. L'étude des textes ne permet pas de déterminer si cette appréciation doit être approuvée ou non car ils ne prennent pas position sur les éléments distinguant l'excuse de la cause d'irresponsabilité. Il faut donc approfondir ce point en se penchant sur le fondement de cette fonction reconnue à la provocation.

154. L'hésitation quant à la justification de l'excuse. Dans le cas d'un fait justificatif, l'infraction n'existe pas car elle ne se constitue pas. L'acte commis n'est donc pas illégal, il correspond à l'exercice d'un droit⁴. Or, pour les raisons évoquées précédemment⁵, il semble difficile de considérer qu'existe un droit à la riposte. S'agissant du domaine étudié, comme le relève M. LASSALLE, injurier « *ne peut apparaître comme constituant l'exercice d'un droit* »⁶. Eu égard à ce qui la motive, la provocation ne saurait être classée parmi les faits justificatifs. Elle doit donc être soit une excuse, comme le décide la jurisprudence, soit une cause de non-imputabilité. La doctrine considère unanimement que la provocation a pour effet de pousser le provoqué à agir, qu'elle porte atteinte à son libre-arbitre⁷. La provocation évoque donc une forme atténuée de contrainte⁸. Une forme cependant très atténuée, car tous s'accordent à reconnaître que la provocation ne supprime pas le libre-arbitre. Elle ne constitue qu'une influence qui s'exerce sur l'agent, mais elle ne suffit pas à abolir le contrôle qu'il détient sur ses actes. Ce qui justifie l'influence de la provocation en matière d'injures n'est pas le fait que le provoqué aurait été privé du contrôle de ses actes. La raison tient à ce que la colère a diminué sa faculté de jugement⁹ et que celui qui commet une infraction sous l'empire de l'émotion paraît moins dangereux que celui qui agit de sang froid¹⁰. La provocation n'est donc pas une cause de non-imputabilité¹¹, mais bien une excuse, ce dont découle son régime.

¹ Crim. 8 janvier 1819, *Bull. crim.* n° 3. V. également É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 321, n° 66 ; B. PEREIRA, « Excuses », op. cit., n° 31.

² Art. 177 CPP.

³ V. par ex. Crim. 15 mars 2005, *Bull. crim.* n° 89, *Dr. pén.* 2005, comm. 105 dans lequel les termes « excuse de la provocation » figurent expressément.

⁴ Cf. *supra*, n° 75 et s. et n° 109 et s. pour l'exemple de la légitime défense.

⁵ Cf. *supra*, n° 131 et s.

⁶ J.-Y. LASSALLE, « Provocation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, 2003, n° 3.

⁷ É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 321, n° 4 et s. ; J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., pp. 1 et s. ; N. JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., n° 1 et s. ; F. DEFFERRARD, « La provocation », op. cit. ; J.-Y. LASSALLE, « Provocation », op. cit.

⁸ Telle que visée à l'article 122-2 du Code pénal.

⁹ F. DEFFERRARD, « La provocation », op. cit. ; B. PEREIRA, « Excuses », op. cit. ; J.-Y. LASSALLE, « Provocation », op. cit., n° 2.

¹⁰ J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., p. 158.

¹¹ V. contra G. VERMELLE, « Du droit pénal général reconfiguré par le droit pénal spécial (échantillons) », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 645 et spéc. p. 652.

β) Les interrogations quant au régime de l'excuse

155. L'hésitation quant à la nature de l'acte de provocation. La difficulté majeure des textes actuels est qu'ils n'offrent rigoureusement aucune indication quant à ce qu'il faut entendre par « provocation »¹. S'agissant de la provocation de droit commun, les anciennes dispositions du Code pénal faisaient référence à des actes de nature infractionnelle, volontaires² et d'une nature au moins proche de celle de l'acte qu'ils venaient excuser³. La doctrine avait rajouté que le caractère provocateur devait s'apprécier subjectivement, en fonction de l'impression produite sur le provoqué⁴. La jurisprudence a paru transposer ces éléments tirés du régime général de la provocation puisque, s'agissant des injures, elle retenait, et retient toujours, que l'acte de provocation s'entend « *de toute parole, tout écrit, tout acte ou toute attitude de nature à justifier ou même expliquer l'injure* »⁵, à condition qu'il soit volontaire⁶ et injuste⁷, c'est-à-dire au moins fautif si ce n'est infractionnel⁸. Il avait été rajouté, s'agissant de l'ensemble des provocations, une exigence de lien de causalité et de proportion entre la provocation et la riposte. Ainsi, en matière d'injures, il faut en premier lieu que la riposte vise l'auteur de l'acte de provocation⁹ ou une personne qui se serait solidarisé avec cet auteur¹⁰, qu'elle émane de celui qui a été personnellement visé par la provocation¹¹ et que cette riposte n'intervienne pas trop longtemps après la provocation. Le provoqué doit encore se trouver sous le coup de l'émotion suscitée par la provocation¹². En second lieu, la riposte doit être proportionnée à l'acte de provocation¹³. La jurisprudence retient donc une acception assez large de l'acte de provocation, ce qui peut être approuvé, étant donné qu'il s'agit d'une interprétation favorable à l'agent d'une notion ambiguë. En revanche, elle est assez exigeante quant à la riposte, ce dont il y a également lieu de se réjouir puisque les conditions imposées découlent du fondement de l'excuse de provocation. Il n'y a effectivement lieu d'en

¹ F. GOYET, *Droit pénal spécial*, Sirey, 7^e éd., refondue et mise à jour par M. ROUSSELET et M. PATIN, 1958, n° 737.

² Étant précisé que le provocateur veut son acte, mais non la réaction du provoqué. Cf. *supra*, n° 141 et s.

³ Des coups et violences graves excusaient les violences et le meurtre, ces infractions étant de même nature ou de nature proche. L'attentat à la pudeur, infraction de nature sexuelle, excusait la castration, infraction liée aux organes sexuels. Seuls les meurtres de la femme adultère et de son amant, atteintes à la vie, paraissaient dénués de rapport avec l'acte de provocation, atteinte à l'honneur.

⁴ É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 321, n° 29.

⁵ Crim. 18 mai 1954, *Bull. crim.* n° 187.

⁶ Crim. 17 janvier 1936, *Gaz. Pal.* 1936, 1, 320.

⁷ Crim. 16 avril 1985, *Bull. crim.* n° 140.

⁸ Ce qui exclut la provocation lorsque l'acte s'inscrit dans l'exercice légitime d'un droit comme le droit de critique artistique ou les droits de la défense : TGI Paris, 26 février 1975, *D.* 1975, p. 322 ; Soc. 15 novembre 1990, *D.* 1990, IR p. 291.

⁹ Crim. 13 janvier 1966, *Bull. crim.* n° 14.

¹⁰ Crim. 21 mars 1972, *Bull. crim.* n° 116.

¹¹ Ce qui conduit à refuser le bénéfice de la provocation à celui qui a réagi à une injure visant l'ensemble d'un groupe auquel il appartiendrait : Crim. 13 juillet 1900, *DP* 1901, 1, p. 376 (injure adressée à l'ensemble d'une congrégation religieuse) ; TGI Paris, 1^e ch., 13 décembre 1978, *D.* 1978, jur. p. 378 (injure adressée aux femmes avocates en général) ; Crim. 10 mai 2006, *D.* 2006, p. 2220, note E. DREYER (injure adressée à l'ensemble des adeptes du mouvement raëlien).

¹² Crim. 13 janvier 1966, *Bull. crim.* n° 14, op. cit. ; Crim. 13 avril 1999, *Bull. crim.* n° 77.

¹³ Crim., 13 avril 1999, *Bull. crim.* n° 77, op. cit.

faire bénéficier que celui qui a bien agi sous l'empire de la colère. Seul pourrait être discuté le refus de faire bénéficier de l'excuse celui qui s'est senti insulté à travers son groupe, car il est parfaitement concevable qu'il en soit résulté une colère propre à expliquer son action¹.

156. L'hésitation quant au domaine de l'excuse. Après avoir été un temps étendue à la diffamation non publique², il est aujourd'hui admis que l'excuse ne bénéficie qu'à l'auteur d'une injure. Cela semble pertinent, les textes relatifs à la diffamation³ ne contenant aucune référence à la provocation. Il est pareillement certain, du fait de la formulation des textes, que cette excuse ne vaut que pour les injures commises envers un particulier. En revanche, la question se pose de savoir si le bénéfice de l'excuse peut être reconnu à l'auteur d'une injure publique raciale. Celles-ci sont prévues à l'alinéa 3 de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 qui renvoie aux conditions prévues par l'alinéa précédent. Le texte devant être interprété strictement, surtout si cela est favorable au prévenu, il semble bien qu'il faille en faire bénéficier l'auteur d'une telle injure. La Cour de cassation a semblé l'admettre dans un arrêt du 13 avril 1999, dans lequel elle fonde le refus de l'excuse sur l'absence de proportionnalité et non sur la nature de l'injure⁴. Selon Mme JOFFROY, le caractère racial de l'injure devrait conduire à ce que l'excuse ne puisse en pratique jamais être retenue⁵. Cette affirmation n'est pas certaine et pourrait être combattue lorsque l'injure raciale viserait à répondre à une injure de même nature. Notons enfin une petite incohérence due au fait que la provocation ne permet pas d'excuser l'injure raciale non publique, étant donnée que l'article R. 624-4 du Code pénal n'en fait pas mention.

157. L'hésitation quant à la portée de l'excuse. La dernière hésitation concerne les effets de l'excuse. Les textes se contentent de prévoir la peine applicable à l'injure qui n'a pas été provoquée, mais restent muet sur le sort d'une injure provoquée. Le problème se posait déjà sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal dont l'article 326 prévoyait une échelle de diminution de peine en cas d'excuse, mais ne prévoyait que des peines d'emprisonnement déjà supérieures à celles prévues pour les différentes formes d'injures non excusées et ne disait rien des peines d'amende. La jurisprudence avait donc décidé que l'excuse devait conduire à affranchir l'auteur de toute peine⁶. Un arrêt avait bien affirmé que la détermination des effets et de la portée de l'excuse relevait de l'appréciation souveraine des juges du fonds, mais il s'agissait dans cette espèce des effets quant à la responsabilité civile⁷. Aujourd'hui encore, la Cour de cassation relève

¹ Sur cette question, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 37, 2002, n° 315 et s.

² Crim. 3 mai 1972, *Bull. crim.* n° 151 ; Crim. 11 juillet 1973, *Bull. crim.* n° 211.

³ Art. 32 et 35 de la loi du 29 juillet 1881 (diffamation publique) et art. R. 621-1 CP (diffamation non publique).

⁴ Crim 13 avril 1999, *Bull. crim.* n° 77, op. cit.

⁵ N. JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., n° 298.

⁶ Crim. 23 décembre 1887, *Bull. crim.* n° 400 ; Crim. 22 juin 1944, *Bull. crim.* n° 147

⁷ Crim. 14 juin 1972, *Bull. crim.* n° 200.

que la provocation peut ôter aux faits leur caractère punissable¹. Une telle solution résulte de l'appréciation stricte *a contrario* de la lettre des textes et paraît donc devoir être approuvée, d'autant qu'elle est favorable au prévenu. Bien que l'infraction existe toujours, elle ne peut donner lieu à aucune peine.

2) Le maintien de l'infraction en dépit de l'éviction de ses conséquences

158. Lorsqu'elle est retenue, la provocation ne fait pas disparaître l'infraction, mais seulement ses conséquences. L'agent échappe donc à la peine en raison de l'excuse pénale (a) et aux conséquences civiles en raison de la faute de la victime (b).

a) L'absence de peine résultant de l'excuse pénale

159. **Le refus de l'effet réel de la provocation.** L'excuse de provocation fonctionne comme une cause d'exemption de peine. L'agent qui peut s'en prévaloir ne se verra condamné à aucune peine, bien que l'infraction soit constituée, ce qui permet donc une déclaration de culpabilité². Une excuse légale n'a en principe d'effet qu'*in personam*, ce qui devrait exclure que complices et coauteurs puissent en bénéficier³. La jurisprudence a cependant décidé que la provocation a un effet réel et profite à tous⁴. En matière d'injures, M. DREYER approuve cette solution, qu'il juge nécessaire à la protection de la liberté de communication⁵. L'ensemble des participants à la publication d'une riposte injurieuse devrait selon lui bénéficier de l'excuse, le directeur de publication comme l'auteur direct des propos. En pratique, l'excuse sera difficilement retenue dans la mesure où la publication suppose une forme de préparation, de réflexion, incompatible avec la répartie spontanée, issue d'un accès de colère et excusée en tant que telle. Refuser le bénéfice de l'excuse au directeur de publication n'apparaîtrait choquant que dans le cas des injures échangées lors d'une émission audiovisuelle diffusée en direct. Or, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982⁶ spécifie clairement que le directeur de publication d'un service de communication au public n'est l'auteur des infractions de presse que « *lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public* ». Dans le cas d'une émission diffusée en directe, l'auteur principal est donc l'auteur direct des propos qui a vocation à bénéficier de l'excuse. Rien ne s'opposerait à ce que l'excuse n'ait qu'un effet personnel. De même, en cas de publication des propos sur un site internet, l'hébergeur n'est responsable que des propos qu'il

¹ Crim. 10 mai 2006, *D.* 2006, p. 2220, note E. DREYER, op. cit., étant bien entendu qu'il ne résulte pas de cette formulation qu'elle soit un fait justificatif ou une cause de non-imputabilité. Sur ce point, cf. *supra*, n° 153 et s.

² PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 478.

³ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 479.

⁴ Crim. 8 août 1895, *D.* 1899, p. 343 ; Crim. 2 février 1905, *Bull. crim.* n° 49.

⁵ E. DREYER, *Droit de l'information. Responsabilité pénale des médias*, Litec, coll. Pratique professionnelle, 1^{er} éd., 2002, n° 651.

⁶ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, *JORF* du 30 juillet 1982, p. 2431.

n'aurait pas écartés après en avoir pris connaissance¹. Rien ne s'opposerait à ce que l'excuse n'ait qu'un effet personnel. Elle supprimerait alors, pour le seul auteur des propos, les conséquences pénales, mais également civiles de son infraction.

b) L'absence d'obligation civile résultant de la faute de la victime

160. La faute de la victime comme cause partielle du dommage. L'excuse laisse en principe subsister la responsabilité civile², mais la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que l'excuse de provocation excluait également la responsabilité civile de l'agent³. La doctrine considère que cela s'explique par la faute de la victime, qui serait alors perçue comme la cause exclusive de son dommage⁴. M. DECHENAUD s'oppose à cette théorie car, traditionnellement en droit des obligations, pour exonérer totalement l'auteur d'un dommage, la faute de la victime doit présenter les caractères de la force majeure⁵, ce qui ne serait pas le cas en matière d'injures, faute d'exclusivité⁶. Une part du dommage proviendrait forcément de l'injure prononcée en riposte. L'argument semble pertinent et il semblerait logique que la faute de la victime ne soit prise en considération qu'à titre de cause partielle du dommage. Cela devrait ainsi conduire à un simple partage de responsabilité civile, ainsi que cela est prévu par la jurisprudence lorsque des injures ont poussé un individu à répondre par la violence physique⁷. Comme l'a relevé M. ROBERT, la répression se conçoit en dehors de tout système juridique, aussi le droit pénal n'est-il pas le moteur, mais le frein, le régulateur de la répression⁸. Le droit civil paraît ici concourir à ce même objectif et se contente de limiter le droit à réparation de la victime dont les actes ont poussé l'auteur à causer le dommage. En responsabilité civile, ce genre de partage de responsabilité fondé sur l'attitude de la victime n'est pas sans rappeler la question de l'acceptation des risques, laquelle évoque la problématique pénale du consentement de la victime.

¹ Art. 6, I-3 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF* du 22 juin 2004, p. 11168.

² PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 479.

³ Crim. 31 juillet 1894, *Gaz. Pal.* 1894, 2, p. 289.

⁴ V. par ex. J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., p. 279 ; J.-P. DOUCET, note ss Crim. 8 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 483 qui y voit même une intention du législateur.

⁵ V. par ex. Civ. 2^{ème}, 12 juin 1975, *Bull. civ. II* n° 182 (responsabilité du fait personnel) ; Civ. 2^{ème} 15 décembre 2005, *Bull. civ. II* n° 336 (responsabilité du fait des choses) ; Civ. 2^{ème} 19 février 1997, arrêt Bertrand, *Bull. civ. II* n° 56 (responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur).

⁶ D. DECHENAUD, « Presse et communication – Injure publique », *Juris-classeur Lois pénales spéciales*, Presse et communication, fasc. 90, 2011, n° 79.

⁷ V. par ex. Crim. 6 juin 1978, *Bull. crim.* n° 182 ; Crim. 23 mai 1989, n° 88-81.763 ; Crim. 2 décembre 2003, n° 03-81.273. V. cependant Crim. 19 avril 2005, n° 04-83.977 dans lequel la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel ayant refusé le partage de responsabilité au motif que l'attitude grossière de la victime « ne saurait être admise comme excuse et constituer une faute ayant concouru à la réalisation de son dommage ». La portée de la solution est cependant faible, cet arrêt n'ayant pas eu les honneurs de la publication et la Cour de cassation s'y retranchant derrière l'interprétation souveraine des juges du fond. Il est probable que les circonstances de l'espèce, dans laquelle des violences avec arme avaient répondu à une simple « attitude indélicate, voire grossière » expliquent le raisonnement tenu par les deux juridictions.

⁸ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 53.

Section seconde

L'absence d'infraction due au consentement de la personne visée

161. Première approche de la notion de consentement de la victime. Lorsque la victime fait son apparition dans le plan d'un ouvrage de droit pénal général, c'est généralement au sujet de la question de son consentement¹. Le consentement consiste classiquement en l'« [a]ccord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit »². Le terme désigne également « [d]ans l'accord, la volonté de chacune des parties contractantes »³ et, par extension, « la volonté de l'auteur d'un acte unilatéral »⁴. Le consentement suppose un accord de volonté relativement à un objet extérieur, ce qui le rattache au genre de l'acceptation. Il en constitue cependant une espèce particulière dans la mesure où le consentement porte sur un événement ou un effet à venir (le contrat que le consentement fera naître, le mariage dont il permettra le prononcé ou l'infraction dont la victime ne s'oppose pas à la commission). Plus générale, l'acceptation se conçoit *a priori* comme *a posteriori*. Cette considération conduit à définir le consentement de la victime comme l'« [a]dhésion donnée d'avance par une personne à une infraction portant atteinte à ses droits »⁵. Cela suscite quelques interrogations quant à la prise en compte de cette adhésion par le droit pénal.

162. Première approche de la problématique du consentement de la victime. Que l'agent pénal ne puisse « *ni écarter, ni appeler sur soi l'application du droit pénal* »⁶ est généralement admis. Lorsqu'en revanche la personne visée par un comportement incriminé y a consenti, la question est de savoir si une telle « infraction » mérite encore ce nom. Il s'agit d'une problématique à la fois originale et essentielle. Originale, elle l'est en ce qu'elle oppose la volonté de la victime à la Société qui cherchait précisément à la protéger en incriminant les atteintes qu'elle pouvait subir. Ceci explique le caractère surprenant, comique même, des répliques de la Martine du *Médecin malgré lui* qui, repoussant M. Robert cherchant à la protéger des coups de son mari, annonce « *Et je veux qu'il me batte, moi* » avant d'ajouter « *Il me plaît d'être battue.* »⁷. En pareil cas, la nécessité, voire la légitimité de la répression pénale sont mises en cause, et cela rend cette problématique

¹ V. par ex. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 434 et s. ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7^e éd., 2004, n° 276 et s. ; J. LARGUIER, *Le droit pénal*, PUF, coll. Que-Sais-Je ?, pp. 70-72 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012, n° 203 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009., n° 546 et s. V. cependant E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 111 et s. consacrant quelques pages à la question des attentes des victimes concernant le système pénal.

² G. CORNU (dir) – Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., 2011, entrée « consentement », sens 1.

³ *Ibid.*, sens 2.

⁴ *Ibid.*, sens 4.

⁵ *Ibid.*, entrée « consentement de la victime ».

⁶ J.-H. ROBERT et TH. SAMIN, « L'influence de la volonté individuelle sur le champ d'application des incriminations pénales », *JCP G* 2011, 1066.

⁷ MOLIERE, *Le médecin malgré lui*, Acte I, Scène 2, Hachette, coll. Classiques, 1991.

essentielle. Essentielle en vérité car cela conduit à s'interroger sur le rôle de la répression pénale afin de déterminer si les comportements consentis doivent être justifiés.

163. Indifférence théorique et incidence pratique du consentement de la victime. À cette interrogation théorique, le droit pénal français apporte une réponse toute en nuance. Il n'ignore ainsi pas le consentement de la personne visée par le comportement incriminé, faisant parfois découler de ce consentement la disparition de l'infraction. Mais la disparition de l'infraction emporte celle de la qualification de « victime » et ne demeure alors que le consentement de « la personne qui aurait été victime si elle n'avait pas consenti ». En ce sens, lorsqu'une personne reçoit le qualificatif de « victime », il est de principe absolu que son consentement est pénalement indifférent (I). Cette indifférence est cependant cantonnée aux principes gouvernant la responsabilité pénale, mais il est évident que le consentement de la victime produit des conséquences pratiques sur le fonctionnement du système répressif. Couplé aux modalités de prise en compte de l'acceptation postérieure de l'infraction par la victime, cet état de fait conduit à reconnaître que l'acceptation de l'infraction par la victime emporte de réelles conséquences (II).

I – L'INDIFFÉRENCE PÉNALE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME

164. Le consentement effectif ou la victime. L'affirmation selon laquelle le consentement de la victime n'aurait en théorie jamais aucun effet en droit pénal a de quoi surprendre. L'étude des diverses incriminations du droit pénal français révèle que celui-ci n'est nullement indifférent aux volontés individuelles et de nombreuses infractions supposent un défaut de consentement de la victime. Mais c'est alors à l'absence de consentement que le droit pénal est attentif. Le seul effet que les normes pénales françaises reconnaissent à la présence d'un tel consentement consiste à faire obstacle à la qualification de l'infraction (A) et donc à l'intervention du droit pénal. Le consentement doté d'effet n'est alors plus celui d'une « victime pénale », mais celui d'une « personne qui aurait été victime pénale si elle n'avait pas consenti à l'acte ». Tel qu'entendu par le droit pénal, le consentement de la victime est indifférent car le consentement doté d'effets est incompatible avec la qualification de « victime pénale » (B).

A/ LE CONSENTEMENT DE LA PERSONNE VISÉE OBSTACLE À LA QUALIFICATION DE L'INFRACTION

165. Certains auteurs ont distingué deux catégories de consentement de la personne visée faisant obstacle à la qualification de l'infraction¹. La première catégorie regroupe les cas dans lesquels le défaut de consentement est un élément constitutif de l'infraction. Le consentement empêche alors la constitution de l'infraction (1). La seconde catégorie renvoie aux hypothèses dans lesquelles le consentement est un élément de la justification d'une infraction commise (2).

1) Le consentement excluant la constitution de l'infraction

166. Le consentement de la personne visée exclut la constitution de l'infraction lorsque l'absence de consentement de la personne visée est une condition préalable ou un élément constitutif de l'infraction. Ceci étant posé, il n'est pas nécessairement évident d'identifier les infractions répondant à ce schéma. C'est pourquoi il convient de se pencher en premier lieu sur les infractions dans lesquelles cette circonstance n'est pas douteuse (a). De leur étude, il devrait être possible d'induire les critères permettant d'identifier de telles infractions (b) et, ainsi de trancher les interrogations sur des cas plus litigieux (c).

a) Les infractions exigeant incontestablement le défaut de consentement de la victime

167. L'exigence explicite de défaut de consentement de la victime. De nombreuses infractions comptent le défaut de consentement de la victime dans leurs éléments constitutifs. La liste des infractions concernées étant extrêmement longue², on se contentera d'en mentionner quelques exemples. Le critère le plus évident réside dans la mention explicite du défaut de consentement de la victime dans le texte d'incrimination. Tel est le cas de l'interruption volontaire de grossesse sans le consentement de l'intéressée³, de l'atteinte à la vie privée par captation, enregistrement ou transmission de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ou par fixation, enregistrement ou transmission de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé⁴ ou encore de l'atteinte à la représentation de la personne par publication d'un montage des paroles ou de l'image d'une personne⁵. La simple mention dans le texte d'incrimination du défaut de consentement de la personne visée suffit à classer l'infraction dans cette catégorie. Ces

¹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^e éd., 2000, n° 715 et s. ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 36, 2002, n° 175 et s. ; PH. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 699, n° 5 et s.

² Pour une présentation détaillée des infractions concernées, V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 198 et s.

³ Art. 223-10 CP.

⁴ Art. 226-1 CP.

⁵ Art. 226-8 CP.

infractions ne doivent pas être confondues avec celles dans lesquelles le texte d'incrimination mentionne les modalités de recueil du consentement¹ car ce qui importe alors n'est pas tant le consentement de la victime que la manière dont l'agent s'en est assuré.

168. L'exigence de défaut de consentement de la victime déduite du texte d'incrimination. Les atteintes aux diverses libertés et les appropriations frauduleuses s'imposent immédiatement à l'esprit de qui considère la catégorie des infractions dont le défaut de consentement de la victime est un élément constitutif. Cette exigence de défaut de consentement de la victime figure implicitement dans les textes d'incrimination considérés. En premier lieu, les différentes agressions sexuelles peuvent être perçues comme des atteintes à la liberté sexuelle². Cela résulte du fait que les actes incriminés doivent avoir été « *imposés à la victime* »³ et commises « *avec violence, contrainte, menace ou surprise* »⁴, circonstances propres à priver la victime de la capacité à consentir librement et valablement. La nouvelle définition du harcèlement sexuel suppose également des actes imposés à la victime⁵ ou l'exercice de pressions sur celle-ci⁶ et donc l'absence de consentement de cette dernière⁷. Cette même exigence de défaut de consentement découle également implicitement des différents textes sanctionnant les atteintes à la liberté d'aller et venir, telle que l'enlèvement et la séquestration⁸. Enfin, la violation de domicile nécessite l'emploi de « *manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte* »⁹, ce dont il se déduit que la victime ne saurait être consentante¹⁰. S'agissant ensuite des atteintes aux biens, le vol suppose une « *soustraction frauduleuse* »¹¹ et ces deux termes évoquent un acte contraire à la volonté de la victime, ce qu'admet la jurisprudence¹². Autres exemples, il résulte des textes incriminant l'extorsion¹³, le chantage¹⁴ ou encore l'escroquerie¹⁵ que ces infractions ne sont constituées que lorsque la remise a été provoquée par le comportement de l'agent et donc qu'elle n'a pas été effectuée librement et

¹ Sur lesquelles cf. *infra*, n° 179 et s.

² E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. Cours magistral, 1^e éd., 2008, n° 286 et s. et spéc. n° 312 et s. L'auteur présente les agressions sexuelles comme des atteintes à la liberté de ne pas entretenir de relations sexuelles. V. également C. COURTAIGNE-DESLANDES, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Dr. pén.* 2013, étude 5.

³ Art. 222-22 al. 2 CP. V. également art. 222-32 CP évoquant l'exhibition sexuelle « *imposée à la vue d'autrui* ».

⁴ Art. 222-22 al. 1^{er} CP. V. également art. 222-23 al. 1^{er} s'agissant spécifiquement du viol.

⁵ Art. 222-33, I CP.

⁶ Art. 222-33, II CP.

⁷ Ce que confirme la Circulaire CRIM 2012-15 / E8-07.08.2012 *Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel*, p. 4 (S.D.J.P.G. 12 L 79 C).

⁸ Art. 224-1 CP. Le texte évoque le fait « *d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne* ». Ces termes évoquent le défaut de consentement, ce que confirme la jurisprudence qui évoque le fait de « *retenir en un lieu quelconque, contre son gré, la personne séquestrée* » (Crim. 26 juillet 1966, *Bull. crim.* n° 211).

⁹ Art. 226- 4 CP.

¹⁰ V. par ex. Crim. 30 mars 1977, *Bull. crim.* n° 120 ; T. corr. Argentan, 5 novembre 1968, *D.* 1969, Somm. p. 16.

¹¹ Art. 311-1 CP.

¹² V. par ex. Crim. 19 juin 1975, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 124, obs. P. BOUZAT, affirmant qu'une Cour d'appel a caractérisé le vol dans tous ses éléments en relevant que l'agent s'est emparé, contre le gré de la victime, d'une missive appartenant à autrui.

¹³ Art. 312-1 CP.

¹⁴ Art. 312-10 CP.

¹⁵ Art. 313-1 CP.

volontairement par la victime¹. Telles sont les infractions à partir desquelles il pourra être tenté de rechercher les critères permettant d'identifier une infraction supposant inconditionnellement le défaut de consentement de la victime.

b) Les critères légaliste et axiologique d'identification des infractions supposant le défaut de consentement de la victime

169. Le critère légaliste : l'identification des infractions supposant le défaut de consentement de la victime recherchée dans le contenu de l'élément matériel de l'infraction. Que le défaut de consentement de la victime soit exigé explicitement ou non, il semble que l'ensemble de ces infractions se caractérise par la spécificité du comportement incriminé. Si le défaut de consentement est nécessaire à la constitution de l'infraction, c'est parce que celle-ci est constituée par une action contre le consentement de la victime². Le consentement de la personne visée exclurait donc la constitution de l'élément matériel de l'infraction. Ainsi, afin de déterminer l'influence du consentement de la personne visée par une infraction donnée, il conviendrait d'examiner l'élément matériel de celle-ci afin de déterminer si un tel acte peut être commis à l'encontre d'une personne consentante. Cette approche a le grand mérite d'assurer une parfaite lisibilité à la matière. L'étude de l'acte incriminé au titre de l'élément matériel de l'infraction suffit à déterminer le régime de celle-ci quant au consentement de la personne visée. Cependant, en raison de son caractère excessivement répressif, cette approche ne rend pas compte de l'état du droit positif.

170. L'insuffisance du seul critère légaliste tenant au contenu de l'élément matériel. La difficulté induite par l'approche présentée tient au fait qu'elle suppose une réelle attention de l'auteur de la norme pénale sur la question de l'éventuel consentement de la personne visée. Dès lors que l'acte incriminé peut être matériellement commis à l'encontre d'une personne consentante, le consentement de la victime deviendrait indifférent, quand bien même cela apparaîtrait contraire à la *ratio legis* de l'incrimination. Ainsi, il est matériellement possible de détruire, dégrader ou détériorer un bien appartenant à autrui avec l'assentiment de son propriétaire. Les destructions, dégradations et détériorations de biens ne présentant pas un

¹ Pour l'extorsion, V. Crim. 9 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 17 : l'élément intentionnel de l'extorsion est caractérisé par la conscience d'obtenir par la force, la violence ou la contrainte ce qui n'aurait pu être obtenu par un accord librement consenti. Pour le chantage, V. Crim. 25 octobre 1973, *Bull. crim.* n° 382 : l'infraction n'est pas constituée si l'agent n'a pas cherché à obtenir quelque chose, en l'espèce, l'achat d'actions et la signature d'engagements, de sa victime. Pour l'escroquerie, la jurisprudence affirme que l'escroquerie nécessite que le subterfuge employé par l'agent ait été déterminant de la remise des fonds. V. par exemple Crim. 3 décembre 1998, n° 97-82.158 (pour l'usage d'un faux nom), Crim. 14 mai 1990, *Bull. crim.* n° 187 (pour l'usage d'une fausse qualité), Crim. 10 novembre 1999, *Bull. crim.* n° 253 (pour les manœuvres frauduleuses).

² En ce sens, B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 438 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 207 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 346 ; X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 259, n° 2.

danger pour les personnes¹ seraient donc constituées malgré l'accord du propriétaire, ce qui ne saurait être admis. La propriété emporte le droit de disposer des choses, donc de les détruire² et rien ne semble exclure que le propriétaire puisse conférer ce droit à un tiers. L'infraction des articles 322-1 et R. 635-1 du Code pénal semble donc devoir être exclue par le consentement de la victime³, bien que l'élément matériel n'y fasse aucune référence. En agissant conformément aux désirs du propriétaire, ce tiers ne remettrait pas en cause son droit de propriété, donc ne lèserait pas la valeur protégée par l'incrimination.

171. Le critère axiologique : l'identification des infractions supposant le défaut de consentement de la victime recherchée dans la nature de la valeur sociale protégée. La majorité des auteurs affirment que les infractions qu'exclue le consentement de la personne visée sont celles qui protègent les valeurs sociales (ou, selon la dénomination retenue par l'auteur, les biens juridiques) dont la victime a la disposition⁴, telles que la propriété ou les droits de la personnalité⁵. Cela revient donc à considérer que c'est de la nature de la valeur protégée par l'incrimination que découlera l'éventuelle efficacité du consentement de la personne visée. L'avantage d'une telle théorie est d'assurer une compatibilité du droit pénal et des autres branches du droit, garantissant ainsi la cohérence de l'ensemble du système juridique. Le droit pénal n'aurait ainsi pas vocation à remettre en cause le fait qu'une autre branche du droit ait reconnu aux individus la libre disposition d'une valeur sociale, comme la propriété d'après le droit civil. Cette approche suscite cependant deux objections.

172. Les difficultés induites par le critère axiologique tenant à la nature de la valeur protégée. La première tient au fait que cette théorie est apparemment attentatoire au principe de l'autonomie du droit pénal. L'argument ne semble cependant pas devoir être reçu dans la mesure où ce dont le droit pénal est amené à tenir compte n'est pas tant la position adoptée par les autres branches du droit que la valeur sociale que ces autres branches régissent. Deux hypothèses se font alors jour. Soit la valeur préexiste tant au droit pénal qu'aux autres branches du droit (par exemple la vie humaine), auquel cas le droit pénal conserve une réelle indépendance d'appréciation de cette valeur sociale. Soit la valeur sociale est issue, créée par une autre branche du droit (par exemple la propriété), auquel cas il est logique que le droit pénal tienne compte des

¹ Art. 322-1 et R. 635-1 CP.

² CH. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, coll. Manuel, 11^e éd., 2011, n° 106 ; F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2010, n° 125.

³ A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 11, 1971, n° 310.

⁴ V. par ex. A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 37 et n° 55 et s. ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 198 et s. ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 716 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, T1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., 1997, n° 476 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 553 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 279. Cette approche est d'ailleurs explicitement consacrée par le droit pénal allemand, sur lequel V. X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », op. cit.

⁵ Sur ce point, V. G. BEAUSSONIE, « Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 525.

principes posés par la norme extra-pénale, sans qu'il y soit pour autant tenu absolument. Simplement, la cohérence globale du droit gagne nécessairement à une appréciation convergente¹. La seconde objection tient à la difficulté de déterminer la solution à adopter lorsqu'aucune branche du droit ne prend position sur la possibilité de disposer d'une valeur sociale particulière. La détermination de l'éventuel impact du consentement sera alors abandonnée aux bons offices de la jurisprudence. L'objection est sérieuse car cela revient à reconnaître à la jurisprudence une part significative du pouvoir de déterminer l'étendue de l'incrimination, ce que le principe de légalité² devrait exclure. En pareil cas, il semble que la seule solution légalement acceptable serait de s'en tenir au critère légaliste tenant à l'étude de l'élément matériel de l'infraction.

173. Bilan : l'alternance des critères d'identification des infractions supposant le défaut de consentement de la victime. Afin de déterminer si le consentement de la personne visée aura un effet sur la constitution de l'infraction, il conviendra dans un premier temps d'étudier l'élément matériel de cette infraction. Si le comportement incriminé ne saurait être commis à l'encontre d'une personne consentante, cela suffit à établir le caractère effectif du consentement de la personne visée. Inversement, si le texte d'incrimination précise expressément que l'infraction existe quand bien même la victime serait consentante, il n'y a pas lieu de pousser plus avant l'investigation³. Si aucune solution claire ne ressort, fût-ce implicitement, de l'étude de l'élément matériel, il conviendra de recourir au second critère. En ce sens, le critère légaliste est suffisant, mais n'est pas nécessaire. Lorsqu'aucune solution ne s'impose, l'étude de la valeur protégée par l'incrimination constituera l'étape suivante dans la démarche de l'interprète. S'il s'agit d'une valeur sociale dont le droit positif reconnaît la libre disposition aux individus, alors le consentement de la personne visée devra être doté d'un effet pénal. Cela revient simplement à interpréter le texte pénal au regard de l'ensemble du droit, ce qui est parfaitement conforme au principe de légalité. Dans le cas contraire, soit que la valeur sociale soit reconnue indisponible par le droit, soit que le droit n'en dise mot, le critère axiologique devra être à son tour écarté au profit d'un retour au critère légaliste. Le texte ne prévoyant rien au sujet du consentement et son interprétation ne permettant pas de résoudre la question, il faut en déduire que le législateur n'a pas entendu distinguer selon que la victime consente ou non à l'infraction. Il n'y a alors pas lieu de distinguer où la loi ne distingue pas, aussi le consentement de la victime sera-t-il pénalement indifférent. Telle est la démarche, complexe il est vrai, qui devra être appliquée aux hypothèses incertaines.

¹ Pour une présentation approfondie du principe d'autonomie du droit pénal, cf. *infra*, n° 472 et s.

² Art. 111-3 CP.

³ Pour prendre un exemple, les anciennes dispositions du Code pénal réprimaient au titre du proxénétisme le fait de favoriser la prostitution d'autrui « *même avec son consentement* » (art. 334, 5° ACP).

c) L'application des critères aux hypothèses incertaines

174. Efficacité et indifférence du consentement en matière d'atteintes aux biens. Les atteintes aux biens visent à protéger la propriété, dont la libre disposition est parfaitement reconnue aux individus. Il en résulte que les destructions, dégradations et détériorations de biens ne présentant pas un danger pour les personnes doivent être exclues en cas de consentement du propriétaire. En revanche, les destructions, dégradations et détériorations de biens dangereuses pour les personnes visent également à garantir la sécurité des tiers. Une telle valeur sociale n'étant pas à la disposition du propriétaire, son consentement devrait être indifférent¹. Enfin, le consentement du propriétaire est à l'évidence indifférent lorsqu'il n'est pas la victime pénale de l'infraction, c'est-à-dire lorsque ce n'est pas lui que l'on cherche à protéger².

175. L'indifférence du consentement en matière d'atteintes volontaires à la vie. Il est tout à fait classique d'affirmer que la vie humaine n'est pas une valeur dont les individus ont la libre disposition, ce qui expliquerait la répression admise du duel³ et de l'homicide sur demande ou consenti⁴. Cette dernière hypothèse évoque notamment la question de l'euthanasie, laquelle évoque la « *mort douce du malade* »⁵, mais sans faire l'objet d'une définition claire. Un auteur évoque ainsi « *une notion plurale, visant aussi bien l'abrègement d'une agonie qu'une aide au suicide, la mise à terme d'un acharnement thérapeutique vain, etc. Bref, il s'agit de tout achèvement, sans mauvaise intention, d'une vie autrement qu'en laissant œuvrer la nature* »⁶. L'euthanasie a toujours été refusée dans son principe, bien que le droit connaisse des évolutions sur ce point⁷. Actuellement, le droit positif français permet simplement de ne pas poursuivre les soins avec une obstination déraisonnable⁸. En cas de maladie grave et incurable parvenue à un stade avancé voire final, le médecin peut, avec l'accord du patient, lui administrer un traitement visant à soulager la douleur, même si ce traitement doit

¹ Dans le même sens, V. F. ALT-MAES, « L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 1, spéc. p. 13. Antérieurement à la loi du 2 février 1981, le critère légaliste suffisait à arriver immédiatement à cette conclusion, étant donné que ces actes étaient sanctionnés même s'ils étaient le fait du propriétaire légitime du bien. Sur l'état de la question sous cette législation antérieure, V. A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 314.

² Sur ces hypothèses, cf. *infra*, n° 186.

³ V. par ex. Cass., Ch. réunies, 15 décembre 1837, *S.* 1838, 1, 5 ; Crim. 23 janvier 1890, *DP* 1890, 1, 332. Pour une présentation détaillée de la question, V. F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, coll. Sciences Criminelles, 2003, n° 85 et s. ; A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 206 et s.

⁴ V. par ex. Crim. 21 août 1851, *DP* 1851, 5, 237.

⁵ F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., n° 66.

⁶ A. PROTHAIS, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP G* 2011, étude 536, n° 2.

⁷ Antérieurement à la Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite loi *Leonetti* (*JORF* du 23 avril 2005, p. 7089 ; *JCP G* 2005, III, 2012), V. F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., n° 65 et s. et n° 328 et s. ; A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 187 et s. ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 228 et s. Pour des études de la loi *Leonetti* et du régime actuel, V. F. ALT-MAES, « La loi sur la fin de vie devant le droit pénal », *JCP G* 2006, I, 119 ; PH. CONTE, « Le Code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital ? », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 229 ; A. PROTHAIS, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », op. cit.

⁸ Art. L. 1110-5 al. 2 CSP.

avoir pour effet secondaire de d'abrèger sa vie¹. Enfin, ce même patient peut décider de limiter ou même de refuser le traitement, tout en bénéficiant de soins palliatifs pour soulager la douleur². Cet état du droit semble en accord avec les positions de la Cour européenne des droits de l'homme qui admet que les États puissent pénaliser l'homicide sur demande de la victime³. Seule une évolution législative semblerait à même de permettre valablement l'homicide consenti, quand bien même la Cour de Strasbourg viendrait à infléchir sa position comme elle semble le faire pour les atteintes à l'intégrité physique.

176. L'indifférence du consentement en matière d'atteinte à l'intégrité physique. Il est traditionnellement affirmé en doctrine que l'intégrité physique n'est pas plus disponible que la vie humaine⁴. La jurisprudence confirmait ce point⁵ et le consentement de la personne visée n'excluait pas la constitution de l'infraction mais constituait un élément de la justification de certains actes (interventions médicales, pratiques sportives, etc.)⁶. La Cour européenne des droits de l'homme avait été amenée à valider de telles législations en matière de violences sadomasochistes consenties, malgré le rattachement des pratiques sexuelles au droit à la vie

¹ Art. L. 1110-5 al. 5 CSP.

² Art. L. 1111-10 CSP. Les articles suivants prévoient les hypothèses dans lesquelles la personne serait hors d'état de manifester sa volonté. Toute personne a ainsi la possibilité de rédiger des directives anticipées pour le cas où elle se trouverait dans une telle situation (art. L. 1111-11 CSP) ou encore de désigner un tiers de confiance (art. L. 1111-6 CSP) auquel elle indiquera sa position afin qu'elle soit transmise au médecin (art. L. 1111-12 CSP). Il est cependant expressément prévu que le médecin n'est lié que par la volonté directement exprimée par son patient. Lorsque ce dernier n'est pas en état de manifester sa volonté, les directives anticipées et les avis des proches ou de la personne de confiance n'obligent pas le médecin qui a simplement la possibilité, en suivant une procédure particulière, d'arrêter le traitement (art. L. 1111-13 CSP).

³ Dans son arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*, la Cour de Strasbourg a déclaré que l'État ne pouvait se voir reprocher d'avoir refusé de promettre l'immunité pénale au mari d'une femme atteinte d'une sclérose latérale amyotrophique s'il venait à aider sa femme à mourir. Les juges européens ont relevé qu'un tel refus n'était contraire ni à l'article 2 (droit à la vie), ni à l'article 3 (prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants), ni à l'article 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion), ni enfin à l'article 14 (interdiction des discriminations) de la Convention. Ils ont admis une atteinte à l'autonomie personnelle découlant du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8§1 de la Convention. Cependant, une telle atteinte leur est apparue conforme aux exigences de l'article 8§2 de la Convention, étant donné que l'atteinte était prévue par la loi et pouvait être jugée « nécessaire dans une société démocratique » (CEDH, 4^e section, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; JCP G 2002, II, 10062, note C. GIRAULT ; RTD civ. 2002, p. 858, obs. J.-P. MARGUENAUD). Plus récemment, la Cour européenne fut amenée à se prononcer sur le refus des autorités suisses d'apporter une aide active (sous la forme d'une autorisation de délivrance sans ordonnance d'une substance mortelle) à un individu atteint d'une affection psychique (CEDH, 20 janvier 2011, n° 31322/07, *Haas c/ Suisse* ; D. 2011, p. 925, note E. MARTINENT, M. REYNIER et F. VIALLA). Le requérant invoquait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne a affirmé que le droit de décider de la manière et du moment de fin de la vie, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté et d'agir en conséquence relevait du droit au respect de la vie privé garanti par l'article 8 de la Convention (§ 51). Relevant toutefois l'absence de consensus européen en la matière, la Cour reconnaît aux États une marge d'appréciation considérable (§ 55) et a en conséquence estimé que la position de la Suisse était parfaitement conforme à la Convention, d'autant plus que la législation suisse est relativement permissive sur la question du « suicide assisté » (le Code pénal suisse sanctionne le meurtre sur demande de la victime effectué avec un mobile honorable (art. 114) et l'incitation ou l'assistance au suicide effectuée avec un mobile égoïste (art. 115), mais ne sanctionne pas l'assistance au suicide effectuée avec un mobile honorable).

⁴ Pour une présentation détaillée de la doctrine classique sur ce point, V. A. FAHMY ABDOL, *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 244 et s.

⁵ V. par ex. Crim. 1^{er} juillet 1937, S. 1938, 1, 193 ; Crim. 30 mai 1991, D. 1991, I.R., p.197, arrêt sur lequel V. D. THOUVENIN, « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », D. 1991, p. 221.

⁶ Sur lesquels cf. *infra*, n° 180 et s.

privée¹, bien qu'un arrêt plus récent ait pu faire douter du maintien de cette solution². Quoi qu'il en soit, les juges français ne semblent pas avoir modifié leurs solutions en la matière, ainsi qu'en atteste un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 11 mars 2009³. Cette « résistance potentielle » semble parfaitement pertinente, dans la mesure où seule une modification législative permettrait de faire produire un effet pénal au consentement de la victime d'atteintes à l'intégrité physique. Le critère légaliste ne renseigne aucunement sur un éventuel effet du consentement et aucune branche du droit ne saurait accorder indéniablement aux individus la disposition de cette valeur sociale qui préexiste au droit⁴, aussi l'évolution du droit en la matière devrait-elle passer par la loi.

177. L'impact du consentement en matière d'atteinte au secret professionnel. L'article 226-13 du Code pénal sanctionne « [l]a révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». *A priori*, la lecture de ce texte ne permet pas de déterminer si le consentement de la personne concernée par l'information exclut l'infraction commise par le professionnel astreint au secret. Quant à la valeur sociale préservée, la doctrine s'accorde sur son désaccord. L'opinion majoritaire est ainsi qu'il est excessivement difficile de déterminer si l'incrimination vise à protéger l'intérêt

¹ CEDH, 19 février 1997, n° 21627/93, 21628/93 et 21974/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* ; RTD civ. 1997, p. 1013, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; D. 1998, p. 97, note J.-M. LARRALDE ; JCP G 1998, I, 107, n° 48, obs. F. SUDRE. La Cour y semble même contester que les violences sadomasochistes puissent ressortir du droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention et ne le suppose qu'en raison du fait qu'aucune des parties n'ait discuté ce point (§ 36). Elle confronte donc la législation anglaise aux exigences mentionnées à l'article 8§2 de la Convention et conclut que la sanction de telles atteintes peut être jugée nécessaire dans une société démocratique (§48) et proportionnée au but poursuivi (§50). Elle affirme surtout que la détermination du niveau de dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante relève de l'État (§44).

² CEDH, 1^{re} section, 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A. et A.D. c/ Belgique* ; RTD civ. 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; D. 2005, p. 2973, note M. FABRE-MAGNAN. En l'espèce, deux individus participant à des séances sadomasochistes extrêmement violentes n'avaient pas respecté le mot de code convenu avec leur victime afin de cesser les agissements. Poursuivis et condamnés par les juridictions belges, ils saisirent la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci rappelle que la vie sexuelle est une composante de la vie privée (§79) et qu'elle ne saurait donc tolérer de restrictions qui ne soient pas prévues par la loi, nécessaire dans une société démocratique (c'est-à-dire poursuivre un besoin social impérieux et être proportionnées au but poursuivi). Elle relève alors le respect de ces conditions eu égard à la gravité des faits considérés (§85) et affirme en conséquence qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention. Cependant, la Cour prend soin de préciser que, sauf raisons particulièrement graves, « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre-arbitre des individus » (§84). Elle ajoute par la suite que l'une des limites au droit de libre exercice de sa sexualité réside dans le consentement de la « victime », dont l'absence était ici relevée, ce qui justifiait la condamnation (§85). De cette affirmation, Mme FABRE-MAGNAN et M. MARGUÉNAUD s'accordent à conclure qu'il faut *a contrario* en conclure qu'aucune répression n'aurait été possible si la victime avait consenti. M. DREYER s'est élevé contre cette analyse, affirmant que raisonner sur les silences de la Cour relevait du procès d'intention (E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2730, n° 15). Cette objection apparaît discutable dans la mesure où l'interprétation *a contrario* de la solution de la décision est claire et parfaitement logique. Un point invite cependant à relativiser cette interprétation. Il tient au fait que la Cour affirme que la nécessité de respecter le consentement de la « victime » constitue « une limite », et non « la limite » à la liberté d'exercice de sa sexualité (§85). Il faut donc entendre que cette limite n'est pas la seule et que d'autres circonstances justifieraient l'intervention du droit pénal. La solution gagnerait à être précisée par la Cour européenne.

³ CA Grenoble, 1^{er} ch. app. corr., 11 mars 2009, JCP G 2009, 65, obs. A.-G. ROBERT.

⁴ Les articles 16-1 et suivants du Code civil affirment que le corps humain et ses éléments ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial et prohibent en conséquence les conventions ayant pour effet de leur attribuer une valeur patrimoniale. Cela plaide davantage pour une indisponibilité de l'intégrité physique. Pour autant, les articles précités ne prohibent pas les conventions à titre gratuit (art. 16-6 C. civ.).

particulier de la personne concernée par le secret ou la confiance publique placée dans les professionnels concernés¹. Certains auteurs relèvent que le débat n'est pas d'une grande importance pratique, étant donné que la personne concernée par l'information n'étant pas astreinte au secret professionnel², il suffit qu'elle dévoile elle-même l'information afin de couper court au problème³. Quoiqu'il en soit, malgré les affirmations de certains auteurs⁴, il est à noter qu'aucun professionnel ne semble jamais avoir été condamné pour avoir révélé une information avec l'accord de la personne concernée⁵. Les arrêts sur la question traitent de l'hypothèse particulière de professionnels ayant refusé de témoigner en justice malgré la demande de la personne concernée par le secret⁶. Si l'accord ou la demande de la personne concernée délie le professionnel de son obligation, elle ne l'oblige pas pour autant⁷. M. PIN propose une fort intéressante explication de cette permission. Selon lui, un tel assentiment s'oppose à la constitution de l'infraction, en raison de l'inexistence de sa condition préalable. Le consentement de la personne concernée exclurait le caractère confidentiel de l'information. Dès lors, cette information ne saurait être qualifiée de secret⁸ et donc sa révélation ne saurait avoir un caractère punissable⁹. Enfin, il faut noter qu'au terme de l'article 226-14, 2° du Code pénal, le consentement de la personne visée peut également être un élément de la justification de l'infraction.

2) Le consentement justifiant la commission de l'infraction

178. Le rôle du consentement justificatif. Le second biais par lequel le droit pénal tient compte des volontés individuelles des personnes visées par la commission d'infraction consiste à faire du consentement de ces personnes un élément de la justification des infractions concernées. Une telle démarche présente un intérêt lorsque la valeur protégée par l'incrimination n'est pas

¹ V. par ex. PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 4^e éd., 2013, n° 349 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 415 et s. ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 320 et 321 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 477 ; V. PELTIER, « Révélation d'une information à caractère secret », *Juris-Classeur Pénal Code*, Art. 226-13 et 226-14, fasc. 20, n° 5 et s. et fasc. 30, n° 5 et s.

² V. par ex. Crim. 5 novembre 1981, *Bull. crim.* n° 295.

³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 486 ; B. PY, « Secret professionnel », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 158.

⁴ V. par ex. V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e éd., 2011, n° 664 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 321 ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey Université, 14^e éd., 2012, n° 293.

⁵ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 351 ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 416 ; F. WAREMBOURG-AUQUE, « Réflexions sur le secret professionnel », *Rev. sc. crim.* 1978, p. 237, spéc. n° 15.

⁶ V. par ex. Crim. 22 décembre 1966, *Bull. crim.* n° 305 ; Crim. 16 décembre 1992, *Bull. crim.* n° 424.

⁷ J. PENNEAU, « Étendue du secret médical », *D.* 1999, p. 381, n° 2. En ce sens, le consentement de la personne concernée par le secret créerait un nouveau cas de « liberté de conscience », semblable à ceux reconnus aux professionnels par la combinaison des articles 226-14 et 434-1 al. 3 du Code pénal. Sur cette liberté de conscience, V. par ex. F. ALT-MAES, « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 301 ; M.-E. CARTIER, « Le secret religieux », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 485.

⁸ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 200 et s. V. déjà dans le même sens, F. WAREMBOURG-AUQUE, « Réflexions sur le secret professionnel », op. cit., n° 16.

⁹ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 203 et s.

disponible, mais n'est pas pour autant atteinte lorsque l'acte est commis dans certaines conditions, dont le consentement de la personne visée. Dans une telle hypothèse, le consentement de la personne visée, quoiqu'insuffisant, est nécessaire à exclure l'atteinte à la valeur sociale. Un excellent exemple en est donné par les incriminations d'atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique de la personne¹. La valeur ici protégée est donc l'intégrité physique ou psychique, qui se trouve matériellement atteinte par les comportements incriminés, que la victime y ait consentis ou non. Mais lorsqu'un chirurgien intervient sur le corps de son patient, son acte vise précisément à garantir son intégrité physique. À la différence d'autres actes consentis, les actes thérapeutiques semblent alors devoir être justifiés. L'intérêt de faire jouer un rôle d'élément de justification au consentement est de permettre de n'autoriser que certains actes consentis, ceux qui ne portent pas atteinte à la valeur protégée, le consentement de la personne visée demeurant par principe pénalement indifférent. Comme le relève M. PIN, le consentement justificatif correspond aux hypothèses dans lesquelles la protection pénale est le principe et la liberté l'exception².

179. La notion de consentement comme élément de la justification. À la différence du consentement exclusif de l'infraction, le consentement justificatif n'est pas la source directe de la légalité du comportement. Plus exactement, la justification découle de la norme qui prévoit que le consentement de la personne visée, éventuellement agrémenté d'autres conditions, produit un effet justificatif. C'est pourquoi les auteurs s'accordent à préciser que le consentement ne joue pas le rôle d'un fait justificatif autonome, mais est un élément du fait justificatif d'autorisation de la loi³ désormais prévu à l'article 122-4 du Code pénal. Il faut cependant entendre ici la loi au sens large de norme, dans la mesure où même la coutume est apte à prévoir de telles dérogations à l'inefficacité du consentement de la personne visée⁴. Il y a donc consentement justificatif lorsqu'une norme prévoit la possibilité encadrée de commettre, avec le consentement de la personne visée, des faits normalement incriminés et portant atteinte à une valeur indisponible. En ce sens, il est possible de parler de consentement justificatif à propos des incriminations sanctionnant le non recueil du consentement, dès lors que l'infraction porte atteinte à une valeur indisponible. Tel est notamment le cas de nombreuses infractions en matière de bioéthique.

¹ Art. 222-1 et s. CP.

² X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n°73-74. Le consentement justificatif s'oppose ainsi au consentement exclusif de l'incrimination (sur lequel cf. *supra*, n° 166 et s.), correspondant aux cas dans lesquels la liberté est le principe et la sanction l'exception. Prenant un double exemple, l'auteur explique ainsi que, s'agissant des atteintes corporelles, il est préférable d'élever l'inviolabilité du corps au rang de principe, quitte à admettre des exceptions (telles que les actes thérapeutiques consentis). Par opposition, la liberté sexuelle est posée comme règle et assortie d'exceptions permettant de sanctionner notamment les violeurs.

³ V. par ex. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 245 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 437 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 277 ; F. ALT-MAES, « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 244 ; A. PROTHAIS, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », op. cit., n° 8.

⁴ Cf. *infra*, n° 182.

180. Les cas de consentement justificatifs : les infractions de bioéthiques. Le consentement de la personne est un élément nécessaire à la justification des actes liés à la recherche scientifique ou aux prélèvements à des fins thérapeutiques. S'il est ici possible d'évoquer un consentement justificatif, c'est en raison du fait que le simple consentement ne suffit pas. Il faut encore qu'il ait été recueilli dans les conditions spécifiquement établies par la loi. Ainsi, est sanctionnée la recherche biomédicale sans qu'ait été recueilli le consentement « *libre, éclairé et exprès de la personne concernée* »¹. Le Code pénal incrimine également le fait de procéder à un prélèvement d'organe², de tissus, de cellules ou de produits du corps humain³ sans que le consentement de la personne ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues par le Code de la santé publique⁴. Quant au prélèvement de gamètes, il requiert un consentement écrit⁵. Enfin, l'obtention et la recherche sur les embryons humains ou les cellules souches embryonnaires sont lourdement sanctionnées lorsqu'elles ne respectent pas les conditions fixées par les textes, au nombre desquelles figure le recueil du consentement des membres du couple dont les embryons sont issus⁶. Les conditions instaurées par le Code de la santé publique sont le reflet de l'importance reconnue aux valeurs sociales en cause. L'encadrement des conditions de recueil du consentement correspond à cette exigence et conduit à ce que le seul consentement soit insuffisant à écarter la qualification infractionnelle.

181. Les cas de consentement justificatifs : les actes médicaux. Dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2004⁷, l'article 16-3 du Code civil dispose qu'« [i]l ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. » avant d'ajouter dans un second alinéa que « [l]e consentement de l'intéressé doit

¹ Art. 223-8 CP. Les conditions à respecter figurent aux articles L. 1122-1 et suivants du Code de la santé publique, lesquels établissent la liste des informations à délivrer antérieurement à la personne et les modalités du recueil de son consentement.

² Art. 511-3 CP.

³ Art. 511-5 CP.

⁴ Art. L. 1231-1 et s. CSP pour le prélèvement d'organe et L. 1241-1 et s. CSP pour le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits du corps humain. Les conditions sont naturellement plus draconiennes s'agissant du prélèvement d'organe, lequel suppose que la personne qui s'y prête soit préalablement informée des risques encourus et des conséquences éventuelles du prélèvement, avant d'exprimer son consentement devant un magistrat (le président du tribunal de grande instance ou un magistrat désigné par lui) chargé de s'assurer de la réalité, de la portée et des caractères de ce consentement. En plus du consentement sont exigées des conditions tenant aux liens familiaux ou affectifs unissant le donneur au receveur (ces exigences pouvant être « contournées » par le recours à la technique du don croisé). Les modalités de recueil du consentement sont sensiblement les mêmes s'agissant des prélèvements de cellules hématopoïétiques (cellules souches à l'origine des lignées de cellules sanguines), si ce n'est que le consentement peut, en cas d'urgence vitale, être recueilli par le procureur de la République. Pour les autres prélèvements, le prélèvement suppose simplement le recueil d'un consentement écrit, après information de la personne concernée. D'autres conditions sont également instaurées quant à la nature des tissus, cellules ou produits prélevés et aux finalités du prélèvement.

⁵ Art. 511-6 CP.

⁶ Art. 511-16 (fait d'obtenir des embryons), 511-19-1 et s. (fait d'obtenir ou conserver des cellules souches embryonnaires) et 511-19 CP (fait d'effectuer des études ou des recherches sur des embryons ou des cellules souches embryonnaires). Les conditions à respecter, dont le consentement, sont fixées par le Code de la santé publique aux articles L. 1241-5 (prélèvement de cellules embryonnaires), L. 2141-3 et suivants (obtention et conservation d'embryons) et L. 2151-5 (recherche et étude sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires).

⁷ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF* du 7 août 2004, p. 14040.

être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir». De cet article, ainsi que des dispositions du Code de la santé publique, découle le principe selon lequel l'activité médicale est parfaitement légale, dès lors qu'elle a fait l'objet d'un consentement préalable¹ et qu'elle correspond à une nécessité médicale pour la personne, ou thérapeutique pour autrui. L'impunité de l'acte consenti et conforme à la nécessité thérapeutique de l'individu a toujours été admise², mais le fait qu'il ne soit plus exigé qu'une « nécessité médicale » pour la personne concernée a permis de justifier l'intervention chirurgicale sur un transsexuel visant à lui permettre de changer de sexe³. Autre hypothèse classiquement discutée⁴, la stérilisation à visée contraceptive est aujourd'hui expressément autorisée par les articles L. 2123-1 et suivants du Code de la santé publique, sous certaines conditions dont la première est bien évidemment le consentement de la personne concernée⁵.

182. Les cas de consentement justificatif : exemples variés. La présentation exhaustive des cas dans lesquels le consentement de la personne concernée est un élément de justification de l'acte serait extrêmement fastidieuse et, en raison de la disparité des situations, ressemblerait fort à un inventaire à la Prévert. Il n'en sera donc mentionné que quelques illustrations, lesquelles ne pourront être approfondies. Un exemple des plus classiques tient aux sports de contact, dont il est admis depuis fort longtemps que le consentement des participants est, avec le respect de la règle du jeu, un élément de la justification⁶. Ont également été admis les actes à finalité décorative, tels que les tatouages, les piercings, voire la coupe de cheveux⁷. Enfin, il est un truisme pour le pénaliste de reconnaître que les nécessités de l'activité judiciaire conduisent à autoriser certaines atteintes aux individus. Cependant, il est intéressant de noter que certaines

¹ Exigence notamment exprimée par les articles L. 1111-4 et suivants du Code de la santé publique instaurant les modalités de prise en compte du consentement aux soins du patient. L'article L. 1111-5 du même Code instaure cependant une exception s'agissant des mineurs : lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder sa santé, le professionnel de santé peut se dispenser de l'accord du ou des titulaires de l'autorité parentale ainsi que du consentement du mineur lui-même.

² Pour une présentation détaillée de l'activité médicale justifiée par le consentement, V. F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., n° 258 et s. ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 247 et s. V. cependant P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *RIDP* 2011/1, vol. 82, p. 19, pour une dénonciation du caractère forcé ou fictif du consentement du délinquant lorsque l'acte médical ou les soins sont imposés par l'institution judiciaire dans une optique de répression ou de prévention de la délinquance.

³ F. ALT-MAES, « Esquisse et poursuite d'une dépénalisation du droit médical », *JCP G* 2004, I, 184, n° 18.

⁴ V. par ex. Crim. 1^{er} juillet 1937, *JCP* 1937, II, 440, *affaire dite des « stérilisés de Bordeaux »*.

⁵ Le Code de la santé publique évoque même une « *volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences* » (art. L. 2123-1 CSP).

⁶ V. par ex. CA Poitiers, 3 mai 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 784. Sur la question, V. F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., n° 103 et s. ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 254 et s. ; M. BENILLOUCHE, « Droit pénal et blessures occasionnées lors de la pratique du sport : entre impunité et autorégulation », *Gaz. Pal.* 2007, 2, doct. p. 3592.

⁷ V. *a contrario* T. corr. Saint Dié, 7 juin 1945, *Gaz. Pal.* 1945, 1, p. 218, cité par X. PIN, *in Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 246 : le fait de couper les cheveux d'une femme contre son gré est constitutif de violences au sens de l'ancien article 311 du Code pénal.

d'entres elles ne sont légales que pour autant qu'elles aient été consenties¹, comme par exemple l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ordonnée par un juge à titre de mesure d'instruction en matière civile². La liste des cas de consentement justificatif a donc tout de l'armée mexicaine, mais ce point ne doit pas masquer l'unité de régime, qui s'étend à toutes les variétés de consentements de la personne visée. Si ces consentements se voient dotés d'un effet pénal, celui-ci est invariablement le même : neutraliser la qualification infractionnelle et partant la qualification de « victime pénale ».

B/ LE CONSENTEMENT PÉNALEMENT EFFECTIF INCOMPATIBLE AVEC LA QUALIFICATION DE « VICTIME DE L'INFRACTION »

183. Le consentement de la personne visée peut constituer une permission d'agir neutralisant la qualification infractionnelle (1) à condition de présenter certains caractères déterminés (2).

1) Le consentement pénalement effectif comme permission neutralisant la qualification infractionnelle des faits

184. L'effet du consentement de la personne visée : la neutralisation de la qualification infractionnelle. Lorsqu'il se voit reconnaître implicitement ou explicitement un effet sur la norme pénale, le consentement de la personne visée assure la légalité du comportement de l'agent. Comme le relève M. PIN, quel que soit le type de consentement, l'effet est le même, il s'agit de neutraliser la qualification infractionnelle *ab initio*³. La relation sexuelle consentie n'est pas plus un viol que l'intervention chirurgicale effectuée dans les règles de l'art, avec l'accord du patient, n'est une violence volontaire. Le droit pénal allemand considère que l'infraction a alors perdu son caractère injuste, contraire à l'ordre juridique (*Unrecht*)⁴. Pour intéressante qu'elle soit, cette conception n'a pas reçu les faveurs du droit pénal français et de la doctrine⁵. Au regard de la conception française de l'infraction, il faudra se contenter de relever que le consentement effectif neutralise à la source la qualification infractionnelle. Qu'il s'agisse d'un consentement exclusif et

¹ Sur ce point, V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 257 et s.

² Art. 16-11 al. 2 C. civ. Le Code fixe également des conditions tenant à la finalité de l'action dont a été saisi le juge.

³ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 87, 88 et 174.

⁴ X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison. », op. cit., spéc. n° 12.

⁵ X. PIN, « L'infraction juste », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 585 ; J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.* 1977, p. 269 Certains auteurs considèrent que l'élément injuste n'est qu'une autre façon de désigner l'élément ou le préalable légal de l'infraction. V. en ce sens B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 223 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 241 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 149-151. Considérer que l'élément injuste se confond avec un prétendu « élément légal » n'est pas satisfaisant, en raison de l'inexistence d'un tel élément (sur laquelle cf. *supra*, n° 52). Il semble plus pertinent de faire état d'un préalable légal. D'autres inclinent à reconnaître une existence à l'élément injuste, mais en font une notion purement négative, tenant à l'absence de faits justificatifs. V. en ce sens F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 430 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 317 et s.

son existence exclut que l'acte commis corresponde à l'acte pénalement incriminé. Qu'il s'agisse d'un consentement justificatif et son existence participe à la conformité de l'acte à la disposition particulière qui l'autorise par exception à la prohibition générale. Dans les deux cas, la légalité du comportement ne provient pas de la disparition d'un élément légal déjà inexistant¹. Évoquer une disparition du préalable légal n'est pas davantage exact car ce préalable réside dans le texte d'incrimination, que le consentement ne saurait à l'évidence faire disparaître. En réalité, l'acte ne correspond plus ni matériellement, ni moralement à un comportement incriminé et la raison en est qu'il n'est pas attentatoire à la valeur sociale que vise à protéger l'incrimination correspondante. En ce sens, la notion d'élément injuste de l'infraction aurait eu le mérite de rendre compte de ces deux aspects en expliquant non seulement la technique de la justification, mais également sa raison d'être². Une telle conception amène à considérer le consentement de la personne visée comme une permission accordée à l'agent.

185. La nature du consentement de la personne visée : une permission de commettre les faits. Le consentement de la personne visée produisant un effet juridique, il peut être qualifié d'acte juridique³. Quant à la nature de cet acte, elle devra être déduite de l'observation de son effet. Ce dernier réside dans la reconnaissance à l'agent d'une faculté de commettre un fait qui devrait en principe recevoir une qualification infractionnelle⁴. Pour autant, aucun rapport d'obligation ne se crée entre l'agent et la personne consentante. L'agent n'a ni l'obligation de commettre le fait, ni la possibilité d'exiger de la personne qu'elle tolère l'acte si elle venait à changer d'avis et retirer son consentement. C'est donc la notion de permission qui rend le mieux compte de la nature du consentement⁵. MM. ARCHER et PIN s'opposent sur le point de savoir si la notion d'autorisation, telle qu'elle fût synthétisée en droit privé par Mme THULLIER⁶, peut également rendre compte de la nature du consentement⁷. Pour intéressante qu'elle apparaisse *a*

¹ V. contra, A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 40.

² Considérer l'existence d'un élément injuste, résidant dans la coïncidence du comportement de l'agent avec le comportement incriminé dans une norme pénale visant à protéger une valeur sociale, permet d'expliquer le « comment » et le « pourquoi » de la justification de l'acte. Le « comment » réside dans le fait que l'acte n'est plus conforme à celui décrit dans la norme pénale et le « pourquoi » s'explique par le fait que cet acte ne porte plus atteinte à la valeur sociale protégée.

³ Considéré dans sa substance, ou *negotium*, l'acte juridique peut être défini comme « une opération volontaire dont le but et le résultat sont de produire des effets de droit » (Cl. BRENNER, « Acte », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 2).

⁴ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 88 et 89.

⁵ F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., n° 495 et s. ; A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 14 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 110 et s.

⁶ B. THULLIER, *L'autorisation. Étude de droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 252, 1996.

⁷ M. ARCHER le conteste, arguant que Mme THULLIER perçoit l'autorisation comme le résultat d'un contrôle exercé par l'autorisant (B. THULLIER, *L'autorisation. Étude de droit privé*, op. cit., n° 256 et s.) et qui peut être contesté par celui auquel l'autorisation est refusée (*Ibid.*, n° 325 et s.), ce qui n'est pas conforme au régime du consentement en droit pénal (in *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., n° 494). Ajoutons à cela que Mme THULLIER précise que les droits de la personnalité ne sauraient faire l'objet d'une autorisation car les conventions portant sur eux créent des obligations. Ainsi en va-t-il du chirurgien qui, après avoir recueilli le consentement de son patient, est tenu de pratiquer l'intervention nécessaire à la préservation de sa santé (in *L'autorisation. Étude de droit privé*, op. cit., n° 65 à 67). À l'opposé, M. PIN considère qu'en raison du caractère disponible de certains interdits pénaux, rien ne s'oppose à ce que l'acte permissif soit reconnu en droit pénal (in *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 112).

priori, cette utilisation de la notion d'autorisation ne semble pas juridiquement pertinente. Il est certain qu'au sens commun, les notions de « permission » et d'« autorisation » sont synonymes. Mais tel n'est pas nécessairement le cas dans le sens juridique et il convient de faire preuve de prudence avant d'importer en droit pénal des notions dont la définition et le régime sont précisément posés dans d'autres branches du droit. Les conditions et critères posés dans les droits extra-pénaux pourraient se révéler inadaptés dans un droit pénal dont l'objet répressif diffère¹. Certes, rien ne s'opposerait à ce que le droit pénal consacre une appréciation autonome de la notion d'autorisation, mais l'instauration de telles dichotomies juridiques doit être strictement limitée aux cas imposés par la volonté du législateur² afin d'assurer au mieux la cohérence générale du droit. Il semble donc préférable de s'en tenir à la qualification d'acte permissif, laquelle recueille les suffrages de la doctrine. De cette notion pourront être déduits les caractères du consentement effectif.

2) Les caractères du consentement pénalement effectif

186. L'importance du consentement de l'ensemble des personnes visées. Il est certain que le consentement de la personne visée ne saurait produire d'effet que s'il est bien celui de la personne qui aurait été victime de l'infraction si elle avait été constituée. Ceci implique d'identifier clairement la valeur sociale protégée par l'incrimination afin de vérifier en premier lieu sa disponibilité et en second lieu d'identifier la ou les personnes qui en sont le support. Ainsi, les destructions, dégradations et détériorations de biens dangereuses pour les personnes³ constituent des atteintes certaines à la propriété, mais également des atteintes potentielles à la vie ou à l'intégrité physique. Ces deux dernières valeurs n'étant pas disponibles, l'infraction ne saurait être justifiée par le consentement du propriétaire du bien⁴. Mme ALT-MAES a consacré, sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal, une étude aux infractions contre les biens que le consentement du propriétaire est impuissant à légitimer⁵. Parmi elles, citons le détournement

¹ Sur l'autonomie du droit pénal, son objet spécifique et sa finalité partagée avec les autres branches du droit, cf. *infra*, n° 472 et s.

² Cf. *infra*, n° 502 et s.

³ Art. 322-5 et s. CP.

⁴ Encore qu'il serait possible de retenir une seconde approche, considérant que l'infraction vise à sanctionner d'une part une destruction (atteinte concrète à la propriété) et d'autre part une mise en danger (atteinte potentielle à la vie et à l'intégrité physique). La propriété étant disponible, le consentement du propriétaire effacerait cette part de l'infraction. En cas de destruction dangereuse consentie, ne demeurerait que la seconde partie de l'infraction, à savoir la mise en danger de la personne, laquelle aurait donc vocation à être sanctionnée par les infractions spécifiques : risques causés à autrui (art. 223-1 et s. CP) si aucun dommage n'a été causé, atteintes volontaires à la vie (art. 221-1 et s. CP) ou à l'intégrité physique (art. 222-7 et s. CP) ou atteintes involontaires (art. 221-6 et s. CP et 222-19 et s. CP) selon l'état d'esprit de l'agent. Une telle approche conduirait à un abaissement des peines encourues par l'agent. Pour prendre un exemple, le meurtre est puni de trente ans de réclusion criminelle (art. 221-1 CP) alors que la destruction, dégradation ou détérioration volontaire par l'effet d'une substance explosive ou d'un incendie ayant entraîné la mort d'une personne fait encourir la réclusion criminelle à perpétuité (art. 322-10 CP).

⁵ F. ALT-MAES, « L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 1.

d'objet constitué en gage ou saisi¹, atteinte aux droits du créancier, ce dont il résulte que le consentement du propriétaire de l'objet ne saurait à l'évidence justifier l'infraction car il n'est pas victime de l'infraction. Enfin, dès lors qu'une infraction porte atteinte à plusieurs victimes, seul un consentement unanime de leur part sera à même de neutraliser la qualification infractionnelle. Ainsi, le consentement d'un copropriétaire ne saurait à lui seul justifier le détournement de la chose commune².

187. L'importance d'un consentement émis par une personne capable. Une fois admis que le consentement de la personne visée est à même de produire un effet pénal, il reste à établir que cette personne est à même de produire un consentement valable. Cette aptitude suppose en premier lieu la capacité de la personne visée, ce dont témoigne la jurisprudence³. Toujours en raison de l'autonomie du droit pénal, cette capacité semble devoir être appréciée non au regard de la notion civile de capacité juridique, mais par rapport à une « capacité naturelle » laissée à la libre appréciation du juge⁴. Cependant, certaines dispositions légales restreignent, voire interdisent, la possibilité de consentir des mineurs et des majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection légale⁵. S'agissant des atteintes sexuelles, la situation des mineurs se rapproche de cette hypothèse⁶. Il convient néanmoins de préciser que l'agent qui aurait raisonnablement pu croire

¹ Art. 314-5 et 314-6 CP.

² V. par ex. Crim. 27 février 1996, *Bull. crim.* n° 96, *RTD civ.* 1996, p. 936, obs. F. ZENATTI : approbation de la condamnation pour vol d'un bûcheron ayant abattu et emporté des arbres sur une parcelle en indivision avec l'accord de seulement trois des cinq co-indivisaires. La jurisprudence est ici parfaitement cohérente puisqu'elle admet que le copropriétaire qui détournerait lui-même le bien commun pourrait être poursuivi pour vol et ne saurait invoquer l'exception de propriété. V. par ex. Crim. 21 avril 1964, *Bull. crim.* n° 119 ; Crim. 25 mai 1988, *Bull. crim.* n° 223.

³ Par exemple, le vol fut retenu dans les hypothèses suivantes : remise de la chose par des enfants n'ayant pas conscience de leur acte (Crim. 31 août 1938, *DH* 1938, 453) ; Remise de la chose par une femme en état d'hypnose dont le tribunal releva qu'il avait momentanément diminué ses facultés mentales (T. corr. Versailles, 13 mai 1970, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 428, obs. P. BOUZAT) ; Remise de la chose à des soignants par une personne âgée, atteinte de confusion mentale, par crainte de défaut de soins en cas de refus (Crim. 26 juin 1974, *Bull. crim.* n° 243) ; Remise de la chose par une femme atteinte de troubles mentaux n'ayant pas conscience de la portée de son acte (Crim. 17 janvier 1978, *Bull. crim.* n° 20).

⁴ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 141 et s. et spéc. n° 144. V. contra, A. FAHMY ABDOU qui, s'il reconnaît l'influence d'une « capacité naturelle » (in *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 131), considère nécessaire de tenir compte de la seule capacité légale s'agissant des mineurs (*Ibid.*, n° 133).

⁵ V. par ex. art. L. 1231-2 CSP prohibant les prélèvements d'organe en vue de don sur une personne mineure ou faisant l'objet d'une mesure légale de protection. Il en va en principe de même pour le prélèvement de tissus, cellules ou produits du corps humain (art. L. 1241-2 CSP), mais des exceptions existent lorsque le don de cellules hématopoïétiques est effectué au bénéfice d'un frère, d'une sœur, d'un cousin germain, d'une cousine germaine, d'un oncle, d'une tante, d'un neveu ou d'une nièce (art. L. 1241-3 et 1241-4 CSP).

⁶ Les articles 227-25 et 227-26 du Code pénal incriminent l'atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ou surprise sur un mineur de quinze ans. Il faut en déduire que le seul fait d'être âgé de moins de quinze ans ne suffit pas à présumer le défaut de consentement et ainsi retenir le viol ou l'agression sexuelle (art. 222-23 et s. CP). L'étude de la jurisprudence confirme cette conception : l'âge ne suffit à établir le défaut de consentement (V. par ex. Crim. 1^{er} mars 1995, *Bull. crim.* n° 92), mais peut être pris en compte pour apprécier le pouvoir coercitif des actes de l'agent (V. par ex. Crim. 22 janvier 1997, *Bull. crim.* n° 22 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 325, obs. Y. MAYAUD). La solution est parfois sujette à adaptation, notamment lorsque le mineur est particulièrement jeune, le défaut de consentement pouvant alors résulter, non de l'âge lui-même, mais du défaut de conscience inhérent à l'âge (V. par ex. Crim. 7 décembre 2005, *Bull. crim.* n° 326 ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD ; *AJ Pénal* 2006, 81, obs. C. SAAS pour des faits commis sur trois enfants âgés d'un an et demi à cinq ans). C'est pourquoi Mme KOERING-JOULIN a proposé que soit posée une présomption irréfragable de défaut de consentement pour les enfants de moins de treize, dix, six ou sept ans (R. KOERING-JOULIN, « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze

interagir avec une personne capable et consentante pourrait échapper à la sanction pénale en invoquant l'erreur de fait.

188. L'importance d'un consentement réel et intègre de la personne visée. En deuxième lieu, ce consentement doit être réel, c'est-à-dire coïncider avec l'acte commis par l'agent, et intègre, c'est-à-dire donnée librement et en connaissance de cause¹. Obtenu par violence, menace ou plus généralement par tout type de contrainte, le consentement n'est pas libre et ne saurait être pénalement effectif. Obtenu par ruse, en trompant la personne sur ce à quoi elle consent, c'est-à-dire sur la nature ou l'étendue de l'acte que l'agent entend commettre, le consentement n'est pas valable car il ne coïncide pas réellement avec l'acte de l'agent. Cela ne signifie pas pour autant que toute erreur de la personne consentante prive ce consentement d'efficacité. À titre d'exemple, l'erreur sur la personne de l'agent, même provoquée par dol, n'est pas déterminante dès lors que la personne de l'agent n'est pas un élément qualifiant². La doctrine s'est beaucoup interrogée sur le sort à réserver à ces hypothèses, hésitant entre la répression et la mansuétude³. Il semble bien néanmoins que l'erreur sur la personne de l'agent doive être indifférente lorsqu'elle est insuffisante à constituer l'atteinte à la valeur sociale pénalement protégée.

189. Le caractère non déterminant de l'erreur révélé par l'absence de vérifications. S'agissant par hypothèse de valeurs disponibles, il convient de déterminer si la personne de l'agent a été matériellement, concrètement déterminante du consentement de la victime. En ce sens, l'erreur sur la personne de l'agent caractérisée par l'usage d'un faux nom ne permet de retenir l'escroquerie qu'à la condition d'avoir été déterminante de la remise⁴. De même, la jurisprudence semble avoir posé, en matière de vol, une présomption irréfragable d'indifférence de l'erreur lorsque la personne visée n'a pas vérifié l'identité de l'agent alors qu'elle était en mesure de le faire⁵. Dernière exemple, le viol est constitué lorsqu'une femme endormie est surprise par un homme qui s'est glissé dans le lit conjugal à la place de son mari⁶. En revanche, il est douteux que d'Artagnan commette un viol lorsqu'il se fait recevoir, dans le noir absolu, en lieu et place du comte de Wardes par Milady de Winter afin d'obtenir ses faveurs⁷. Faute d'une

ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 389 et spéc. p. 392-394).

¹ Sur cette condition, V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 153 et s.

² Dans le même sens, V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 155.

³ Pour une position répressive, V. par ex. P.-A. PAGEAUD, « L'intention de la victime comme critère de la notion de « soustraction » en matière de vol », *JCP G* 1955, I, 1256 ; F. ALT-MAES, « L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens », op. cit., n° 3. Pour une position libérale et un exposé de la doctrine, V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 215 et s.

⁴ V. par ex. Crim. 3 décembre 1998, n° 97-82.158.

⁵ M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « Vol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 124 et s. et spéc. n° 127 et s.

⁶ Crim. 25 juin 1857, *S.* 1857, 1, 711, cité par X. PIN, in *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 141 et 155.

⁷ Dans un chapitre malicieusement intitulé « La nuit tous les chats sont gris », DUMAS narre comment d'Artagnan se fait introduire chez Milady de Winter, en lieu et place de son amant, le comte de Wardes auquel il n'a jamais transmis l'invitation que celle-ci lui destinait. Milady de Winter l'ayant reçu dans le noir absolu, désireuse de ne pas exhiber la

vérification pourtant élémentaire, la surprise fait défaut, ce qui revient à dire que la personne de son amant ne semble pas avoir été déterminante pour Milady et d'Artagnan n'a enfreint « que » les règles de morale, de noblesse et d'amour courtois... Le consentement erroné n'est donc pas fatalement indifférent. Par ailleurs, ici encore, l'agent pourrait invoquer l'erreur de fait en démontrant qu'il était fondé à croire en la réalité et l'intégrité du consentement de la personne visée.

190. L'importance d'un consentement antérieur ou concomitant à l'acte de l'agent. La dernière condition de validité du consentement de la personne visée est temporelle. Il est nécessaire que le consentement précède ou accompagne l'action de l'agent. Techniquement, cela se traduit par une exigence simple : le consentement doit exister au moment où l'infraction se serait consommée si le consentement n'avait pas été présent. Dès lors que le seuil de consommation a été atteint sans que l'acte ait été consenti, l'infraction est constituée et consommée. C'est là un fait qu'aucune acceptation postérieure ne pourra effacer¹. Lorsque l'infraction n'a atteint que le seuil de la tentative punissable, le raisonnement demeure valable. La tentative est répréhensible et aucune acceptation antérieure ne saurait l'anéantir rétroactivement. La solution ne varie pas en fonction de la nature de l'infraction et le consentement apporté alors qu'une infraction continue a déjà commencé à s'exécuter marque simplement la fin de la période de consommation et fait courir le délai de prescription. Seul un consentement antérieur ou concomitant est à même de neutraliser la qualification infractionnelle, mais il n'a pas besoin d'avoir été reçu par l'agent pour produire cet effet.

191. L'impact du consentement de la personne visée ignoré de l'agent. À l'opposé des hypothèses dans lesquels l'agent croit bénéficier du consentement de la personne concernée se trouvent les situations dans lesquelles l'agent a ignoré un consentement pourtant réel de la personne visée. Lorsque ce consentement de la personne visée n'était pas connu de l'agent, ce dernier a agi en croyant commettre une infraction. Une telle circonstance paraît toutefois impropre à légitimer la répression. Dans les hypothèses considérées, le consentement de la personne visée exclut une condition préalable² ou un élément constitutif³ sans lesquels l'infraction ne saurait exister. Sa réalisation étant impossible, l'infraction ne saurait être constituée, ni même tentée, faute de remplir les conditions de la tentative punissable⁴. Elle n'est alors que putative, n'existant que dans l'esprit de l'agent qui croit agir contre le gré de la personne visée. Il convient cependant de réserver les cas dans lesquels est incriminé le non-recueil du consentement ou le

flétrissure laissée par le fer rouge dont elle fut marquée des années auparavant, n'éventa pas le stratagème (A. DUMAS, *Les trois mousquetaires*, Chap. XXXV Le Livre de Poche, coll. Les Classiques de Poche, 2009, p. 522 et s.).

¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, op. cit., n° 475.

² Cf. *supra*, n° 170.

³ Cf. *supra*, n° 169.

⁴ Cf. *supra*, n° 47 et s. et spéc. n° 54 et s.

non-respect du formalisme dans le recueil du consentement. Le consentement lui-même n'est ici que l'un des éléments de la justification. Sa présence seule est insuffisante à justifier l'infraction car son existence ne rend pas impossible la réalisation du comportement incriminé. En dehors de ces hypothèses, l'impunité de celui qui agit tout en ignorant que la personne visée consent à son acte est assurée¹, ce qui permet de qualifier le consentement d'acte juridique unilatéral² et plus précisément d'acte non réceptif³. La question est d'ailleurs de peu d'importance pratique, étant donné que la personne consentante n'ayant aucune raison de dénoncer les faits, ceux-ci seront rarement connus des autorités de poursuite. Les nécessités et contingences de la pratique confèrent au consentement de la personne visée un impact significatif, quand bien même serait-elle victime pénale.

II – LES INCIDENCES DE L'ACCEPTATION DE L'INFRACTION PAR LA VICTIME

192. La notion d'acceptation de l'infraction par la victime. Lorsque la qualification infractionnelle est maintenue en dépit de l'assentiment de la personne visée, celle-ci peut être qualifiée de « victime pénale ». Si l'acceptation de l'infraction par la victime présente les caractères de réalité, d'antériorité, d'intégrité et qu'elle est émise par une personne capable, elle peut être qualifiée de « consentement de la victime ». L'acceptation constitue le genre dont le consentement est une espèce, aux côtés notamment de l'acceptation *a posteriori*. L'ensemble des acceptations de l'infraction par la victime peut avoir des incidences sur la réaction pénale suscitée par l'infraction. Ces incidences sont juridiquement peu significatives (A), mais en pratique déterminantes (B).

A/ LES INCIDENCES JURIDIQUES DE L'ACCEPTATION DE L'INFRACTION PAR LA VICTIME

193. Acceptation antérieure et postérieure de l'infraction. Le fait que la victime accepte la commission de l'infraction marque son adhésion à l'acte de l'auteur. Or cet acte est par hypothèse illicite. Lorsque l'adhésion, prenant la forme d'un consentement, est exprimée antérieurement à la commission de l'acte, elle peut avoir eu un impact sur la commission de cet acte. C'est pourquoi il est concevable que le consentement de la victime ait une incidence sur la responsabilité pénale et la situation civile de la victime (1). Lorsque l'acceptation est postérieure à l'acte de l'agent, elle ne saurait avoir eu d'influence sur la commission d'un acte qui la précède. Il en résulte qu'elle est en

¹ V. contra F. ALT-MAES, « L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens », op. cit., n° 8 et s.

² A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, op. cit., n° 140.

³ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 82 et s. et spéc. n° 84.

principe dépourvue d'effet juridique. La loi lui reconnaît néanmoins une influence exceptionnelle en subordonnant l'exercice des poursuites à une plainte de la victime (2).

1) L'incidence du consentement de la victime sur sa responsabilité pénale et sa situation civile

194. Parce qu'il matérialise une adhésion de la victime au projet de l'agent, le consentement de la victime pourrait avoir des effets au plan civil en s'apparentant à un cas d'acceptation des risques (a). Parce que cette adhésion de la victime peut faciliter, voire provoquer l'acte de l'agent, le consentement de la victime a parfois été perçu comme un acte de complicité (b).

a) Le consentement de la victime comme acceptation des risques

195. **La compatibilité de principe des situations de consentement de la victime et d'acceptation des risques.** L'acceptation des risques est une cause de partage de responsabilité découlant de l'imprudence fautive dont la victime a fait preuve en acceptant le risque de survenance du dommage¹. En consentant à ce qu'une infraction soit commise à son encontre, la victime accepte la survenance du dommage et donc, *a fortiori*, le risque de survenance². La distinction entre l'acceptation du dommage et l'acceptation du risque est essentiellement quantitative, puisque seul varie le degré de probabilité de survenance accepté. Ceci permet un rapprochement théorique du consentement de la victime pénale et de l'acceptation des risques par la victime civile. Le droit pénal ignorant théoriquement la responsabilité du fait d'autrui³, les deux types de responsabilité civile délictuelle⁴ à considérer ici sont la responsabilité du fait personnel et la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde. L'acceptation des risques est admise par la jurisprudence en responsabilité du fait personnel⁵. La jurisprudence a posé en principe que l'acceptation des risques ne saurait limiter l'indemnisation de la victime qu'à la condition qu'elle ait constitué une faute, c'est-à-dire à condition que le risque ait présenté une

¹ PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^e éd., 2012, n° 1892.

² V. *contra* PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd., 2011, n° 131 et s. Ces auteurs distinguent clairement l'acceptation du dommage (en y incluant notamment l'activité médicale) et l'acceptation des risques.

³ Art. 121-1 CP.

⁴ Les hypothèses de responsabilité civile contractuelle sont ici marginales. Soit en effet la valeur sociale considérée est disponible, auquel cas l'accord de la victime est un acte de disposition et « l'atteinte à cette valeur » rentre valablement dans le champ contractuel. L'acte de l'agent n'est alors ni une faute contractuelle, ni une infraction. Ainsi l'accord donné au « détournement » d'un bien prêté exclut la faute contractuelle (tout en transformant le contrat de prêt en contrat de don) comme la qualification d'abus de confiance. Soit la valeur sociale n'est pas disponible et le contrat est nul en raison de l'illicéité de l'objet de l'obligation (condition rattachée à l'article 1128 du Code civil. Sur ce point, V. PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n° 600 et s. ; PH. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuel, 12^e éd., 2012, n° 261 et 278). Le contrat étant frappé d'une nullité absolue, son exécution ne saurait à l'évidence être réclamée. Précisons par ailleurs que la jurisprudence est hostile à appliquer à l'action civile le régime de la responsabilité contractuelle, même lorsque le comportement infractionnel est également une violation d'un contrat unissant l'auteur à sa victime. Sur ce point, V. N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, Thèse, Université de Lyon III, 2006, n° 681 et s.

⁵ V. par ex. Civ. 2^eème 10 avril 1991, *Bull. civ. II*, n° 121 ; Civ. 2^eème, 4 juillet 2002, *Bull. civ. II*, n° 155.

indéniable gravité¹. Or, l'infraction pénale présente à l'évidence un degré de gravité qui pourrait justifier que son acceptation soit jugée fautive. La situation était identique en responsabilité du fait des choses jusqu'à ce qu'un arrêt du 4 novembre 2010 pose en principe que l'acceptation des risques ne peut être opposée à la victime d'un dommage causé par une chose². Dans le domaine sportif, la loi du 12 mars 2012³ a créé un article 321-3-1 du Code du sport, au terme duquel l'acceptation des risques peut être invoquée par le pratiquant pour les dommages matériels causés à un autre pratiquant par le fait d'une chose. *A contrario*, il semble que la solution prétorienne de 2010 demeure valable pour les dommages corporels causés par le fait d'une chose.

196. La rencontre en pratique marginale des situations de consentement de la victime et d'acceptation des risques. Bien que théoriquement envisageable, la rencontre entre le consentement de la victime strictement entendu et l'acceptation des risques est en pratique peu fréquente et ce pour deux raisons. En premier lieu, les hypothèses principales d'acceptation des risques concernent les activités médicales⁴ et la pratique sportive⁵, domaines où le consentement de la personne visée exclut la qualification de victime pénale⁶. En second lieu, la Cour de cassation est relativement exigeante quant au caractère fautif de l'acceptation, car elle rechigne à reconnaître au délinquant la possibilité de tirer profit de son infraction. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi plusieurs fois affirmé que la seule négligence de la victime d'une infraction pénale intentionnelle contre les biens ne saurait conduire à une diminution du montant des réparations civiles auxquelles elle peut prétendre⁷. Demeure le fait que la théorie de l'acceptation des risques peut parfaitement être utilisée pour limiter le droit à indemnisation de la victime consentante d'une infraction pénale. Plusieurs dispositions de l'avant-projet de réforme du droit des obligations⁸ semblent d'ailleurs emprunter à cette idée de responsabilisation de la victime. Celle-ci est ainsi privée de toute réparation lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage⁹ et son indemnisation peut être réduite lorsqu'elle a refusé de mettre en œuvre les « *moyens sûrs, raisonnables et proportionnés de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation [...] sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique* »¹⁰. Enfin, les conventions limitatives ou exclusives de responsabilité sont admises y compris en matière extracontractuelle¹¹.

¹ V. par ex. Civ. 2^{ème}, 24 janvier 1964, *Bull. civ. II*, n° 90.

² Civ. 2^{ème}, 4 novembre 2010, *Bull. civ. II*, n° 176 ; *D.* 2011, p. 690, note J. MOULY.

³ Loi n° 2012-348 du 12 mars 2012 tendant à faciliter l'organisation des manifestations sportives et culturelles, *JORF* du 13 mars 2012, p. 4522.

⁴ PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 1897 et s.

⁵ PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 1915 et s.

⁶ Cf. *supra*, n° 181 et s.

⁷ V. par ex. Crim. 27 mars 1973, *Bull. crim.* n° 150 ; Crim. 28 février 1990, *RTD civ.* 1990, p. 670, obs. P. JOURDAIN ; Crim. 4 octobre 1990, *Bull. crim.* n° 331 ; Crim. 16 mai 1991, *Bull. crim.* n° 208.

⁸ P. CATALA, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, La Documentation française, 2005.

⁹ Art. 1350 de l'avant-projet.

¹⁰ Art. 1373 de l'avant-projet.

¹¹ Art. 1382 de l'avant-projet.

De telles conventions ne valent cependant pas pour les dommages causés par une faute et supposent par ailleurs que la victime les ait acceptées de manière non équivoque¹.

b) Le consentement de la victime comme acte de complicité

197. Consentement de la victime et infraction demandée ou facilitée. Le consentement de la victime évoque spontanément une adhésion de la victime à un projet antérieurement formé par l'auteur. Certaines dispositions légales ont ainsi assimilé la victime consentante à un auteur de l'infraction, tel l'article 66 du Décret-loi du 30 octobre 1935 portant unification du droit en matière de chèques² qui sanctionnait celui qui acceptait en connaissance de cause un chèque sans provision. De telles dispositions figurent encore aujourd'hui à l'article L. 163-2 du Code monétaire et financier³. Pourtant, le consentement de la victime peut également correspondre en pratique à des hypothèses dans lesquelles le projet infractionnel a été pensé et voulu par la future victime avant d'être proposé à un agent chargé de le mettre en œuvre. Tel est notamment le cas de l'euthanasie, bien souvent, et du meurtre sur demande. Or, le second alinéa de l'article 121-7 du Code pénal prévoit que celui qui « *par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* » en est complice. Par ailleurs, le consentement de la victime facilite à l'évidence la commission de l'infraction, tant sur un plan moral que matériel. Moralement car il est alors aisé pour l'agent de justifier son acte à ses propres yeux. Matériellement surtout, car aucune opposition n'est à attendre de la victime. L'agent peut même escompter sa disponibilité, voire sa coopération, laquelle est de plus apportée en connaissance de cause. Le consentement de la victime pourrait donc s'assimiler à un acte d'aide ou d'assistance facilitant la préparation ou la commission de l'infraction ainsi que le mentionne le premier alinéa de l'article 121-7 du Code pénal.

198. Les indices en faveur d'une reconnaissance de la complicité en droit positif. La complicité de la victime consentante a notamment été reconnue par la jurisprudence dans l'affaire dite des « stérilisés de Bordeaux ». Convaincus par le discours antinataliste d'un prêcheur, plusieurs hommes s'étaient prêtés à des opérations de stérilisation. Ils furent alors poursuivis et condamnés pour complicité de coups et blessures volontaires⁴. Actuellement, la solution semble découler de l'interprétation de l'alinéa premier de l'article L. 2222-4 du Code de la santé publique. Ce texte prévoit que la femme ne peut être reconnue complice de l'infraction consistant à lui fournir les moyens de pratiquer sur elle-même une interruption de grossesse. Si le législateur prend ici la peine de préciser qu'une victime ne saurait être considérée comme complice, il

¹ Art. 1382-4 de l'avant-projet.

² *JORF* du 31 octobre 1935, p. 11543.

³ Notamment s'agissant de l'acceptation d'un chèque en connaissance du fait que le tireur a donné au tiré instruction de refuser le paiement (art. L. 163-2 al. 1^{er} et 2 CMF).

⁴ *Crim.* 1^{er} juillet 1937, *DH* 1937, 537.

faudrait *a contrario* en déduire qu'une telle approche est envisageable lorsque cela n'est pas interdit par la loi¹. La difficulté d'une telle reconnaissance tiendrait évidemment au fait que la victime serait considérée comme complice d'une infraction contre elle-même, c'est-à-dire d'une infraction qu'elle ne pourrait commettre à titre d'auteur (exception faite des hypothèses dans lesquelles une victime consent à une atteinte à tout un groupe : la poursuite est alors parfaitement justifiée par le fait qu'elle consent à léser autrui). Or, la jurisprudence admet parfaitement que sont applicables au complice les circonstances aggravantes liées à la qualification de l'auteur principal², ce dont la doctrine déduit généralement que le complice peut être poursuivi même lorsqu'il ne présente pas les qualités requises pour être auteur de l'infraction³. Le droit positif ne semble donc pas s'opposer à ce que la victime soit considérée comme complice de l'infraction à laquelle elle consent⁴, ce que l'on peut déplorer.

199. La critique de l'assimilation de la victime consentante à un complice. En premier lieu, la solution est contestable sur un plan criminologique. Comme le relève Mme JOFFROY, faute de capacité criminelle et d'une réelle inadaptabilité sociale, la victime qui provoque ne présente pas de réelle dangerosité⁵, alors que l'état dangereux est la « *caractéristique intrinsèque du provocateur* »⁶. Sur un plan juridique, il faut relever que l'article 122-6 du Code pénal invite à sanctionner « *comme auteur le complice de l'infraction* ». Admettre la sanction de la victime consentante suppose de se référer à la théorie de l'emprunt de criminalité : que le complice soit également la victime de l'infraction serait sans impact car il n'aurait pas de criminalité propre, il ne ferait qu'« emprunter » celle de l'auteur principal, à l'évidence punissable. Les limites d'une telle théorie ont cependant été relevées par divers auteurs⁷, relevant notamment le fait que cette expression artificielle masque la criminalité propre des actes du complice. Les théories concurrentes, qui peuvent lui être préférées, semblent elles exclure la complicité de la victime consentante. Soit le complice partage⁸, non la criminalité, mais la qualification applicable à l'auteur⁹. Cela implique, comme l'écrit M. MAYAUD, « *de raisonner comme si le complice avait réalisé lui-même, en qualité d'auteur, l'infraction commise* »¹⁰, ce qui semble exclure la sanction de la victime consentante. Soit le complice

¹ Dans le même sens, V. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1050 ; A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 39 et spéc. n° 25.

² Crim. 7 septembre 2005, *Bull. crim.* n° 219 ; *D.* 2006, p. 835, note E. DREYER.

³ V. par ex. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1065. L'auteur le déplore cependant. Dans le même sens, V. S. FOURNIER, « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 475, n° 20.

⁴ Dans le même sens, V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 264.

⁵ N. JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, Thèse, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2000, n° 322 et s.

⁶ *Ibid.*, n° 8.

⁷ V. par ex. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1039 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, op. cit., n° 538 ; J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952, I, 1034 ; J.-H. ROBERT, « Imputation et complicité », *JCP* 1975, I, 2720.

⁸ Le terme de « partage » semble plus adapté que celui d'« emprunt ». En effet, l'auteur ne se départit pas de quoi que ce soit au profit de son complice, lequel ne lui emprunte donc pas, se contentant de partager.

⁹ En ce sens, V. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1057 et s. ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 23, 1982, n° 121 à 125.

¹⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n° 390.

est l'auteur de sa propre infraction¹, alors il semble exclu qu'il puisse être poursuivi s'il en est également la victime. Dans les deux cas, assimiler la victime consentante à un complice apparaît critiquable. De plus, le ministère public pourra rechigner à exercer les poursuites à l'encontre de la victime de l'infraction. Le consentement de la victime est en effet un élément dont le procureur peut tenir compte, voire dont la loi lui impose de tenir compte.

2) L'incidence légale exceptionnelle de l'acceptation postérieure de l'infraction par la victime sur la possibilité d'exercer les poursuites

200. Le faible nombre d'infractions dont la poursuite requiert une plainte préalable de la victime. Certaines infractions, quoique constituées, ne sauraient donner lieu à poursuites sans une plainte de la victime, ce qui a conduit à les qualifier de « délits privés »². Il s'agit d'une exigence d'autant plus importante que l'alinéa 3 de l'article 6 du Code de procédure pénale prévoit que, lorsqu'une plainte préalable est exigée, son retrait est une cause d'extinction de l'action publique. Tel est le cas des atteintes à la vie privée par recueil ou diffusion de l'image ou des paroles d'une personne³ incriminées aux articles 226-1 et 226-2 du Code pénal ou de la divulgation de données à caractère personnel à un tiers⁴. De même, le délit de chasse sur le terrain d'autrui⁵ ne peut être poursuivi que sur plainte du propriétaire du terrain⁶. Il est intéressant de constater que ces différentes infractions supposent le défaut de consentement de la victime, ce qui n'est pas le cas de l'injure et de la diffamation. Pourtant, ces dernières ne peuvent également être poursuivies que sur plainte de la victime⁷ ou demande de la personne intéressée⁸. Au regard du droit pénal substantiel, il ne semble pas que l'on puisse adjoindre à cette liste les hypothèses dans lesquelles une plainte préalable de l'administration est requise⁹. En effet, l'administration concernée n'est pas nécessairement la victime pénale substantielle de l'infraction¹⁰. Seront

¹ En ce sens, V. par ex. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 312 ; J. CARBONNIER, « Du sens de la réflexion applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », op. cit. ; J.-H. ROBERT, « Imputation et complicité », op. cit.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 8^e éd., 2012, n° 1414.

³ Art. 226-6 CP.

⁴ Art. 226-22 CP.

⁵ Art. L. 428-1 C. env.

⁶ Art. L. 428-33 C. env. Ce texte prévoit une exception lorsque la chasse a eu lieu sur un terrain clos attenant à une habitation ou sur une terre non encore dépouillée de ses fruits.

⁷ Art. 48 L. 29 juillet 1881.

⁸ Délibération du tribunal, de la cour ou du corps visé (L. 29 juillet 1881, art. 48, 1°), plainte du ministre dont relèvent les personnes visées fonctionnaires, dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public (Ibid., 3°), demande des autorités diplomatiques étrangères transmises au ministre française des affaires étrangères en cas d'offense d'un chef d'État étranger ou d'outrage envers un agent diplomatique étranger (Ibid., 5°).

⁹ Hypothèses sur lesquelles V. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1437.

¹⁰ Citons notamment la poursuite des fraudes fiscales, laquelle nécessite la plainte préalable de l'administration fiscale. Cette condition est ordinairement déduite de l'article 228 du Livre des procédures fiscales, lequel se contente pourtant de mentionner les conditions de recevabilité de cette plainte. Ceci explique probablement la solution retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 10 janvier 1994 (n° 93-80.353) mentionnant le fait que la Cour d'appel n'est pas tenue de relever d'office le moyen tenant à l'absence de plainte préalable de l'administration fiscale. Toujours est-il que la nécessité d'une plainte préalable est admise (V. par ex.

également exclues les hypothèses de plainte préalable à la poursuite des délits de moindre importance commis hors du territoire français¹. Cette exigence s'explique simplement par une volonté de respecter la prééminence de la loi pénale étrangère du lieu de commission de l'infraction en limitant l'application de la loi pénale française aux cas les plus graves. La catégorie des infractions dont la poursuite nécessite une plainte préalable est donc relativement restreinte. Elle n'est par ailleurs pas homogène puisque n'y figurent que certaines infractions supposant l'absence de consentement de la personne visée et que celles-ci y côtoient des infractions indifférentes au consentement de la victime.

201. La plainte préalable établissant rétrospectivement l'atteinte à la valeur sociale. En réalité, la pertinence de cette catégorie repose sur l'appréciation de l'atteinte à la valeur sociale protégée par les infractions en cause. Qu'il s'agisse de la vie privée ou de l'honneur, ce sont des valeurs sociales auxquelles l'atteinte est nécessairement subjective, donc relativement difficile à caractériser. La vie privée, traditionnellement rattachée au droit d'être laissé tranquille², emporte possibilité pour son titulaire une maîtrise de sa sphère personnelle dont il peut exclure les tiers³. Sans doute le simple constat du défaut de consentement préalable de la personne visée à l'enregistrement ou à la diffusion des données visées par le texte d'incrimination suffit-il à constituer l'infraction. Cependant, lorsque la personne visée, bien que n'ayant pas consenti à l'acte, l'accepte *a posteriori*, l'atteinte à la valeur protégée disparaît rétrospectivement et la répression pénale ne se justifie plus. Cela est encore plus patent s'agissant de l'honneur que protègent les incriminations d'injure et de diffamation. L'honneur est une considération éminemment personnelle et l'appréciation de la personne sur l'infraction dont elle est victime en dépend entièrement. Pour objectivement injurieux que soient certains termes, la vexation est toute entière dans l'esprit de celui à qui on les adresse. Qu'on le traite ainsi de « *maraud, faquin, butor de pied plat ridicule !* » et un gascon fameux se contentera de répondre « *Ab ?... Et moi, Cyrano-Savinien-Hercule de Bergerac* ». Mais que l'on mentionne, voire contemple son appendice nasal et il répondra par le soufflet et la rapière⁴. Quant à la diffamation, si l'imputation d'un fait peut être objectivement constatée, l'appréciation du caractère attentatoire à l'honneur ou à la considération est plus subjective. Et quand bien même serait-elle « objectivée », il n'en demeure pas moins que la personne peut traiter ces insinuations par le mépris. Tel Président de la République, accusé

M. BETCH, « Contentieux pénal – Procédure », *JurisClasseur Procédures fiscales*, fasc. 720, n° 1 ; B. THEVENET, « Fraude fiscale (Délit général) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 99) ainsi que la possibilité pour l'administration fiscale de se constituer partie civile (art. L. 232 LPF). Cela ne conduit néanmoins qu'à reconnaître le statut de victime pénale processuelle à l'administration fiscale. La valeur sociale à laquelle porte atteinte le fraudeur intéresse l'État (ou la collectivité territoriale concernée par l'impôt) dans son ensemble.

¹ Art. 113-8 CP.

² Ph. MALAURIE, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, coll. Droit civil, 6^e éd., 2012, n° 312.

³ A. LEPAGE, « Personnalité (Droits de la) », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 100. Plus globalement, l'auteur y effectue une présentation détaillée des prérogatives découlant de la titularité du droit au respect de la vie privée reconnu par l'article 9 du Code civil, aux numéros 96 et suivants.

⁴ E. ROSTAND, *Cyrano de Bergerac*, Acte I, Scène IV, Eugène Fasquelle, Éditeur, 1898, p. 38 et s.

d'avoir reçu des diamants d'un potentat africain, déclara ainsi préférer « *laisser les choses basses mourir de leur propre poison* »¹.

202. La limitation excessive des hypothèses de plainte préalable. Une telle conception pousse à s'interroger sur la cohérence de la catégorie identifiée. S'agissant des infractions retenues, on constate que le délit de chasse sur le terrain d'autrui y figure alors que l'atteinte à la propriété qu'il sanctionne ne saurait être effacée rétrospectivement par l'assentiment postérieur de la victime. La solution s'explique ici davantage par le faible trouble à l'ordre social², ce qui rapproche cette hypothèse de celles de la compétence territoriale en matière de délit. S'agissant des infractions écartées, l'absence des autres atteintes à la vie privée peut être remarquée. L'exclusion de la violation de domicile se peut comprendre. Cette infraction suppose en effet des « *manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte* »³, ce qui suppose une atteinte qu'une acceptation postérieure ne saurait exclure rétrospectivement. L'exclusion de l'usurpation d'identité⁴ et surtout de l'atteinte à la représentation de la personne⁵ est plus surprenante, étant donné que ces atteintes à la vie privée semblent pareillement être effacées lorsque la victime choisit d'en faire fi. Il est toutefois vrai qu'en pratique, une telle influence de la plainte de la victime se rencontre dans des hypothèses nettement plus nombreuses que les seules hypothèses légales précédemment évoquées. L'acceptation postérieure d'une infraction, quelle qu'elle soit, par la victime constitue bien souvent un obstacle pratique à la poursuite de celle-ci, quand bien même la loi ne le prévoirait pas.

B/ LES INCIDENCES PRATIQUES DE L'ACCEPTATION DE L'INFRACTION PAR LA VICTIME

203. Acceptation et découverte de l'infraction. Il ne suffit pas à l'infraction d'être constituée pour recevoir une sanction pénale. Il faut encore qu'elle soit portée à la connaissance des autorités susceptibles de déclencher les poursuites. Or, cette mise au jour des infractions résulte fréquemment en pratique de l'action des victimes. Comme le relève M. TRUCHE, « *[s]i elles choisissent de ne pas porter plainte contre un délinquant qu'elles sont seules à connaître, il est évident que celui-ci échappera à toute répression ; ce peut être le cas de violences familiales comme d'abus de confiance* »⁶. Les

¹ L'intervention de M. Giscard d'Estaing peut être consultée parmi les archives référencées sur le site internet de l'Institut National de l'Audiovisuel (INA) à l'adresse suivante : <http://mp4.ha.ina.fr/economie-et-societe/justice-et-faits-divers/video/I04132435/valery-giscard-d-estaing-il-faut-laisser-les-choses-basses-mourir-de-leur-propre-poison.fr.html>

² Dans le même sens, V. E. BONIS-GARÇON, « Plainte et dénonciation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 28.

³ Art. 226-4 CP.

⁴ Art. 226-4-1 CP.

⁵ Art. 226-8 CP.

⁶ P. TRUCHE, « Des bonnes et des mauvaises raisons d'échapper à la sanction pénale », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre COUVROT*, PUF, 2001, p. 449. La citation se trouve p. 451.

appropriations frauduleuses sont à l'évidence difficiles à détecter en l'absence de plainte de la victime, celle-ci étant le plus à même de s'apercevoir de la disparition du bien¹. Il peut en aller de même pour les atteintes légères à l'intégrité physique, lorsque la victime est à même de recouvrer la santé sans s'adresser au corps médical ou en lui présentant une explication anodine des faits. Si le consentement de la victime ne saurait en théorie exclure certaines qualifications infractionnelles, *a fortiori* lorsqu'il est donné *a posteriori*, il est en pratique certain que le système répressif ne saurait prendre connaissance de l'ensemble des infractions commises sans une dénonciation des faits. Ainsi, si l'influence du consentement de la victime est en principe inexistante en droit pénal substantiel, il n'en va pas de même de la procédure pénale. Autre illustration procédurale, la découverte de l'infraction par la victime constitue le point de départ du délai de prescription des infractions clandestines².

204. Acceptation de l'infraction et opportunité des poursuites. Quand bien même le zèle des forces de l'ordre aurait permis de porter l'infraction à la connaissance des autorités de poursuites, celles-ci peuvent encore refuser de poursuivre. Selon l'article 40-1 du Code de procédure pénale, le procureur de la République dispose du pouvoir d'opter pour une alternative aux poursuites, voire de classer les faits sans suite « *dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* ». En pratique, le fait que l'infraction ait été acceptée par la victime, postérieurement ou antérieurement à sa commission d'ailleurs, peut motiver le choix d'une alternative aux poursuites ou d'un classement sans suite pour deux raisons. La première tient au fait que le trouble à l'ordre public est plus limité. Dans une optique de gestion rationnelle de la masse des affaires à traiter par son Parquet, un procureur pourra être amené à donner la priorité aux infractions dont les victimes réclament la sanction. Le classement sans suite de l'infraction acceptée est d'autant plus aisé que c'est aux victimes que le procureur doit, aux termes de l'article 40-2 du Code de procédure pénale, présenter les raisons du classement. Si l'infraction est acceptée par la victime, la probabilité de voir celle-ci former auprès du procureur général le recours mentionné à l'article 40-3 du même Code est faible. La seconde raison pouvant motiver l'alternative aux poursuites ou le classement sans suite est probatoire. La charge de la preuve de l'infraction incombe à l'autorité de poursuite, qui pourra ressentir quelques difficultés à l'assumer en l'absence de concours de la victime. La parole d'un protagoniste de l'infraction est d'un certain poids, que ce soit au stade de l'enquête ou au stade du procès proprement dit. Si la victime accepte l'infraction, la preuve en sera plus difficile à rapporter, surtout si la victime pousse l'acceptation jusqu'à corroborer les dires de la personne poursuivie. Ces divers exemples illustrent

¹ Le problème se pose avec d'autant plus d'acuité lorsque la victime est une personne morale. Ainsi, la Cour de cassation a estimé qu'en cas d'abus de confiance commis avec l'assentiment de l'ensemble des associés, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à compter de la découverte de l'infraction par un tiers : Crim. 8 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 85, obs. J.-H. ROBERT.

² V. par ex. Crim. 13 mai 1991, n° 90-83.866 (abus de confiance).

le fait que l'influence de la victime se peut faire sentir dans l'ensemble de la matière pénale. L'étude ici conduite de l'influence de la victime en droit pénal substantiel ne vise aucunement à se substituer aux études de l'influence de la victime en procédure pénale, mais à s'y ajouter.

205. Acceptation de l'infraction et mesure de la peine. Enfin, quand bien même l'acceptation de l'infraction n'aurait empêché ni la découverte, ni la poursuite de l'infraction, ni la reconnaissance de la culpabilité de son auteur, cette acceptation produirait encore des effets au niveau de la fixation de la peine. L'article 132-24 du Code pénal invite la juridiction à tenir entre autre compte des circonstances de l'infraction pour déterminer la peine. À la différence d'autres droits pénaux, le droit pénal français ne prévoit pas que le consentement puisse avoir un autre effet que la disparition de l'infraction¹. Cela se comprend en raison de la disparition, dans les nouvelles dispositions du Code pénal issues de la réforme de 1992, des circonstances atténuantes légales². Le consentement de la victime apparaît désormais comme une « circonstance atténuante judiciaire » de l'infraction. En témoignent les peines prononcées dans des cas d'euthanasie. Au regard de la qualification applicable, qui serait celle de meurtre ou d'empoisonnement, aggravé par la préméditation (bien souvent) et par la particulière vulnérabilité de la victime (par hypothèse), l'agent encoure une peine de réclusion criminelle à perpétuité³. La « pureté des mobiles » de l'agent, laquelle suppose le consentement de la victime, conduit en pratique au prononcé de peines extrêmement clémentes, voire à des acquittements par les jurys d'assises⁴. Par ailleurs, la simple acceptation postérieure de l'infraction par la victime peut également être prise en compte, dans une moindre mesure car l'agent l'ayant ignorée au moment où il est passé à l'acte, elle ne saurait établir semblable grandeur d'âme. Quoi qu'il en soit, consentement et acceptation de l'infraction par la victime tiennent assurément un rôle pratique non négligeable, à l'opposé de leur indifférence théorique. Indifférence qui n'est d'ailleurs que relative, puisqu'elle dépend de la question de savoir si la personne visée par l'infraction a la disposition de la valeur sociale protégée par l'incrimination.

¹ V. par ex. l'article 114 du Code pénal suisse prévoyant une sanction modeste (peine privative de liberté de trois ans au plus et peine pécuniaire) en cas de meurtre sur demande de la victime commis avec un mobile honorable.

² Cette disparition n'est cependant pas totale. La loi « *Perben II* » du 9 mars 2004 (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* 10 mars 2004, p. 4567) a ainsi créé l'article 132-78 alinéa 2 du Code pénal prévoyant la possibilité d'une réduction de peine au bénéfice de l'auteur d'un crime ou d'un délit qui en aurait averti les autorités à temps pour permettre de faire cesser l'infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage et, le cas échéant, d'en identifier les auteurs ou complices. Un exemple en est donné par l'article 221-5-3 alinéa 2 du Code pénal qui ramène à vingt ans la peine de réclusion criminelle de l'auteur ou du complice d'un empoisonnement ayant dénoncé l'infraction suffisamment tôt pour prévenir la mort de la victime.

³ Art. 221-3 (assassinat), 221-4, 3° (meurtre sur une victime dont la particulière vulnérabilité, due à l'âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur) et 221-5 al. 3 CP (empoisonnement aggravé)

⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T 1, op. cit., n° 591 ; PH. SALVAGE, « Le consentement en matière pénale », op. cit., n° 15.

Conclusion du chapitre premier

206. Inexistence de l'infraction et inexistence de la victime. L'infraction est un acte sanctionné en raison de l'atteinte qu'il porte à une valeur sociale jugée essentielle. Loin de ne constituer qu'une justification d'ordre moral ou politique à l'élaboration de l'incrimination, cette référence aux valeurs sociales est porteuse de réelles implications de technique juridique. L'atteinte, concrète ou potentielle, à la valeur sociale constitue le résultat de l'infraction, ce qui exclut que l'infraction soit constituée en l'absence de valeur sociale à atteindre. Or, c'est précisément parce qu'elle est le support de la valeur sociale protégée par l'incrimination que la personne visée par l'infraction peut être qualifiée de victime pénale substantielle. En raison des liens qu'elle entretient avec la valeur sociale protégée, l'attitude de la personne visée par l'acte de l'agent peut conduire à exclure la qualification infractionnelle, soit que la valeur sociale ne soit plus atteinte, soit que son atteinte soit justifiée par la volonté de protéger une seconde valeur essentielle.

207. L'inexistence due à l'agression par la « victime ». Cela peut résulter d'un comportement agressif antérieur de la personne visée. Victime de l'agression, l'agressé se défend et c'est son agresseur qui se retrouve victime. Une telle situation matérialise un conflit entre deux valeurs sociales, celle dont est porteur l'agresseur et celle dont est porteur l'agressé. L'acte de défense de l'agent agressé peut alors être légitimé lorsqu'il obéit aux critères garantissant qu'il apporte une solution satisfaisante aux conflits de droits. À défaut de respecter ces critères, ce sont deux agressions pénalement répréhensibles auxquelles sera confronté le juge. La victime de la première agression ne puisant dans l'infraction aucun droit à la vengeance, sa rétorsion l'exposera aux foudres de la sanction pénale.

208. L'inexistence due au consentement de la « victime ». Tout comme n'échappera pas à la sanction celui qui aura commis une infraction avec le consentement de la victime. Le fait que la victime soit le support de la valeur protégée ne lui en donne pas *de facto* la libre disposition. Certes, le consentement de la personne visée, lorsqu'il porte sur la valeur protégée par l'incrimination et que celle-ci est disponible, exclut la qualification infractionnelle. Mais avec elle, c'est la qualification de victime qui disparaît également. Si le consentement de la personne visée est donc parfois pénalement effectif, ce n'est qu'exceptionnellement le cas du consentement de la victime qui agit alors comme un obstacle à l'exercice des poursuites. Consentement et acceptation de l'infraction par la victime n'exercent qu'une influence pratique et informelle, car ils ne remettent pas en cause l'atteinte à la valeur sociale que réalise l'infraction. Une fois établie qu'un comportement porte atteinte à une valeur sociale, il est essentiel de déterminer la nature de cette valeur car la nature de l'infraction correspondante en dépend irrémédiablement.

Chapitre second

La qualité de la victime indiquant la nature de la valeur protégée

209. Les rapports de la victime et de la valeur sociale protégée. La victime étant le support de la valeur sociale préservée par l'incrimination, elle constitue un critère permettant d'identifier la nature et la gravité de l'infraction correspondante. Cette appréciation est également subjective, dans la mesure où ce qui importe, au stade de la commission de l'infraction, est l'identification de la valeur sociale à laquelle l'agent a cherché à porter atteinte, ce que révélera le choix de sa victime. Deux hypothèses se rencontrent alors en droit positif. Dans la première, victime et valeur sociale sont intimement corrélées, ce qui correspond aux hypothèses dans lesquelles la valeur sociale préservée par l'incrimination est un attribut personnel de la victime. Celle-ci dépasse alors le statut de simple support de la valeur sociale car cette dernière lui est consubstantielle. En d'autres termes, la valeur sociale correspond à un intérêt de la victime. La valeur sociale protégée peut alors être qualifiée d'intérêt pénalement protégé. En conséquence, l'incrimination protège tout autant la valeur sociale que la victime dans laquelle elle s'incarne (**Section première**). Dans la seconde hypothèse en revanche, la victime est simplement le support d'une valeur qui la dépasse. Cette valeur est protégée par le biais de la victime, qui ne constitue qu'un vecteur de cette valeur sociale derrière laquelle elle s'efface (**Section seconde**).

Section première

L'intérêt pénalement protégé ou la valeur sociale protégée incarnée par la victime

210. La nécessaire détermination des victimes du droit pénal. Lorsque la valeur sociale est incarnée par la victime, c'est qu'elle lui est consubstantielle. Autrement dit, il se trouve une entité dont l'un des attributs est nécessaire à sa préservation. L'entité ne saurait survivre sans l'attribut concerné. Or, cette entité étant jugée digne de protection sociale, le législateur confère à cet attribut le rang de valeur sociale en incriminant l'atteinte qui peut lui être portée. Cette entité accède alors au statut de victime pénale, puisqu'elle bénéficie d'une protection pénale propre, c'est-à-dire que c'est afin de la protéger que sont sanctionnées les atteintes à ses attributs. La valeur sociale préservée par l'incrimination correspond à un intérêt de l'entité considérée. Le statut de victime suppose donc que l'entité considérée se voit reconnaître une importance sociale

particulière, justifiant que ses intérêts accèdent au rang de valeur sociale. Déterminer les valeurs sociales incarnées par une victime nécessite de déterminer précisément quelles sont les entités pouvant se voir reconnaître ce statut. L'étude des textes permet de constater que le droit pénal s'inspire ici de cette *Summa divisio* du droit français qu'est la distinction entre les personnes et les choses¹. Le bénéfice d'une telle protection pénale est ainsi reconnu de façon générale à la personne juridique (I) et de façon spécifique aux choses (II).

I – LA PERSONNE JURIDIQUE COMME VICTIME GÉNÉRIQUE

211. L'« autrui », victime générique du droit pénal. Si le Code pénal était un roman, il est indéniable qu'« autrui » compterait parmi ses principaux personnages. Ce terme, figurant dans plus d'une centaine d'articles du Code, constitue le vocable générique de désignation de la victime en droit pénal français. Cet « autrui » n'y est pourtant jamais défini explicitement. Au regard de l'intitulé du Titre deux du Livre deuxième du Code pénal, il serait tentant d'affirmer qu'« autrui » constitue une référence à la personne humaine. Une telle analyse conforterait l'idée assez évidente selon laquelle le Code pénal assure une protection bien plus étendue aux êtres humains qu'aux personnes morales. On aurait cependant bien tort de réduire la notion d'« autrui » à la personne physique car l'étude des textes et de la jurisprudence confirme que ce terme désigne plus généralement la personne juridique. Il y a là une très frappante illustration du fait que le droit pénal n'est pas construit par référence à la victime, mais par référence à l'auteur de l'infraction. Personnes physiques et morales rentrant pareillement dans la catégorie des victimes génériques, la distinction entre elles s'opère par le biais de la sélection des comportements incriminés (A), ce qui explique la protection plus importante accordée à la personne physique (B).

A/ LA PROTECTION PÉNALE RESTREINTE DE LA PERSONNE MORALE MALGRÉ SON ASSIMILATION À « AUTRUI »

212. Une victime générique matériellement moins protégée. L'assimilation de la personne morale à « autrui » au sens du Code pénal ne va pas de soi. Admettre cette assimilation conduit à reconnaître l'existence d'une très grande variété d'infractions dont la personne morale est susceptible d'être victime. Pourtant, nul ne songerait par exemple à considérer qu'une personne morale puisse être victime d'un homicide volontaire, défini comme « *le fait de donner volontairement*

¹ Sur laquelle V. notamment R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996 ; A. DAVID, *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction entre les personnes et les choses*, thèse, Paris, PUF, 1955 ; C. GRZEGORZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Le sujet de droit - Archives de Philosophie du Droit*, tome 34, 1989, p. 9.

la mort à autrui »¹. S'il en est ainsi, ce n'est cependant pas en raison du fait que la personne morale serait exclue de la catégorie des victimes génériques, mais bien parce que l'incrimination sanctionne un comportement qui ne peut matériellement pas être commis envers une personne morale. Si l'analyse du droit pénal conduit à inclure la personne morale dans la catégorie des victimes génériques (1), elle permet ensuite de constater que le législateur a matériellement limité la liste des infractions dont elle peut être victime (2).

1) La personne morale comme « autrui » au sens du Code pénal

213. Deux arguments conduisent à admettre cette assimilation. Le premier d'entre eux est d'ordre étymologique (a), tandis que le second relève de la logique (b).

a) L'argument étymologique

214. L'« autrui » comme *alter ego* de l'auteur de l'infraction. Le terme « autrui » est issu d'« *alterui* », datif du terme latin « *alter* » signifiant l'autre, le différent². « Autrui » désigne ainsi « *l'autre, le prochain par rapport à soi* »³, autrement dit l'*alter ego*, celui qui diffère tout en appartenant à la même catégorie. « Autrui » entretient une identité de nature avec le sujet, mais sans se confondre avec lui. Dans le Code pénal, ce sujet est l'auteur de l'infraction. « Autrui » est donc l'*alter ego* de l'auteur, celui qui n'est pas l'auteur mais appartient à la même catégorie que lui. Or, en droit pénal français, l'auteur de l'infraction peut s'entendre d'une personne morale à l'exclusion de l'État⁴, et ce quelle que soit l'infraction en cause, depuis la loi dite Perben II du 9 mars 2004⁵. En conséquence, « autrui » doit également s'entendre d'une personne physique ou d'une personne morale. L'argument n'est cependant pas entièrement probant car il échoue à justifier que l'État puisse également être victime de certaines infractions⁶. Ne constituant qu'un indice d'identification de la personne morale à « autrui », l'argument étymologique doit être complété par le recours à la logique.

¹ Art. 221-1 CP.

² *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la direction d'A. REY, éd. Le Robert, 2004.

³ *Dictionnaire Le Petit Larousse illustré*, éd. Larousse, 2011.

⁴ Art. 121-2 CP.

⁵ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4567. Sur l'extension de cette responsabilité, V. E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 1072 et s.

⁶ Contrairement à ce que pourrait laisser supposer l'intitulé du Livre IV du Code pénal, les infractions dont l'État peut être la victime pénale substantielle sont essentiellement les atteintes aux biens contenues dans le Livre III du Code. En tant que personne morale, l'État bénéficie d'un patrimoine et les atteintes aux biens qui le composent sont pénalement incriminées. Pour le reste, l'État peut parfaitement être considéré comme la victime pénale substantielle des infractions du Livre IV du Code pénal, dès lors que la valeur sociale préservée est incarnée par l'État dans sa globalité. Cette question n'emporte cependant pas de réelles conséquences pratiques, étant donné la distinction entre les notions substantielle et processuelle de victime pénale et l'absence en la matière de règle substantielle concernant la victime.

b) L'argument logique

215. La nécessaire cohérence générale du Code dans la définition d'« autrui ». Un même terme ne saurait avoir différentes définitions selon la place qu'il occupe au sein du Code. Il faut donc en déduire que le terme « autrui » revêt la même signification dans les différents livres du Code pénal. Or, il est indéniablement reconnu que la personne morale puisse être victime des infractions contre les biens prévues au livre III du Code. La personne morale dispose d'un patrimoine autonome¹. Elle est par conséquent protégée contre les atteintes à son patrimoine telles que le vol, la destruction de biens, etc. Le groupement est même protégé contre ses propres membres par le biais des infractions d'abus de biens sociaux² et d'abus de confiance³. Dans les deux cas, la personne morale est bien victime de l'infraction. Ainsi, dans le cas de l'abus de biens sociaux, la Cour de cassation affirme clairement que l'infraction cause à la société « *un préjudice direct et personnel* »⁴, alors que le préjudice subi par les associés n'est qu'indirect⁵. « Autrui » renvoie donc tout autant à la personne morale qu'à la personne physique. Le Livre II du Code pénal ne mentionne d'ailleurs que la personne, sans opérer de distinctions entre elles. Il pourrait être objecté que les titres Ier et II du Livre II évoquent explicitement l'espèce humaine et la personne humaine, mais l'argument ne paraît pas décisif.

216. L'indifférence des intitulés de titre du Livre II : la référence légale à la personne morale victime de discrimination. Le deuxième titre du Livre II est dénommé « *Des atteintes à la personne humaine* », ce dont il serait tentant de déduire que les incriminations qu'il contient ne visent à protéger que les seules personnes physiques. Une telle analyse méconnaîtrait cependant le fait que certaines de ces incriminations ont été étendues à la personne morale, aussi bien par la jurisprudence que par le législateur lui-même. Ainsi, la loi prévoit explicitement que la personne morale puisse être victime de discrimination, ce dont témoigne le second alinéa de l'article 225-1 du Code pénal. Si le critère de distinction vise les membres de la personne morale⁶, il est

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Coll. Quadrige, 2004, n° 369.

² Lorsque les faits sont commis par le gérant ou le dirigeant de la personne morale : Art. L. 241-3, 4° C. com. pour les sociétés à responsabilité limitée ; art. L. 242-6, 3° C. com. pour les sociétés anonymes ; art. L. 243-1 C. com. pour les sociétés en commandite par actions et art. L. 244-1 C. com. pour les sociétés par actions simplifiées.

³ Art. 314-1 CP, lorsque les faits sont commis par un employé indélicat.

⁴ Crim., 16 décembre 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 646, note B. BOULOC, *Dr. pén.* 1999, comm. 84, obs. J.-H. ROBERT. La société peut donc en demander réparation. Ses actionnaires peuvent exercer, en son nom, l'action *ut singuli*, prévue par l'article L. 225-252 du code de commerce afin de contourner l'éventuelle inaction des dirigeants sociaux qui, lorsqu'ils sont auteurs de l'infraction, ne sont pas spécialement enclins à exercer l'action civile au nom de leur victime. V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Abus de biens sociaux et banqueroute*, éd. Joly, 2010, n° 229-230.

⁵ Crim., 13 décembre 2000, *Bull. crim.* n° 373 ; *Rev. sociétés* 2001, p. 394, note B. BOULOC ; *Dr. pén.* 2001, comm. 47, obs. J.-H. ROBERT, *RTD Com.* 2001, p. 532, obs. B. BOULOC. Cette position, bien que critiquée par la doctrine (V. les observations de J.-H. ROBERT, la note et les observations de B. BOULOC précitées. V. également J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Abus de biens sociaux et banqueroute*, op. cit., n° 242), demeure constante. V. par ex. Crim., 20 juin 2007, *Dr. sociétés* 2007, comm. 204, obs. R. SALOMON. Ces critiques portant sur la possibilité pour les associés d'exercer l'action civile, nous ne les développerons pas ici.

⁶ L'article sanctionne en effet la distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques

cependant clair que la victime de l'infraction est ici la personne morale considérée dans son ensemble. L'article 225-2 du Code pénal fait ainsi mention de la discrimination « *commise à l'encontre d'une personne physique ou morale* ».

217. L'indifférence des intitulés de titre du Livre II : la référence prétorienne à la personne morale victime de violation de domicile. L'incrimination de violation de domicile ne contient quant à elle aucune référence à la personne morale. Les civilistes enseignent cependant que celle-ci possède un domicile¹. Aussi la Chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle admis dans un arrêt du 23 mai 1995 que le domicile d'une personne morale pouvait être protégé au même titre que celui d'une personne physique². La Cour européenne des droits de l'homme a quant à elle affirmé que les droits garantis à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales incluaient « *pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels* »³. Si cette affirmation concernait un cas de perquisition effectué sans l'assentiment des dirigeants sociaux, elle peut aisément être extrapolée de ce cadre procédural pour être appliquée au droit pénal. Si la personne morale bénéficie d'un domicile, il semble normal qu'il incombe aux incriminations pénales d'en assurer la protection. Les deux exemples précédents illustrent les conditions auxquelles s'opère l'extension d'une incrimination aux personnes morales : celle-ci suppose simplement que le comportement incriminé puisse être commis à l'encontre d'une personne morale.

2) La limitation matérielle des infractions susceptibles de viser une personne morale

218. La protection de la personnalité juridique et nature de la personnalité morale. La personne morale est un groupement de personnes, ou de biens⁴, qui, par le biais de la personnalité morale, accède à la catégorie des sujets de droit. À ce titre, elle semble mériter une protection par le droit pénal. Il s'agit cependant d'un sujet de droit bien particulier, dont la personnalité repose sur des fondements mal définis⁵. Selon la définition classique, la personne

génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., n° 371.

² Crim., 23 mai 1995, *Bull. crim.* n° 193, *Rev. sociétés* 1996, p. 109, note B. BOULOC. Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il a approuvé la sanction de l'intrusion de deux journalistes dans un centre d'essai d'un grand groupe automobile et non à son siège social. Par conséquent, la notion de domicile de la personne morale, au sens du droit pénal, est plus large que celle du domicile civil entendu comme le lieu de son principal établissement.

On retrouve ici la même manifestation de l'autonomie du droit pénal qu'en ce qui concerne les personnes physiques. Le domicile au sens du droit pénal s'entend de « tout lieu où la personne a le droit de se dire chez elle ». V. M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey université, 14^e éd., 2012, n° 272-1 ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 392.

³ CEDH, 16 avril 2002, n° 37971/97, *Sté Colas Est et autres c/ France*, D. 2003, p. 1541, obs. A. LEPAGE.

⁴ Tels que les fondations ou les sociétés unipersonnelles, V. J. CARBONNIER, *Droit civil...*, op. cit., n° 353 ; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. Personnalité – Incapacité – Protection*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2012, n° 248 et 249.

⁵ Deux séries de thèses se sont opposées sur la question. Les thèses de la fiction postulent que la personnalité morale est une fiction juridique à laquelle le législateur est libre de recourir pour protéger tel ou tel groupement. Sur ces

morale est un « *groupement doté, sous certaines conditions d'une personnalité juridique plus ou moins complète* »¹. Or, puisque le terme « autrui » désigne la personne juridique, il est tentant d'en déduire que ce sont les attributs de la personnalité juridique que les incriminations visent à préserver. Plus précisément, il s'agirait de relever ici que droit pénal et droit civil œuvrent à la protection de la même valeur sociale, le droit civil en l'érigeant en attribut de la personnalité juridique, le droit pénal en sanctionnant l'atteinte qui lui serait portée². À ce titre, la répression des atteintes subies par la personne morale serait même imposée par le principe d'égalité devant la loi pénale, pour autant que le comportement incriminé puisse être commis à son encontre. Tel est le cas dès lors que ce comportement constitue une atteinte à une valeur sociale dont une personne morale peut être le support, c'est-à-dire à l'un des attributs de la personnalité juridique dont elle est dotée (a). Une telle appréciation exclue qu'une personne morale puisse être victime des atteintes physiques (b).

a) La protection des attributs de la personnalité juridique reconnus à la personne morale

219. La protection contre certaines atteintes patrimoniales et extrapatrimoniales. La personne morale a ainsi vocation à bénéficier de la protection des éléments de la personnalité juridique qui lui sont reconnus. Elle est donc à l'évidence protégée contre les atteintes patrimoniales, car il n'est pas douteux qu'elle ait un patrimoine³. La question est plus délicate s'agissant des atteintes extrapatrimoniales. Les personnes morales ayant un domicile, elles peuvent être victime de l'infraction définie à l'article 226-4 du Code pénal⁴. Les discriminations sont également concevables à leur encontre, étant donné qu'elles ont une nationalité. De plus, la personne morale se définissant comme un groupement, notamment de personnes, les personnes

thèses (et leur réfutation), V. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 3^e éd. mise à jour par L. TROTABAS, 1932, n° 6 et s. ; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse, Nancy, 1949, p. 31 et les ouvrages généraux cités précédemment. Les partisans des thèses adverses considèrent la personnalité juridique de certains groupements comme une réalité qui s'impose tant au législateur qu'au juge et aux acteurs sociaux. Sur ces thèses, V. L. MICHOU, *thèse préc.*, n° 16 et s. ; P. COULOMBEL, *thèse préc.*, p. 31 et s., ainsi que les ouvrages généraux cités précédemment. L'étude du droit actuel semble conduire à adopter une thèse médiane. La Cour de cassation a été amenée à valider la thèse de la réalité de MICHOU en retenant les deux critères énoncés dans sa thèse : l'existence d'un intérêt collectif distinct des intérêts individuels de ses membres (thèse préc., n° 53) et une organisation capable de dégager et défendre cette volonté collective (thèse préc., n° 54) : V. Req., 23 février 1891 et Civ. 2^e sect. Civ., 28 janvier 1954 ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 18-19. Cependant, le législateur intervient parfois expressément pour admettre ou refuser la personnalité morale à un groupement ou un type de groupements particulier. Par conséquent, la doctrine considère ordinairement que le droit positif se range à la théorie de la réalité en l'aménageant dans le but de poser des limites à la personnalité morale. V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., n° 380 ; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil*, op. cit., n° 258 ; V. également J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 705, pour une position plus tranchée réservant entièrement l'attribution de la personnalité morale au législateur. La finalité de la personnalité morale serait alors d'assurer l'autonomie juridique de l'activité menée par le groupement.

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée « personne morale ».

² Sur l'autonomie du droit pénal et ses rapports avec les autres branches du droit, cf. *infra*, n° 472 et s.

³ Cf. *supra*, n° 215.

⁴ Cf. *supra*, n° 217.

physiques peuvent en être des éléments constitutifs. Les personnes morales peuvent alors faire l'objet d'une discrimination indirecte, reposant sur les caractéristiques de leurs éléments constitutifs¹. Les personnes morales ont également un honneur propre² dont est admise depuis longtemps la protection contre les diffamations³, l'article 29 alinéa 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 visant « l'honneur ou la considération de la personne ou du corps ». Cependant, comme l'écrivait M. LEVASSEUR, « *l'honneur et la réputation d'un tel sujet de droit peuvent être plus difficile à cerner que ceux d'une personne physique* »⁴. L'honneur de la personne morale étant distinct de celui de ses membres, il importe d'établir que la personne morale est personnellement visée par les allégations considérées. Dans certains cas, la diffamation vise à la fois le dirigeant de la personne morale et la personne morale elle-même⁵.

220. L'essor possible de la protection de la personne morale. Par ailleurs, il existe certaines incriminations qui ne sauraient être commises à l'encontre de personnes physiques, mais dont certaines personnes morales sont considérées comme les victimes par la jurisprudence. Les personnes morales concernées sont essentiellement les associations, lesquelles, à la différence des personnes physiques, n'existent qu'en vue de remplir un but déterminé⁶. En raison de cette particularité, il est possible de considérer que les infractions portant atteinte à la réalisation de cet objectif constituent des atteintes à une valeur sociale supportée par ces personnes morales. L'association pourrait ainsi être considérée comme la victime pénale substantielle de l'infraction considérée. Cette conception semble partagée par la Cour de cassation qui tend à accepter de plus en plus largement la constitution de partie civile de certaines associations sans qu'elles y aient été habilitées par la loi⁷. Ces décisions, quelquefois justifiées par la reconnaissance d'un préjudice moral subi par la personne morale⁸, pourraient contribuer à développer sensiblement le rôle pénal des personnes morales. La poursuite de nombre d'infractions d'intérêt général pourrait ainsi être indirectement déclenchée par certaines associations. La reconnaissance du préjudice écologique par l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 25 septembre 2012⁹ devrait contribuer à ce processus en matière de droit pénal de l'environnement. Il est vrai que cette évolution n'empêche que des conséquences procédurales, ce qui devrait conduire à l'écartier du

¹ Cf. *supra*, n° 216.

² J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., n° 371.

³ V. par ex. Crim., 12 octobre 1976, *Bull. crim.* n° 287, *Rev. sc. crim.* 1977, chron. 587, obs. G. LEVASSEUR.

⁴ G. LEVASSEUR, obs. préc.

⁵ V. Crim. 19 décembre 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 56, obs. M. VERON pour le caractère diffamatoire de propos présentant une personne morale comme bénéficiaire d'agissements frauduleux commis par ses dirigeants.

⁶ Art. 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative à la liberté d'association.

⁷ V. par ex. Crim. 12 septembre 2006, *Bull. crim.* n° 217 ; Crim. 9 novembre 2010, *D.* 2010, p. 2707, obs. S. LAVRIC ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 858, obs. X. SALVAT, Crim. 23 avril 2013, *AJ Pénal* 2013, p. 474, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE. V. également Civ. 3^e 8 juin 2011, *RTD Civ.* 2011, p. 765, note P. JOURDAIN.

⁸ Sur ce point, V. V. WESTER-OUISSE, « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP G* 2003, I, 145 ; P. JOURDAIN, « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », note ss Crim. 25 septembre 2012, *RTD Civ.* 2013, p. 119.

⁹ Crim. 25 septembre 2012, *Bull. crim.* n° 198 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 110, note J.-H. ROBERT ; *RTD Civ.* 2013, p. 119, note P. JOURDAIN.

champ de cette étude. Cependant, si les conséquences de cette évolution se limitent pour l'heure à la possibilité d'exercer l'action civile, il n'est pas exclu qu'elle puisse conduire à terme à entraîner des conséquences au regard du droit pénal substantiel.

221. La protection limitée de la personne morale. À l'inverse, certaines incriminations ne concernent toujours que les personnes physiques et ne semblent pas transposables aux personnes morales, étant donné que la personnalité juridique qui leur est reconnue n'est pas aussi complète que celle dont bénéficient les personnes physiques. M. CARBONNIER note par exemple que la notion de vie privée, telle qu'elle est prévue par l'article 9 du Code civil, « *perd de sa richesse psychologique lorsqu'elle est appliquée à une personne morale* »¹. Au plan pénal, il est indéniable que les infractions d'atteinte à la vie privée par captation, enregistrement ou transmission de l'image ou des paroles d'une personne² ne visent que les personnes physiques. C'est cette même analyse qui conduit à exclure que la personne puisse être victime d'atteintes physiques.

b) Le refus de protection de la personne morale contre les atteintes physiques

222. L'inapplicabilité de principe. La personne morale est autrui et rien ne s'oppose, dans l'absolu, à ce qu'elle puisse être victime de toutes les infractions du Code pénal dont la victime est ainsi désignée. La raison pour laquelle il n'en est rien tient simplement au fait que nombre d'infractions sont constituées par un élément matériel qu'il est impossible de commettre à l'encontre d'une personne morale. Ainsi, c'est à l'évidence par souci de pédagogie, afin d'accentuer la ressemblance avec les personnes physiques, que l'on parle de vie et de mort des personnes morales. Celles-ci n'ont aucune réalité biologique, tout au plus une existence juridique³. Il est donc impossible de commettre à leur encontre un homicide⁴ ou une violence parce qu'il est impossible de causer la mort d'une personne morale, de l'amputer, la mutiler ou lui occasionner des blessures. On pourrait imaginer bien d'autres exemples, allant du viol⁵ à la provocation au suicide⁶ en passant par le harcèlement moral⁷. On peut néanmoins s'interroger sur le point de

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., n° 371.

² Art. 226-1 et 226-2 CP. V. cependant J.-CH. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. pén.* 2011, étude 20 émettant l'hypothèse qu'un enregistrement de discussions portant sur des informations d'entreprises confidentielles serait constitutif d'une atteinte à la vie privée de la personne morale. L'auteur justifie cette possibilité par analogie avec la solution jurisprudentielle concernant l'image d'un juré dans la salle de délibération, qui serait confidentielle alors qu'elle n'est pas intime pour autant (Crim. 16 février 2010, *Bull. crim.* n° 25). Cette analyse est discutable car, au vu des textes, la victime pénale substantielle est la personne qui tient les propos ou dont on fixe l'image (elle est celle dont le défaut de consentement est nécessaire à la constitution de l'infraction). Il est en revanche possible de considérer que la personne morale est une victime pénale procédurale d'une telle infraction.

³ Cf. *supra*, n° 218.

⁴ Le terme « homicide » provient d'ailleurs du latin *homo* signifiant homme et *caedere* signifiant tuer (A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaire Le Robert, 2004). Étymologiquement, il évoque déjà une atteinte mortelle aux seuls êtres humains.

⁵ Art. 222-23 et s. CP.

⁶ Art. 223-13 et s. CP.

⁷ Art. 222-33-2 CP.

savoir s'il ne serait pas pertinent d'aller au-delà de cet état du droit afin de considérer que les personnes morales puissent être victimes des atteintes physiques à leurs membres.

223. La position du problème des atteintes par ricochet. Le terme de « personne physique » l'indique clairement : la personne humaine est entre autre caractérisée par sa réalité physique. Elle est délimitée par son corps. M. VERNY a ainsi pu écrire que le corps « révèle la personne », il permet donc de la cerner et de l'identifier¹. Par conséquent, une atteinte au corps de la personne constitue évidemment une atteinte à cette personne, tant il paraît impossible de dissocier les deux. Le cas de la personne morale est plus complexe. Puisqu'elle est un groupement, il faut se demander dans quelle mesure une atteinte aux éléments de ce groupement peut constituer une atteinte à l'ensemble qu'ils constituent. On pourrait considérer que l'atteinte à certains membres de la personne morale portant également atteinte à l'intérêt collectif² ou à l'activité menée³, porterait donc atteinte à ce qui fonde la personnalité morale du groupement considéré. La question se pose avec d'autant plus d'acuité lorsque c'est le groupe lui-même qui est visé à travers ses membres. Il faut d'ailleurs souligner que l'atteinte portée à certains membres d'une personne morale peut avoir un impact considérable sur l'ensemble de la personne morale, « les groupements n'ayant activité [...] que par l'intermédiaire des personnes physiques intervenant pour leur compte »⁴. Les exemples les plus topiques sont ici ceux de la société en nom collectif et de la société en commandite simple. À moins qu'il n'en ait été disposé autrement dans le contrat de société, le décès d'un associé d'une société en nom collectif ou d'un commandité d'une société en commandite simple entraînera la dissolution de la personne morale⁵. Au-delà de ces hypothèses extrêmes, il demeure pour toutes les personnes morales, tant de droit privé que de droit public, que l'atteinte portée à certains de leurs membres peut avoir pour elles de néfastes conséquences. Pour autant, la jurisprudence civile n'accorde réparation de ces conséquences que dans de très rares cas⁶. Il ne semble pas que le droit pénal doive de son côté sanctionner cet auteur au-delà de la sanction déjà attachée à l'atteinte à une personne physique et donc considérer la personne morale comme une victime pénale substantielle⁷ à part entière de l'infraction, à côté de la victime pénale personne physique.

¹ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2002, n° 82

² Selon le critère de MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., n° 53.

³ Selon le critère de M. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », op. cit.

⁴ Y. MAYAUD, obs. sous Crim., 20 juin 2006, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 825.

⁵ Art. L. 221-15 C. com. pour la société en nom collectif ; art. L. 222-10 C. com. pour la société en commandite simple.

⁶ PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 225. V. par ex. Com., 12 juillet 1961, *Bull. civ. IV*, n° 330 approuvant la cour d'appel d'avoir refusé une indemnisation aux associés survivants d'une société en nom collectif du fait du décès d'un associé, ceux-ci n'ayant pas suffisamment établi en quoi le décès de leur associé leur causait un préjudice direct et certain.

⁷ Cf. *supra*, n° 4 et s. sur la différence entre la notion de victime pénale substantielle et celle de partie civile.

224. Le refus de l'aggravation par le droit. Considérer la personne morale comme une victime de l'atteinte portée à l'un de ces membres conduirait à élever la gravité de l'acte de l'agent puisque l'on considèrerait qu'il aurait porté atteinte à deux valeurs sociales au lieu d'une. La trace d'un semblable raisonnement pourrait être trouvée dans l'incrimination de l'attentat, défini comme « *le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou porter atteinte à l'intégrité du territoire national* »¹. De même, l'appartenance de la victime à une personne morale de droit public peut conduire à la considérer comme un acteur social particulièrement exposé². En dehors de ces cas, le fait qu'une infraction dirigée contre une personne physique ait pu nuire à une personne morale, notamment de droit privé, n'est pas pris en compte par le droit pénal. Cette position s'explique et mérite d'être approuvée pour plusieurs raisons.

225. Une aggravation nécessitant la prise en compte d'un dol spécial. Aggraver la répression des atteintes aux membres d'un groupement doté de la personnalité morale pourrait se faire, soit de façon automatique, soit en considération de la connaissance qu'avait l'agent de l'appartenance de la victime à une personne morale, soit en considération de la volonté qu'avait l'agent d'attenter au groupement par le truchement de ses membres. Dans le premier cas, le droit pénal accorderait une protection plus importante à ces personnes du seul fait de leur appartenance à une personne morale, ce qui constituerait à l'évidence une rupture injustifiée du principe d'égalité entre les citoyens³. De plus, cela conduirait à incriminer de façon générale l'atteinte à une personne morale, qu'elle ait été recherchée par l'agent ou pas. Cela reviendrait à placer la personne morale dans une situation privilégiée par rapport à la personne physique, ce que l'on ne saurait approuver. La seule solution consisterait donc à prendre en compte un dol spécial, sur le modèle de la répression des atteintes aux acteurs particulièrement protégés, en exigeant que l'agent ait eu la volonté, ou au moins conscience de porter atteinte de façon indirecte à une personne morale⁴. Pourtant, une telle solution suscite des difficultés qui conduisent à approuver le fait qu'elle n'ait pas été retenue.

226. La difficulté criminologique du dol spécial. Aggraver la répression d'une infraction en considération d'un dol spécial de l'agent revient à considérer que ce dol spécial témoigne d'une hostilité supérieure de l'agent aux valeurs sociales et donc d'une dangerosité accrue de sa part⁵. Par conséquent, aggraver la répression des atteintes volontaires à la personne humaine lorsque celles-ci auraient également (ou principalement) visé une personne morale revient à considérer que leur auteur contrevient davantage à l'ordre social que celui qui ne visait que la personne

¹ Art. 412-1 CP sur laquelle cf. *infra*, n° 290.

² Cf. *infra* n° 269 et s. et n° 570 et s.

³ Affirmé à l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

⁴ Cf. *infra*, n° 408 et s.

⁵ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 323.

physique. Si cela se conçoit lorsque l'agent visait un acteur social particulièrement protégé¹, l'argument ne tient plus lorsque le groupement indirectement atteint est une personne morale de droit privé « pur »². Celui qui assassine le dirigeant d'une société commerciale avec laquelle il est en concurrence, de façon à favoriser sa propre société ne semble pas plus dangereux que celui qui assassine son oncle afin d'en hériter. L'appât du gain apparaît ici comme le mobile commun aux deux agents. Or, le mobile n'a en principe pas à être pris en considération par le droit pénal. De plus, la qualité d'acteur social particulièrement protégé emporte l'aggravation de peine la moins élevée possible³. En conséquence, il est impossible d'aggraver de façon moindre les atteintes aux membres des personnes morales, sauf à rehausser les peines prévues pour les atteintes aux acteurs particulièrement exposés. Admettre une répression aggravée par le biais d'un dol spécial viendrait donc perturber la hiérarchie des valeurs que le droit pénal a pour mission d'exprimer⁴. Quand bien même l'aggravation de l'atteinte portée en connaissance de cause à une personne appartenant à une personne morale serait consacrée, elle entraînerait certaines difficultés probatoires.

227. Les difficultés probatoires du dol spécial. Il serait malaisé de prouver l'élément intentionnel des infractions aggravées considérées. À moins de consacrer une répression objective des atteintes aux personnes morales, c'est-à-dire fondée sur le seul fait qu'une personne morale ait été atteinte par une infraction, il faudra que soit rapportée la preuve de la connaissance par l'agent du lien unissant sa victime à une personne morale. Les atteintes aux acteurs sociaux particulièrement exposés exigent ainsi que l'agent ait eu connaissance de la qualité de la victime⁵. Une telle connaissance serait beaucoup plus délicate à établir s'agissant des personnes morales de droit privé. Il faudrait prouver le lien de la victime avec la personne morale, ce qui n'est pas toujours évident⁶, mais surtout, il faudrait prouver que l'atteinte à cette personne physique a eu, ou aurait pu avoir, un certain retentissement sur la personne morale et que l'agent en avait conscience (voire qu'il avait recherché cet impact). Toutes ces raisons conduisent à approuver le fait que les personnes morales ne puissent être considérées comme victimes pénales, au sens de la

¹ Cf. *infra*, n° 270 et s.

² En excluant donc les cas dans lesquels une personne morale de droit privé aurait pu être chargée d'un service public.

³ Pour, par exemple, les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail de plus de huit jours, la peine passe ainsi de trois à cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 à 75 000 € d'amende (art. 222-11 et 222-12 CP).

⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 50 ; L. NEGRIER-DORMONT et S. TZITZIS, *Criminologie de l'acte et philosophie pénale*, Litec, 1994, n° 167 ; S. TZITZIS, *Les grandes questions de la philosophie pénale*, Buenos Books International, 2007, p. 17 et p. 32 à 35.

V. A. LEPAGE et P. MAISTRE du CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », in *Les droits et le droit ; Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 613 pour une dénonciation des contradictions entre les pénalités dans le droit pénal actuel.

⁵ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, n° 131 ; Cf. *infra*, n° 408 et s. et spéc. n° 434.

⁶ La jurisprudence concernant les représentants susceptibles d'engager la responsabilité pénale de la personne morale est à ce titre éloquente : V. Crim. 23 février 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 73, obs. J.-H. ROBERT admettant qu'un courtier indépendant qui n'est pas mandataire de la personne morale en est néanmoins un représentant.

norme de fond, d'atteintes « physiques ». L'anthropomorphisme en la matière a été dénoncé¹ et il semble souhaitable de réserver à la seule personne humaine le bénéfice d'une protection supérieure.

B/ LA PERSONNE PHYSIQUE PARTICULIÈREMENT PROTÉGÉE

228. La nécessité de délimiter la personne humaine. Si la personne morale est autrui au sens du Code pénal, la personne physique l'est *a fortiori* sans que cela appelle davantage de discussion. Précisons ici qu'en l'état du droit positif, les termes de « personne physique » et de « personne humaine » paraissent équivalents. En effet, la personnalité juridique peut être reconnue soit à des entités abstraites, et l'on parle alors de personnes morales, soit à des entités concrètes et l'on parle de personnes physiques. Or, tant que la personnalité juridique sera déniée aux animaux² et en l'absence d'extraterrestres à qui elle pourrait être reconnue³, l'être humain demeure la seule et unique individualité physique dotée de la personnalité juridique. Par conséquent, la catégorie des personnes juridiques physique ne contient, pour l'heure, que des personnes humaines. Toute personne juridique physique est donc une personne humaine. Il s'agit de déterminer si la réciproque est également vraie, c'est-à-dire de déterminer si toute personne humaine est une personne juridique physique. Cela impose de s'interroger sur les limites de la personnalité humaine.

229. La distinction entre la vie humaine et la personnalité humaine. La personne humaine, « *entité magnifiée en tant qu'elle est porteuse de toutes les valeurs prééminentes inhérentes à l'espèce humaine* »⁴ bénéficie d'une protection pénale générale. C'est bien à la personne, et non à la vie humaine, que cette protection est attachée. Le droit a vocation à prendre en compte les enseignements de la science⁵, notamment de la biologie, mais il ne saurait être inféodé à elle. Ainsi, alors que la vie « *commence dès la conception et se poursuit jusqu'à la mort* »⁶, la protection garantie par le droit pénal ne naît qu'avec la personne et ne lui est donc pas reconnue avant la naissance (1). Par suite, elle dure tout au long de la vie de l'être humain⁷ et ne cesse qu'à sa mort (2).

¹ V. notamment P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, op. cit.

² Sur cette question, cf. *infra*, n° 262 et s.

³ Sur cette question, V. J.-P. MARGUENAUD, « Un statut juridique pour les extraterrestres ? » in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit, Etudes offertes à Claude Lombois*, PULIM, 2004, p. 97 ; R. COMBALDIEU, « Soucoupes volantes, Martiens et... droit pénal », *Rev. Sc. Crim.* 1954, p. 747 suggérant que « *la plus élémentaire courtoisie interplanétaire* » commanderait d'accorder une protection juridique à d'éventuels extraterrestres débarquant sur notre planète.

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée « humain – personne humaine ».

⁵ P. AMSELEK, La part de la science dans les activités des juristes, *D.* 1997, p. 337.

⁶ J.-F. MATTEI, cité par P. SARGOS dans son rapport sous Ass. plén. 29 juin 2001, *JCP G* 2001, II, 10569, n° 35 *in fine*.

⁷ Sur l'unité du statut de personne humaine au cours de la vie, cf. *infra*, n° 361 et s. et n° 748 et s. sur l'esclavage.

1) Le déni de la personnalité humaine à l'enfant à naître

230. Les évolutions de la qualification pénale de l'avortement. L'atteinte la plus évidente qui puisse être portée à un embryon ou un fœtus est l'interruption volontaire de son développement. Considéré dans l'Ancien Droit comme un infanticide¹, puis incriminé dans l'article 317 du Code pénal de 1810², l'avortement est demeuré une infraction en droit français jusqu'à la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse³. Il en résulte la licéité de l'interruption volontaire de grossesse pratiquée dans les conditions prévues par la loi. Dans le cas contraire, elle peut être pénalement sanctionnée, mais ne l'est jamais dans l'intérêt de l'enfant à naître, uniquement dans celui de la mère.

231. L'interruption volontaire de la grossesse non consentie. Si l'interruption est pratiquée sans le consentement de l'intéressée, elle est constitutive du délit prévu à l'article 223-10 du Code pénal, situé dans un chapitre intitulé « De la mise en danger de la personne ». Un tel intitulé indique clairement que la valeur sociale protégée par l'incrimination n'est pas la vie du fœtus, qui est bien plus que simplement « mise en danger », mais la santé de la mère. De plus, l'infraction n'est constituée qu'en l'absence de consentement de la mère, ce qui démontre également qu'elle est la personne protégée par l'incrimination.

232. L'interruption volontaire consentie de la grossesse. Si la mère consent à l'interruption de sa grossesse, cette interruption n'est pas pénalement sanctionnée, sauf à ce que les conditions prévues aux articles L. 2222-2 et L. 2222-3 du Code de la santé publique n'aient pas été respectées. Ces conditions visant principalement à assurer que l'opération soit assurée convenablement⁴, la valeur sociale que l'incrimination vise à préserver est également la santé de la mère. De plus, il convient de remarquer que seule « l'interruption de la grossesse d'autrui » est incriminée. La mère ne peut donc se voir reprocher cette infraction⁵, ce qui permet de conclure qu'elle en est bien la victime.

233. La position du refus du droit pénal sur la sanction des atteintes involontaires à l'embryon. L'enfant à naître n'est pas davantage protégé contre l'interruption involontaire de son développement. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a clairement pris position sur ce point. Elle a ainsi affirmé que, la loi pénale étant d'interprétation stricte, l'atteinte involontaire à la vie d'un enfant à naître ne saurait constituer l'infraction d'homicide involontaire prévue à l'article

¹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 186.

² Sur l'incrimination de l'avortement dans le code de 1810 et les interprétations jurisprudentielles initiales, V. C. BOUGLE, *La Cour de cassation et le code pénal de 1810 : le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2005, n° 90 s.

³ Loi n° 75-17, sur laquelle V. A. DECOCQ, « Chronique législative », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 725.

⁴ Elles tiennent ainsi à la qualité de médecin de celui qui pratique l'intervention, au respect des délais prévus par la loi (sauf motif médical), au lieu dans lequel elle est effectuée, etc.

⁵ V. art. L. 2222-4, al. 1^{er} CSP interdisant que la femme soit considérée comme complice de l'infraction.

221-6 du Code pénal¹. L'Assemblée plénière a confirmé cette orientation dans un arrêt du 29 juin 2001² en ajoutant que l'embryon relève des textes spéciaux, lesquels n'incriminent pas les atteintes involontaires. L'homicide involontaire n'est donc concevable que si l'enfant est né et a respiré. Cette position a été maintenue par la Haute juridiction³, en dépit d'un véritable torrent de critiques doctrinales⁴. Quelques auteurs ont néanmoins pris la défense de la Cour de cassation en affirmant que, pour inéquitable qu'elle soit, la solution retenue est imposée par le principe de l'interprétation stricte des lois pénales⁵. La controverse ne porte pas sur l'opportunité de sanctionner les atteintes involontaires au fœtus, mais sur le point de savoir si, pour ce faire, l'intervention du législateur est nécessaire. L'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas permis de trancher définitivement le débat, celle-ci ayant estimé que « *le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États* »⁶. Les États sont donc libres de sanctionner ou non les atteintes involontaires à l'enfant à naître.

234. Les critiques de la position actuelle. L'enfant à naître n'est pas, selon la Cour de cassation, l'« autrui » de l'article 221-6 du Code pénal. Plus précisément, il ne l'est pas encore. La qualité de personne juridique lui sera acquise à sa naissance, s'il naît vivant. Il y a là une différence entre le droit pénal et le droit civil, lequel admet l'acquisition rétroactive de la personnalité juridique par l'enfant né vivant et viable⁷. L'exigence de viabilité n'est pas retenue par le droit pénal, la vie à la naissance étant suffisante⁸. Cette solution peut conduire à des incohérences que la doctrine n'a pas manqué de fustiger. L'homicide n'est ainsi pas constitué si l'enfant décède juste avant d'être extrait du ventre de sa mère, alors que s'il a respiré, ne serait-ce que quelques minutes, les faits sont punissables. De même, l'agent pourrait être poursuivi pour blessures

¹ Crim. 30 juin 1999 ; *Bull. crim.* n° 174, *D.* 1999, p. 710, note D. VIGNEAU, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 813, obs. Y. MAYAUD, *D.* 2000, p. 27, obs. Y. MAYAUD, *JCP G* 2000, II, 10231, note G. FAURE. V. également M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Dr. pén.* 2000, chron. 12.

² Ass. plén. 29 juin 2001, *Bull. crim.* n° 165, *JCP G* 2001, II, 10569, rapport P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE et note M.-L. RASSAT, *D.* 2001, p. 2907, note J. PRADEL, *D.* 2001, p. 2917, note Y. MAYAUD, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 97, obs. B. BOULOC.

³ Crim. 25 juin 2002, *Bull. crim.* n° 144, *D.* 2002, p. 2475, note O. SAUTEL, *D.* 2002, p. 3099, note J. PRADEL, *JCP G* 2002, II, 10155, note M.-L. RASSAT, *D.* 2003, p. 243, obs. S. MIRABAIL, *D.* 2003, p. 660, obs. F. PLANCKEEL, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 95, obs. Y. MAYAUD. V. également Crim. 2 décembre 2003, *Bull. crim.* n° 230 ; *D.* 2004, p. 449, note J. PRADEL ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 348, obs. Y. MAYAUD.

⁴ En ce sens, V., en plus des notes citées (à l'exception de la note de M. SAUTEL relative à l'arrêt du 25 juin 2002), J.-Y. CHEVALLIER, « « Naître ou n'être pas ». La Chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 125 ; A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G* 2010, 99.

⁵ En ce sens, V., outre la note de M. SAUTEL sous l'arrêt du 25 juin 2002 précité, J. MOULY, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 47 ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 18 et 19 ; F. DREIFUSS-NETTER, « La protection pénale de l'être humain avant la naissance », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon Assas, 2003, p. 89.

⁶ CEDH, Gde Chambre, 8 juillet 2004, n° 53924/00, *Vo c/ France*, *D.* 2004, p. 2456, note J. PRADEL, *RTD civ.* 2004, p. 799, obs. J.-P. MARGUENAUD, *JCP G* 2004, II, 10158, note M. LEVINET. La citation se trouve § 82 *in fine*.

⁷ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil*, op. cit., n° 20 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., n° 205.

⁸ Dans l'affaire tranchée par l'arrêt de la chambre criminelle du 2 décembre 2003 précité, l'homicide involontaire a été retenu, l'enfant ayant survécu une heure après sa naissance.

involontaires si l'enfant survit, mais conserve des séquelles¹. M. PRADEL soutient que cette position a par conséquent comme effet pervers de pousser l'agent à désirer la mort de l'enfant *in utero* plutôt que sa naissance, et ce afin d'échapper aux poursuites². Incohérente, la solution proposée le serait également au regard des dispositions réprimant les atteintes involontaires aux animaux domestiques, lesquels sont moins importants qu'une vie humaine, mais bénéficient néanmoins d'une protection pénale contre les atteintes involontaires³. Enfin, la position de la Cour de cassation est critiquée en ce qu'elle aboutirait à une « réification du fœtus »⁴, contraire aux enseignements de la biologie, selon lesquels la vie commence dès la conception⁵, et à l'esprit du code civil qui prône la protection et le respect de la personne dès le commencement de la vie⁶.

235. L'impossibilité d'admettre l'homicide involontaire. Cependant, l'admission de l'homicide involontaire du fœtus conduirait à le protéger pour lui-même contre les atteintes involontaires, alors qu'il n'est protégé que dans l'intérêt de sa mère contre les atteintes volontaires. M. MOULY avance également que l'admission de l'homicide involontaire de l'enfant à naître viendrait bouleverser la hiérarchie de gravité des atteintes volontaires et involontaires, l'homicide involontaire étant puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende quand l'interruption illégale de grossesse n'est sanctionnée que par deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende⁷. À première vue, l'argument ne paraît pas entièrement recevable dans la mesure où il compare l'homicide involontaire à l'interruption volontaire de grossesse consentie par la mère. Lorsque l'interruption de grossesse n'a pas été consentie, les peines fulminées à l'article 223-10 du Code pénal sont plus lourdes (cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende). Il faut cependant admettre que les peines réprimant l'homicide involontaire peuvent atteindre⁸ et même dépasser ce quantum pour atteindre les sept ans d'emprisonnement et les 100 000 euros d'amende⁹. Enfin, l'admission de l'homicide involontaire de l'enfant à naître risquerait de remettre en cause la législation sur l'avortement. Il paraîtrait difficile d'admettre que l'enfant à naître puisse voir son développement interrompu s'il était déjà une personne.

¹ V. Crim. 2 octobre 2007, *Bull. crim.* n° 234, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 337, obs. Y. MAYAUD.

² V. par ex. J. PRADEL, *D.* 2004, p. 449, note préc.

³ Cf. *infra*, n° 264.

⁴ J.-Y. CHEVALLIER, « « Naître ou n'être pas »... », op. cit.

⁵ V. les propos de J. HUREAU ou de J.-F. MATTEI, cités par P. SARGOS dans son rapport sous Ass. plén. 29 juin 2001 précité.

⁶ Art. 16 c. civ. On notera néanmoins que l'amendement proposé par Mme BOUTIN lors du vote de la loi du 29 juillet 1994 conférant la personnalité juridique à l'enfant à naître a été rejeté, *JOAN*, 20 novembre 1992, p. 5838.

⁷ J. MOULY, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître », op. cit.

⁸ Art. 221-6 al. 2 CP en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ; Art. 221-6-1 al. 1^{er} CP si l'agent est conducteur d'un véhicule terrestre à moteur.

⁹ Art. 221-6-1 al. 2 CP en cas, par le conducteur de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, d'ivresse manifeste, d'usage de produit stupéfiant, de dépassement important de la vitesse autorisée, etc. Ces hypothèses concernent particulièrement les conducteurs de véhicules terrestres à moteur et l'on sait qu'une grande partie de la jurisprudence concerne justement des accidents de circulation.

Mme RASSAT estime que l'admission de la personnalité du fœtus ne remettrait pas en cause le droit à l'avortement, celui-ci s'analysant en un « *permis légal de tuer accordé à la femme enceinte qui ne veut pas de son enfant* »¹. Une vie humaine serait alors sacrifiée au désir d'une mère de ne pas enfanter, ce qui, sur le plan des valeurs sociales, semblerait excessif. Si l'on souhaite illustrer ce raisonnement par un exemple qui, bien que trivial, n'en est pas moins parlant, on conviendra qu'il existe une évidente différence entre le cas d'une future mère qui ne souhaite pas enfanter et celui des parents du Petit Poucet qui, désireux de s'en séparer, le perdent en forêt. Si, à la différence du second, le premier cas n'appelle pas de réprobation sociale, c'est bien qu'il existe une différence fondamentale entre la nature d'un embryon et celle d'un enfant né. Les deux sont assurément des êtres vivants, mais seul le second est une personne humaine.

236. La possibilité d'une intervention du législateur. La question de l'opportunité d'une intervention du législateur se pose donc. Le droit se retrouve ici face à un conflit de valeurs qu'il apparaît difficile de résoudre. « Personne humaine potentielle »², mais « non-sujet de droit »³, l'embryon ne peut se voir reconnaître une protection pénale générale et absolue sous peine de paralyser le droit à l'avortement de sa mère, ou encore sa possible utilisation pour la recherche scientifique. Affirmer que l'embryon est une personne humaine sans en tirer toutes les conséquences légales serait en effet hypocrite. Il serait possible de se référer au concept de viabilité, ainsi que l'avait fait la Cour d'appel de Reims⁴. Ainsi, les atteintes à un embryon ou un fœtus ne seraient répréhensibles qu'à la condition que celui-ci ait franchi le seuil de viabilité. L'idée est séduisante, mais poser une limite en deçà de laquelle les atteintes seraient possibles est délicat et arbitraire⁵, la science elle-même n'ayant pas de certitudes absolues à offrir au droit. Une telle précision mériterait en tout cas de figurer dans les textes, car il faudrait alors, afin de conserver au système sa cohérence, envisager qu'une fois le seuil de viabilité franchi, l'atteinte volontaire au fœtus tombe sous la qualification de meurtre. La seconde solution consisterait à sanctionner, dans l'intérêt de la mère, les atteintes involontaires qui pourraient être portées à l'enfant qu'elle porte. La création d'une infraction spécifique ne semble pas nécessaire, la simple prévision d'une circonstance aggravante tenant à la perte de son enfant à naître permettrait d'aggraver la répression des blessures involontaires que subit la mère⁶. Cette idée d'une protection de l'enfant à naître au travers de sa mère est avancée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Vo c/ France*⁷. En tout état de cause, il semble qu'une telle orientation

¹ M.-L. RASSAT, *JCP G* 2002, II, 10155, note préc.

² Avis 001 du 22 mai 1984, op. cit.

³ J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Le sujet de droit*, Archives de philosophie du droit, T. 34, Sirey, 1989, p. 197.

⁴ CA Reims 3 février 2000, *D.* 2000, p. 873, obs. J.-Y. CHEVALLIER.

⁵ F. DREIFUSS-NETTER, « La protection pénale de l'être humain avant la naissance », art. préc.

⁶ En ce sens, V. notamment E. DREYER, « « Autrui » en matière pénale », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry SAINTE-ROSE*, Bruylant, 2012, p. 431, spéc. pp. 440 et s.

⁷ Arrêt du 8 juillet 2004 précité, § 86.

doit résulter d'un choix du législateur, lequel est libre de sanctionner les atteintes involontaires à l'embryon, dans l'intérêt de sa mère ou dans le sien propre, ainsi qu'il l'a fait en matière d'éthique biomédicale¹. Notons d'ailleurs que l'amendement GARRAUD, qui prévoyait la création d'un article 223-11 du Code pénal sanctionnant les atteintes involontaires au fœtus, a été voté le 27 novembre 2003 mais fut retiré peu après². La protection pénale reconnue à la personne humaine née n'est pas autant discutée et elle ne cesse qu'à son trépas.

2) Le déni de la personnalité humaine au défunt

237. Maintien d'une protection jusqu'aux frontières de la mort. « *Le malade ou le blessé bénéficie du statut de personne humaine jusqu'au constat légal de son décès.* »³. Cette affirmation de M. VERNY résume à elle seule le statut de la personne aux confins de la vie. L'homogénéité du statut de la personne humaine en droit pénal impose de reconnaître ce statut à tout être humain vivant, quel que soit son état de santé. Le malade, fût-il mourant, doit bénéficier de la protection pénale reconnue à chaque personne humaine⁴. Cette protection peut d'ailleurs être accrue, la maladie figurant parmi les causes de la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime⁵. Notons cependant que l'alinéa 2 de l'article L. 1110-5, tel qu'issu de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades en fin de vie⁶, prohibe « *l'obstination déraisonnable* » en matière d'acharnement thérapeutique. L'état du malade peut ainsi justifier que soient stoppés les traitements qui n'ont pour effet que « *le maintien artificiel de la vie* », mais il s'agit alors de préserver la dignité du malade. Avec le décès, la personnalité juridique disparaît. Par conséquent, le défunt n'est plus « autrui » au sens du Code pénal. Cela n'exclut pas que le cadavre bénéficie d'une certaine protection, mais celle-ci est alors spécifique. C'est en tant que défunt, et non en tant qu'autrui, qu'il en bénéficie⁷. La protection pénale de la personne humaine ne cesse qu'avec la mort de la personne. Si ce point n'est pas douteux, l'instant exact du décès de la personne peut être plus délicat à identifier.

238. Difficulté d'une définition juridique de la mort. Il est difficile de déterminer avec précision l'exact moment où la vie cesse, le juriste étant tenu de s'en remettre au médecin⁸. Le Code de santé publique fixe néanmoins certains critères cumulatifs : l'arrêt cardiaque et

¹ Sur lesquelles cf. *infra*, n° 256 et s.

² C. PUIGELIER, « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 473.

³ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 114.

⁴ Sur la protection du malade par le droit pénal, notamment concernant la recherche médicale, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 106 et s. et F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2003.

⁵ Cf. *infra*, n° 514 et s.

⁶ JORF du 23 avril 2005 p. 7089.

⁷ Cf. *infra*, n° 260 et s.

⁸ M.-L. RAYMONDIS, « Problème juridique d'une définition de la mort à propos des greffes d'organes », *RTD Civ.* 1969, p. 29.

respiratoire persistant, l'absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral et l'absence totale de ventilation spontanée¹. Si la personne est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique, la mort cérébrale doit être vérifiée une angiographie ou par deux électroencéphalogrammes nuls². Cependant, ces critères ne s'imposent que pour les prélèvements d'organes. Dans les autres cas, l'appréciation du médecin est libre³. Le critère retenu est donc celui de la mort cérébrale⁴. Notons enfin que la jurisprudence a pu sanctionner sur le fondement de la tentative certaines atteintes portées au cadavre. Cet acte ayant été analysé en une tentative d'atteinte à vie et non en une atteinte au cadavre, il relève de la contestable catégorie des tentatives d'infractions impossibles⁵ et non de la protection du cadavre. Ainsi, la personne juridique, qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne physique, c'est-à-dire humaine, bénéficie seule de la protection générale accordée par le Code pénal à « autrui ». À l'inverse, les choses ne peuvent recevoir qu'une protection spécifique.

II – LES CHOSES COMME VICTIMES SPÉCIFIQUES

239. À première vue, l'affirmation selon laquelle une chose serait la victime d'une infraction pénale a de quoi surprendre. Pourtant, bien qu'incompatible avec l'existence d'une protection pénale générique, le statut des choses n'interdit aucunement de les considérer comme victimes pénales substantielles d'infractions spécifiques (A). Certaines choses bénéficient ainsi d'une protection pénale propre (B).

A/ LA COMPATIBILITÉ DES STATUTS DE CHOSE ET DE VICTIME PÉNALE SUBSTANTIELLE SPÉCIFIQUE

240. Affirmer qu'une chose peut être victime d'une infraction pénale semble contestable. Pourtant, il n'en est rien si l'on prend la peine de préciser qu'une chose n'étant pas « autrui », elle ne saurait être victime de n'importe quelle infraction (1). Il faut également rappeler qu'il s'agit ici de caractériser le statut de victime pénale substantielle, lequel est compatible avec le statut de chose (2).

¹ Art. R. 1232-1 C.S.P.

² Art. R. 1232-2 C.S.P.

³ J. PENNEAU, « Corps humain – Bioéthique », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 478.

⁴ Terme que le Comité consultatif national d'éthique recommande en lieu et place de celui de « coma dépassé », Avis n° 12 sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébrale du 7 novembre 1988. Le critère semble pertinent en l'état actuel des connaissances scientifiques, aucun précédent de patient ayant recouvré cette fonction après un état de mort cérébrale n'ayant pu être relevé.

⁵ Cf. *supra*, n° 53.

1) L'incompatibilité des statuts de chose et de victime pénale générique

241. Les choses constituent les éléments de la seconde catégorie, opposée à celle des personnes. Le critère de liaison, c'est-à-dire le critère unissant les éléments de cette catégorie¹ est celui-là même qui explique qu'on ne puisse protéger les choses au même titre que les personnes. Il s'agit de l'instrumentalité des choses. Les choses ont vocation à être utilisées par les personnes, ce qui les prive de la protection générale du droit pénal (a), sans qu'il soit envisageable de distinguer entre les choses afin d'assurer cette protection générale à certaines d'entre elles (b).

a) La protection pénale générale incompatible avec le caractère instrumental des choses

242. **L'instrumentalité des choses comme autre critère de distinction d'avec les personnes.** Selon M. BERGEL, « *il faut que, dans chaque classification, si l'une des catégories est limitative, l'autre soit résiduelle* »². S'agissant de la distinction entre les personnes et les choses, la catégorie limitative est celle des personnes et la catégorie résiduelle est celle des choses. Cela signifie que seules sont des personnes les entités dotées de la personnalité juridique. À l'opposé, les choses sont définies négativement : tout ce qui n'est pas une personne est une chose³. Ce simple critère ne satisfait cependant pas entièrement dans la mesure où la distinction entre les personnes et les choses est alors fondée sur une tautologie⁴. C'est pourquoi il semble opportun, non de lui en substituer un second, mais d'observer qu'il est possible de relever une autre caractéristique commune aux choses, leur instrumentalité. Les choses sont destinées à servir la personne⁵, ce qui constituerait leur « mode essentiel d'être »⁶. Ainsi, « *une chose n'intéresse le droit que si, au voisinage d'une personne, elle acquiert quelque valeur et quelque utilité* »⁷. À l'opposé, la fonction première de la personne en tant que telle n'est pas et ne peut pas être de servir une autre personne. Cela explique notamment que l'esclavage ne puisse être juridiquement toléré : il constitue une violation de ce qui fonde la distinction entre les personnes et les choses car même si l'esclave est considéré comme une chose, il demeure un être humain et cette réalité biologique ne saurait être niée. Elle conduit alors à des aménagements du statut de l'esclave, comme l'illustre le statut hybride du serf⁸, tout à la fois sujet et objet de droit.

¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4^e éd., 2003, n° 193.

² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 197.

³ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, n° 39.

⁴ C. GRZEGORZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases » ; in *Le sujet de droit ; Archives de philosophie du droit*, tome 34, 1989, p. 9.

⁵ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, op. cit., n° 28 et s.

⁶ *Ibid.*, n° 32.

⁷ A. DAVID, *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction entre les personnes et les choses* ; Thèse, Paris, 1955.

⁸ Sur lequel cf. *infra*, n° 743.

243. L'instrumentalité des choses comme obstacle à la reconnaissance d'une protection générale. Reconnaître à la chose une protection générale, la considérer comme un « autrui » au sens du Code pénal, reviendrait à la protéger contre tous ceux qui seraient susceptibles de lui porter atteinte, y compris donc, contre les personnes. Les objets seraient ainsi protégés pour eux-mêmes, contre les sujets. Cela reviendrait à les placer sur le même plan, au regard du droit pénal, ce qui semble difficilement concevable. Les choses seraient même favorisées par rapport aux personnes puisque ces dernières ne seraient pas protégées contre les choses, sauf à restaurer les procès faits aux animaux¹ en dépit du grotesque de la chose. Si la chose doit servir la personne, cela crée un rapport de subordination, donc d'inégalité entre les deux² et ce rapport implique que la protection reconnue à la personne conserve seule un caractère général. Afin d'exemplifier, on se référera à la situation de l'embryon. Celui-ci est considéré comme une chose par le droit³ et cela permet, sous certaines conditions, une utilisation de l'embryon à des fins de recherche scientifique⁴. Cette possibilité serait inconcevable si l'embryon était considéré comme une personne, un autrui au sens du Code pénal⁵. Permettre l'utilisation de l'embryon pour la recherche scientifique, suppose de lui refuser la qualification de personne humaine, donc de le qualifier de chose. Semblable argument pourrait être développé avec les animaux qui peuvent être chassés⁶ ou faire l'objet d'un droit de propriété⁷. Il ne semble pas davantage possible de créer une troisième catégorie qui viendrait s'intercaler entre celle des personnes et celle des choses et contiendrait les entités dotées de la vie, tels que les embryons ou les animaux.

b) L'impossibilité de créer une catégorie intermédiaire

244. Le choix de la troisième catégorie. Il convient de se demander si la création d'une troisième catégorie, intermédiaire entre celle des personnes et celles de choses, ne pourrait pas être envisagée. Cette catégorie contiendrait des entités qui, sans bénéficier de la personnalité juridique, auraient vocation à bénéficier d'une protection plus importante, notamment par le biais

¹ Sur lesquels V. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 141 ; A. LAINGUI, *Petite histoire illustrée du droit pénal*, Litec, 2010, pp. 119-120 ; A. LAINGUI, « Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, Éd. Panthéon Assas, 2003, p. 13.

² R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, op. cit., n° 12.

³ Cf. *supra*, n° 230 et s.

⁴ Sur cette possibilité et son encadrement, cf. *infra*, n° 256 et s.

⁵ En effet, le Code de la santé publique prohibe les recherches effectuées sur l'être humain « si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche » (art. L. 1121-2 C.S.P.), or l'embryon qui a servi à des fins de recherche scientifique ne peut plus être transféré à des fins de gestation (Art. L. 2151-5 V C.S.P. tel qu'issu de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique) ce qui constitue à l'évidence un risque certain de destruction. V. cependant A. KAHN, « La loi bioéthique – L'anonymat du don de gamètes et la recherche sur l'embryon », *D.* 2011, p. 2192 affirmant que la majorité des embryons est de toute façon détruite ou ne va pas à terme.

⁶ Cf. *infra*, n° 265.

⁷ Cf. *infra*, n° 263 et 268.

du droit pénal, que celle dont bénéficient les choses. Il serait possible d'y inclure les choses animées par une vie biologique : enfants à naître, faune, flore, etc., afin de leur reconnaître une protection pénale plus étendue, sans pour autant les faire accéder à la protection générale dont bénéficient les personnes. La vie constitue une donnée biologique qui distingue ces choses des autres. Étant incluses dans la sphère du vivant, ces choses présentent une similitude avec l'être humain, d'autant plus forte lorsque la chose en question est précisément dotée d'une vie humaine telle que le fœtus. Par conséquent, il n'est pas étonnant que l'on puisse songer à faire bénéficier ces choses d'une attention particulière et envisager de leur accorder une protection pénale qui, sans atteindre l'étendue de celle reconnue aux personnes, constituerait la traduction juridique de cette similitude biologique. Il semble que la protection de la vie humaine soit dans l'intérêt général. Quant à la vie animale ou végétale, elle participe de l'équilibre naturel de la biosphère, du milieu dans lequel l'homme est également amené à évoluer. Sa protection se conçoit donc également. S'agissant plus spécifiquement de la faune, il convient de prendre également en considération la capacité de sensation des animaux, ce qui peut justifier une protection contre les atteintes à l'intégrité physique¹. Il serait également possible de placer dans cette catégorie certaines choses qui, quoiqu'inanimées, présenteraient un caractère « sacré »². Ce dernier point évoque notamment le cas du cadavre. Il s'agirait ici d'accorder une protection à la personne après son décès en protégeant sa dépouille contre d'éventuelles atteintes.

245. Une troisième catégorie insuffisamment différenciée des précédentes. L'opinion de M. BERGEL ne saurait être suivie lorsqu'il affirme qu'une classification juridique ne saurait être que bipartite³, car que faudrait-il alors penser de la classification tripartite des infractions⁴? Il semble pourtant qu'une troisième catégorie doive en l'espèce être exclue. Les éléments d'une même catégorie doivent en effet présenter une ou plusieurs caractéristiques communes qui les rapprochent tout en les différenciant sensiblement des éléments appartenant aux autres catégories. L'existence même de la classification se justifie par ces critères de liaison entre éléments d'une même catégorie, critères différant d'une catégorie à l'autre. Or, en l'occurrence, il apparaîtrait que cette troisième catégorie ne se justifierait pas, car ses éléments ne se différencieraient pas suffisamment de ceux des deux catégories existantes. En l'état actuel des mœurs et du droit, même s'ils bénéficiaient d'une protection pénale plus étendue que celle reconnue aux choses, les êtres vivants contenus dans cette troisième catégorie continueraient à

¹ V. dans le même sens S. ANTOINE, « L'animal et le droit des biens », *D.* 2003, p. 2651.

² X. LABBEE, « Les « choses sacrées » existent à nouveau en droit », *JCP G* 2011, 104.

³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 194.

⁴ Sur un plan logique, l'affirmation de M. BERGEL est contestable en ce qu'elle suppose que le critère d'inclusion dans une catégorie juridique – et partant de distinction entre les différentes catégories au sein d'une même classification juridique – s'entend nécessairement et exclusivement d'un critère binaire. Pourtant, rien n'interdit d'adosser une classification juridique sur des critères plus variés. Typiquement, il est envisageable d'utiliser un critère numérique (« moins de X », « entre X et Y » et « plus de Y », où X et Y sont deux nombres tels que $X < Y$). À ce titre, la classification tripartite des infractions en constitue une bonne illustration. Il s'agit d'une classification fondée sur un critère (la gravité de l'infraction) susceptible de trois degrés (contravention, délit et crime).

être utilisés par les personnes. Par conséquent, ces êtres vivants demeureraient fondamentalement des choses et l'existence d'une troisième catégorie ne se justifierait alors plus. Et ce d'autant moins que rien ne s'oppose à ce que certaines choses soient protégées pour elles-mêmes, tout en demeurant des choses.

2) La nature des choses compatible avec la protection pénale spécifique

246. La chose face à la distinction des victimes pénales. La victime pénale procédurale s'entend de celle qui a vocation à intervenir devant le juge pénal afin de demander indemnisation de son préjudice. En ce sens, une chose ne saurait à l'évidence se voir octroyer un tel statut qui lui serait bien inutile¹. La victime pénale substantielle se définit par rapport à la valeur sociale qu'elle supporte et qui se décline en un intérêt propre. Considérer une chose comme victime pénale substantielle d'une infraction reviendrait à lui reconnaître un intérêt propre qu'il conviendrait de sauvegarder en incriminant les actes susceptibles de porter atteinte à la valeur sociale correspondant à cet intérêt. Si cela ne semble pas poser de difficulté majeure s'agissant des choses sans maître, il en va autrement pour les biens, choses appropriées ou au moins appropriables². Cela conduirait à reconnaître à un bien le bénéfice d'une protection qui lui serait accordée, non dans l'intérêt de son propriétaire éventuel, mais dans le sien propre, c'est-à-dire possiblement contre les agissements de ce propriétaire. Or, cela est rendu possible par le caractère illusoire de l'absolutisme du droit de propriété (a), ce qui autorise à prendre en considération certaines caractéristiques de la chose (b).

a) L'illusoire caractère absolu du droit de propriété

247. La possibilité de limitations des prérogatives du propriétaire. L'article 544 du Code civil définit la propriété comme « *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* ». Faut-il en déduire, suivant le fameux mot de M. CARBONNIER³, que le propriétaire dispose sur ses biens d'un pouvoir similaire à celui de Louis XIV ? « Absolue » n'est évidemment pas ici synonyme d'« illimitée »⁴. L'article 544 du Code civil précise d'ailleurs que lois et règlements peuvent encadrer l'usage de la chose par son propriétaire. La doctrine s'accorde à reconnaître que

¹ V. cependant les analyses de J.-P. MARGUENAUD, concernant les animaux : « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205. L'auteur préconise la création d'organismes chargés de la représentation des animaux, afin de leur permettre par cette fiction d'exercer les droits dévolus à la partie civile.

² Les biens seraient caractérisés par leur caractère appropriable. La catégorie des biens comprendraient les choses appropriables, mais également les droits subjectifs, les actions en justice et les autres biens incorporels, si l'on considère qu'une chose ne saurait être que corporelle : V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 707 ; F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2010, n° 4 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 4^e éd., 2010, n° 8. Il peut toutefois paraître préférable de considérer qu'une chose puisse être incorporelle. Dans le cas contraire, il serait difficile de qualifier juridiquement les biens incorporels au regard de la distinction entre les personnes et les choses.

³ « *Chaque citoyen monarque absolu dans sa maison, tout Français devenu Louis XIV, n'est-ce pas la Révolution ?* », J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., n° 730.

⁴ CH. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, coll. Manuel, 11^e éd., 2011, n° 119 et s.

L'expression « de la manière la plus absolue » doit être interprétée comme signifiant que la liberté d'action du propriétaire constitue le principe¹ et que, par conséquent, « *les démembrements qui lui sont apportés relèvent davantage, pour l'esprit théorique, du dérogatoire* »². Il est donc admis que les prérogatives du propriétaire puissent être limitées, à condition que cela soit prévu par une loi ou un règlement. Cette possibilité a été largement employée³.

248. L'exigence de proportionnalité de la limitation. Par conséquent, il semble possible de restreindre encore ces prérogatives en octroyant à certains biens une protection pénale opposable *erga omnes*. Il pourrait être argué du fait que, dans les exemples précités, le droit de propriété est limité en vue de préserver un intérêt supérieur, par exemple la nécessité de préserver le patrimoine historique dans le cas des monuments classés ou inscrits, ou au moins équivalent tels que les droits des tiers dans le cas de l'abus de droit ou des troubles anormaux de voisinage. Ceci précisément parce que le droit de propriété est absolu et constitue l'un des « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* »⁴. La Cour européenne des droits de l'homme considère d'ailleurs que les restrictions au droit de propriété ne sont valables qu'à la condition que soit respecté un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Il doit exister une juste proportion entre les moyens employés et le but visé⁵. Or dans le cas des choses, le droit de propriété serait limité dans l'intérêt même de la chose objet de ce droit. Cette objection n'apparaît cependant pas pertinente car les caractéristiques de la chose peuvent justifier une telle protection.

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., n° 730 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n° 458 ; CH. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 119 et s.

² F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 141.

³ De nombreux exemples peuvent être relevés. Dans la lignée de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article 545 du Code civil prévoit la possibilité de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le propriétaire est tenu de céder son bien. Les articles 640 à 645 du même Code réglementent quant à eux l'usage des eaux sur un fonds (Sur cette réglementation, V. F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 220 et s. et n° 335 et s.). Le code minier ne permet l'exploitation d'une mine qu'en vertu d'une concession ou par l'État (Art. L. 131-1 s. C. minier. V. également F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 337 et s.), ce qui exclut l'exploitation libre par le propriétaire du fonds. Le Code du patrimoine rend le propriétaire d'un bien inscrit ou classé comme monument historique responsable de sa conservation (Art. L. 621-29-1 C. patr. pour les immeubles et L. 622-24 C. patr. pour les meubles). La jurisprudence elle-même restreint l'usage que le propriétaire peut faire de son bien en précisant, depuis fort longtemps, que cet usage peut dégénérer en abus s'il n'est motivé que par l'intention de nuire (CA Colmar 2 mai 1855, *DP* 56, 2, 9 ; Cass. Req. 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément-Bayard* ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 67. Sur l'abus de droit, V. également F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 320). Elle admet également que le propriétaire doit répondre des troubles anormaux qu'il cause à son voisinage (Civ. 3^{ème} 4 février 1971 (2 arrêts), *Bull. civ. III*, n° 78 et 80 ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., n° 79-80), fût-ce de manière non fautive. Les arrêts de 1971 précités ayant cassé des décisions de Cour d'appel ayant subordonné la réparation du dommage à l'existence et la preuve d'une faute. Sur la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage, V. notamment F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 321 et s. ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n° 1069 et s. ; CH. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 552 et s.

⁴ Art. 4 D.D.H.C.

⁵ V. par ex. CEDH, 29 avril 1999, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *Chassagnou et autres c/ France* ; *RTD Civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. MARGUENAUD.

b) La possible prise en considération des caractéristiques de la chose créatrices d'un intérêt propre

249. L'insuffisance de la caractéristique de vie et nécessité d'un intérêt propre à la chose. Au sein de la catégorie des choses, il paraît possible d'y distinguer la catégorie des choses douées de vie. Cette caractéristique les distingue particulièrement des autres et pourrait permettre de justifier que leur soit accordée une protection pénale particulière, y compris contre un éventuel propriétaire¹. Cependant, le seul fait qu'une chose soit dotée de la vie et que les atteintes contre son intégrité soient pénalement sanctionnées ne suffit pas à la considérer comme une victime pénale. En effet, pour considérer une chose comme victime pénale, il ne suffit pas que la chose soit protégée contre tous, y compris contre son éventuel propriétaire. Il faut encore que cette chose soit protégée pour elle-même. Cela suppose de lui reconnaître un intérêt particulier et qui lui soit propre. Autrement dit, l'intérêt ou la valeur sociale protégée par l'incrimination doit être un intérêt propre à la chose. Cela signifie que les choses ne peuvent être considérées comme les victimes des incriminations qui visent en réalité à préserver de façon indirecte l'intérêt des personnes. Ainsi en va-t-il notamment des atteintes à la flore, lesquelles illustrent parfaitement ces propos.

250. Les évolutions des atteintes à la flore. La flore, définie comme l'« ensemble des plantes d'un pays ou d'une région »², a fait l'objet d'une protection fluctuante au cours des âges. Les religions animistes et shamaniques prêtent une âme aux choses ainsi qu'aux plantes. Le droit pénal des Premiers Âges, marqué, voire absorbé par la religion³, a pu sanctionner les atteintes portées à certaines plantes, considérées comme des atteintes aux divinités qu'elles incarnaient⁴. Avec la dissociation du droit pénal et de la religion, la flore a fait l'objet d'une protection pénale moins marquée⁵. Cette tendance a culminé avec la reconnaissance de l'absolutisme du droit de propriété en 1804⁶. Toutefois, à partir de 1960, l'environnement fut promu au rang d'enjeu de société, ce qui lui permit de réinvestir les arènes politique et juridique. Le droit pénal de l'environnement s'est alors substantiellement développé, tant en droit interne qu'en droit international et communautaire. Dans sa configuration actuelle, il s'y trouve un grand nombre d'infractions

¹ Cf. *infra*, n° 267.

² *Dictionnaire de la langue française*, Le Petit Robert, 1985.

³ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2006, n° 5.

⁴ Le terme « flore » provient d'ailleurs du latin « Flora », déesse des fleurs (dictionnaire Le Petit Robert op. cit.)

⁵ M. DELMAS-MARTY, préface de *Droit pénal de l'environnement*, par J.-H. ROBERT et M. REMOND-GUILLOUD, éd. Masson, 1983, p. 23. À noter néanmoins l'existence d'une abondante réglementation forestière sous l'Ancien Régime. À ce sujet, V. M. LAGARDE, « Le particularisme des infractions du droit pénal forestier », in *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, sous la direction de R. CROISIER-NERAC, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2005, p. 241.

⁶ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le droit pénal de l'environnement : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », in *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, op. cit., p. 13 et s., spécialement p. 17 et 18.

constituées par des atteintes aux végétaux¹ dont l'énumération serait d'autant plus fastidieuse que la matière est réputée peu lisible, trop technique et imprécise². M. ROBERT a ainsi qualifié le Code de l'environnement de « *compilation terriblement compliquée de textes bureaucratiques* »³. Il semble plus pertinent de se limiter à quelques exemples particulièrement topiques.

251. La variété des incriminations d'atteintes à la flore. L'article L. 411-1 du Code de l'environnement interdit « *la destruction, la coupe, la mutilation, l'arrachage, la cueillette ou l'enlèvement* » des espèces végétales non cultivées présentant un intérêt scientifique particulier ou dont la conservation est nécessaire à la préservation du patrimoine naturel, « *de leurs fructifications ou de toute autre forme prise par ces espèces au cours de leur cycle biologique, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur mise en vente, leur vente ou leur achat, la détention de spécimens prélevés dans le milieu naturel* »⁴. L'atteinte aux végétaux présents dans les réserves naturelles ou les parcs nationaux est également incriminée⁵. Enfin, il faut mentionner l'infraction de « terrorisme écologique », prévue à l'article 421-2 du Code pénal qui érige en acte de terrorisme « *le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel* », lorsque ce fait « *est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ».

252. Le refus de la qualité de victime à la flore. De l'étude de ces différentes infractions, il ressort que la protection que le droit pénal peut accorder à certains végétaux est bien loin d'être générale et absolue. Générale, elle ne l'est pas dans la mesure où nombre de ces infractions ne visent à protéger que des espèces bien particulières. M. GROS a ainsi pu écrire que « *la protection de la faune et de la flore se révèle spécifique, son domaine se limitant aux espèces sauvages protégées* »⁶. S'agissant d'une chose, la spécificité ne devrait pas poser problème, mais il se trouve qu'elle s'appuie ici sur un critère qui exclue que le végétal soit protégé pour lui-même. La protection suppose des espèces présentant « *un intérêt scientifique particulier* »⁷ ou dont la protection est justifiée par « *les*

¹ Pour une présentation détaillée de son contenu, V. M. REDON, « Flore sauvage », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*; D. GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 3^e éd., 2008; J.-H. ROBERT et M. REMOND-GOULLAUD, *Droit pénal de l'environnement*, op. cit.

² J. LASSERRE CAPDEVILLE, art. préc., p. 35 à 41; J.-H. ROBERT, *Droit pénal et environnement*, *AJDA* 1994, p. 583.

³ J.-H. ROBERT, « Pattes de cygne sauce Gribouille », obs. ss Crim. 4 octobre 2005, *Dr. rur.* 2006, comm. 37.

⁴ Ces végétaux sont déterminés par décret en Conseil d'État (art. L. 411-2 C. env.). La sanction est prévue par l'article L. 415-3 1^o du même Code qui punit d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait de porter atteinte à ces espèces végétales en contrevenant à l'article L. 411-1 précédemment évoqué. Le droit pénal de l'environnement connaît de nombreux cas de pénalités par renvoi, ce qui participe à sa complexité et à son manque de lisibilité précédemment évoqués.

⁵ Ainsi, cette atteinte, commise en violation de la réglementation de la réserve ou du parc en question, est punie de l'amende pour les contraventions de la quatrième classe Art. R. 331-65 1^o C. env. (parcs nationaux) et art. R. 332-71, 1^o C. env. (réserves naturelles).

⁶ P. GROS, « Protection pénale de la faune et la flore », in *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, op. cit., p. 271.

⁷ Art. L. 411-1 C. env.

nécessités de la préservation du patrimoine naturel»¹. La protection peut également être due à la présence du végétal dans une réserve naturelle ou un parc national. Par conséquent, la valeur sociale protégée par l'incrimination n'est pas tant l'intégrité physique du végétal considéré que l'intégrité générale de l'écosystème auquel la plante appartient. Quant au « terrorisme écologique », il suppose l'intention de troubler gravement l'ordre public *via* l'atteinte portée au milieu naturel. Or, l'ordre public, défini comme l'« *état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées* »² est, à l'évidence, une garantie plus destinée aux êtres humains qu'aux végétaux.

253. Refus de l'attribution de la qualité de victime au patrimoine naturel. *In fine*, ce que le droit pénal cherche à assurer, c'est la qualité de l'environnement dans lequel l'homme a vocation à se mouvoir. L'environnement « *n'est protégé que parce qu'il est l'habitat humain* »³. Si nous approuvons donc Mme CASTAIGNEDE lorsqu'elle affirme que « *l'atteinte au patrimoine naturel s'apparente aujourd'hui à une atteinte à l'homme* »⁴, nous ne saurions la suivre lorsqu'elle affirme que, par le biais de la notion de « patrimoine commun », « *la victime directe des atteintes à l'environnement est bien la nature elle-même* »⁵. Il semble plus conforme à l'orthodoxie juridique de considérer que l'intérêt protégé par l'incrimination d'une atteinte à un patrimoine, fût-il commun, est celui du titulaire, fût-il multiple, dudit patrimoine. Il paraît difficile de considérer que l'homme est par principe victime directe des infractions dirigées contre la flore, faute pour lui d'être « partie à l'infraction »⁶. Néanmoins, il faut bien considérer que l'intérêt protégé par ces incriminations environnementales est celui de l'ensemble de la communauté humaine ce qui inclurait tant les générations présentes qu'à venir⁷. L'article 410-1 du Code pénal qui intègre aux intérêts fondamentaux de la nation « *l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement* » témoigne d'une semblable conception. Seules certaines choses bénéficient d'une protection pénale qui leur est accordée en considération d'un intérêt qui leur est propre et peuvent être considérées comme des victimes au sens pénal du terme.

B/ LES CHOSES BÉNÉFICIAIRES D'UNE PROTECTION PÉNALE SPÉCIFIQUE

254. Il semble que les choses qui bénéficient d'une protection pénale propre puissent être classées en deux catégories en fonction de l'intérêt préservé par l'incrimination. Ainsi, l'embryon

¹ *Ibid.*

² G. CORNU (dir.) – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, entrée « ordre public », sens 1.

³ J.-H. ROBERT et M. REMOND-GOUILLOU, *Droit pénal de l'environnement*, op. cit., n° 4.

⁴ J. CASTAIGNEDE, « L'action civile en matière d'atteintes à l'environnement : une effectivité perfectible », in *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, op. cit., p. 123. La citation se trouve p. 125.

⁵ *Ibid.*, p. 143.

⁶ Cf. *supra*, n° 18 et sauf l'hypothèse dans laquelle un humain viendrait à souffrir directement d'une infraction dirigée contre l'environnement ou l'un de ses éléments.

⁷ Ceci constitue une référence à la notion de « nature-projet », sur laquelle V. J. CASTAIGNEDE, « L'action civile en matière d'atteinte à l'environnement... », op. cit., p. 125.

et le cadavre font l'objet d'une protection pénale fondée sur la nécessité de préserver la dignité humaine dont ces entités sont porteuses (1). À l'inverse, la faune peut être protégée afin de préserver la vie animale (2).

1) La protection de l'embryon et du cadavre garantissant la dignité humaine

255. La personne en devenir n'est pas encore une personne et la personne passée n'en est plus une. Elles se voient donc refuser la protection que le Code pénal garantit à autrui¹. Pour autant, la dignité humaine dont elles sont porteuses justifie que le droit pénal leur accorde une protection. L'embryon est ainsi protégé par la bioéthique (a) et le cadavre contre les atteintes posthumes (b).

a) La protection de l'embryon par la bioéthique

256. **Protection indirecte de l'espèce humaine.** Le droit pénal assure la régulation des sciences composant la bioéthique. Comme l'a écrit M. PROTHAIS, « *Le législateur choisit nettement l'arme pénale pour faire barrage aux excès ou abus des progrès des sciences biomédicales* »². L'embryon y gagne une protection contre certaines atteintes individuelles et collectives, ces dernières étant les plus graves. La loi bioéthique n° 2004-800 du 6 août 2004³ a renommé le titre premier du Livre deuxième du code pénal afin d'y inclure les crimes contre l'espèce humaine. Ceux-ci forment dorénavant un sous-titre deux, lequel incrimine spécifiquement les infractions d'eugénisme⁴ et de clonage reproductif⁵. Ces incriminations visent à préserver, l'intitulé du sous-titre l'indique⁶, l'ensemble de l'espèce humaine. La sélection des personnes *via* les pratiques eugéniques ou le clonage reproductif n'auraient pas pour effet de diminuer la « valeur humaine » des personnes directement concernées en créant des « sous-hommes » (l'objectif est d'ailleurs inverse dans l'esprit des auteurs de pratiques eugéniques), mais ces pratiques auraient pour conséquence de contrecarrer les règles naturelles qui président à la reproduction de l'espèce humaine. Cela évoquerait un « ordre public biologique », fondé sur le respect d'un ordre biologique naturel et auquel ces pratiques porteraient atteinte. Par conséquent, ce n'est pas aux personnes concernées mais à l'ensemble de l'espèce humaine que ces infractions porteraient atteinte. Elles conduiraient

¹ Cf. *supra*, n° 230 et s. pour l'enfant à naître et n° 237 et s. pour le cadavre.

² A. PROTHAIS, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G* 1999, I, 129.

³ Sur laquelle V. M. VERON, « Bioéthique : le contenu pénal de la loi du 6 août 2004 », *Dr. pén.* 2004, étude 16.

⁴ Art. 214-1 CP : « Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende. »

⁵ Art. 214-2 CP : « Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende. ». Il faut en outre noter que les articles 511-1 à 511-1-2 du Code pénal répriment le fait de se prêter à un prélèvement de cellule ou de provoquer autrui à se livrer à un tel prélèvement en vue de clonage. Enfin, les articles 511-17 à 511-18-1 du Code pénal sanctionnent l'obtention d'embryons humains par clonage à des fins industrielles, commerciales, de recherche et même à des fins thérapeutiques.

⁶ V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 227 sur la nécessité de tenir compte des intitulés du Code pénal, ceux-ci ayant été votés par le Parlement. Ces intitulés n'ont cependant pas vocation à primer sur le contenu même du titre en cas de contraction. Sur ce point, cf. *supra*, n° 216 et 217.

à porter atteinte à ce qui fait la substance de l'homme et rabaisseraient chaque être humain, en rabaissant la valeur de l'homme en tant qu'espèce. Il n'y a donc pas véritablement de victime directe dans ces infractions, étant donné que la valeur sociale protégée par le législateur n'est pas uniquement l'intérêt de la personne concernée. Le problème est particulièrement apparent s'agissant du clonage : faut-il considérer que la victime est la personne clonée ou est-ce le clone lui-même ?

257. Les atteintes individuelles à l'embryon. Parallèlement, le livre cinquième du code pénal comprend un chapitre premier relatif aux infractions en matière de santé publique, lequel inclut une section troisième intitulée « De la protection de l'embryon humain ». Cette dernière comprend seize articles réprimant l'obtention d'embryons par un moyen illicite ou l'usage illicite d'embryons¹. Ces incriminations, dont le manque de clarté a été souligné², tendent plus directement à la protection de l'embryon et c'est pourquoi nous parlons d'atteintes individuelles.

258. L'atteinte légitime en cas d'utilisation licite de l'embryon à des fins de recherche scientifique. La volonté de permettre d'utiliser l'embryon dans le cadre de la recherche scientifique conduit à lui refuser une protection générale et à le considérer comme une chose³. Si la recherche sur l'embryon a longtemps fait l'objet d'une interdiction générale, un cadre dérogatoire a pu l'autoriser exceptionnellement. La recherche sur l'embryon a été autorisée à compter de 2004, dans des conditions précises et pour une durée de cinq années, jusqu'à la date prévue pour la révision de la loi bioéthique. Celle-ci, intervenue avec la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, a maintenu le principe de l'interdiction de la recherche sur les embryons tout en l'autorisant à titre exceptionnel⁴. Le principe de l'interdiction a par la suite été abandonné par la loi n° 2013-715 du 6 août 2013⁵ au profit de l'autorisation sous condition. L'article L. 2151-5 du Code de la Santé publique fixe désormais le régime d'autorisation de la recherche sur l'embryon ou les cellules souches embryonnaires. L'autorisation suppose notamment que la pertinence scientifique de la recherche soit établie, qu'elle s'inscrive dans une finalité médicale, qu'elle ne

¹ Art. 511-15 à 511-25-1 CP. Cette illicéité résulte généralement du non-respect des dispositions du Code de santé publique (lequel reproduit d'ailleurs les dispositions du Code pénal dans ses articles L. 2163-1 à L. 2163-8).

² V. notamment A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G* 2010, 99 ; A. PROTHAIS, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », art. préc. et, du même auteur, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 39.

³ C. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, p. 841.

⁴ Art. L. 2151-5, II C.S.P. La recherche sur les embryons est tolérée à condition que la pertinence scientifique du projet de recherche soit établie, que celui-ci puisse permettre des progrès médicaux majeurs, qu'il soit impossible de parvenir au même résultat sans utiliser d'embryons humains et que la recherche respecte les exigences éthiques (cette dernière condition paraissant aller de soi, sa pertinence est assez discutable). Il a d'ailleurs été relevé que cette loi serait plus permissive que l'ancienne qui soumettait les dérogations à l'interdiction de la recherche à la possibilité d'aboutir à des « progrès thérapeutiques majeurs ». La substitution des « progrès médicaux » aux « progrès thérapeutiques » constituerait une concession aux exigences de la recherche fondamentale (D. VIGNEAU, « Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.* 2011, p. 2224).

⁵ Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », *JORF* du 7 août 2013, p. 13449.

puisse être menée par d'autres moyens et surtout que le protocole de recherche respecte les principes éthiques relatifs à une telle recherche¹. Il demeure de principe que les embryons qui seront utilisés pour la recherche ne pourront être transférés à des fins de gestations², ce qui, à terme, implique leur « mort ».

259. La protection de l'embryon par l'encadrement des recherches. Pour autant, l'embryon étant porteur des potentialités d'une personne humaine, il convient de lui accorder une protection contre certaines dérives perverses dont il pourrait faire l'objet. Ces deux séries de considérations ont paru incompatibles à Mme MIRKOVIC qui a pu écrire que « *si l'embryon n'est pas une personne, ces restrictions n'ont pas lieu d'être et entravent inutilement la recherche. En revanche, si l'embryon doit être traité comme une personne, ces précautions, si exigeantes soient-elles, n'en sont pas moins insuffisantes puisque l'embryon est sacrifié à la recherche* »³. L'argument ne convainc pas, ainsi qu'il a été démontré⁴. Dans sa décision relative à la loi du 6 août 2013, le Conseil constitutionnel considère d'ailleurs que l'autorisation conditionnée de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires ne porte pas atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, notamment du fait de l'obligation de respect des principes éthiques relatifs à ce type de recherches⁵. Bien que l'embryon ne soit pas encore une personne, certaines incriminations pénales protègent la dignité humaine dont il est porteur, tout comme est protégée celle qui subsiste après le décès de la personne.

b) La protection du cadavre contre les atteintes matérielles

260. Le cadavre comme victime des atteintes matérielles. Le cadavre n'est plus une personne humaine, ainsi que l'enseignent les civilistes⁶. Par conséquent, les atteintes qui lui sont portées ne tombent pas sous le coup des incriminations générales réprimant les atteintes à la personne. Cela ne signifie pas pour autant que certaines atteintes portées au cadavre ne puissent être pénalement sanctionnées. Le respect des morts remonte à l'aube de l'humanité⁷ et ce respect constitue d'ailleurs l'une des marques de l'entrée dans la « civilisation ». Toutes les sociétés ont entretenu une forme de protection des défunts⁸. L'alinéa premier de l'article 16-1-1 du Code civil précise clairement que « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* ». L'article 225-17 du

¹ Art. L. 2151-5, I C.S.P.

² Art. L. 2151-5, IV C.S.P.

³ A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », op. cit.

⁴ Cf. *supra*, n° 246 et s.

⁵ Décision n° 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, considérants n° 10 et s. Selon le dixième considérant, ces principes doivent s'entendre de ceux fixés aux articles L. 1211-1 et suivants et L. 2151-1 et suivants du Code de la santé publique et aux articles 16 et suivants du Code civil.

⁶ V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., n° 206.

⁷ J. THIBAUT-PAYEN, « Cimetières et sépultures », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, coll. Quadrige, 1^e éd., 2003, p. 194.

⁸ V. par ex. CICERON, *Des lois*, II, XXI et s., traduit par CH. APPUHN, GF Garnier-Flammarion, 1965, pp. 171 et s. sur la protection des mânes et le culte des morts dans la Rome antique.

Code pénal réprime ainsi les atteintes à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, de même que la violation ou la profanation de tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts¹. Les auteurs sont cependant nombreux à considérer que la valeur sociale que le législateur cherche à protéger par cette incrimination n'est pas tant à chercher du côté du défunt que de ses proches qui lui survivent². Ces incriminations visent à protéger le corps du défunt ou le lieu sur lequel ses proches viendront se recueillir, ce qui tend à prouver que leurs sentiments priment. Pour autant, il serait possible de condamner les auteurs d'une atteinte à un cadavre ou à un monument funéraire quand bien même le défunt n'aurait plus de proches en vie ou n'aurait pu être identifié. Il semble donc qu'il faille convenir que le cadavre bénéficie encore d'une certaine protection, ce qui serait logique une fois considéré que la dignité humaine ne cesse pas entièrement avec le décès de la personne³. Cette dignité survit à la personne, ce qui tendrait à indiquer qu'elle serait une valeur sociale plus importante que la vie humaine⁴. Par conséquent, ce serait cette dignité, inhérente à la personne et qui demeure attachée à sa dépouille après le décès, que ces incriminations auraient vocation à protéger. La question est plus tranchée en ce qui concerne les atteintes à l'honneur.

261. Le refus d'une protection directe contre les atteintes à l'honneur. Selon l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, les injures et diffamations dirigées contre la mémoire d'une personne décédée ne sont constituées « *que dans le cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants* ». Il faut bien en déduire que la victime de semblables injures ou diffamations est l'héritier, l'époux ou le légataire universel vivant dont l'honneur ou la considération est indirectement mis en cause⁵. Le cadavre est bien victime des atteintes matérielles qui lui sont occasionnées, mais non des atteintes à l'honneur. En cela, sa situation s'apparente à celle des animaux qui ne sont pas susceptibles d'être victimes de toutes les variétés d'atteintes, mais essentiellement des atteintes physiques.

¹ La peine est aggravée lorsque l'acte est commis « *à raison de l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, des personnes décédées à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* », ce qui invite à considérer que « *le défunt reste donc marqué par les références communautaires qui furent autrefois celles de la personne vivante* » (É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 122). Cela mérite d'être discuté dans la mesure où ce que le droit prend en compte n'est pas tant l'appartenance de la « victime » que l'idée que l'agent se fait de cette appartenance (Cf. *infra*, n° 295 et s.).

² V. notamment E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 38 ; É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 121 ; E. PUTMAN et F. RINGEL, « *Après la mort...* », *D.* 1991, p. 241 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 190.

³ V. O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2008, n° 137 et s. ; B. MATHIEU, « *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?* », *D.* 1996, p. 282 ; P. MISTRETTA, « *La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal* », *JCP G* 2005, I, 100.

⁴ Sur ce point, V. L. NEGRIER-DORMONT et S. TZITZIS, *Criminologie de l'acte et philosophie pénale*, op. cit., n° 209 ; M. DELMAS-MARTY, « *Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs* », in *Regards sur le droit*, sous la direction de F. TERRE, Dalloz 2010, p. 335. V. également les développements relatifs aux crimes contre l'humanité (cf. *infra*, n° 305 et s.) et au consentement de la victime (cf. *supra*, n° 176).

⁵ Cette condition est strictement appréciée par la jurisprudence : V. Crim. 10 mai 2011, *Dr. pén.* 2011, comm. 102, obs. M. VERON refusant la constitution de partie civile de la sœur du défunt peintre Pablo Picasso, celle-ci n'ayant pas établie sa qualité d'héritière ayant accepté la succession.

2) La protection de la faune garantissant la vie animale

262. L'importance sociale de l'animal. Contrairement au végétal, l'animal est doté d'une forme de volonté ainsi que d'une autonomie de mouvement. Il a toujours été d'une grande importance au sein des sociétés humaines. La chasse a été l'une des premières activités humaines. La place de l'animal est même devenue fondamentale lorsque l'être humain a commencé à le domestiquer, ce qui lui a permis de pratiquer l'élevage et a contribué à sa sédentarisation. Il a également pu user de la force animale pour les activités agricoles, martiales, ainsi que pour le transport. Au sein de certaines civilisations, l'animal a même pu être considéré comme une divinité, l'exemple de l'Égypte antique¹ s'imposant immédiatement à l'esprit. De plus, nombre d'animaux sont dotés d'un système nerveux, ce qui les rend à même de ressentir la douleur. La question de leur prise en compte, voire de leur protection par l'homme se pose donc avec d'avantage d'acuité que pour les végétaux. Nombre de penseurs ont adopté leur parti. Saint Thomas D'AQUIN leur prêtait ainsi une « âme sensitive ». Victor HUGO², Émile ZOLA³, Michel DE MONTAIGNE⁴, ou plus récemment Luc FERRY⁵ ont tous défendu les animaux dans certains de leurs écrits.

263. Les évolutions juridiques du statut de l'animal. Le droit se révèle quant à lui plus circonspect sur la question. Sur le point de savoir si l'animal doit être protégé pour lui-même, la réponse du Code civil semble négative. Son article 528 affirme clairement que les animaux sont des meubles par nature⁶. Par conséquent, ils sont des choses⁷ et sont dans le commerce juridique. Ils peuvent être appropriés, faire l'objet de transactions et leur propriétaire éventuel dispose du droit d'en jouir et d'en disposer de la manière la plus absolue sauf à en faire un usage prohibé par les lois et les règlements⁸. La question se pose alors de savoir quels sont les usages que lois et règlements prohibent. Initialement, le Code pénal de 1810 adhérait à la conception civiliste et ne réprimait que les atteintes aux animaux utilitaires en ce qu'elles constituaient des atteintes au patrimoine de leurs propriétaires⁹. Par suite, le droit pénal a évolué vers une plus grande

¹ Les chats notamment y étaient révéérés en honneur à BASTET, déesse de la joie, de la musique et de la fertilité, présentée sous les traits d'une chatte.

² « Dieu qui fait les oiseaux ne fait pas le gibier », dernier vers du poème *À un homme partant pour la chasse*.

³ « La cause des bêtes pour moi est plus haute, intimement liée à la cause des hommes, à ce point que toute amélioration dans nos rapports avec l'animalité doit marquer à coup sûr un progrès dans le bonheur humain », *Nouvelle campagne*, 1896.

⁴ « il y a plus de distance de tel homme à tel homme qu'il n'y en a de tel homme à telle bête », *Les Essais*, Livre I, chap. XLII, trad. par A. LANLY, Gallimard, coll. Quatro, 2009, p. 317.

⁵ V. L. FERRY, *Le nouvel ordre écologique*, Grasset, 1992.

⁶ Ils peuvent parfois recevoir la qualification d'immeubles par destination, en vertu des articles 522 (animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture) et 524 (animaux que le propriétaire a placés pour le service et l'exploitation du fonds) du Code civil.

⁷ CH. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, coll. Manuel, 11^e éd., 2011, n° 626 ; F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2010, n° 5.

⁸ Art. 544 C. civ.

⁹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 284.

protection de l'animal¹. L'étude de sa configuration actuelle amène à conclure que l'animal peut occasionnellement bénéficier d'une protection pénale intrinsèque. Il existe donc des infractions dont la victime est un animal, mais il ne saurait s'agir de n'importe quel animal.

264. Le refus de la qualité de victime aux animaux sauvages. Il convient d'opérer une distinction entre les animaux « *vivants au voisinage de l'homme c'est-à-dire les animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité* »², seuls protégés par le droit criminel, des animaux entièrement sauvages. Les différentes atteintes à la vie et à l'intégrité physique de l'animal prévues dans le Code pénal³ ne sont réprimées que lorsqu'elles visent « un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité ». Par conséquent, les animaux qui ne vivent pas dans le voisinage humain ne peuvent être victimes de ces infractions. Il faut noter que l'article 521-2 du Code pénal, incriminant la pratique d'expériences ou de recherches scientifiques ou expérimentales sans se conformer aux prescriptions réglementaires, ne vise que « les animaux », aussi faudrait-il en conclure que les animaux sauvages sont également concernés⁴. Le Code de l'environnement assure quant à lui la sanction des atteintes aux espèces protégées, mais dans les mêmes conditions, et aux mêmes articles, que pour les végétaux. Cela amène à considérer que ces espèces animales sont pareillement protégées dans le seul but de préserver le milieu naturel⁵. Elles ne sauraient donc être considérées comme victimes d'infraction.

265. Conséquence : la possibilité de tuer l'animal sauvage. Deux arguments ont été avancés en doctrine pour justifier cette exclusion des animaux totalement sauvages de la sphère de protection pénale : la volonté de permettre à l'homme de se défendre contre une éventuelle agression par un animal sauvage et la volonté de permettre l'exercice de la chasse⁶. Le premier argument n'apparaît pas d'une grande pertinence dans la mesure où la légitime défense (art. 122-5 CP) ou l'état de nécessité (art. 122-7 CP) suffiraient à justifier celui qui se serait défendu par la

¹ Ainsi, la loi Grammont du 2 juillet 1850 est venue réprimer les atteintes publiques à l'animal, mais dans un but de protection de la morale publique. Par suite, le décret du 7 septembre 1959 et la loi n° 63-1143 du 19 novembre 1963 étendirent la répression aux atteintes privées. Sur l'évolution historique de cette législation, V. ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 1115 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 284 ; W. JEANDIDIER, « La protection pénale de l'animal », in *Mélanges offerts à Albert CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 81 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'animal dans le nouveau code pénal », *D.* 1995, p. 187 ; « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.

² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 285.

³ Sévices graves ou de nature sexuelle, actes de cruauté ou abandon (art. 521-1 CP), le fait de causer la mort ou une blessure par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements (art. R. 653-1 CP), les mauvais traitements (art. R. 654-1 CP) et l'atteinte volontaire à la vie d'un animal (art. R. 655-1 CP).

⁴ Cependant, outre le fait qu'il paraît difficile de mener à bien des expériences sur un animal sans le retenir, au moins le temps de l'expérience, en captivité, il faut relever que ces dispositions réglementaires ne sont pas très protectrices des animaux concernés. Ainsi, si l'alinéa 1 de l'article R. 214-91 du Code rural et la pêche maritime impose l'usage de l'anesthésie ou de l'analgésie lors des expérimentations, l'alinéa second précise que le préfet peut autoriser à ne pas avoir recours à ces procédés si cela s'avère nécessaire au succès de l'expérience.

⁵ Cf. *supra*, n° 250 et s. et spéc. n° 253.

⁶ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°1117 ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2008, n° 848.

violence contre une agression animale, qu'elle émane d'une bête sauvage ou domestique. Le système actuel a néanmoins l'avantage de faire peser la charge de la preuve de la sauvagerie de l'animal ou du caractère non-nécessaire de l'acte de défense sur la partie poursuivante. Le second convainc davantage car il y aurait bien incohérence à reconnaître aux animaux une protection pénale de principe à laquelle l'exercice de la chasse ferait exception. Cela reviendrait à faire dépendre l'existence (ou la répression) de l'infraction des mobiles qui ont conduit l'agent à vouloir tuer un animal¹.

266. L'imprécise distinction des animaux sauvages et domestiques. Les animaux sauvages ne bénéficient donc pas de la protection du Code pénal, sauf à ce qu'ils aient été apprivoisés ou capturés. Le droit retient² comme critère la proximité, fût-elle imposée, de l'animal avec l'homme et non pas uniquement le caractère sauvage ou domestique de son espèce. Cette innovation a été approuvée car le critère de domesticité « *est un mauvais critère. Il est variable dans le temps et dans l'espace* »³. Il semble logique, par exemple, de considérer qu'un lion élevé et dressé dans un cirque, habitué à la présence de ses dompteurs et à être nourri par eux, ne présente pas le même caractère de sauvagerie que ses congénères des savanes et ne doit pas pouvoir être maltraité impunément, notamment par ses dompteurs.

267. L'admission de la qualité de victime pour les animaux proches de l'homme. Le classement de l'animal dans la catégorie des animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité lui ouvre droit à une protection pénale spécifique. Cet animal est bel et bien la victime des infractions que nous avons évoquées. On en veut pour preuve le fait que ces atteintes sont réprimées qu'elles soient commises publiquement ou non⁴ et quand bien même l'auteur des faits serait le propriétaire de l'animal. Cela peut être déduit du fait que les articles précités envisagent la condamnation du propriétaire en précisant que l'animal pourra alors être remis à une association de protection⁵. Ainsi, la valeur sociale protégée par ces incriminations est bien la vie ou l'intégrité physique desdits animaux. Il ne semble pas qu'une autre valeur sociale soit lésée par une atteinte

¹ La protection du gibier contre les actes de cruauté est cependant assurée, de façon indirecte et bien incomplète, par l'encadrement des moyens utilisables pour la chasse. V. art. L. 424-1 et s. et R. 424-1 et s. C. env. ; W. JEANDIDIER, « La protection pénale de l'animal », op. cit. ; M. REDON, « Chasse », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, spécialement n° 89 s. L'obstruction à un acte de chasse est par ailleurs pénalement sanctionnée (art. R. 428-12-1 C. env.), ce qui exclut la possibilité de « défendre » le gibier. V. M. VERON, « L'obstruction à un acte de chasse », *Dr. pén.* 2010, comm. 90. V. cependant, Crim. 28 février 1989, *Bull. crim.* n° 93 affirmant qu'un animal nuisible peut être abattu mais que les actes de cruauté à son encontre demeurent sanctionnés par l'article 453 de l'ancien code pénal (actuel art. 521-1 CP).

² Et ce depuis la loi n° 89-412 du 22 juin 1989, *JORF* 24 juin, p. 1989.

³ A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *D.* 1990, p. 33, qui relève que les loups et renards peuvent être apprivoisés et que certains chiens peuvent se comporter comme des bêtes féroces.

⁴ Art. 521-1 al. 1, R. 654-1 al. 1 et R. 655-1 al. 1 CP.

⁵ Art. 521-1 al. 2, R. 653-1 al. 2 et R. 654-1 al. 2 CP. L'article R. 655-1 du Code pénal réprimant le fait de donner la mort sans nécessité, il n'envisage évidemment pas une telle remise, mais rien dans la lettre de cette disposition n'exclut le propriétaire de l'animal de son champ d'application.

commise secrètement et par le propriétaire de l'animal. Il n'est même pas possible de considérer qu'il s'agit simplement de sanctionner les tendances sadiques chez l'agent, puisque d'une part de telles tendances ne devraient être gérées que par les services de santé compétents, que d'autre part de telles tendances existent également, mais ne sont pas réprimées, lorsqu'elles s'exercent sur un animal sauvage, et que pour finir les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique sont également sanctionnées. Il y a donc bien protection, par le droit pénal de l'animal, pour lui-même. Cette protection va même plus loin que la simple répression des atteintes portées à l'animal, l'incrimination de l'abandon créant une obligation positive pour son propriétaire de s'en occuper¹. L'article L. 214-1 du Code rural et de la pêche maritime, qui dispose que « *tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce* », témoigne d'une conception identique.

268. Le maintien des appropriations frauduleuses. Ces considérations, associées au placement de ces infractions dans le livre cinq du Code pénal consacré aux « autres crimes et délits » et non dans le livre trois consacré aux atteintes aux biens, ont conduit M. MARGUENAUD à considérer que l'animal serait doté de la personnalité juridique, sur le modèle de la personnalité morale développé par Léon MICHOU². L'animal ne devrait alors plus être considéré comme un bien³ ce qui aurait pour effet d'exclure l'animal du champ d'application des atteintes aux biens et notamment des appropriations frauduleuses. Une large part de la doctrine préfère cependant continuer à percevoir l'animal comme un bien digne d'une protection particulière due à sa sensibilité⁴. Cette seconde approche apparaît plus conforme à l'esprit du droit qui emploie le terme de « propriétaire » pour désigner le maître de l'animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité. L'animal est, en droit, encore considéré comme un bien. Il est susceptible de faire l'objet d'un commerce réglementé par le Code rural et de la pêche maritime. L'animal est un bien particulièrement protégé, mais susceptible d'appropriation. De cette considération découle une conséquence claire : le fait de s'approprier un animal frauduleusement est constitutif de l'atteinte aux biens correspondant au comportement, et la victime en est le propriétaire⁵. Il ne saurait être question de traiter de tels faits comme des atteintes à une hypothétique liberté de l'animal et il ne semble pas nécessaire de modifier la lettre du code pénal pour y définir le vol comme « *la soustraction frauduleuse de la chose ou de l'animal d'autrui* »⁶. Ainsi, seule la personne juridique bénéficie

¹ M. VERON, « Protéger ou massacrer : comment choisir ? », note sous Crim., 4 mai 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 88.

² J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », op. cit.

³ J.-P. MARGUENAUD, « L'animal dans le nouveau code pénal », op. cit. ; « La protection juridique du lien d'affection envers un animal », *D.* 2004, p. 3009.

⁴ S. ANTOINE, « L'animal et le droit des biens », *D.* 2003, p. 2651 (suggérant la création d'une nouvelle catégorie de biens contenant les organismes vivants) ; R. LIBCHABER, « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », *RTD Civ.* 2001, p. 239 ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », op. cit.

⁵ M. REDON, « Animaux », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 6 et s.

⁶ Modification suggérée par M. MARGUENAUD in « L'animal dans le nouveau code pénal », op. cit. et qui fit l'objet d'une proposition de loi (n° 1313 tendant à renforcer les garanties juridiques du statut de l'animal, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} juin 1994).

d'une protection pénale propre à caractère général. Les choses n'y ont vocation que dans la mesure où l'une de leurs particularités le justifie, c'est-à-dire lorsque l'une de leurs particularités représente une certaine valeur sociale justifiant une protection pénale. Encore faut-il que cette valeur repose sur une donnée propre à la chose, sans quoi elle ne saurait être que le support de la valeur sociale protégée, derrière laquelle elle s'effacerait.

Section seconde

La victime effacée derrière la valeur sociale protégée

269. Le concept d'effacement de la victime derrière une valeur sociale protégée.

Lorsque la valeur sociale préservée par l'incrimination est consubstantielle de la personne de la victime, il ne fait aucun doute que c'est bien elle que le législateur entend protéger. Ainsi en va-t-il de la vie humaine, de l'intégrité physique ou encore de la propriété. Toutes sont des valeurs consubstantielles à la personnalité, humaine dans les deux premiers cas et juridique dans le troisième. Pour que la qualification de « victime » puisse être employée, il est nécessaire que l'infraction porte atteinte à une valeur sociale consubstantielle de la victime¹. Cependant, une telle équivalence logique entre la protection d'une valeur sociale et la protection de la victime en laquelle cette valeur réside n'est pas systématiquement observable. Une même incrimination peut viser à préserver plusieurs valeurs sociales distinctes. En pareil cas, certaines valeurs peuvent ne pas être consubstantielles de la personne de la victime, tout en entretenant néanmoins un lien avec elle. La victime peut alors être perçue comme un simple support de la valeur préservée par l'incrimination. Le texte pénal impose la prise en compte d'une caractéristique de la victime dont il sera possible de déduire la volonté de l'agent d'attenter à une seconde valeur sociale. L'incrimination protège la victime pour elle-même, s'agissant de l'atteinte à la première valeur sociale, celle qui lui est consubstantielle. Mais s'agissant de la seconde valeur sociale, la victime n'a qu'un rôle de révélateur. Dans le fondement de la répression, la victime s'efface derrière cette valeur sociale². Une telle conception a des répercussions techniques, lesquelles varient en fonction de la nature de la valeur sociale derrière laquelle la victime s'efface. Les valeurs sociales dont la victime n'est que le support sont celles qui la dépassent. Elles correspondent aux valeurs

¹ Cf. *supra*, n° 11 et s. et spéc. n° 18 et s.

² Cet effacement n'est que partiel dans le cadre général de l'incrimination. Pour que l'on puisse parler de « victime », il est nécessaire que l'incrimination sanctionne également l'atteinte à une valeur sociale consubstantielle de la victime. L'incrimination visera à protéger deux valeurs sociales, mais la victime ne s'effacera une devant l'une d'elles. Cet aspect est particulièrement notable lorsque la protection de la seconde valeur sociale est l'objet d'une circonstance aggravante. Au regard de l'infraction aggravée, la victime sera centrale pour la part correspondant à l'infraction simple et effacée pour la part correspondant à l'aggravation.

auxquelles participe la victime, sans pour autant en être l'unique représentante. Au travers de la victime, c'est à un ensemble plus vaste que l'agent porte atteinte. Ainsi, c'est à l'ensemble d'une activité utile à l'intérêt social que l'agent porte atteinte lorsqu'il s'en prend à une personne exerçant cette activité (I). C'est pareillement une fraction plus vaste du genre humain que vise l'agent lorsque la victime est choisie en raison de ses appartenances (II).

I – L'EFFACEMENT DE LA VICTIME DERRIÈRE SA FONCTION SOCIALE

270. La protection des fonctions au travers des personnes les exerçant. Certaines activités, en tant qu'elles sont tournées vers le public, l'intérêt général et le service du plus grand nombre, sont considérées par le législateur comme particulièrement utiles à l'intérêt social et donc dignes de protection pénale. Elles peuvent être rassemblées sous le qualificatif d'activités d'intérêt général¹ ou d'intérêt commun². L'infraction portant atteinte à une personne exerçant une telle activité lèse deux valeurs sociales au lieu d'une seule. En premier lieu bien sûr, la valeur sociale qu'incarne la victime. Mais, en second lieu, l'infraction porte également atteinte à une valeur sociale tenant au bon déroulement de l'activité sociale à laquelle participe la fonction exercée par la victime. Les normes d'incrimination imposent la prise en considération de la fonction exercée par une victime à des fins de protection de la fonction davantage que de la personne elle-même. Cela s'observe aussi bien lorsque la fonction est un élément constitutif d'une circonstance aggravante (A) que lorsqu'elle est un élément constitutif d'une infraction spécifique (B).

A/ LA PROTECTION DE LA FONCTION PAR L'AGGRAVATION DES ATTEINTES À LA VICTIME

271. La diversité des circonstances aggravantes supposant l'exercice d'une fonction particulière par la victime (1) ne doit pas masquer le fait que l'aggravation est toujours justifiée par la volonté de préserver la fonction elle-même au travers de celui qui l'exerce (2).

1) La diversité des circonstances aggravantes tenant à la fonction de la victime

272. Les circonstances aggravantes spécifiques tenant aux fonctions de la victime dans les infractions de presse. À tout seigneur, tout honneur : mentionnons en premier lieu le Président de la République dont l'offense était spécialement sanctionnée par l'article 26 de la loi

¹ Cette appellation a été préférée à celle d'« activités publiques » car elles ne sont pas nécessairement exercées par des agents publics. Le terme d'« activités d'ordre public » a également été envisagé mais ne fut pas retenu en raison de la confusion qu'il peut susciter avec la notion juridique établie d'ordre public. L'expression ne renvoie pas à une notion bien définie mais semble constituer le point commun entre les différentes activités protégées, cf. *infra*, n° 580 et s.

² Sur l'appréciation duquel cf. *infra*, n° 580 et s.

du 29 juillet 1881¹. Cette incrimination spécifique a cependant été abrogée par la loi du 5 août 2013² et remplacée par une circonstance aggravante des infractions de diffamation³ et d'injure⁴ publiques. Outre la réduction de la peine encourue, le chef de l'État a ici perdu deux aspects de la protection renforcée qui lui était reconnue contre la diffamation. En premier lieu, la diffamation concernant sa vie privée cesse d'être aggravée⁵ et, en second lieu, l'*exceptio veritatis*⁶ peut désormais être invoquée par l'auteur de la diffamation tandis qu'elle n'était pas applicable en cas d'offense⁷. En matière d'injures, l'excuse de la provocation⁸ n'est en revanche pas invocable par l'agent⁹, bien que ce soit précisément l'existence d'une forme de « provocation » antérieure qui semble avoir décidé la Cour européenne des droits de l'homme à sanctionner une condamnation pour offense au Président de la République dans une décision présentée comme la cause de l'abrogation du délit¹⁰. Notons par ailleurs que les chefs d'État, les chefs de gouvernement ou les ministres étrangers ne bénéficient pas plus d'une protection pénale spécifique, et ce depuis la loi du 9 mars 2004¹¹. De manière globale, les armées sont davantage protégées contre l'injure et la diffamation, de même que les cours et tribunaux, les corps constitués, les administrations publiques¹², les membres des Chambres du Parlement, les fonctionnaires publics, les dépositaires et agents de l'autorité publique, les ministres des cultes salariés par l'État, les personnes chargées d'un ministère, les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, les jurés et les témoins¹³.

273. Les circonstances aggravantes spécifiques tenant aux fonctions de la victime dans les infractions militaire. Le Président étant le chef des armées (article 15 de la Constitution), il est possible de demeurer dans le domaine militaire en citant le supérieur. Le Code de justice militaire sanctionne les voies de fait¹⁴ et les outrages¹⁵ commis par un subordonné envers son

¹ La peine était alors de 45 000 € d'amende alors qu'elle n'est que de 45 000 à 12 000 € pour les injures publiques envers les particuliers ou même les fonctionnaires (L. 29 juillet 1881, art. 33).

² Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338, art. 21.

³ Art. 31 al. 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁴ Art. 33 al. 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁵ Art. 31 al. 2nd de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁶ Sur laquelle cf. *infra*, n° 338 et s.

⁷ Crim. 21 décembre 1966, *Bull. crim.* n° 300.

⁸ Sur laquelle cf. *supra*, n° 139 et s. et spéc. n° 147 et s.

⁹ Art. 33 al. 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁰ CEDH, 5^e sect., 14 mars 2013, n° 26118/10, *Eon c/ France*, spéc. § 60. Le Chapitre XIII de la loi du 5 août 2013 est ainsi explicitement intitulé « *Dispositions abrogeant le délit d'offense au chef de l'État afin d'adapter la législation française à l'arrêt de la Cour européenne du 14 mars 2013* », bien que l'arrêt en question ne se prononce pas sur la conventionnalité de l'incrimination elle-même (§ 55).

¹¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 52, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4567.

¹² L. 29 juillet 1881, art. 30 (diffamation) et 33 (injure).

¹³ L. 29 juillet 1881, art. 31 (diffamation) et 33 (injure).

¹⁴ Art. L. 323-9 et s. C.J.M.

¹⁵ Art. L. 323-12 et s. C.J.M.

supérieur. La peine prévue est applicable toutes les fois qu'elle est supérieure à celle que le Code pénal prévoit lui-même pour les infractions équivalentes¹. Dans le même domaine, les violences et les insultes envers les sentinelles et les vedettes² font l'objet d'une répression accrue³. Les violences commises par un militaire à l'encontre d'un subordonné font également l'objet de dispositions spécifiques dans le Code de justice militaire, mais elles relèvent d'une toute autre logique. En effet, alors que les atteintes au supérieur ou à la sentinelle sont classées dans les insubordinations⁴, les infractions à l'encontre du subordonné sont classées dans les abus d'autorité⁵. Cette différence de classement révèle une différence de nature : le choix d'un subordonné comme victime ne révèle pas la volonté de l'auteur d'attenter à une seconde valeur sociale, mais une plus grande dangerosité de sa part, sa victime étant moins en position de lui résister⁶. Aux côtés de ces textes spécifiques, le Code pénal instaure une circonstance aggravante générale liée aux fonctions de la victime.

274. La circonstance aggravante générale tenant aux fonctions de la victime. Nombre d'infractions sont ainsi aggravées lorsqu'elles sont commises « *sur un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation [...]* »⁷ ou encore « *sur un enseignant ou tout membre des personnels travaillant dans les établissements scolaires, sur un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ou toute personne chargée d'une mission de service public, ainsi que sur un professionnel de santé* »⁸. S'ajoutent à cette liste le témoin ou la victime d'une infraction et la partie civile⁹. Quant aux infractions aggravées, sont en premier lieu concernées les différentes atteintes à la vie ou à l'intégrité physique des personnes¹⁰.

¹ Art. L. 323-11 C.J.M.

² Soldats placés en sentinelles afin d'observer et de renseigner.

³ Art. L. 323-15 et L. 323-16 C.J.M. Notons à ce propos que sentinelles et vedettes sont parmi les seuls soldats qu'un militaire de grade équivalent ne peut insulter impunément, l'article L. 323-14 du Code de justice militaire prévoyant que les injures entre militaires de grades équivalents ne peuvent être pénalement réprimées, sous réserve des dispositions de l'article 323-16 C.J.M., ou à moins qu'il existe entre eux un rapport de subordination résultant de la fonction ou de l'emploi.

⁴ Section 1 du Chapitre 3 relatif aux infractions contre la discipline, située dans le Titre 2 (des infractions d'ordre militaire) du Livre 3 (relatif aux peines et aux infractions d'ordre militaire).

⁵ Section 2 du même Chapitre 3

⁶ Sur ce point, cf. *infra*, n° 598 et s.

⁷ V. par exemple art. 221-4 4° CP s'agissant du meurtre.

⁸ V. par exemple art. 221-4 4° bis CP.

⁹ V. par exemple art. 221-4 5° CP.

¹⁰ Sont ainsi concernés le meurtre (art. 221-4 4°, 4° bis et 5° CP), l'empoisonnement (art. 221-5 al. 3 CP), les tortures et actes de barbarie (art. 222-3 4°, 4° bis et 5° CP) et les différentes variétés de violences volontaires (art. 222-8 4°, 4° bis et 5° CP pour les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner ; art. 222-10 4°, 4° bis et 5° CP lorsqu'en est résulté une mutilation ou une infirmité permanente ; art. 222-12 4°, 4° bis et 5° CP lorsqu'elles ont entraîné une incapacité totale de travail de plus de huit jours ; art. 222-13 4°, 4° bis et 5° CP si l'incapacité totale de travail est égale ou inférieure à huit jours ou si elle a été nulle ; art. 222-14-1 CP si les violences ont été commises en

La diffamation est également sanctionnée plus durement¹. Les biens ne sont pas oubliés, les destructions, dégradations et détériorations de biens ne présentant pas un danger pour les personnes étant également aggravées². Enfin, il est possible de citer l'article 433-3 du Code pénal incriminant « *la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes et les biens* »³. Malgré sa brièveté, voire du fait de sa brièveté, cette liste révèle un certain nombre d'incohérences dans la politique d'incrimination. Ces incohérences trouvent néanmoins à s'expliquer par le fait que l'aggravation trouve sa raison d'être dans la volonté de préserver les fonctions, et non leurs titulaires.

2) L'aggravation justifiée par la volonté de préserver la fonction exercée par la victime

275. Logique, la protection de la fonction au travers de la victime devrait constituer la *ratio legis* des aggravations considérées (a). C'est pourquoi les errements du législateur en la matière se révèlent condamnables (b).

a) La pertinence de la protection de la fonction au travers de la victime

276. **La conception philosophique institutionnelle de la protection des fonctions d'intérêt général.** La protection des fonctions d'intérêt commun peut être perçue comme l'expression de grands concepts de la philosophie politique. Du point de vue institutionnel, cette circonstance aggravante marque la volonté de la société, ou de l'État, de se prémunir contre les atteintes qui pourraient leur être portées au travers de leurs agents. Cette préoccupation est connue depuis fort longtemps. ARISTOTE, par exemple, définissait le juste comme « *ce qui est susceptible de créer ou de sauvegarder, en totalité ou en partie, le bonheur de la communauté politique* »⁴ et mentionnait l'aggravation de la peine résultant de ce que la victime était un magistrat de la cité⁵. L'auteur de l'infraction est perçu comme d'autant plus dangereux, et son acte est d'autant plus blâmable, qu'il a cherché à s'en prendre au fondement même de l'ordre social. BECCARIA

réunion ou avec guet-apens) ainsi que l'administration de substances nuisibles (art. 222-15 CP qui renvoie aux articles sanctionnant les violences volontaires).

¹ Art. 30 et 31 L. 29 juillet 1881. Cf. art 32 pour la peine de la diffamation envers une personne privée.

² Art. 322-3 3° et 4° CP. Cet article ne mentionne cependant pas les agents privés de gardiennage. Notons par ailleurs que le 8° de cet article aggrave la peine lorsque le bien est destiné à l'utilité ou la décoration publique et qu'il appartient à une personne publique ou chargée d'une mission de service public, ce qui procède de la même logique.

³ Art. 433-3 CP. V. également art. 434-5 et 434-8 CP pour les menaces envers les victimes et les acteurs de la justice. Il serait néanmoins possible de classer ces incriminations dans la liste de celles qui requièrent que la victime exerce une certaine fonction. En effet, s'agissant des personnes privées, on ne sanctionne que « *la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes* » (art. 222-17 et s. et R. 623-1 CP) ou « *la menace de commettre une destruction, une dégradation ou une détérioration* » (art. 322-12 ; 322-13 ; R. 631-1 et R. 634-1 CP). Tous les délits contre les biens ne sont donc pas visés. Par ailleurs, les menaces contre les personnes ne tombent sous le coup de la loi pénale qu'à la condition d'avoir été réitérées ou matérialisées dans un écrit, une image, ou tout autre objet. Or cette condition n'est pas requise s'agissant de la menace adressée à un acteur social protégé. Par conséquent, malgré de fortes similitudes entre ces incriminations, on constate que la qualité de la victime n'est pas la seule différence puisque celle-ci réside également dans la description du comportement constituant l'élément matériel de l'incrimination.

⁴ ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, GF-Flammarion, 1965, Livre V, Chapitre I, n° 13, p. 125.

⁵ *Ibid.*, Livre V, Chapitre V, n° 4, p. 133.

considérerait que la mesure de gravité des infractions devait être le dommage causé à la société¹, ce dont il découle que les délits qui « mènent tout droit à la destruction de la société ou de ses représentants [...] sont les plus graves parce qu'ils sont les plus nuisibles »². Chez ROUSSEAU l'impératif de conservation de l'État justifie le droit de vie et de mort dont celui-ci peut disposer³. L'agent qui porte atteinte à une personne investie de l'une de ces fonctions atteint par ricochet le bon déroulement de l'activité exercée par sa victime. Il porte ainsi atteinte à deux valeurs sociales au lieu d'une⁴, ce qui justifie l'aggravation⁵. Comme l'a relevé un auteur, « à travers la personne qui l'exerce, c'est la fonction qui est protégée »⁶, or toute organisation sociale nécessite que certaines activités soient exercées pour le bien de la collectivité.

277. Une conception encadrant la répression. Si ces incriminations visent bien à protéger les activités socialement utiles, il convient de ne sanctionner que les atteintes qui les visent effectivement, sans quoi ces atteintes ne se différencieront pas des autres. Cela impose par conséquent de limiter le choix des fonctions protégées, puisque seules doivent être concernées les fonctions réellement utiles à l'ordre social. Cela conduit également à exiger la preuve d'un lien entre l'atteinte subie par la victime et ses fonctions, l'aggravation ne se concevant qu'à la condition que l'agent ait cherché à y porter atteinte⁷. Cette conception permet de surmonter l'objection de certains auteurs pour lesquels l'aggravation des atteintes aux acteurs sociaux particulièrement exposés ne procéderait que d'un « droit pénal « magique » »⁸ n'ayant qu'une vertu symbolique et cathartique⁹. Par l'appréciation stricte du lien entre l'acte commis par l'agent et le trouble causé à une activité d'intérêt commun, elle évite de disperser la répression et contribue à lui rendre sa raison d'être : protéger les activités utiles à l'ensemble du corps social. Cela explique la politique d'incrimination, au moins quant aux atteintes aux biens.

278. Une conception expliquant la politique d'incrimination concernant les atteintes aux biens. Le choix des infractions aggravées apparaît parfois susceptible de déconcerter l'interprète. Ainsi, les destructions, dégradations et détériorations de biens sont aggravées, alors

¹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, GF-Flammarion, 1991, § VII, p. 75.

² *Ibid.*, § VIII, p. 78.

³ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Le Livre de Poche, coll. Les classiques de la philosophie, 1996, Livre II, Chapitre V, p. 66-69.

⁴ V. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, n° 193 pour la justification du fait qu'une circonstance aggravante peut adjoindre un intérêt nouveau à celui que protège l'incrimination initiale. Selon certains en effet, la circonstance aggravante ne se conçoit que si elle n'a une influence que sur la portée de l'intérêt déjà protégé par l'infraction simple.

⁵ La fonction d'une circonstance aggravante étant de « moduler le jugement de valeur » porté par la loi pénale sur un acte répréhensible (C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n° 6 ; C. PEILA-BINET, *Le rôle des circonstances aggravantes dans l'élaboration d'un droit pénal spécifique*, Thèse, Université de Rennes I, 2006, p. 11 ; M. DALLOZ, « Circonstances aggravantes », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 6).

⁶ C. PEILA-BINET, *Le rôle des circonstances aggravantes dans l'élaboration d'un droit pénal spécifique*, op. cit., p. 258.

⁷ Sur cette exigence, cf. *infra*, n° 408 et s.

⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 924.

⁹ J.-F. SEUVIC, « Chronique législative – Circonstances aggravantes liées à la raison de commission de certaines infractions », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 826.

que les appropriations frauduleuses ne sont nullement visées¹. Il semble anormal que l'agent voie sa peine aggravée s'il détruit un bien, mais non s'il se contente de s'en emparer, éventuellement dans le simple but d'en priver l'acteur social, ce qui revient alors au même qu'une destruction². Cela semble d'autant plus anormal que le Code pénal aggrave la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes et les biens, sans distinction entre ces dernières. Par conséquent, la menace de commettre un vol ou une extorsion est aggravée tandis que le vol et l'extorsion eux-mêmes ne le sont pas. Cette différence se peut pourtant expliquer par le fait que l'appropriation frauduleuse, indépendamment du choix de la victime, est en théorie motivée par l'appât du gain. En conséquence, ce type d'infraction ne révèle pas suffisamment une hostilité de l'agent à l'encontre de la fonction protégée. L'exemple des menaces est fort éloquent à ce propos : la menace de s'approprier frauduleusement un bien ne rapporte matériellement rien à l'agent, donc peut s'inscrire dans une démarche d'hostilité à l'encontre de la fonction. Mais si l'appropriation frauduleuse vient à être commise, l'agent en retire un bénéfice. Aggraver la répression reviendrait à tenir compte d'une particulière victimisation de l'acteur social, et non de l'hostilité supérieure de l'agent à l'encontre des valeurs sociales. L'explication n'est pas aussi satisfaisante s'agissant du choix des atteintes aux personnes aggravées.

279. Une conception n'expliquant pas certaines incohérences de la politique d'incrimination concernant les atteintes aux personnes. Au regard du critère posé, l'aggravation des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique se comprend, mais l'exclusion des autres atteintes à la personne a de quoi surprendre. Pensons ainsi à l'enlèvement ou la séquestration³, voire aux agressions sexuelles⁴ qui toutes pourraient être commises à l'encontre d'un acteur social protégé à raison de ses fonctions et traduire une semblable hostilité de l'agent à l'encontre de l'activité sociale exercée. En revanche, il semble logique que la diffamation soit aggravée alors que l'injure ne l'est pas⁵. À l'inverse de la diffamation qui jette le discrédit sur la fonction en mettant en doute l'honneur de ceux qui l'exercent, l'injure ne visant que l'agent lui-même ne paraît pas porter atteinte à la fonction elle-même. Il en va différemment lorsque l'injure vise une institution ou un corps public dans son ensemble, ce qui explique que celle-ci soit aggravée⁶. Satisfaisante dans ses effets, la conception classique semble de plus en mesure de justifier une large part des solutions du droit positif. Cela conduit à regretter les accrocs que lui inflige le législateur.

¹ Cf. cependant *infra*, n° 288 pour l'incrimination de la soustraction et du détournement de biens contenus dans un dépôt public.

² V. CA Bordeaux, 3^e ch. corr., 5 mars 1992, *D.* 1992, p. 305, note S. MIRABAIL ayant retenu les deux qualifications pour des manifestants s'étant emparés de marchandises étrangères pour les détruire aussitôt après.

³ Art. 224-1 et s. CP.

⁴ Art. 222-22 et s. CP.

⁵ L'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sanctionne l'injure d'une peine de 12 000 euros que la victime exerce une fonction d'ordre public ou non. La seule différence réside dans le fait que l'excuse de la provocation ne semble pas s'appliquer aux injures à un acteur social protégé.

⁶ Cf. *supra*, n° 272.

b) L'incohérence de la conception fondée sur la victimisation des acteurs exposés

280. La conception pragmatique personnelle : la protection des acteurs exposés. Cette conception conduit à se placer du point de vue de l'acteur social. La protection pénale qui lui est reconnue pourrait se percevoir comme la prise en considération de la particulière exposition aux atteintes induite par sa fonction. Parce que l'agent accepte de se consacrer à une activité d'intérêt général, il s'exposera aux atteintes de ceux qui veulent s'opposer à l'exercice de cette activité. Parce qu'il représentera l'État ou au moins une forme d'organisation sociale, l'agent sera la cible désignée pour un certain nombre d'auteurs d'infractions. Cette victimisation constituerait un état de fait dont le droit pénal aurait vocation à tenir compte, suivant les enseignements de la criminologie. L'aggravation des atteintes portées à ces acteurs sociaux constituerait alors la réponse pénale à une exposition supérieure. C'est en raison de sa situation personnelle que l'agent bénéficierait d'une protection supérieure. De l'étude des évolutions législatives en la matière, Mme TERRYN déduit que, si l'aggravation était initialement destinée à préserver l'autorité¹, tel n'est plus le cas aujourd'hui. La multiplication des fonctions protégées et l'extension de la protection pénale à l'entourage de l'acteur social témoigneraient du fait que le législateur chercherait uniquement à réagir à la victimisation des acteurs sociaux². Il n'est cependant pas certain que le législateur ait entièrement modifié son paradigme de la sorte. En effet, seule la conception institutionnelle explique la limitation des infractions aggravées³, laquelle est difficilement concevable dans la conception personnelle. Il semble donc que, si la conception institutionnelle demeure le principe, le législateur s'en écarte occasionnellement, notamment en accroissant le nombre de fonctions et de personnes protégées. De telles exceptions au principe sont à déplorer.

281. Les inconvénients de la conception personnelle : l'extension continue des acteurs sociaux protégés. Si le fait d'être exposé à des risques de victimisation emporte une obligation pour le législateur d'accroître la protection pénale, il est à craindre qu'on ne cherche à étendre sans cesse la liste des personnes protégées. Mme TERRYN relève à ce propos que la prise en compte de la victimisation encourage les activités de lobbying⁴. Toutes les fonctions dont certains membres auront subi des atteintes particulièrement médiatisées réclameront leur circonstance aggravante. Telle semble d'ailleurs être la raison expliquant qu'aient été explicitement mentionnées dans les textes certaines fonctions qui étaient par ailleurs déjà visées au travers des formules générales de « personne dépositaire de l'autorité publique » ou de « personne investie

¹ F. TERRYN, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, Thèse, Université de Franche-Comté – Besançon, n° 46 et s.

² *Ibid.*, n° 78 et s.

³ Cf. *supra*, n° 277.

⁴ F. TERRYN, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, op. cit., n° 84.

d'une mission de service public »¹. Un tel accroissement serait attentatoire au principe d'égalité devant la loi pénale² et le même reproche peut être adressé à l'aggravation des atteintes à l'entourage de l'acteur social.

282. Les difficultés probatoires de l'extension de la circonstance aggravante à l'entourage. La volonté d'envisager l'ensemble des atteintes aux acteurs sociaux exerçant une fonction d'intérêt général a conduit le législateur pénal à aggraver les atteintes commises à l'encontre du conjoint, des ascendants et descendants en ligne directe ou toute personne vivant habituellement au domicile de ces acteurs sociaux³. Le législateur envisage ainsi l'éventualité selon laquelle l'agent, cherchant à atteindre un acteur social, choisirait de s'en prendre à ses proches. Ce choix de l'agent pourrait résulter de ce que l'infraction pouvant être plus difficile à commettre à l'encontre de l'acteur social que de ses proches. Cette extension du domaine de la circonstance aggravante appelle des réserves de deux ordres. En premier lieu, cela soulève des difficultés probatoires. Nous verrons en effet que la protection des fonctions sociales relève du domaine de la subjectivité renforcée, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas que l'agent ait connu la qualité, ici la fonction, de sa victime. Il faut encore que cette qualité ait motivé le passage à l'acte⁴. La preuve d'un tel lien de causalité intellectuelle doit être rapportée par les autorités de poursuite. Or, en matière d'atteinte à l'entourage, le lien est médiat puisqu'il unit l'acte de l'agent et la fonction exercée par un proche de la victime directe. Il convient donc d'établir la preuve de la connaissance de la fonction et du lien causal entre l'acte et la fonction, mais également la preuve de la connaissance par l'agent du lien unissant l'acteur social à la victime choisie, d'autant que tous les proches ne sont pas également visés.

283. Les atteintes à l'égalité par l'extension de la circonstance aggravante à l'entourage. Le législateur a opéré un choix discrétionnaire parmi les proches des acteurs sociaux, ce qui est critiquable. Pour prendre un exemple, les atteintes envers les enfants ou les parents de l'acteur social peuvent être aggravées alors que les atteintes envers ses frères et sœurs ne le peuvent pas, sauf à ce qu'ils partagent le même domicile. Amis proches et amours naissantes sont pareillement exclus. Le choix opéré par la loi repose sur un critère purement matériel, le lien de parenté ou le fait de vivre sous le même toit, et non sur un critère subjectif tenant à la

¹ Cf. *infra*, n° 587 et s. V. également M. WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », *Rev. sc. crim.* 2011, p. 37 et J.-B. PERRIER, « Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 468, pour une présentation et une critique de cette pratique législative.

² Cf. *infra*, n° 354 et s.

³ Art. 221-4, 4° ter CP (meurtre), art. 221-5 al. 3 CP (empoisonnement), art. 222-3, 4° ter CP (tortures et actes de barbaries), art. 222-8, 4° ter CP (violences mortelles), art. 222-10, 4° ter CP (violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente), art. 222-12, 4° ter CP (violences ayant entraîné une incapacité totale de travail de plus de huit jours), art. 222-13, 4° ter CP (violences ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou inexistante), art. 322-3, 3° bis (destruction, dégradation ou détérioration de bien).

⁴ Sur la notion et le domaine de la subjectivité renforcée, cf. *infra*, n° 402 et s.

proximité affective avec l'acteur social. Le problème est que les difficultés probatoires précédemment évoquées rendraient ce critère subjectif impossible à mettre en œuvre. Par ailleurs, les textes sont parfois imprécis, notamment s'agissant de la notion de « *personne vivant habituellement au domicile* » de l'acteur social. Le droit pénal connaît certes la notion d'habitude s'agissant des infractions d'habitude, qui rendent un fait délictueux lorsqu'il a été commis au moins deux fois¹ ou lorsqu'elle constitue une circonstance aggravante de certaines infractions². Seulement, dans ces cas, l'habitude naît de la répétition d'un comportement ponctuel. La notion est beaucoup plus délicate à apprécier s'agissant d'un comportement par nature continu tel que le fait de vivre chez une personne.

284. Proposition de suppression de l'aggravation des atteintes à l'entourage. La doctrine a jugé démagogique l'instauration de cette circonstance aggravante³. Ajouté à son caractère arbitraire et aux difficultés de sa mise en œuvre, ce point n'incite pas à la considérer avec bienveillance. L'aggravation des atteintes aux fonctions sociales essentielles doit être contenue dans les limites imposées par le principe d'égalité et les considérations pratiques de la répression. Qu'il soit possible de tenir compte des motivations de l'agent lorsqu'elles se sont concrétisées par une atteinte immédiate à un acteur social, causant une atteinte médiate à une activité d'intérêt général est une chose. Mais lorsque l'atteinte à l'acteur social n'est elle-même que médiate, l'aggravation ne se justifie plus. Dénuée d'intérêt tant pratique que théorique, cette circonstance aggravante n'a nulle raison d'encombrer le Code pénal.

B/ LA PROTECTION DE LA FONCTION AU TRAVERS D'INCRIMINATIONS SPÉCIFIQUES

285. Ces incriminations spécifiques sont de deux types. Il existe en premier lieu des infractions de droit commun, reposant clairement sur la fonction de la victime (1). Cependant, il faut également s'interroger sur l'impact de la fonction de la victime sur les qualifications d'infractions terroristes ou politiques (2).

1) La protection de la fonction dans les infractions spécifiques de droit commun

286. L'existence et l'intérêt des incriminations spécifiques. L'article 222-15-1 du Code pénal incrimine spécifiquement l'embuscade, définie comme le fait d'attendre certains agents

¹ Par ex., Crim. 24 mars 1944 ; Crim. 3 mars 1971, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 939, obs. A. VITU.

² Par exemples les violences sur mineur de 15 ans ou sur personne particulièrement vulnérables (art. 222-14 CP), le recel (art. 321-2, 2° CP), le blanchiment (art. 324-2, 2° CP), le recel de malfaiteur (art. 434-6 CP) ou encore le faux et usage de faux commis dans un document délivré par une administration publique (art. 441-2, 2° CP).

³ V. par ex. J.-F. SEUVIC, « Chronique législative - Circonstances aggravantes liées à la raison de commission de certaines infractions », op. cit. ; M. WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », op. cit.

publics¹ afin de commettre des violences avec usage ou menace d'une arme à leur rencontre. Par rapport à l'association de malfaiteurs, cette infraction présente la particularité de pouvoir être commise par un individu isolé. Le livre IV du Code pénal, relatif aux crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, contient diverses incriminations tendant à protéger une activité d'intérêt général au travers des personnes qui l'exercent. Ainsi en va-t-il par exemple de l'incrimination d'atteinte aux services spécialisés de renseignement sanctionnant la révélation de la couverture d'un agent de renseignement², infraction que l'on peut rapprocher de celles de révélation de l'identité d'un officier ou agent de police judiciaire en mission d'infiltration³ ou d'un témoin protégé⁴. Cet exemple illustre bien l'intérêt des incriminations spécifiques. Il arrive en effet que seuls certains acteurs sociaux, ici les agents de renseignement, les officiers et agents de police judiciaire, aient la possibilité de se livrer à certains comportements, tels que le fait de recourir à une identité d'emprunt, pour les besoins de leurs missions. Il est logique d'incriminer les atteintes entravant ce comportement à l'encontre de ces seuls acteurs sociaux puisqu'ils sont par hypothèse les seuls à pouvoir l'adopter. La fonction de la victime est alors une composante de l'élément matériel, non de l'infraction aggravée, mais bien de l'infraction « simple » considérée, puisqu'il n'existe pas d'infraction visant une personne privée. Force est cependant de constater que certaines incriminations ne semblent pas aussi utiles car elles font doublons avec des incriminations générales existantes.

287. Les infractions spécifiques nécessitant l'emploi de violences. Certains textes sanctionnent le recours à la violence contre un acteur social protégé lorsque l'atteinte vise à empêcher le bon déroulement de sa mission. Tel est le cas des incriminations de rébellion⁵ et d'opposition à l'exécution de travaux publics⁶. Dans ces deux hypothèses, l'agent recourt à des violences ou des voies de fait à l'encontre d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. Cela conduit à s'interroger sur l'intérêt de ces incriminations eu égard à l'existence de celles de violences aggravées. La jurisprudence avait été amenée à préciser que les infractions de violence et de rébellion étaient distinctes, la rébellion

¹ Le texte vise « un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, ainsi qu'un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ».

² Art. 413-13 CP, issu de la loi du 14 mars 2011.

³ Art. 706-84 CPP.

⁴ Art. 706-59 CPP. Sur les différentes mesures de protection des témoins, V. M. LEMONDE, « La protection des témoins devant les tribunaux français », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 815.

⁵ Définie comme « le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice de ses fonctions ... » (art. 433-6 CP).

⁶ Définie comme « le fait de s'opposer, par voies de fait ou violences, à l'exécution de travaux publics ou d'utilité publique » (art. 433-11 CP). L'incrimination est essentiellement centrée sur la nature des travaux et non sur la fonction de ceux qui les exécutent. Mais on relèvera que le travail public s'entend soit du travail entrepris pour le compte d'une personne publique et exécuté dans un but d'intérêt général (CE, 10 juin 1921, *Comm. de Monségur*; ces critères étant également ceux du service public), soit du travail entrepris pour le compte d'une personne privée, à condition que son exécution concrétise l'accomplissement, par une personne publique, d'une mission de service public (TC 28 mars 1955, *Effimieff*). Sur la notion de travail public, V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 2, op. cit., n° 660 et s.

supposant « *l'intention délibérée de l'auteur de mettre obstacle à l'exécution des lois ou des actes de l'autorité publique* »¹. Les Parquets semblaient retenir la rébellion lorsque l'agent avait démontré une telle intention, le spécial dérogeant au général, et les violences lorsque tel n'était pas le cas, ou lorsque le résultat amenait à sanctionner plus sévèrement les violences², la plus haute acception pénale devant être privilégiée. La Cour de cassation a plus récemment affirmé que les deux infractions ne sauraient se cumuler, l'agent devant être poursuivi pour rébellion à l'exclusion de la qualification de violence³. Ces difficultés de qualification l'illustrent, l'apport de la qualification spécifique de rébellion par rapport à l'incrimination générale de violences aggravées n'apparaît pas clairement⁴, d'autant qu'elle requiert la preuve d'une intention plus spécifiée.

288. Atteinte spécifique et atteintes générales aux biens. L'article 433-4 du Code pénal sanctionne « *[l]e fait de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés* ». Cette infraction se rapproche indéniablement des infractions générales de vol, d'abus de confiance et de destruction de biens.

289. L'outrage face à la diffamation et à l'injure. Un semblable raisonnement pourrait être tenu pour l'outrage⁵, qui pourrait n'apparaître que comme une forme aggravée d'injure ou de diffamation non publique⁶. Il faut par ailleurs noter que la loi de 1881 définit l'injure comme « *toute expression outrageante, [...]* ». Il ressort de l'article 433-5 du Code pénal que l'absence de publicité est une composante de l'infraction d'outrage, ce que confirme la jurisprudence⁷. Cela permettrait de la distinguer de la diffamation et de l'injure qui sont toujours réprimées. Il faudrait

¹ T. corr. Nanterre, 29 avril 1975, Gaz. Pal. 1976, 1, 367, note G.M.

² A. VITU, « Chronique de jurisprudence - Crimes et délits contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1974, p. 583.

³ Crim. 21 février 2006, *Bull. crim.* n° 47, *Dr. pén.* 2006, comm. 69, obs. M. VERON (note approbatrice), *Rev. sc. crim.* 2006, p. 604, obs. Y. MAYAUD. M. MAYAUD soutient que la solution retenue par cet arrêt s'oppose aux précédentes, ce qui n'est pas certain dans la mesure où la résistance de l'agent n'avait ici entraîné que des conséquences légères, les incapacités totales de travail occasionnées étant toutes inférieures à huit jours. Il préconise par ailleurs le cumul de qualification. La rébellion viserait en effet à protéger l'administration quand les violences protégeraient l'intégrité physique de ceux qui l'appliquent. Les deux incriminations protégeant des valeurs sociales distinctes, rien ne s'opposerait à ce qu'elles soient retenues cumulativement. Ce raisonnement n'apparaît pas satisfaisant dans la mesure où la rébellion ne sanctionne pas tout refus d'obéissance aux agents publics mais seulement la résistance violente. Il conviendrait donc de considérer que la valeur sociale protégée par cette incrimination est le respect du à l'intégrité des agents qui font appliquer la loi. Les deux incriminations protégeant l'intégrité physique, il faut effectuer un choix.

⁴ V. cependant R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 1607 montrant que l'infraction de rébellion doit être écartée si l'auteur est lui-même dépositaire de l'autorité publique.

⁵ Art. 433-5 CP qui définit l'outrage comme « *les paroles, gestes ou menaces, les écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconques adressés à une personne chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa mission, et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie* ». V. également art. 434-24 CP pour l'outrage visant un magistrat, un juré ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle.

⁶ Réprimées par les articles R. 621-1 et R. 621-2 CP. V. également art. 29 L. 29 juillet 1881 définissant la diffamation comme « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* » et l'injure comme « *toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* ».

⁷ Crim. 7 déc. 2004, *Bull. Crim.* n° 306, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 302, note Y. MAYAUD, *Dr. pén.* 2005, p. 54, obs. M. VERON.

ainsi opter pour la qualification d'outrage en l'absence de publicité et pour les infractions générales dans les autres cas¹, mais la prévision d'une circonstance aggravante tenant à la fonction de la victime de l'injure ou de la diffamation produirait le même effet tout en rendant la matière plus lisible. Ainsi, pour nombre d'infractions spécifiques, il apparaît que le même résultat pourrait être obtenu en adjoignant une circonstance aggravante à une infraction générale. Reste le cas des infractions politiques et de terrorisme.

2) L'influence de la fonction de la victime sur les qualifications d'infractions politiques et terroristes

290. Choix de la victime et infractions politiques. Le fait que l'acte commis par l'agent vise une personne publique peut permettre de caractériser certaines infractions politiques². Il en va ainsi du sabotage consistant en une destruction, dégradation ou détérioration de biens « *de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation* »³, de l'attentat consistant en des violences « *de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national* »⁴ ou encore du mouvement insurrectionnel s'analysant en des violences de même nature commises en réunion⁵. L'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national peut résulter de ce que la victime de l'acte exerce une certaine fonction d'intérêt général. Il s'agira par exemple de l'armée pour le sabotage, si le bien saboté lui était nécessaire pour assurer la défense nationale. Notons que ces incriminations sont cependant singulièrement délaissées⁶, au profit notamment de celles de terrorisme.

¹ Dans le même sens, V. Y. MAYAUD, note préc. ; V. DELBOS et M. SENECHAL, « Outrages », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 85 et s. ; É. VERNY, « L'outrage », in *La liberté de critique*, ss la dir. de D. CORRIGNAN-CARSIN, Litec, coll. Colloques et débats, 2007, p. 197 et spéc. p. 199.

² Dont la qualification ne fait pas de doute, le Code pénal les sanctionnant d'une peine de détention criminelle. Sur la notion d'infraction politique et ses critères, V. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus droit privé, 16^e éd., 2009, n° 147 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 212 et s. ; J.-J. LEMOULAND, « Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 16.

³ Art. 411-9 CP.

⁴ Art. 412-1 CP. Le complot, visé à l'article 412-2 du Code pénal s'analysant alors en une association de malfaiteurs spécifique.

⁵ Art. 412-3 s. CP.

⁶ On constatera ainsi que la plupart des manuels de droit pénal spécial n'en traite pas. Cela peut s'expliquer par une rédaction imprécise car la notion de « mise en péril des institutions de la République » est délicate à manier. Les institutions sont immatérielles et survivent au décès des personnes qui les incarnent. Leur mise en péril directe par de « simples » actes de violence est donc difficile à concevoir. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'assassinat du Président de la République Paul Doumer en 1932 ne constituait pas un attentat, mais une infraction de droit commun, l'assassinat demeurant, par nature, dans cette catégorie, quel qu'en ait été le mobile (Crim., 20 août 1932, *Bull. crim.* n° 207). On pourrait concevoir une mise en péril indirecte qui résulterait de leur déconsidération, tant interne qu'internationale, due à leur incapacité à juguler de graves troubles à l'ordre public causés par des actes de violence. Mais de tels actes tomberaient alors sous la qualification d'actes de terrorisme (art. 421-1 s. CP). Selon MM. DESPORTES et LE GUNEHEC, l'attentat ne recouvrerait plus que le coup d'État et l'entreprise sécessionniste (*Droit pénal général*, op.cit., n° 159).

291. Choix de la victime et infractions terroristes. Le législateur de 1986 n'a pas fait le choix d'une incrimination unique de terrorisme¹, mais d'incriminations multiples par référence à certaines infractions de droit commun². L'article 421-1 du Code pénal permet de qualifier d'actes terroristes une série d'infractions lorsqu'elles ont été commises « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». Selon un auteur, la terreur est le moyen employé pour atteindre le but, à savoir troubler gravement l'ordre public³. Or, il est certain que le trouble grave à l'ordre public, tout comme l'aspect terrorisant du moyen employé pour ce faire, peuvent résulter du choix de la victime. Il a par exemple été soutenu que la terreur naîtrait précisément de l'absence de rationalité dans le choix de la victime et donc du fait que chacun puisse être touché⁴. Si cela peut être exact, il est également certain que le caractère terroriste d'une infraction peut s'induire de ce que la victime visée était un acteur public essentiel. Pour exemplifier, l'assassinat du préfet de Corse a été qualifié d'assassinat en relation avec une entreprise terroriste⁵. Il est certain qu'une infraction visant un haut fonctionnaire, un membre du gouvernement, voire le Président de la République, aurait un impact majeur dans l'opinion publique, ce qui conduirait à qualifier de grave le trouble causé à l'ordre public.

292. L'effacement indirect de la victime derrière sa fonction. Les incriminations politiques et terroristes peuvent ainsi permettre de sanctionner diverses atteintes à des acteurs exerçant une fonction d'intérêt général. Contrairement aux incriminations de droit commun, il s'agit d'une simple possibilité, et non de leur vocation générale. Cependant, il semble pareillement possible d'évoquer un effacement de la victime derrière sa fonction. Par hypothèse, l'agent poursuit un but politique, c'est-à-dire l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, à l'intégrité du territoire ou la mise en péril des institutions de la République, ou un but terroriste, le trouble grave à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Inscrit dans les textes d'incrimination, ce but s'intègre tant à l'élément matériel qu'à l'élément moral des infractions considérées. Or, dans le cas où le choix de la victime participe de ce but, c'est bien par sa fonction et non par sa personne. C'est donc au regard de la fonction de la victime, et non de la victime elle-même, que l'infraction

¹ Sur les raisons de ce refus, V. J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, n° 20 et s.

² Sur la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 et sa transposition dans les nouvelles dispositions du Code pénal, V. J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 1 et M.-E. CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau Code pénal français », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 225.

³ J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit., n° 348.

⁴ M.-E. CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau Code pénal français », art. préc. Dans le même sens, D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2008, n° 67. Cf. également *infra*, n° 642 et s. pour l'influence du nombre de victimes sur la qualification de l'infraction.

⁵ Crim. 31 octobre 2006, n° 06-86.128 (rejet du pourvoi contre CA Paris, ch. de l'instruction, 7 juillet 2006 ayant prononcé le renvoi de l'agent devant la juridiction de jugement sous la qualification d'assassinat en lien avec une entreprise terroriste). V. également J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit., n° 545 suggérant que la qualification d'attentat aurait pu s'appliquer.

sera qualifiée de politique ou de terroriste. La victime s'efface alors derrière sa fonction, comme elle peut le faire derrière ses autres choix et appartenances.

II – L'EFFACEMENT DE LA VICTIME DERRIÈRE SES APPARTENANCES

293. La notion d'appartenances de la victime. Si une personne présente à l'évidence une individualité, une existence autonome sur les plans physique et psychologique, elle n'est constituée au plan social que de l'ensemble de ses appartenances. Chaque personne, qu'elle soit physique ou morale, peut être caractérisée par ses appartenances à certains groupes ou à certaines catégories sociales, lesquels fonctionnent comme élément de détermination sociale. L'appartenance à des groupes découle de ce que nulle personne n'est une entité purement abstraite, et « *nul homme n'est une île* ». Elle est donc nécessairement en relation avec d'autres entités. Ces autres entités peuvent être d'autres personnes, comme dans les relations familiales, ou des entités plus abstraites, comme la nation. Ensuite, l'appartenance à des catégories sociales découle de l'ensemble des caractéristiques biologiques, juridiques ou sociales de la personne. Cela s'étend des appartenances raciales, religieuses, régionales jusqu'aux préférences culinaires ou vestimentaires, en passant par les préférences sexuelles, l'aspect physique, l'état de santé, etc. La liste de ces appartenances est potentiellement infinie, toute caractéristique pouvant faire l'objet d'une classification pouvant être prise en considération.

294. L'effacement de la victime derrière ses appartenances. Le droit ayant vocation à encadrer l'activité sociale des personnes, il n'est pas inenvisageable que certaines de ces appartenances soient prises en considération dans la norme. Le droit pénal français en évoque certaines et il conviendra alors de s'interroger sur la pertinence de cette prise en compte¹. Cependant, répondre à cette question nécessite au préalable de déterminer ce que signifie réellement cette référence aux appartenances de la victime. L'étude des textes en question permet de constater que la référence aux appartenances de la victime conduit à un relatif effacement de cette dernière. Cet effacement résulte du fait de l'auteur de l'infraction dont les actes sont motivés par les appartenances de la victime. Ainsi, aux yeux de l'auteur, la victime se résume à son appartenance. Ce processus s'observe dans les diverses incriminations sanctionnant discriminations et attitudes discriminatoires (A) et de façon paroxystique dans les incriminations de crimes contre l'humanité (B).

¹ Sur laquelle cf. *infra*, n° 424 et s.

A/ L'EFFACEMENT DE LA VICTIME DERRIÈRE SES APPARTENANCES DANS LES TEXTES D'INCRIMINATION SANCTIONNANT LA DISCRIMINATION

295. Les appartenances de la victime sont évoquées dans diverses incriminations, à titre d'élément constitutif ou de circonstance aggravante (1). Cependant, elles ne sont mentionnées qu'à titre de critère permettant d'identifier ce qui fonde réellement la répression : le motif discriminatoire qui anime l'agent (2).

1) L'apparente prise en considération législative des appartenances de la victime

296. La répression des discriminations. Définie comme la différenciation contraire au principe de l'égalité civile¹, la discrimination consiste à traiter, sans motif légitime, une personne ou un groupe de personne de façon désavantageuse en se fondant sur des critères auxquels il est interdit de se référer². Elle est interdite dans plusieurs grands textes internationaux. Parmi ceux-ci, il faut citer l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ou encore la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, en son article 14³. En droit interne, cette interdiction se traduit sous forme d'incriminations. Le Code pénal assure ainsi la sanction de la discrimination aux articles 225-1 et suivants⁴. Celle-ci peut être commise à l'encontre d'une personne physique ou d'une personne morale⁵ et consiste à traiter différemment cette personne⁶ en se fondant sur les origines, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, ou encore l'appartenance ou la non-appartenance,

¹ G. CORNU (dir.) – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, entrée « discrimination ».

² Sur ce qui motive cette interdiction, cf. *infra*, n° 361 et s. et n° 396 et s.

³ Pour un exposé plus détaillé des textes prohibant la discrimination, V. É. VERNY, « Avant-propos », in *Les discriminations. Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2008, p. 49, et spécialement pp. 51 et s.

⁴ Lorsque la discrimination est commise, dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, elle est sanctionnée par l'article 432-7 du Code pénal. La peine est alors majorée. Sur ces incriminations, V. PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 4^e éd., 2013, n° 442 et s. et n° 1091 ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. Cours magistral, 1^e éd., 2008, n° 725 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 448 et s.

⁵ Cf. *supra*, n° 216 pour l'influence que cela doit avoir sur la possibilité de considérer que la personne morale est « autrui » au sens de tous les articles du Code pénal.

⁶ En lui refusant la fourniture d'un bien ou d'un service ou en la soumettant à une condition fondée sur un critère prohibé, en entravant l'exercice normal d'une activité économique quelconque, en refusant d'embaucher, en sanctionnant ou en licenciant la personne, en subordonnant une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur un critère prohibé ou enfin en refusant d'accepter la personne à l'un des stages de formation professionnelle continue (art. 225-2 CP).

vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race¹ ou une religion déterminée des personnes physiques². Le Code du travail prohibe également les discriminations dans le cadre de la relation de travail³ et contient certaines incriminations sanctionnant des violations des dispositions relatives à l'égalité entre hommes et femmes⁴. Le Code de la consommation incrimine le refus de vente ou de prestation de service à un consommateur, ce qui peut permettre de sanctionner certaines formes de discriminations⁵. La lutte contre la discrimination est également assurée en amont par la loi du 29 juillet 1881, laquelle incrimine dans son article 24 la provocation à la discrimination⁶. Dans le même esprit préventif, le Code pénal sanctionne la conservation de données à caractère personnel révélant certaines appartenances de la personne sans son consentement⁷. Il s'agit d'éviter que soient informatiquement établies des listes de personnes classées selon des critères dont il est illégal de tenir compte. Le législateur entend ainsi éviter que de telles listes puissent servir à commettre des discriminations, ou même d'autres infractions dont les victimes seraient ainsi choisies.

297. La circonstance aggravante tenant au choix de la victime fondé sur un critère discriminatoire. L'article 132-76 du Code pénal prévoit que, dans les cas prévus par la loi, la peine encourue peut être aggravée lorsque l'infraction a été commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. L'article 132-77 du même Code prévoit quant à lui que pourront être aggravées, dans les mêmes conditions, les infractions commises à raison de l'orientation sexuelle de la victime. Sont ainsi aggravées une série d'atteintes à la vie et à l'intégrité physique⁸ ainsi qu'à

¹ La race est une notion dont la définition n'est pas clairement posée par la jurisprudence, mais qui semble pouvoir être rapprochée de la notion d'origines. Sur ce point, V. N. MALHERBE, « Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot « race » de notre Constitution ? », *D.* 2013, p. 1012.

² Pour la personne morale, les critères de discriminations doivent porter sur les personnes physiques ou certaines des personnes physiques qui la constituent (art. 225-1 al. 2 CP). Par conséquent, le fait de refuser de contracter avec une personne morale en raison de sa nationalité ne saurait être réprimé, sauf à ce qu'au moins certains des membres de cette personne morale partagent ladite nationalité.

³ Art. L. 1132-1 s. C. trav. Sur la répression pénale de la discrimination en droit du travail, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2002, n° 417 et s.

⁴ Art. L. 1146-1 s. C. trav.

⁵ Art. L. 122-1 C. conso. (comportement incriminé) et R. 121-13, 2° C. conso. (peine associée). Sur cette infraction, V. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, coll. Manuel, 3^e éd., 2013, n° 1411 et s. Bien que, selon ces auteurs, l'infraction réponde avant tout à une logique « ouvertement consumériste », elle n'en demeure pas moins un mécanisme apte à sanctionner certaines variétés de discriminations. On retrouve d'ailleurs dans le texte la mention du « motif légitime » qui seul autoriserait la sélection du consommateur.

⁶ Sur cette incrimination, V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 550 et s. Il est à noter que le recours à l'arme pénale pour sanctionner ce type de comportement constitue une obligation pour les États de l'Union européenne, ainsi que l'atteste la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (*JOUE*, 06/12/2008, L 328/55).

⁷ Art. 226-19 CP.

⁸ Le meurtre (art. 221-4, 6° et 7° CP), l'empoisonnement (art. 221-5 al. 3 CP), les tortures et actes de barbarie (art. 222-3, 5° bis et 5° ter CP), les violences ayant entraîné la mort (art. 222-8, 5° bis et 5° ter CP), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, 5° bis et 5° ter CP), une incapacité de travail supérieure à huit jours (art. 222-12, 5° bis et 5° ter CP), ou une incapacité de travail inférieure à huit jours ou nulle (art. 222-13, 5° bis et 5° ter CP), ainsi que les menaces (art. 222-18-1 CP).

l'honneur et à la considération¹. Certaines atteintes aux biens sont également concernées sans que la raison du choix opéré apparaisse clairement². De même, il n'est pas évident de percevoir ce qui justifie que certaines infractions soient aggravées lorsqu'elles ont été commises à raison de l'appartenance de la victime, mais non de son orientation sexuelle³. Ironiquement, cette législation instaure des brèches dans l'égalité qu'elle est supposée protéger et gagnerait probablement à être harmonisée. En effet, quelle que soit l'appartenance considérée, il est concevable qu'elle ait motivé le passage à l'acte de l'agent, ce qui constitue le fondement de la répression.

2) La prise en considération des motifs discriminatoires de l'agent

298. Implicite en l'état actuel du droit (a), cette prise en compte du seul motif discriminatoire de l'agent pourrait se voir consacrée par l'adoption de la proposition de loi tendant à la suppression du mot race dans la législation française (b).

a) L'effacement implicite de la victime derrière le motif discriminatoire de l'agent

299. La nécessité d'une prise en compte des motifs de l'agent révélés par les appartenances de la victime. Il serait tout à fait contraire à l'esprit du droit pénal de prendre en compte l'appartenance de la victime indépendamment de ce qu'en sait l'agent. Cela reviendrait à assurer une protection pénale plus importante à certaines personnes du seul fait de leur appartenance à une certaine communauté. D'ailleurs, cela serait inenvisageable puisque toute personne appartenant nécessairement à une ethnie, une nation (mis à part les apatrides), une race et toute personne ayant une orientation sexuelle, fût-elle changeante ou non-encore déterminée, la répression serait généralisée dans le cas de la discrimination, et généralement aggravée s'agissant des autres infractions. Les appartenances de la victime doivent être prises en compte de façon subjective. Dans le cadre des discriminations ou des infractions aggravées par l'appartenance de la victime à un groupe donné, les textes invitent même à prendre en

¹ Sont en effet aggravées les diffamations (art. 32 al. 2 s. L. du 29 juillet 1881) et les injures (art. 33 al. 2 s. L. du 29 juillet 1881). Notons que ces textes aggravent également ces infractions lorsqu'elles sont commises à raison du sexe ou du handicap de la victime. Sur, les injures et diffamations religieuses, raciales, ethniques ou nationalistes V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 392 s.

² Quant aux appropriations frauduleuses, le vol (art. 311-4, 9° CP) et l'extorsion (art. 312-2, 3° CP) sont ainsi concernés alors que le chantage et l'escroquerie ne le sont pas.

³ Il en va ainsi des destructions volontaires de biens dangereuses pour les personnes (art. 322-8, 3° CP) ainsi que de l'atteinte à l'intégrité du cadavre (art. 225-18 CP). Sur le fait que le cadavre est bel et bien la victime de cette infraction, cf. *supra*, n° 260. Il semble que la seule raison qui puisse expliquer le choix de restreindre l'aggravation aux appartenances de la personne est à rechercher dans le caractère déclaratif de cette législation (V. C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 194) créée afin de répondre à des événements précis (attentats racistes ou anticléricaux dans le premier cas, profanations racistes et antisémites de sépultures dans le second).

considération le motif discriminatoire de l'agent, ce qui constitue une forme de subjectivité renforcée¹.

300. L'impact du motif légitime révélant une infraction centrée sur l'agent. Les comportements matériels de la discrimination sont en général « pénalement neutres » voire relèvent de l'exercice d'une certaine liberté contractuelle². Par conséquent, seul le motif ayant conduit l'agent à adopter ce comportement justifierait cette répression. Cela se traduit d'ailleurs par la prévision d'un fait justificatif spécial : l'existence d'un motif légitime³. Si l'infraction est alors justifiée par un motif légitime⁴, c'est bien en raison du fait que seul le motif illégitime est sanctionné. Cette infraction n'est donc pas constituée par la situation de la victime, mais par l'adéquation entre la situation de l'agent et le motif qui l'a animé : l'infraction est constituée lorsque, compte tenu de sa situation et de ses objectifs, l'agent n'était pas en droit de tenir compte du critère en cause.

301. L'impact du motif putatif révélant la prise en compte des seuls motifs de l'agent. Lorsqu'il s'agit des appartenances de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, le Code pénal précise bien que cette appartenance peut-être « vraie ou supposée ». Dans ce dernier cas, M. DREYER considère que le Code pénal sanctionne une infraction putative⁵. Cela est discutable dans la mesure où l'infraction existe bel et bien. Seul le motif qui anime l'agent repose sur une part d'imagination de sa part. Il en va de même pour l'orientation sexuelle qui, aux termes de l'alinéa second de l'article 132-77 du Code pénal, peut être vraie ou supposée. Tout cela indique clairement que la sanction pénale dépend avant tout du seul état d'esprit de l'agent. Il importe peu que la victime appartienne réellement à telle ou telle communauté⁶. Que l'agent l'ait

¹ Sur les notions de subjectivité renforcée et de motif de l'infraction, cf. *infra*, n° 402 et s.

² On pense notamment au refus de fournir un bien ou un service, ou refus d'embauche ou au licenciement (art. 225-2 CP). On notera ainsi que si le licenciement d'un salarié doit obéir à une cause réelle et sérieuse (art. L. 1232-1 C. trav. pour le licenciement pour motif personnel, art. L. 1233-2 C. trav. pour le licenciement pour motif économique et implicitement art. L. 1243-1 C. trav. pour le contrat de travail à durée déterminée), le non respect de ces obligations légales n'est pas par principe constitutif d'une infraction pénale. Cependant, il faut noter que le refus et la subordination de fourniture d'un bien ou d'un service sont incriminés (cf. *supra*, n° 296).

³ Prévu par l'article 225-3 du Code pénal qui permet de tenir compte de l'état de santé dans la prévention et la couverture du risque de décès ou d'accidents (art. 225-3, 1° CP), de l'état de santé, du handicap (art. 225-3, 2° CP), de l'apparence physique (art. 225-3, 3° CP) ou de la nationalité (art. 225-3, 5° CP) pour le refus d'embauche lorsque cela correspond à une exigence professionnelle ou à une disposition statutaire de la fonction publique et enfin du sexe de la personne pour l'accès au bien et service si cela vise à assurer la protection des victimes de violences sexuelles, le respect de la vie privée ou de la décence, à promouvoir l'égalité des sexes ou à préserver la liberté d'association ou d'organiser des compétitions sportives.

⁴ Selon M. DANTI-JUAN, le motif légitime s'entend d'un motif de discrimination. Il ne doit donc pas être confondu avec les autres motifs qui permettent le même comportement. Il cite à cet égard l'exemple du refus de servir de l'alcool à un client ivre : ce refus est motivé par l'ébriété du client et non par sa race ou sa religion (M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, Thèse Poitiers, 1984, n° 194). Il y a donc motif légitime quand la loi autorise à tenir compte de l'un des critères prohibés visés par l'article 225-1 du Code pénal. Cela renvoie à la situation dans laquelle il est logique de tenir compte du critère en cause par rapport au but poursuivi.

⁵ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 726, note 5, citant J. FRANCILLON.

⁶ C'est pourquoi la position de M. VERNY paraît discutable lorsqu'il écrit, à propos de l'aggravation des atteintes au respect du aux morts, que « le défunt reste donc marqué par les références communautaires qui furent autrefois celles de la personne

cru et agi en considération de ce fait suffit à réprimer sur le fondement d'une infraction consommée, et non sur celui d'une tentative d'« infraction impossible ». Un auteur a ainsi été amené à considérer que ces infractions étaient symptomatiques d'une « subjectivisation de l'élément moral de l'infraction » qui affecterait l'ensemble du droit pénal¹.

302. Un raisonnement transposable aux autres motifs de discrimination. On pourrait néanmoins se demander s'il en va de même pour les autres motifs de l'infraction de discrimination, le Code ne précisant pas qu'ils peuvent n'être que supposés. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale² semble s'opposer à ce que la répression soit alors étendue lorsque le critère de discrimination n'existe que dans l'esprit de l'agent. Pour autant, outre que la jurisprudence permettrait vraisemblablement la sanction sur le fondement de l'infraction impossible³, il convient de relever que ces autres critères figurent au sein du même texte que ceux touchant aux appartenances ou à l'orientation sexuelle de la victime, lesquels peuvent n'être que putatifs. L'article 225-1 du Code pénal indique tous ces critères à la suite, sans paraître marquer de distinction entre eux. Il est donc permis de considérer qu'il ne s'agit que d'une imprévision législative. C'est dans les textes même que la victime s'efface derrière ses appartenances révélant le motif de l'auteur. Cette orientation pourrait d'ailleurs y être explicitement consacrée.

b) Le possible effacement explicite de la victime derrière le motif discriminatoire de l'agent

303. La substitution de l'infraction raciste à l'infraction commise à raison de l'appartenance raciale. Le 26 septembre 2012, la proposition de loi n° 218 tendant à la suppression du mot race de notre législation a été déposée à l'Assemblée nationale par MM. CHASSAIGNE, DOLEZ et plusieurs de leurs collègues. Adoptée en première lecture le 16 mai 2013⁴, elle a été transmise au Sénat qui doit en réaliser la première lecture. Si cette proposition venait à être définitivement adoptée, tous les textes du Code pénal contenant le mot « race » seraient remaniés. À la référence à l'infraction commise à raison de son appartenance réelle ou supposée, à une race déterminée se substituerait alors la référence à l'infraction commise pour des raisons racistes. Cette potentielle réforme consacrerait ainsi explicitement le fait que la loi pénale ne fonde pas la gravité du comportement sur l'appartenance raciale de la victime, mais sur la motivation raciste de l'auteur de l'infraction.

vivante » (É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op ; cit., n° 122). Ce qui influe n'est pas tant les références communautaires de la personne décédée que celles que lui imagine éventuellement l'agent.

¹ M. BENILLOUCHE, *La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité*, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 529.

² Art. 111-4 CP.

³ En dépit de l'illogisme de cette position, sur lequel cf. *supra*, n° 47 et s.

⁴ Sur la discussion et l'adoption, V. *JOAN* du 17 mai 2013, p. 5348 et s. Pour une analyse du fond de la question, V. N. MALHERBE, « Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot « race » de notre Constitution ? », *D.* 2013, p. 1012.

304. Une consécration limitée de l'effacement de la victime derrière ses appartenances.

Cette réforme se justifierait par l'inexistence du concept de « races humaines ». L'article 1^{er} de la proposition de loi, d'une normativité contestable¹, proclame ainsi que la République française « *ne reconnaît l'existence d'aucune prétendue race* » et condamne le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. La répression pénale ne saurait varier en fonction d'un critère inexistant, aussi le législateur entend-il consacrer le fait qu'elle varie en fonction des seules perceptions de l'auteur. La spécificité de cet argument exclut qu'une telle consécration soit décidée pour les autres critères évoqués. Cette réforme n'en constituerait pas moins une consécration explicite du mécanisme ici décrit par lequel la victime s'efface derrière ses appartenances dans les textes d'incriminations. Ce mécanisme est légèrement différent s'agissant des crimes contre l'humanité.

B/ L'EFFACEMENT DE LA VICTIME DERRIÈRE SES APPARTENANCES DANS L'ESPRIT DE L'AUTEUR DU CRIME CONTRE L'HUMANITÉ

305. Bref historique des crimes contre l'humanité. Les incriminations de crimes contre l'humanité sont destinées à sanctionner les comportements les plus inadmissibles, témoignant de la part de leurs auteurs d'une négation de l'humanité de leurs victimes. Elles furent créées au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, en réaction aux exactions des puissances de l'Axe². Ces dernières furent constituées par une extermination systématiques de certains groupes religieux, tels que les juifs, ou ethniques, tels que les tziganes. Cette volonté d'extermination systématique d'un groupe de personnes données s'est retrouvée lors de divers conflits, sous diverses latitudes. Cela aboutit à la création des Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie³, puis à la création de la Cour pénale internationale⁴. Cette dernière se caractérise par sa permanence et le fait que sa compétence n'est pas limitée à un conflit donné ou à une période particulière⁵. Cette juridiction n'est pas la seule qui soit susceptible

¹ Sur la normativité des lois pénales et l'appréciation du Conseil constitutionnel, cf. *infra*, n° 472 et s. et 486 et s.

² Sur la création des incriminations de crimes contre l'humanité, V. notamment É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 54 et s., M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 477 et I. FOUCHARD, « La formation du crime contre l'humanité en droit international », in M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1^e éd., 2009, p. 7.

³ Sur la présentation desquels V. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^e éd., 2005, n° 15 s. et n° 25

⁴ Sur la présentation de laquelle V. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit., n° 20 et s. et n° 26.

⁵ Le caractère permanent de cette institution est clairement spécifié dès l'article premier de son statut (adopté à Rome le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002). Pour autant, sa compétence n'est pas totalement générale. Elle n'est ainsi compétente que pour juger les seuls auteurs personnes physiques (art. 25, 1^o du statut de la Cour) majeures (art. 26) de génocide, de crime contre l'humanité, de crime de guerre ou de crime d'agression (art. 5) commis sur le territoire ou sous la juridiction d'un État Partie au statut de la Cour ou par un ressortissant d'un État Partie à ce statut (art. 12). La compétence de la Cour est donc limitée *ratione personae*, *ratione loci* et *ratione materiae*. D'un point de vue temporel, si la Cour est permanente, sa compétence ne s'étend pas aux infractions commises avant l'entrée en vigueur de son statut (art. 11 et 24).

de sanctionner de tels agissements étant donné que le droit pénal interne les incrimine également, donnant ainsi compétence aux juridictions nationales. Un tel état du droit permet de considérer que les incriminations des crimes contre l'humanité ont intégré de façon durable notre ordre juridique. L'humanité accède ainsi indéniablement au rang de valeur spécifiquement protégée par le droit pénal. Les diverses incriminations de crimes contre l'humanité se caractérisent par une même volonté de porter atteinte de façon généralisée à un groupe de personnes déterminé. Cependant, la référence au groupe est directe dans l'incrimination de génocide (1) et indirecte dans les autres incriminations (2).

1) La référence directe au groupe d'appartenance des victimes dans l'infraction de génocide

306. La spécificité de l'infraction de génocide. Le génocide constitue la « *forme spéciale et paroxystique* »¹ du crime contre l'humanité en ce sens qu'il en est la forme la plus grave, tant sur le plan matériel qu'intellectuel. Toute première incrimination du Code pénal, son étude est particulièrement éclairante quant à la signification de la référence au groupe dans les crimes contre l'humanité. La référence au groupe se fait nécessairement explicite dans le cas du génocide car elle procède de la nature même de ce crime contre l'humanité. Le génocide consiste à organiser, de manière concertée, la destruction totale ou partielle « *d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire* »². Au-delà de son caractère englobant, voire imprécis, cette référence peut étonner par son manque de clarté. M. MASSE se demande ainsi : « *existerait-il donc des critères non arbitraires de détermination d'un groupe d'êtres humains dont on programmerait la liquidation ?* »³. À la réflexion, il semble bien qu'il puisse être répondu positivement à cette question dans le cadre d'un conflit armé. En cas de guerre, chaque armée prenant part aux hostilités cherche à éliminer les combattants adverses. L'ensemble des combattants ennemis constitue alors le groupe que l'on cherche à éliminer et le fait de porter activement les armes contre les forces d'un État le critère d'appartenance à ce groupe. Le génocide présente un double critère de gravité : matériellement, elle renvoie à une criminalité de masse⁴ tandis qu'intellectuellement, elle suppose une mentalité discriminatoire chez ceux qui la commettent. C'est de la conjonction de ces deux aspects que résulte la négation de l'humanité par l'agent.

¹ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 460.

² La définition exacte donnée du génocide par l'article 211-1 du Code pénal est la suivante : « *le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants* ». Les actes en questions sont ensuite énumérés : atteintes volontaires à la vie, atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique, soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe, mesures visant à entraver les naissances et transferts forcés d'enfants.

³ M. MASSE, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 376.

⁴ Sur l'influence du nombre de victimes, cf. *infra*, n° 642 et s.

307. La sélection des victimes comme négation de leur humanité dans l'esprit de l'auteur. Lorsqu'un groupe de personnes est visé de façon systématique par certaines atteintes ou persécutions, il est possible de caractériser un crime contre l'humanité. Il ne faut pas entendre par là que l'agent a la volonté de porter atteinte à l'ensemble de l'humanité, entendue comme l'ensemble du genre humain. Par principe, ce n'est pas l'ensemble du genre humain qui est visé mais un groupe de personnes spécifiquement identifié. Cela témoigne d'une volonté des auteurs de séparer l'ensemble du groupe en question du reste de l'humanité. Le crime contre l'humanité ne vise donc pas la destruction de l'humanité en tant qu'ensemble du genre humain, mais la destruction de l'humanité du groupe qui en est la victime. L'humanité-ensemble est cependant atteinte également, puisqu'on lui retranche l'une de ses composantes. Par leurs actes, les auteurs réduisent leurs victimes à leur appartenance communautaire, niant par là que leurs victimes puissent aussi appartenir à la même humanité qu'eux. Comme l'a écrit M. VERNY, « *la personne n'est alors plus seulement protégée pour elle-même mais aussi pour son appartenance à une humanité commune menacée* »¹. Cela explique pourquoi les crimes contre l'humanité appellent une sanction plus importantes, pourquoi, par exemple, l'extermination entreprise par les nazis au cours du dernier conflit mondial ne saurait être réduite à « *six millions de fois un meurtre* »².

308. La référence subjective à l'appartenance des victimes. La raison présidant au choix des victimes s'incorpore donc aux éléments moral et matériel de l'infraction. Il s'agit une fois encore d'une référence subjective, la perception de l'agent comptant davantage que la conformité de celle-ci à la réalité. Cependant, tant le nombre des victimes que l'exigence d'un plan concerté semblent exclure qu'un groupe entier puisse être sélectionné puis massacré au vu d'un critère n'existant que dans l'esprit de l'agent. Une telle situation n'exclurait cependant pas la répression, tant elle serait démonstrative d'une négation de l'humanité des victimes en raison de leur appartenance à un groupe donné. Cette référence à l'appartenance des victimes et à la volonté de l'auteur de nier leur humanité permet également de distinguer les crimes contre l'humanité des crimes de guerre.

309. L'influence des victimes dans la distinction entre crime de guerre et génocide. S'opèrerait ainsi une distinction entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité³ : il y a crime de guerre lorsque l'agent tue quelqu'un en violation des lois régissant la conduite des hostilités⁴ et crime contre l'humanité lorsqu'il « *tue quelqu'un sous prétexte qu'il est né* »¹. La

¹ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 462.

² Selon le mot de M. LOMBOIS : CL. LOMBOIS, Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité, in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André VITTU*, Cujas, 1989, p. 367. La citation se trouve page 372.

³ Sur cette distinction, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 60 et s.

⁴ C'est pourquoi les crimes de guerre ne seront pas traités ici, dans ces développements relatifs à la personnalité de la victime, mais l'ont été dans les développements relatifs à la légitime défense, c'est-à-dire aux actes et au comportement de la personne visée. En effet, la réaction pénale est davantage tributaire de l'attitude de la victime (sa

qualification de crime de guerre est essentiellement tributaire des circonstances matérielles de commission des faits, tandis que le crime contre l'humanité est également focalisé sur les motivations de l'agent et l'objectif qu'il poursuivait. Le cumul est alors envisageable, lorsque les faits sont commis à l'occasion d'un conflit armé². Selon M. LOMBOIS, il convient de donner aux faits l'acception pénale la plus élevée, à savoir celle de crime contre l'humanité³. À l'opposé, M. VERNY estime que les poursuites doivent alors être engagées cumulativement sur les deux fondements étant donné que ces incriminations visent à préserver des intérêts différents⁴. Cette dernière solution semble la plus conforme à la position de la Cour de cassation sur le cumul de qualifications⁵. Si une telle orientation se retrouve à l'identique dans les autres crimes contre l'humanité, elle y figure de manière plus implicite.

2) La référence indirecte au groupe d'appartenance des victimes dans les autres crimes contre l'humanité

310. L'évolution de l'incrimination de crime contre l'humanité. Depuis 2010, l'article 212-1 du Code pénal qualifie de crimes contre l'humanité une série d'atteintes⁶ commises en

participation aux hostilités ou sa neutralité) que de sa personnalité ou de sa fonction (civil ou militaire). Cf. *supra*, n° 96 et s. et n° 99 et s.

¹ Selon la formule d'André FROSSARD, citée par Mme DELMAS-MARTY in « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », op. cit.

² V. Crim. 20 décembre 1985, *Bull. crim.* n° 407, *Rev. sc. crim.* 1987, p. 275 et p. 937, note CL. LOMBOIS et Crim. 25 novembre 1986, *Bull. crim.* n° 353. Ces deux arrêts, rendus dans l'affaire Barbie, affirment que « constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité [...] alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre [...] les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre les personnes en raison de leur appartenance à une communauté raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition. ». Si ces arrêts confirment qu'un même fait peut correspondre aux deux qualifications, ils ne permettent pas de déterminer si les deux qualifications doivent être retenues cumulativement. En effet, dans cette affaire, la prescription empêchait de retenir la qualification de crimes de guerre. Les crimes contre l'humanité, étant imprescriptibles, pouvaient seuls donner lieu à poursuites.

³ CL. LOMBOIS, « Chronique de jurisprudence – Droit pénal international », note sous arrêt précité, *Rev. sc. crim.* 1987, p. 937.

⁴ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 62.

⁵ Notamment Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138 pour le cas du jet d'une grenade dans un café qui fut qualifié à la fois d'assassinat et de destruction volontaire du bien d'autrui. Pour une critique de cette position, V. E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e, 2012, n° 586 ; O. DECIMA, *L'identité des faits en matières pénales*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, n° 141 et s. La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question est plus ambiguë. Dans un premier temps, elle a admis le raisonnement tenu par la Cour de cassation (CEDH, *irrecev.*, 4 mars 2008, n° 2529/04, *Michel Garretta c/ France*) avant de préciser dans un second temps qu'il était impossible « de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » (CEDH, Gde Chambre, 10 février 2009, n° 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, § 82).

⁶ Atteintes volontaires à la vie, extermination, réduction en esclavage, déportation ou transfert forcé de population, emprisonnement et autres formes de privations graves de liberté physique, torture, viol, prostitution, grossesse ou stérilisation forcées, persécution (cette mention peut laisser dubitatif dans la mesure où l'on ne voit pas clairement à quels agissements autres que ceux déjà mentionnés elle pourrait renvoyer. L'article 8, 2^o, g du statut de la Cour pénale internationale définit simplement les persécutions comme « le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international », ce qui est sujet à interprétation et susceptible d'englober l'ensemble des autres actes incriminés), arrestation, détention, enlèvement, actes de ségrégation raciale ou actes inhumains « de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique ». L'ancienne version de l'article 212-1 du Code pénal ne faisait référence qu'à la déportation, la réduction en esclavage, la pratique systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements, de la torture ou d'actes inhumains.

exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile. Cette évolution¹ est due à la volonté d'assurer la conformité de la définition interne du crime contre l'humanité à la définition qu'en donne l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Il existe bien une référence au groupe, mais il est simplement fait mention d'un « *groupe de population civile* », sans que le texte ne fasse directement mention des critères de choix des membres. Cette notion n'est d'ailleurs pas définie dans les textes, qu'ils soient internes ou internationaux². D'après la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, sont exclus de ce groupe les soldats et personnes chargées du maintien de l'ordre public et investies du pouvoir de la force publique³. L'ancienne version de l'article 212-1 du Code pénal contenait une référence plus spécifique au groupe, puisqu'il y était fait mention des atteintes « *inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile* ». Par comparaison, la nouvelle mouture du texte ne mentionne les critères d'identification du groupe qu'au sein de la liste des atteintes prohibées, évoquant « *[l]a persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international* »⁴. Ce dernier critère semble curieusement mêler une référence subjective à ce qui est universellement admis et une référence plus objective à ce qui figure dans le droit international. Ces critères ne paraissent donc s'appliquer qu'à certaines atteintes spécifiques. Le groupe y transparaît de façon plus indirecte.

311. L'extension de la qualification aux atteintes aux opposants. L'article 212-2 du Code pénal qualifie de crimes contre l'humanité les atteintes visées à l'article 212-1 du Code pénal lorsqu'elles sont commises en temps de guerre, envers ceux qui combattent un système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité. La criminalité exceptionnelle des crimes contre l'humanité les rend indéfendables et injustifiables. Par conséquent, elle se transmet, comme par contagion, et infecte les crimes commis pour défendre l'idéologie au nom de laquelle ces crimes contre l'humanité sont commis. Le comportement des victimes est alors pris en considération afin de caractériser le crime contre l'humanité, mais il serait faux de considérer qu'une telle qualification procède uniquement de ce comportement⁵. Il

¹ Issue de la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, *JORF* du 10 août 2010, p. 14678.

² É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 463.

³ TPIR Arusha, Ch. première instance II, 21 mai 1999, *Le Procureur c/ Clément Kayisbema et Obed Ruzindana*, Affaire ICTR-95-1-T, § 127. Il suffit que « *la population visée soit essentiellement civile, la présence de certains non-civils en son sein ne modifiant en rien son caractère civil* » (même décision, § 128).

⁴ Art. 212-1, al. 1^{er}, 8° CP. Le 10° du même article évoque par ailleurs les actes de ségrégation commis par un groupe racial à l'encontre d'un autre groupe racial ou de l'ensemble des autres groupes raciaux.

⁵ M. MASSE s'interroge sur le point de savoir s'il suffisait que les victimes combattent un État pratiquant une politique hégémonique ayant conduit à des crimes contre l'humanité ou s'il était également nécessaire que les victimes aient été tuées pour des raisons autres que militaires et stratégiques (M. MASSE, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau Code pénal français », op. cit.). La seconde hypothèse ne semble pas devoir être retenue

faut que soient commis *ab initio* des crimes contre l'humanité pour que les atteintes subies par ceux qui s'opposent à l'idéologie qui les sous-tend puissent également être qualifiées de crimes contre l'humanité. Initialement, il y a toujours atteinte à un groupe de personnes choisies en fonction de critères liés à leurs personnalités. Quoiqu'indirectement, le groupe transparaît toujours dans l'incrimination.

312. La nécessaire référence au groupe dont l'humanité est niée. Il ne faudrait cependant pas en conclure que la nouvelle incrimination évacue la dimension intellectuelle de l'infraction, tenant au choix des victimes, au profit de la dimension matérielle tenant au nombre de victimes. Il demeure indéniable que le crime contre l'humanité tire son exceptionnelle gravité de la conjonction de ces deux dimensions. Une telle qualification n'est concevable que pour autant que le choix des victimes ait obéi à un critère spécifique, tendant à nier l'humanité du groupe concerné. On en voudra pour preuve la mention, parmi les atteintes sanctionnées, de l'emprisonnement. Il est indéniable que l'emprisonnement d'un groupe de population civile ne saurait être considéré comme un crime contre l'humanité que pour autant que les membres de ce groupe aient été choisis arbitrairement. Faute de quoi, la situation pénitentiaire française lui attirerait infiniment plus de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme qu'actuellement. Le caractère indirect de cette référence au groupe pourrait s'expliquer par la nature particulière de cette incrimination. À la différence du crime de génocide, le crime contre l'humanité ne suppose pas que le ou les agents aient entendu détruire le groupe d'appartenance de leurs victimes. Cependant, certains agissements tels que les atteintes volontaires à la vie, sont communs aux deux incriminations. De plus, perpétrées à grande échelle, les actes constitutifs d'un crime contre l'humanité sont propres à causer la destruction du groupe visé.

Conclusion du chapitre second

313. L'importance du lien unissant la victime à la valeur sociale protégée. Parce qu'elle est à tout le moins le support de la valeur sociale protégée par l'incrimination, le choix de la victime est extrêmement significatif. Lorsque le législateur choisit la victime abstraite de l'incrimination, il révèle la valeur sociale dont il entend assurer la protection et le juge en pourra tenir compte dans le cadre d'une interprétation téléologique de la norme pénale¹. Lorsque l'agent

en vertu de l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. V. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, p. 920). En effet, si le défaut d'intérêt stratégique constitue une condition de la qualification de crime de guerre (V. notamment l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et cf. *infra*, n° 104), les textes n'y font aucune allusion s'agissant du crime contre l'humanité.

¹ Cf. *infra*, n° 508.

« choisit » la victime concrète de l'infraction, son choix révèle la valeur sociale à laquelle il se montre hostile, ou au moins indifférent. Ce degré d'hostilité ou d'indifférence étant la mesure de la culpabilité de l'auteur, c'est à une prise en compte subjective des caractéristiques de la victime qu'invite la nature de la responsabilité pénale. Plus qu'à la réalité de ce qu'est la victime, c'est à ce que l'agent a en perçu qu'il convient de se référer. Bien évidemment, il est d'autant moins probable que l'auteur se soit mépris que sont étroits les liens entre la victime et la valeur sociale. Ainsi, lorsque la valeur sociale est incarnée par la victime, la possibilité d'une erreur de l'agent est limitée. De telles hypothèses amènent à considérer la valeur sociale comme un intérêt pénalement protégé. De tels intérêts sont avant tout reconnus aux personnes juridiques, qu'elles soient physiques ou morales, ce qui n'exclut pas que nombre d'infractions ne sauraient être matériellement commises qu'à l'encontre de personnes physiques. Quant aux choses, elles ne bénéficient que d'une protection pénale spécifique, au travers de certaines incriminations destinées à protéger les choses porteuses d'une valeur sociale essentielle, telle que la vie. L'erreur de l'agent est plus compréhensible lorsque la victime n'est qu'un support de la valeur sociale derrière laquelle elle a même tendance à s'effacer. Tel est notamment le cas lorsqu'au travers de sa victime, l'agent vise en réalité la fonction qu'elle exerce ou le groupe auquel elle appartient.

Conclusion du titre premier

314. La subjectivité de l'influence de la victime permettant la révélation et la mesure de la culpabilité de l'agent. Le droit pénal français contemporain repose sur une conception subjective de la responsabilité pénale, axée sur la sanction des atteintes coupables portées à certaines valeurs sociales jugées essentielles par l'auteur de la norme pénale. Parce qu'elle fonde l'intervention de la norme pénale, la référence à la valeur sociale protégée par l'incrimination est porteuse de réelles implications de technique juridique, à commencer par le fait que l'atteinte à la valeur sociale constitue le résultat de l'infraction. La distinction entre les infractions matérielles et formelles traduit ainsi à la distinction entre les atteintes concrètes et les atteintes potentielles à la valeur protégée. Quelque soit la forme qu'elle prend, l'atteinte à la valeur sociale est une composante nécessaire de l'infraction, ce dont il résulte que la victime, en tant qu'elle est un support de cette valeur sociale, l'est également. Lorsqu'elle est prévue par la norme d'incrimination, l'existence d'une victime est une composante de l'infraction. L'absence de victime devrait ainsi emporter l'absence d'infraction, en dépit des positions contestables de la jurisprudence sur l'infraction impossible. Réciproquement, l'absence d'infraction exclut que l'on puisse parler de victime pénale, mais seulement de personne visée par l'acte. Victime ou personne visée, le régime de son influence emprunte logiquement à la conception subjective du droit pénal français. Cette influence dépend essentiellement de la représentation qu'en avait l'auteur, car cette victime symbolise et indique la valeur sociale protégée à laquelle l'agent a marqué son indifférence ou, pis encore, son hostilité. Subjective ainsi l'influence que peut exercer la personne visée sur l'existence de l'infraction, soit que son comportement agressif conduise à justifier l'atteinte à la valeur sociale, soit que son consentement à l'acte exclue l'atteinte à une valeur sociale dont elle aurait la disposition. Subjective également la détermination de la valeur sociale atteinte par l'acte de l'agent, soit qu'elle soit consubstantielle de la victime, dont elle est alors un intérêt, soit qu'elle soit simplement supportée par la victime. Poussé à son terme, le procédé conduit à ne voir dans la victime qu'un moyen, pour le législateur d'indiquer la valeur protégée et, pour l'agent pénal, d'y porter atteinte. Dans une apparente contradiction, alors qu'elle est effacée derrière la valeur sociale, la victime paraît y gagner une protection pénale accrue, puisque l'atteinte qu'elle subit est aggravée en considération de la valeur dont elle est le support. Cela rend la subjectivité de l'influence de la victime d'autant plus essentielle, afin de garantir que les modulations de la protection pénale ne seront justifiées que par des considérations liées à l'auteur de l'infraction, et non par considération pour telle catégorie de victimes.

TITRE SECOND

LA SUBJECTIVITÉ IMPOSÉE PAR LE PRINCIPE

D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI PÉNALE

315. L'existence de catégories particulières de victimes semble *a priori* heurter le principe d'égalité devant la loi pénale. En effet, la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* »¹ et ne devrait donc tolérer aucune variation dans la protection pénale. Si de telles variations existent dans le droit pénal français contemporain, si celui-ci durcit la répression en cas d'atteinte à certaines catégories de victimes, cela ne saurait être justifié qu'en raison du principe selon lequel l'influence de la victime est subjective. Octroyer une protection pénale accrue à une catégorie spécifique de victimes apparaîtrait comme une violation du principe d'égalité. En revanche, celui-ci ne s'oppose nullement à ce que l'hostilité particulière de l'auteur à l'encontre des valeurs sociales protégées, hostilité révélée par le choix de sa victime, soit plus sévèrement sanctionnée. C'est pourquoi certaines différenciations de victimes sont tolérées, rachetées par le principe de subjectivité (**Chapitre premier**), principe qui connaît cependant certaines adaptations dans des situations particulières (**Chapitre second**).

¹ Art. 6 DDHC.

Chapitre premier

Le principe de subjectivité validant les différenciations des victimes

316. La différenciation des victimes révélant la variation de l'état d'esprit coupable de l'agent. L'appréciation subjective de la victime et de ses caractéristiques consiste à tenir compte de ce que l'agent connaissait ou a perçu de sa victime davantage que de ce qu'elle est en réalité. Cela revient par conséquent à faire découler le régime juridique pénal d'une infraction donnée, non des données objectives de sa commission, mais de l'état d'esprit de l'auteur. Parce qu'un tel mode d'appréciation permet de tenir compte de l'hostilité ou de l'indifférence de l'agent à l'encontre de la valeur sociale protégée par l'incrimination, il est particulièrement adapté à un droit pénal reposant sur une conception subjective de la culpabilité¹. Pour la même raison, il permet de plus de justifier certaines différenciations entre les victimes, puisqu'il ne s'agit alors pas d'assurer à une catégorie spécifique de victime une protection pénale par principe plus importante, en étendue ou en intensité. Si l'atteinte à certain type de victimes se trouve spécialement réprimée, par le truchement d'une circonstance aggravante ou d'une infraction spécifique, ce n'est pas en raison de la seule qualité de ces victimes. Une telle situation reviendrait en effet à créer des catégories de personnes bénéficiant par principe d'un statut pénal plus favorable et cela heurterait le principe d'égalité devant la loi pénale. En réalité, la différence de répression ne traduit pas une distinction entre les victimes, mais entre les auteurs. Par le choix de sa victime, l'agent témoigne d'une hostilité particulière envers une valeur sociale dont le législateur a entendu assurer la protection. De la constatation de cette particulière hostilité, le législateur tire les conséquences en adaptant la répression. En conséquence, l'appréciation subjective de l'influence de la victime permet de racheter certaines différenciations, c'est-à-dire celles qui reposent sur la nature de la valeur sociale à laquelle l'infraction porte atteinte (**Section première**), ou sur la gravité de cette atteinte (**Section seconde**).

¹ Cf. *supra*, n° 43 et s.

Section première

Les différenciations fondées sur la nature de la valeur sociale atteinte

317. Variation et subjectivité, les deux conditions d'admission de la différenciation. La victime est le support de la valeur protégée par l'incrimination. Il est donc évident que le choix de sa victime indique quelle est la valeur à laquelle l'acte de l'agent porte atteinte. Trivialement, tuer un être humain est bien grave que tuer un animal. D'autres distinctions, plus subtiles, apparaissent également à l'étude des textes pénaux. Par sa personnalité et par son comportement, la victime peut exercer une influence sur la nature de la valeur sociale à laquelle l'infraction porte atteinte. Lorsque cette influence est reconnue par la norme pénale, elle s'y traduit par une différenciation et donc une potentielle atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale. S'il n'en est rien, c'est en raison de l'appréciation subjective de ces critères de différenciations. L'application de la norme pénale ne varie pas selon la particularité de la victime, mais selon la perception par l'agent de la particularité de la victime. En effet, la conception subjective de la responsabilité pénale implique de faire varier la répression en fonction du degré d'hostilité, ou d'indifférence, de l'agent aux valeurs sociales et de l'importance conférée par le législateur à la valeur sociale atteinte par une infraction spécifique. La différenciation se justifie donc parce qu'en choisissant en connaissance de cause telle victime spécifique, l'agent marque sa volonté de porter atteinte à telle valeur sociale plutôt qu'à telle autre, ce qui se traduit par la commission de telle infraction spécifique. De là découlent les deux conditions permettant d'expliquer et de justifier qu'un critère de distinction entre victimes soit consacré dans le texte pénal. En premier lieu, la différence de traitement ne se conçoit que si elle répond à une différence de valeur sociale atteinte par l'infraction. En second lieu, l'agent doit avoir eu conscience de cette différence, ce qui implique qu'il ait connu la caractéristique de la victime conduisant à ce basculement dans la valeur protégée. L'application de ces deux conditions permet d'expliquer pourquoi certaines différenciations sont admises (I) tandis que d'autres ne le sont pas (II).

I – LES DIFFÉRENCIATIONS FONDÉES SUR UNE RÉELLE DIFFÉRENCE DE VALEUR SOCIALE RACHETÉES PAR LA SUBJECTIVITÉ

318. La variété des hypothèses. Lorsque la variation dans le choix de sa victime exprime une variation dans le choix de la valeur sociale à laquelle l'agent s'attaque, le droit pénal réagit en adaptant la répression en conséquence. Ainsi se trouvent instituées et justifiées certaines différenciations entre diverses catégories de victimes. Les hypothèses en sont nombreuses et certaines sont relativement évidentes. Il tombe ainsi sous le sens que, pour des raisons

biologiques, seules les femmes peuvent être victimes de l'infraction d'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée¹. Ces diverses hypothèses ont en commun de recevoir une appréciation subjective, puisque c'est la conscience de viser telle ou telle valeur sociale protégée qui justifie la modification de la situation pénale de l'agent. Cela est particulièrement flagrant lorsque la distinction repose sur l'influence que peut exercer la victime sur le résultat recherché par l'agent (A). Bien que moins évident, tel est également le cas lorsque la différenciation réside sur la situation judiciaire ou légale de la victime (B).

A/ LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR L'INFLUENCE DE LA VICTIME SUR LE RÉSULTAT RECHERCHÉ PAR L'AGENT

319. Par ses caractéristiques et son comportement, la victime peut exercer une influence sur l'effectivité de l'atteinte à la valeur sociale protégée par l'incrimination. Or, ce qui importe, s'agissant d'une infraction intentionnelle, est la volonté de l'agent de porter atteinte à cette valeur sociale. Par conséquent, l'influence que peut exercer la victime sur cette atteinte ne devrait être prise en compte que pour autant qu'elle ait été connue de l'agent, voire utilisée par lui dans sa démarche visant à atteindre le résultat pénal. Les illustrations en sont potentiellement très nombreuses, embrassant l'ensemble du droit pénal spécial, aussi cet exposé sera-t-il contraint de se limiter à quelques exemples. Seront évoquées l'influence de la victime sur le résultat mortel recherché par l'agent (1), sur l'atteinte à la propriété (2) et enfin sur l'atteinte à la vie privée (2).

1) L'influence de la victime sur le résultat mortel recherché par l'agent

320. La spécificité des atteintes volontaires à la vie : la prise en compte des éléments influant sur l'intention de l'agent. Parmi les atteintes à la vie et à l'intégrité physique, les atteintes volontaires à la vie sont les seules infractions dont la répression dépende du résultat spécifiquement recherché par l'auteur et non du seul résultat obtenu. Ces deux infractions supposent l'intention de tuer, ou *animus necandi*, qui doit être démontrée chez l'agent². Cette considération du résultat recherché par l'agent conduit à distinguer le meurtre, défini comme « [l]e

¹ Art. 223-10 CP et L. 2222-1 CSP.

² L'*animus necandi*, classiquement exigé en matière d'homicide volontaire (V. par ex. Crim. 8 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 14) a été exigé en matière d'empoisonnement par la Cour de cassation à l'occasion de la transmission volontaire du virus du sida (V. Crim. 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127, *JCP G* 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 781, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2004, p. 1620, note D. REBUT ; *D.* 2005, p. 195, note A. PROTHAIS). Pour une défense de la conception retenue par la jurisprudence et une réflexion sur l'affaire du sang contaminé, V. également G. FOURNIER, « La norme pénale à l'épreuve du SIDA », in *Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE*, Economica, 1995, p. 225. Il convient cependant de relever que cette exigence a parfois été critiquée en doctrine. Certains auteurs affirment que le texte d'incrimination mentionnant des substances « de nature à entraîner la mort », cela devrait conduire à sanctionner le simple risque mortel. Selon ces auteurs, l'exigence d'un *animus necandi* priverait l'empoisonnement de sa spécificité, et partant de son intérêt, le transformant en simple variété de meurtre. V. par ex. F. ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires » », *Dr. pén.* 2013, étude 11, n° 10 et s.

fait de donner volontairement la mort à autrui »¹, et l’empoisonnement, défini comme « *[l]e fait d’attenter à la vie d’autrui par l’emploi ou l’administration de substances de nature à entraîner la mort* »², des atteintes à l’intégrité physique et des atteintes involontaires à la vie³. « *Dans les cas où on constate certaines fins, en plus des actes, les résultats de l’action se trouvent être naturellement plus importants que les activités* »⁴ et il est donc nécessaire de caractériser la recherche de cette fin. Les conséquences de l’acte commis par l’agent ne dépendent pas uniquement de cet acte mais également de la personne sur lequel il est exercé. Que ce soit dans le meurtre ou dans l’empoisonnement, certaines caractéristiques et comportements de la victime peuvent avoir une influence, c’est-à-dire jouer un rôle causal, dans la survenue de sa mort. Un même acte peut, en raison de circonstances propres à la victime, entraîner sa mort alors qu’il n’aurait causé qu’une blessure à une autre personne. Or, puisque ces deux infractions supposent chez l’agent une intention de porter atteinte à la vie de la victime, ces éléments peuvent permettre de caractériser l’élément intentionnel de l’infraction. Il est donc tout à fait essentiel de déterminer dans quelle mesure ces éléments causaux ont été connus, anticipés ou pris en compte par l’agent. Il convient donc de prendre en considération les particularités de la victime dont l’agent avait connaissance et qui ont contribué à la réalisation du résultat mortel (ou aurait pu y contribuer, si l’acte n’avait par ailleurs échoué, en cas de tentative). Il en résulte que la capacité de l’acte commis par l’agent ou de la substance qu’il a employée à causer la mort de la victime doit être appréciée *in concreto*, au regard de la victime particulière de l’infraction, mais aussi de la connaissance qu’en avait l’agent. Cela peut être illustré pour l’homicide volontaire (a) et pour l’empoisonnement (b).

a) L’appréciation subjective de l’influence de la victime d’homicide volontaire

321. L’appréciation subjective *in concreto* des actes constituant l’homicide volontaire.

Mme MALABAT relève que la jurisprudence n’exige qu’un « *lien de causalité concret entre l’acte de l’agent et la mort de la victime* »⁵ mais que la preuve de l’élément intentionnel de l’infraction nécessite de se référer au « *pouvoir abstraitement causal de l’acte* »⁶. Il convient en effet de considérer le pouvoir mortel de l’acte au regard de ce que l’agent connaissait de sa victime. Le pouvoir mortel d’un coup dépend de la force avec laquelle il est donné⁷ et donc de la résistance de la victime. Un même coup devrait constituer un homicide volontaire porté sur une victime que l’agent savait ou aurait du savoir incapable de résister. La jurisprudence admet que l’intention de tuer se peut

¹ Art. 221-1 CP.

² Art. 221-5 CP.

³ Sur lesquelles, cf. *infra*, n° 440 et s., n° 543 et s. et n° 553 et s.

⁴ ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Livre I, Chapitre 1^{er}, GF-Flammarion, 1965, p. 19.

⁵ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse, Université Bordeaux IV, 1999, n° 52.

⁶ *Ibid.* n° 53.

⁷ V. Crim. 9 janvier 1990, *Bull. crim.* n° 15, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 337, obs. G. LEVASSEUR déduisant l’*animus necandi* de la force des coups et de la région du corps de la victime atteinte.

déduire de la partie du corps de la victime que l'agent a atteinte¹. Par conséquent, l'*animus necandi* devrait être relevé chez l'agent qui, au fait d'une faiblesse de la victime ou d'une particularité de la victime², concentre ses coups à cet endroit précis. De même, des particularités de la victime qui auraient empêché sa mort devraient être prises en considération de la même façon. Connues de l'auteur, elles devraient conduire à retenir la qualification d'homicide volontaire. Inconnues de lui, elles devraient constituer une circonstance indépendante de sa volonté permettant de retenir la tentative (possible ici puisque l'objet de l'infraction, la vie humaine, existe bel et bien). Les particularités de la victime qui ont concouru à ce que l'acte de l'agent entraîne ou non la mort de la victime doivent donc être prises en considération lorsqu'elles étaient connues de l'auteur, ce qui entraîne d'évidentes difficultés probatoires. De manière générale, la jurisprudence se réfère aux circonstances de l'acte (partie du corps visée, force du coup, nombre de coups ou de tirs, etc.) afin d'établir, par présomption simple, l'intention homicide³. Tenir compte des particularismes de la victime exige de rapporter une preuve supplémentaire, celle de la connaissance desdites particularités par l'agent. Il est des cas dans lesquels la particularité de la victime étant apparente, le juge peut affirmer que l'agent en avait nécessairement conscience. Mais cela nécessite néanmoins une appréciation au cas par cas, en tenant compte des capacités de l'agent à remarquer cette particularité et à en déduire une modalité d'action particulière. La simple présomption d'intention serait excessive⁴ s'agissant de données tenant à la victime et non au comportement de l'agent. Ces difficultés peuvent se retrouver à l'identique dans l'empoisonnement.

b) L'appréciation subjective de l'influence de la victime d'empoisonnement

322. L'appréciation subjective *in concreto* du caractère mortifère des substances administrées dans l'empoisonnement. Les substances utilisées dans le cas d'un empoisonnement doivent être « *de nature à entraîner la mort* »⁵. Or, une personne peut être particulièrement sensible à une substance donnée. L'exemple de l'allergie est assez parlant : une personne allergique peut risquer de graves troubles allant jusqu'à la mort en cas d'administration ou d'exposition au produit allergène alors qu'un autre individu ne subirait lui aucune gêne. Pareillement, le fait d'administrer un produit donné, par exemple une drogue, à une personne qui en consomme déjà par ailleurs pourra conduire la victime à une surdose potentiellement mortelle alors qu'une telle administration aurait été moins néfaste chez une personne ne consommant pas

¹ V. par ex. Crim., 6 janvier 1993, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 773, obs. G. LEVASSEUR pour des coups visant la tête.

² On pourrait penser aux exemples extrêmes, mais éclairants, des personnes atteintes de dextrocardie, malformation dans laquelle le cœur se trouve dans la partie droite de la poitrine, ou encore de *situs inversus*, maladie congénitale causant une inversion de la position des principaux viscères et organes.

³ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 59 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 20 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 308 ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 34.

⁴ Pour une critique de la présomption d'intention en matière d'homicide volontaire, V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 308 ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 34.

⁵ Art. 221-5 CP.

le produit. A l'opposé, il peut également arriver qu'une personne soit immunisée, mithridatisée, contre un poison précis, à l'instar du roi Mithridate VI. Se pose par conséquent la question de l'appréciation du caractère mortifère de la substance employée : doit-elle être à même de causer la mort de la victime particulière à laquelle elle est administrée ou doit-elle être mortelle pour une victime humaine type ? Mme MALABAT se prononce en faveur d'une appréciation *in concreto* de ce pouvoir mortifère¹, ce qui mérite d'être approuvé. Il semble que l'acte de celui qui profite d'une faiblesse particulière de la victime pour attenter à sa vie doit être réprimé au titre de l'empoisonnement et qu'à l'inverse, celui qui savait que la substance choisie ne conduirait pas sa victime particulière à la mort ne devrait se voir reprocher qu'une administration de substances nuisibles. Les mêmes difficultés se rencontreront sur le terrain de la preuve : il s'agira d'établir la preuve de la connaissance des caractéristiques de la victime par l'auteur de l'acte, étant entendu que les présomptions de connaissance dues à la profession de l'agent (professions médicales notamment) ou à sa proximité avec la victime semblent également excessives en ce qu'elles font peser sur l'agent la charge de la preuve de son innocence, preuve qui peut être impossible à rapporter.

323. La possible influence du comportement de la victime dans l'administration des substances mortelles. Le caractère mortifère d'une substance est en soi indifférent tant que cette dernière n'a pas été, d'une façon ou d'une autre, administrée à la victime. L'une des particularités de l'infraction d'empoisonnement est que sa constitution fait bien souvent en pratique appel au concours actif de la victime. Tel est notamment le cas lorsque le poison, mélangé à un aliment ou une boisson, est matériellement ingéré par le fait de la victime lorsqu'elle consomme l'aliment ou la boisson qui la contient. L'importance pratique d'une telle influence du comportement de la victime réside dans l'appréciation des seuils de consommation et de la tentative punissable. L'empoisonnement est consommé lorsque le poison a été administré, c'est-à-dire lorsqu'il a pénétré dans l'organisme de la victime². En deçà de ce stade, lorsque le poison n'a pas encore été pénétré l'organisme de la victime, seule la qualification de tentative punissable pourrait être retenue. La jurisprudence sur ce point n'est cependant pas toujours nette à ce propos. Ainsi, le fait de remettre à la victime un flacon de poison présenté comme un médicament a d'abord été considéré comme un commencement d'exécution constitutif d'une tentative d'empoisonnement³, puis comme un acte d'administration constitutif d'un empoisonnement consommé⁴.

¹ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., n° 113.

² Dans le même sens, V. H. ANGEVIN, « Atteintes volontaires à la vie – Meurtre – Assassinat – Empoisonnement – Provocation non suivie d'effet à commettre un assassinat ou un empoisonnement », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 221-1 à 221-5-3, fasc. 20, n° 83.

³ Crim. 2 juillet 1886, *S.* 1887, 1, 489.

⁴ Crim. 8 juin 1993, *Bull. crim.* n° 203 ; *Rev. sc. crim.* 1993, p. 774, obs. G. LEVASSEUR.

324. L'appréciation subjective *in concreto* du comportement de la victime nécessaire à l'administration des substances. L'approche initiale semble cependant plus stricte et correspondre davantage au sens du terme « administration ». Affirmer que la seconde approche rend compte de l'état du droit positif est par ailleurs discutable, l'arrêt cité concernant une hypothèse dans laquelle la victime avait effectivement consommé le produit et en était décédée. Envisager la tentative d'empoisonnement impose d'en déterminer le commencement d'exécution. Celui-ci pourrait être caractérisé par la mise à disposition du poison à la victime, lequel est bien un acte tendant directement et immédiatement à l'ingestion du poison et donc à la consommation. Ainsi en avaient jugé l'arrêt précité ainsi qu'une décision du 5 février 1958¹ dans lequel la chambre criminelle de la Cour de cassation avait qualifié de commencement d'exécution le fait de jeter un poison dans l'eau d'un puits alimentant la propriété de la victime. La tentative punissable suppose dès lors que l'agent ait pu escompter que la victime s'administre elle-même la substance mortifère. Le comportement de la victime ne coïncidant alors pas avec celui qu'escomptait l'agent, il constitue bien la circonstance indépendante de la volonté de l'auteur permettant de retenir la tentative punissable. Parce qu'ils ne sont donc pas sans influence sur la survenue de l'atteinte à la valeur sociale protégée, les caractéristiques personnelles et le comportement de la victime ont vocation à être subjectivement prise en compte lorsque l'infraction est intentionnelle. Cela vaut alors pour les atteintes volontaires à la vie, mais aussi pour les atteintes volontaires à la propriété.

2) L'influence de la victime sur l'atteinte à la propriété

325. L'influence de la victime sur la distinction des principales appropriations frauduleuses. Les principales incriminations sanctionnant les appropriations frauduleuses se distinguent essentiellement par la façon dont l'agent s'empare matériellement de la chose. Qu'il s'en empare simplement contre le gré de la victime et le vol pourra être retenu². Que la chose lui soit remise par la victime et ce sont les qualifications d'extorsion³, d'escroquerie⁴ et d'abus de confiance⁵ qui devraient alors être envisagées. La victime aura alors une influence sur la qualification, puisque c'est la manière dont elle aura été poussée à remettre la chose qui fondera le choix de l'incrimination à appliquer. Si son consentement a été surpris par dol, le juge optera pour la qualification d'escroquerie, tandis que s'il a été obtenu sous la contrainte, la qualification d'extorsion sera préférée. Ceci révèle qu'en sus de la propriété, ces incriminations ont vocation à protéger l'intégrité du consentement. À l'opposé, si la remise a été volontaire, mais précaire ou à charge de faire un usage déterminé de la chose, c'est sous la qualification d'abus de confiance,

¹ Crim. 5 février 1958, *Bull. crim.* n° 126.

² Art. 311-1 et s. CP.

³ Art. 312-1 et s. CP.

⁴ Art. 313-1 et s. CP.

⁵ Art. 314-1 et s. CP.

incrimination qui couple à la protection de la propriété¹ celle de la relation de confiance², que l'agent sera poursuivi. Apparemment aisée à mettre en œuvre, la distinction n'a cependant pas toujours été adoptée par une jurisprudence soucieuse de ne pas laisser certains comportements échapper à la sanction pénale. Elle a ainsi pu appliquer l'incrimination de vol à des remises en détention ou extorquée frauduleusement, notamment lorsque les autres qualifications paraissaient inapplicables³. De telles solutions n'ont cependant pas vocation à survivre aux nouvelles dispositions du Code pénal⁴. Celles-ci assurent en effet une distinction claire entre les éléments constitutifs des différentes infractions considérées, distinction dont le principe d'interprétation stricte impose le respect. De plus, les velléités répressives qui commandaient ces anciennes solutions semblent satisfaites par la suppression de la liste limitative des contrats susceptibles de constituer la condition préalable de l'abus de confiance.

326. L'influence de la victime sur la remise consommant l'escroquerie et l'extorsion.

Une fois la qualification déterminée, la victime peut encore exercer une influence sur la consommation de l'infraction. L'escroquerie et l'extorsion ont en commun de se consommer par la remise de l'objet de l'infraction à l'agent. Cela découle clairement de la définition de l'extorsion, l'article 312-1 du Code pénal évoquant « *le fait d'obtenir [...] soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* ». Quant à l'escroquerie, la jurisprudence reconnaît qu'elle se consomme par la remise⁵, ce qui apparaît cohérent avec le fait que le préjudice est un élément constitutif de l'infraction⁶. Dès lors, l'attitude de la victime est déterminante dans la mesure où, en effectuant la remise, elle influe sur la date de consommation de l'infraction et donc sur le point de départ du délai de prescription. La Cour de

¹ V. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 98, 2010, n° 117 et s., et spéc. n° 126 et s. pour une démonstration du fait que l'abus de confiance suppose toujours une atteinte à la propriété. V. également R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés, mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, étude 9.

² Sur ce point, V. Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 809.

³ V. par ex. Crim. 31 août 1899, *DP* 1902, 1, 331 (remise par des enfants n'ayant pas conscience de la portée de leur acte) ; Crim. 4 mai 1973, *Bull. crim.* n° 207 (remise obtenue par la contrainte) ; Crim. 8 février 1993, *Bull. crim.* n° 65 ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 112, obs. P. BOUZAT (simple remise de la détention d'une chose mobilière non assortie de la remise de possession). Pour une présentation approfondie de la question, V. P.-A. PAGEAUD, « L'intention de la victime comme critère de la notion de « soustraction » en matière de vol », *JCP G* 1955, I, 1256.

⁴ V. cependant la jurisprudence relative aux photocopies et reproductions de documents sociaux par le salarié sans autorisation de son employeur. Ces faits ont été et demeurent poursuivis sous la qualification de vol. V. par ex. Crim. 1^{er} mars 1989, *Bull. crim.* n° 100 ; Crim. 8 décembre 1998, *Bull. crim.* n° 336 ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 822, obs. R. OTTENHOF ; Crim. 11 mai 2004, *Bull. crim.* n° 113 ; *D.* 2004, p. 2326, note H. K. GABA. Selon Mme MASCALA, l'exclusion de la qualification d'abus de confiance se justifie par l'absence d'affectation du bien, celui-ci n'ayant pas été remis spécifiquement à l'employé quand bien même y avait-il accès de part ses fonctions (C. MASCALA, « Abus de confiance », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, n° 50 à 52). M. OTTENHOF rappelle par ailleurs que la Cour de cassation pourrait toujours recourir à la théorie de la peine justifiée afin de valider le choix fait par une Cour d'appel en faveur de la qualification d'abus de confiance (in Obs. sous Crim. 19 janvier 1994, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 767).

⁵ V. par ex. Crim. 15 novembre 1955, *Bull. crim.* n° 478 ; Crim. 27 mai 1991, *Bull. crim.* n° 222, *RTD com.* 1992, p. 477, obs. P. BOUZAT ; Crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.* n° 170.

⁶ V. par ex. Crim. 3 avril 1991, *Bull. crim.* n° 155 ; *D.* 1991, Somm. p. 275, obs. G. AZIBERT ; Crim. 26 octobre 1994, *Bull. crim.* n° 341 ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 583, obs. R. OTTENHOF.

cassation a affirmé que chaque nouvelle remise repoussait le point de départ du délai de prescription de l'infraction d'escroquerie¹. Dans l'hypothèse où la victime refuserait de remettre à l'agent l'objet de l'infraction, ce refus devrait caractériser la circonstance indépendante de la volonté de l'auteur propre à retenir la qualification de tentative d'escroquerie² ou d'extorsion³, à condition que l'agent ait atteint le stade du commencement d'exécution, ce qui suppose de sa part des actes d'exécution sur lesquels la victime n'est pas sans influencer subjectivement.

327. La nature discutée de l'appréciation du caractère déterminant des actes constitutifs d'escroquerie et d'extorsion. L'extorsion et l'escroquerie supposent pareillement une remise par la victime, remise qui devra avoir été provoquée par les actes de l'agent. Pour l'escroquerie, cela suppose que les actes de l'agent aient été antérieurs à la remise⁴ et surtout déterminants de celle-ci⁵. L'appréciation du caractère déterminant des actes de l'agent donne lieu à une jurisprudence relativement fluctuante dont il n'est pas évident d'induire un principe général. Il semble cependant, ainsi que le démontre Mme MALABAT, qu'une telle appréciation se réalise *in abstracto*, par référence à la crédulité d'une victime standard⁶. Certaines décisions vont néanmoins en sens contraire, suggérant une référence aux caractéristiques de sa victime, notamment à son degré de crédulité⁷. S'agissant de l'extorsion, la Cour de cassation, à l'occasion d'une affaire où l'agent avait eu recours à la contrainte pour réaliser une extorsion sur un couple de personnes âgées respectivement de soixante-quinze et soixante-seize ans, a clairement reconnu que le caractère contraignant de ses actes devait s'apprécier *in concreto*⁸. L'appréciation *in concreto* a le mérite de permettre de tenir compte des protagonistes spécifiques de l'infraction. Elle permet ainsi la répression de l'agent qui, se sachant face à une personne particulièrement crédule ou influençable, n'a utilisé que le minimum de tromperie ou de pression requis pour la déterminer à

¹ V. par ex. Crim. 27 mai 1991, *Bull. crim.* n° 222, RTD com. 1992, p. 477, obs. P. BOUZAT, op. cit. ; Crim. 6 octobre 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. 27, obs. M. VERON.

² Art. 313-3 CP.

³ Art. 312-9 CP.

⁴ V. par ex. Crim. 28 mai 1954, *Bull. crim.* n° 200.

⁵ V. par ex. Crim. 3 décembre 1998, n° 97-82.158 (usage d'un faux nom) ; Crim. 14 mai 1990, *Bull. crim.* n° 187 (usage d'une fausse qualité) ; Crim. 8 novembre 1988, *Bull. crim.* n° 381 (emploi de manœuvres frauduleuses).

⁶ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse, Université Bordeaux IV, 1999, n° 287 et s.

⁷ La jurisprudence étant d'une extrême richesse, il serait vain d'en vouloir donner une présentation exhaustive, aussi cette présentation se limiterait-elle à quelques exemples. En premier lieu, certains arrêts évoquent implicitement l'appréciation *in concreto* en précisant que l'abus d'une qualité vraie par l'agent est répréhensible si elle était de nature à emporter la confiance de la victime (Crim. 25 février 1992, *Bull. crim.* n° 83), voire de sa victime (Crim. 29 mars 1977, *Bull. crim.* n° 115). Un jugement du Tribunal correctionnel de Paris a explicitement retenu que l'abus d'une qualité vraie ne pouvait être retenu lorsqu'un vice-président de société présentait une demande de prêt non à des tiers mais à ses pairs administrateurs, insusceptibles d'être trompés sur l'étendue des pouvoirs de l'agent (T. corr. Paris 23 janvier 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, 457). En matière d'escroquerie à l'art divinatoire, la jurisprudence se fonde sur la crédulité des victimes afin d'apprécier les manœuvres frauduleuses (V. par ex. Crim. 2 juin 1843, *S.* 1843, 1, 920 ; Crim. 6 mars 1957, *Bull. crim.* n° 231). Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a condamné l'Église de Scientologie en tenant compte du fait que les victimes étaient « conditionnées par les résultats négatifs des tests de personnalité » (CA Paris, 11^e ch. corr., 2 février 2012, *AJ Pénal* 2012, p. 419, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE).

⁸ Crim. 3 octobre 1991, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 109, obs. P. BOUZAT. V. également Crim. 6 février 1997, *Bull. crim.* n° 53.

lui remettre l'objet de l'infraction. Il est cependant vrai que, si de tels faits appréciés *in abstracto* ne sauraient permettre de retenir l'escroquerie, ils pourront néanmoins être poursuivis sous la qualification d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse¹.

328. L'appréciation subjective du caractère déterminant des actes constitutifs d'escroquerie et d'extorsion. Qu'elle soit réalisée *in concreto* ou *in abstracto*, cette appréciation doit en tout état de cause être subjective, en ce sens que ce qui importe est de déterminer si l'agent pouvait croire son acte susceptible de déterminer sa victime particulière à lui remettre l'objet désiré. Dans l'hypothèse où l'agent sollicite une remise qu'il pense ne pas obtenir, par exemple par plaisanterie, employant pour ce faire des moyens qu'il pense inefficace, il ne saurait engager sa responsabilité pénale. Certes, la jurisprudence rappelle que les mobiles de l'infraction sont indifférents², mais c'est ici l'intention même qui fait défaut. L'agent ne témoigne tout simplement pas d'une intention d'appropriation frauduleuse propre à constituer l'infraction, quand bien même la victime opèrerait la remise. Il convient cependant de noter que si la remise est effectuée directement à l'agent qui, cherchant à profiter de cette occasion, l'accepte tout en sachant que le consentement de sa victime n'est pas intègre, il engagerait alors sa responsabilité pénale. L'intention serait alors concomitante à la remise, ce qui devrait suffire à retenir l'infraction³. La solution est certaine en matière d'extorsion, la jurisprudence y définissant l'intention comme la « conscience d'obtenir par la force, la violence ou la contrainte ce qui n'aurait pu être obtenu par un accord librement consenti »⁴. Elle est également probable en matière d'escroquerie. L'intention, en tant que « volonté tendue vers un but » n'y existerait alors pas au moment de l'exécution des actes matériels, mais ceux-ci sont néanmoins volontaires et cela suffit dès lors que l'intention vient s'y ajouter lorsque l'infraction, matérielle, produit son résultat.

329. L'influence subjective du consentement de la victime sur l'élément moral des appropriations frauduleuses. Enfin, et de manière plus générale, les différentes appropriations frauduleuses supposent un défaut de consentement de la victime⁵. Par conséquent, le consentement de la personne visée exclut la qualification infractionnelle, à condition que les actes de l'agent n'aient pas inclus de circonstances aggravantes propres à constituer une infraction autonome, telles les violences volontaires. Il en résulte que l'agent peut invoquer l'erreur de fait et échapper à la sanction s'il parvient à démontrer avoir légitimement cru au consentement de la

¹ Art. 223-15-2 et s. CP.

² Pour l'extorsion, V. Crim. 4 novembre 1997, *Bull. crim.* n° 372 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 535, obs. B. BOULOC. Pour l'escroquerie, V. Crim. 30 mars 1939, *Bull. crim.* n° 79. V. également R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 889 et spéc. n° 899 et s. pour une présentation et une justification de la répression pénale du créancier qui s'empare d'un bien d'un mont équivalent à celui de sa créance, voire d'un bien affecté à la garantie de cette créance.

³ V. B. BOULOC, obs. sous Crim. 4 novembre 1997, op. cit., rappelant qu'en dépit de la lettre de l'article 121-3 du Code pénal, « dès lors que la personne poursuivie n'allègue pas des causes de justification, la tendance judiciaire est de considérer que cette intention existe ».

⁴ Crim. 9 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 17 ; *Rev. sc. crim.* 1992, p. 323, obs. P. BOUZAT.

⁵ Cf. *supra*, n° 168.

personne visée. Cette possibilité concerne essentiellement les appropriations « simples » que sont le vol et l'abus de confiance, lesquelles ne requièrent qu'un détournement matériel (vol) ou juridique (abus de confiance et plus exceptionnellement vol). En effet, l'emploi de subterfuges destinés à tromper la victime ou d'actes coercitifs destinés à forcer son consentement excluront généralement dans l'esprit des juges toute possibilité d'établir la bonne foi de l'agent. Une fois encore, une caractéristique de la victime, en l'occurrence son consentement, exerce une influence subjective sur la responsabilité de l'auteur. Une telle influence s'observe également dans les atteintes à la vie privée.

3) L'influence de la victime sur l'atteinte à la vie privée

330. La spécificité des infractions d'atteinte à la vie privée. La notion de vie privée est relativement malaisée à cerner étant donné qu'elle n'a fait l'objet d'aucune définition législative¹. Historiquement rattachée au droit d'être laissé tranquille², la vie privée englobe toute une variété d'aspects de l'existence, précisés au gré des décisions jurisprudentielles. C'est donc en fonction du domaine d'une information qu'elle relèvera ou non de la vie privée. Les hypothèses les plus classiques sont représentées par la vie sentimentale³, la parentalité⁴, l'état de santé⁵, ou encore la domiciliation⁶. En revanche, en sont en principe exclues les informations relatives à la situation patrimoniale⁷, à moins qu'elles ne permettent d'éclairer sur le mode de vie et la personnalité de l'intéressé⁸. Contrairement à l'article 9 du Code civil, l'article 226-1 du Code pénal ne se réfère pas uniquement à la « vie privée », mais à l'« intimité de la vie privée » de la victime. Pourtant, il semble que ces deux notions se recoupent⁹. Mme LEPAGE relève ainsi que toute atteinte pénale à la vie privée est également une atteinte civile¹⁰. Si certaines atteintes à la vie privée ne peuvent être pénalement poursuivies, c'est en raison des seules conditions préalables des incriminations

¹ Sur la notion et les difficultés de sa définition, V. N. CAZE-GAILLARDE, « Vie privée (Atteintes à la) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 11 et s ; A. LEPAGE, « Personnalité (Droits de la) », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 61 et s.

² PH. MALAURIE, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, coll. Droit civil, 6^e éd., 2012, n° 312.

³ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 6 octobre 1998, *Bull. civ. I* n° 274 (révélation d'une situation de concubinage) ; Civ. 1^{ère}, 16 octobre 1984, *Bull. civ. I* n° 268 (révélation d'une mésentente conjugale suivie d'un abandon du domicile conjugal).

⁴ V. par ex. Civ. 2^{ème}, 5 janvier 1983, *Bull. civ. II* n° 4 (la révélation de l'état de grossesse d'une actrice de cinéma est attentatoire à la vie privée, quand bien même cet état aurait été constaté dans un lieu public)

⁵ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 6 juin 1987, *Bull. civ. I* n° 191 (photographie d'une personne à sa sortie d'hôpital) ; Soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ. V* n° 251 (le dossier médical d'un salarié étant couvert par le secret médical, il ne saurait être transmis à l'employeur. La chambre sociale de la Cour de cassation ne fonde pas uniquement cette solution sur les dispositions du Code de déontologie médicale et du Code du travail, mais également sur l'article 9 du Code civil et donc sur le droit au respect de la vie privée).

⁶ V. par ex. Civ. 2^{ème}, juin 2003, *Bull. civ. II* n° 175 ; D. 2003, p. 2461, note E. DREYER : La publication dans la presse de la photographie d'une résidence accompagnée en légende du nom et de l'adresse du propriétaire constitue une atteinte à la vie privée, et non à un prétendu « droit à l'image du bien » qui découlerait du droit de propriété.

⁷ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Bull. civ. I* n° 173 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, 12^e éd., 2007, n° 21, p. 160 (absence d'atteinte à la vie privée du fait de la révélation, dans un hebdomadaire satirique, du montant des déclarations fiscales d'un homme politique).

⁸ Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ. I* n° 167 ; JCP G 2001, II, 10524, note B. MONTELS.

⁹ V. par ex. TGI Marseille, 23 mars 1995, D. 1996, p. 40, note J. FRAYSSINET.

¹⁰ A. LEPAGE, « Personnalité (Droits de la) », op. cit., n° 50.

pénales, tenant au mode d'émission des paroles captées ou à la présence dans un lieu privé de la personne dont l'image est recueillie¹. Or, la victime exerce une influence subjective sur ces conditions préalables, et plus généralement sur la constitution de l'infraction.

331. L'influence de la victime sur les conditions préalables de l'infraction. Les atteintes sanctionnées par l'article 226-1 du Code pénal concernent soit des « *paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* », soit « *l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* ». Dans les deux cas, cet élément sur lequel portera l'acte infractionnel de l'agent dépend du comportement de la victime. C'est ainsi par sa présence dans un lieu privé que la victime exclut que son image puisse être captée, tandis que la qualification infractionnelle sera exclue si elle se trouve dans un lieu public tel une plage (fût-elle baptisée « privée »)² ou une rue³. Le lieu privé n'est pas aisé à définir⁴, mais semble pouvoir être reconnu par la jurisprudence à ce que l'accès en est soumis à l'autorisation de celui qui l'occupe⁵, par opposition au lieu accessible au public⁶. Cette condition de localisation avait été également étendue par l'article 23 de la loi du 17 juillet 1970⁷ à l'appropriation des paroles, mais cet ajout ne fut pas conservé dans la nouvelle version du Code pénal. Cela n'empêche que la victime exerce également une influence sur ce point, puisqu'elle est celle qui prononce les paroles et enclenche la protection pénale en choisissant de le faire « *à titre privé ou confidentiel* ». Ce critère dépend d'autant plus de la victime qu'il concerne la forme des propos, la manière dont ils ont été émis⁸ et non le contenu des propos, lequel permet de caractériser l'atteinte à la vie privée. L'influence de la manière dont la victime choisit de s'exprimer est donc déterminante, ce qui explique par exemple qu'un homme politique insatisfait de sa prestation oratoire ne saurait faire poursuivre ceux qui auraient enregistré ou reproduits son discours pour atteinte à la vie privée.

332. L'influence subjective de la victime sur les conditions préalables de l'infraction. Une telle influence est subjective dans la mesure où l'agent pourrait invoquer l'erreur de fait et

¹ *Ibid.* V. *contra* N. CAZE-GAILLARDE, « Vie privée (Atteintes à la) », *op. cit.*, n° 20 et s. Selon cet auteur, la mention de l'« intimité de la vie privée » permettrait de réduire le champ de la répression pénale aux atteintes les plus graves, celles qui viseraient le plus personnel, le cœur de la vie privée. Ceci expliquerait que ne soient pas pénalement sanctionnés l'enregistrement par huissier de propos tenu par un époux si ces propos ne sont relatifs qu'à des problèmes pécuniaires (CA Besançon, 5 janvier 1978, *D.* 1978, p. 357). L'opinion de Mme CAZE-GAILLARDE ne semble pas pouvoir être partagée dans la mesure où les exemples qu'elles citent sont également partagés par la jurisprudence civile qui écarte également l'atteinte à la vie privée lorsque seule la situation financière d'une personne est en cause (Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Bull. civ. I* n° 173, *op. cit.*). Les notions civile de « vie privée » et pénale d'« intimité de la vie privée » semblent donc bien coïncider.

² TGI Paris 18 mars 1971, *Rev. sc. crim.* 1972, p. 118, obs. G. LEVASSEUR.

³ T. corr. Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 119, obs. G. LEVASSEUR.

⁴ Sur la notion, V. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. Cours magistral, 1^{ère} éd., 2008, n° 434 ; H. PELLETIER, « Atteinte à la vie privée – Enregistrement de la parole ou de l'image – Fabrication, détention, location ou vente d'appareil d'enregistrement », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 226-1 à 226-3, fasc. 20, n° 63 et s.

⁵ En ce sens, V. CA Aix-en-Provence, 7^e ch. corr., 9 janvier 2006, *JCP G* 2007, IV, 1499 (voiture), décision confirmée par Crim. 28 novembre 2006, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 45, obs. A. LEPAGE.

⁶ Crim. 15 février 2006, *Comm. com. électr.* 2006, comm. 163, obs. A. LEPAGE.

⁷ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *JORF* du 19 juillet 1970, p. 6751.

⁸ Dans le même sens, V. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 437.

échapper à la répression pénale s'il réussit à démontrer avoir légitimement cru capter des paroles prononcées à titre public ou l'image d'une personne située dans un lieu public. Une telle approche semble logique tant au regard des textes que de l'application qu'en fait la jurisprudence. Au plan textuel, la preuve en est l'abandon de la condition du lieu de prononcé des paroles captées. Cet abandon témoigne d'une volonté législative de sanctionner les atteintes où qu'elles soient commises, mais se traduit concrètement par l'abandon d'un critère objectif d'appréciation de la nature privée des paroles. Dès lors, l'appréciation de ce caractère privé peut se réaliser subjectivement, c'est-à-dire en fonction de l'intention de la victime. Au plan prétorien, la Cour de cassation considère que ces infractions nécessitent que le prévenu ait eu la conscience et la volonté de porter atteinte à la vie privée¹. Cela suppose notamment que le prévenu ait eu conscience de l'absence de consentement de sa victime.

333. L'influence subjective du consentement de la personne visée. Les infractions d'atteinte à la vie privée supposent le défaut de consentement de la victime² et ce refus doit être connu de l'agent. Cette exigence de connaissance par l'agent du refus de la victime transparait dans les présomptions de consentement prévues par l'alinéa 4 de l'article 226-1 du Code pénal. Au terme de cette disposition, lorsque, lorsque l'agent a agi au vu et au su de la personne concernée sans que cette dernière ne s'y oppose alors qu'elle en avait la possibilité, elle est présumée consentir à l'acte. Que le consentement puisse être présumé indique qu'il n'exerce qu'une influence subjective et que l'agent peut échapper à la répression quand bien même il aurait agi contre le gré de la personne concernée. La personne visée exerce donc une influence subjective sur la constitution de l'infraction puisque c'est ce que l'agent aura déduit de son comportement qu'il aura tiré la justification de son acte. Encore une fois, une telle approche se comprend parfaitement dans la mesure où l'agent doit avoir eu la conscience et la volonté de porter atteinte à la vie privée de la victime, notion dont l'imprécision vient compliquer la lecture de la matière.

334. L'influence subjective de la victime sur la notion de « vie privée ». En théorie, la personne de la victime, entendue comme ce qu'elle est, n'exerce aucune influence sur la notion de vie privée. D'une élégante formule, la Cour de cassation rappelle ainsi que « *toute personne, quel que soit son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée* »³. Pourtant, ce principe n'est pas absolu car il doit se concilier avec la règle selon laquelle un intérêt légitime peut justifier qu'il soit porté atteinte à l'intimité de la vie privée. Or, la personnalité de la victime exerce une influence sur ce point⁴. Ainsi, le fait que la victime soit salariée n'est pas de

¹ Crim. 7 octobre 1997, *Bull. crim.* n° 324 ; *D.* 1999, p. 152, note J.-C. SAINT-PAU.

² Sur ce point, cf. *supra*, n° 167.

³ Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1990, *Bull. civ. I* n° 222 ; Civ. 1^{ère}, 27 février 2007, *Bull. civ. I* n° 85, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 97, obs. A. LEPAGE.

⁴ Pour des exemples en droit civil, V. Civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, *Bull. civ. I* n° 247 (la notoriété et la popularité d'un artiste peuvent conduire à transformer l'accident de santé dont il est victime en événement d'actualité et en justifier la

nature à la priver de la protection de sa vie privée, fût-ce sur le temps et le lieu de travail¹, mais autorise son employeur à déployer des moyens de surveillance durant le temps de travail dès lors que le salarié en a été averti. Pourraient ainsi être validées des captations de la voix² ou de l'image³. Il faut cependant relever que la justification de tels actes paraît davantage découler du consentement du salarié dûment informé que de son statut⁴. C'est donc essentiellement par son comportement que la victime peut exercer une influence sur la constitution de l'atteinte à la vie privée. S'agissant de la captation de la voix, le sujet de la conversation tenue par les personnes concernées déterminera ainsi le caractère attentatoire ou non à la vie privée : « *n'est pas répréhensible le fait de capter par microphones les conversations d'un couple dans leur chambre à coucher dès lors que les protagonistes s'en tiennent à des considérations météorologiques* »⁵. Cette influence est subjective dans la mesure où l'infraction suppose la volonté d'attenter à la vie privée⁶. Par conséquent, l'agent ne saurait se voir reprochée une captation de la voix si, par exemple, la personne se met à tenir des propos extrêmement personnels lors d'une conversation téléphonique professionnelle qu'il sait enregistrée. Enfin, l'atteinte à la vie privée pourrait trouver sa justification dans l'attitude antérieure de la victime, notamment lorsque cette atteinte est nécessaire à la preuve d'une infraction commise par elle. Les victimes peuvent en effet être différenciées selon leur situation légale ou judiciaire.

B/ LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA SITUATION LÉGALE OU JUDICIAIRE DE LA VICTIME

335. La grande variété des hypothèses de différenciations fondées sur la situation judiciaire ou légale. Le comportement d'une personne, spécialement lorsque celui-ci était constitutif d'une infraction pénale, influe nécessairement sa capacité à être reconnue pénalement

révélation au public) ; TGI Paris, 16 avril 2010, *D.* 2011, p. 780 et spéc. p. 781, obs. E. DREYER (sanction de la révélation d'une liaison qu'une personne aurait entretenue avec la femme du Président de la République ; le juge reconnaît néanmoins qu'une telle information aurait pu intéresser le public si elle avait été vérifiée, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce).

¹ V. par ex. Soc. 2 octobre 2001, *Bull. civ. V* n° 291. Pour une présentation plus détaillée de la question de la vie privée du salarié, V. F. KERNALÉGUEN, « Brèves remarques sur la vie privée du salarié », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 269 ; A. LEPAGE, « Vie privée du salarié et droit pénal », *AJ Pénal* 2005, p. 9.

² V. par ex. Soc. 14 mars 2000, *Bull. civ. V* n° 101 pour l'admission d'écoutes téléphoniques dont les salariés avaient été avertis.

³ V. par ex. et *a contrario* Soc. 10 janvier 2012, *Bull. civ. V* n° 2 pour le refus d'un système de vidéosurveillance dont les salariés n'ont pas été informés. Selon la Cour de cassation, le défaut d'information constitue le motif du refus.

⁴ Encore que la jurisprudence a admis que le refus du salarié du changement de ses conditions de travail pouvait constituer une faute constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement au sens de l'article L. 1231-1 du Code du travail. Sur la question, V. A. CRISTAU, « Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture – Licenciement pour motif personnel : conditions) », *Répertoire de droit du travail Dalloz*, n° 406 et s. Il serait donc envisageable que les juges retiennent le caractère fautif du refus par un salarié de se soumettre, sur son lieu de travail, à une surveillance raisonnable et limitée de son employeur.

⁵ J.-C. SAINT-PAU, « Le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée exige-t-il... une atteinte effective à l'intimité de la vie privée ? », *D.* 1999, p. 152, note sous Crim. 7 octobre 1997, op. cit.

⁶ Crim. 7 octobre 1997, op. cit.

victime des faits commis à son encontre. Le droit pénal consacre alors une différenciation des victimes fondée sur leur comportement antérieur. L'exemple le plus évident en est la légitime défense¹, différenciation reposant sur la commission d'une infraction par la « victime », condition appréciée subjectivement ainsi que le démontre l'admission de la légitime défense putative². Plus généralement, l'ensemble du déroulement de l'enquête et du procès pénal semble se plier à cette logique. Le suspect est ainsi susceptible de faire l'objet d'actes qui auraient été pénalement sanctionnés s'ils n'avaient pas été effectués, par les autorités habilitées, à l'encontre d'une personne soupçonnée de délinquance. Le droit d'arrestation de l'auteur d'une infraction flagrante³, posé par l'article 73 du Code de procédure pénale, s'inscrit dans cette démarche⁴. Le recours à des agents de recherches privées⁵ peut également être validé sous certaines conditions⁶, tenant notamment à l'absence de disproportion entre l'intérêt probatoire de l'investigation privée et l'atteinte à la vie privée qu'elle implique⁷.

336. L'exemple de la différenciation résultant du droit de dénoncer l'auteur d'une infraction pénale. Les exemples pourraient être multipliés et développés à loisir, mais l'ampleur d'une telle étude mériterait une œuvre séparée. C'est pourquoi il n'en sera approfondi qu'un seul aspect, tenant au droit de dénoncer l'auteur d'une infraction. Affirmer qu'un individu a commis une infraction peut en principe être qualifié de dénonciation calomnieuse⁸ ou de diffamation⁹, bien que le champ d'application de ces deux incriminations¹⁰ soit plus vaste que la simple dénonciation d'infraction¹¹. Cependant, la qualification cède devant la véracité de l'affirmation. Il

¹ Sur laquelle cf. *supra*, n° 58 et s.

² Sur laquelle cf. *supra*, n° 89 et s.

³ Sur laquelle V. J. BUISSON, « Crimes et délits flagrants », *Juris-classeur Procédure pénale*, art. 53 à 73, fasc. 20.

⁴ Sur cet article, V. A. VITU, « Un fait justificatif spécial : la permission légale instituée par l'article 73 du Code de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 327.

⁵ Auxquels est consacré le Titre II du Livre VI du Code de la sécurité intérieure et sur lesquels V. M.-F. HOLLINGER, « Qui sont les ARP ? », *AJ Pénal* 2009, p. 440.

⁶ Sur lesquelles V. F. SAINT-PIERRE, « Investigations privées en défense : questions de méthode et difficultés de pratique », *AJ Pénal* 2009, p. 433.

⁷ V. notamment Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2012, *Comm. com. électr.* 2012, comm. 137, note A. LEPAGE ; *RDLF* 2012, chron. n° 30, note G. VIAL.

⁸ Que l'article 226-10 du Code pénal définit comme « [l]a dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée ».

⁹ Prévue aux articles 29 et suivants de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles R. 621-1 et R. 624-5 et suivants du Code pénal. L'article 29 de la loi de 1881 la définit comme « [l]oute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». Le texte précise que la diffamation est sanctionnée « même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés ».

¹⁰ Sur la création et la distinction desquelles, V. Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, éd. L'Hermès, 1979, n° 194 et s.

¹¹ La diffamation sanctionne ainsi l'imputation de tout fait précis (Crim. 3 décembre 1963, *Bull. crim.* n° 345) portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps visé, quand bien même il ne serait pas infractionnel. Par exemple, ont pu être jugées diffamatoires l'imputation d'avoir menti (Crim. 2 juin 1980, *Bull. crim.* n° 169), d'être un ivrogne (Crim. 6 décembre 1988, *Bull. crim.* n° 411), pour un militaire de manquer de combativité et de courage (Crim. 30 mai 1996, *Bull. crim.* n° 228) ou pour un maire d'avoir gaspillé l'argent de la commune dans un

en résulte une différenciation entre les personnes visées par une telle affirmation selon la réalité de l'affirmation, donc la nature de leur comportement antérieur (1). Ce critère de différenciation exerce une influence subjective sur la responsabilité pénale de l'agent, puisque la bonne foi de ce dernier lui permet d'échapper à la répression, quand bien même l'information par lui rapportée se serait révélée inexacte (2).

1) La possible dénonciation des infractions réellement commises par une personne

337. En droit pénal français, le fait qu'une personne ait commis une infraction en autorise (a), voire impose (b) la révélation.

a) La révélation généralement autorisée

338. La vérité des faits excluant la condition préalable de la dénonciation calomnieuse. La dénonciation calomnieuse suppose un fait que l'agent « *sait totalement ou partiellement inexact* ». Implicitement, le texte pose comme condition préalable la fausseté du fait que l'agent va dénoncer¹. M. MAYAUD qualifie ainsi la fausseté de « *préalable à la fois substantiel et procédural* »². L'infraction n'est donc pas constituée lorsque les faits dénoncés ont bel et bien été commis par la personne à laquelle l'agent les impute³. Il s'agit ici d'une condition préalable assez particulière puisqu'elle constitue une condition préalable négative. Elle ne tient pas à l'existence d'une situation antérieure à la commission de l'infraction, mais à l'inexistence d'une telle situation. La condition préalable de l'infraction réside dans le fait que la personne qui en sera victime n'a pas commis les faits qu'autrui va lui imputer. La dénonciation dont elle fera l'objet sera donc, au moins en partie⁴, inexacte. Quant à la preuve de cette fausseté, les alinéas deux et trois de l'article 226-10 du Code pénal prévoient deux hypothèses. Si le fait dénoncé est une infraction pénale et que des poursuites ont été exercées, la fausseté découle nécessairement de la décision définitive d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu établissant que les faits n'ont pas été commis ou ne sont pas imputables à la personne dénoncée. Malgré cette dernière condition, la jurisprudence y inclut

projet inutile de salle de spectacle (Civ. 2^e, 29 mars 2001, *Bull. civ. II* n° 67). Quant à la dénonciation calomnieuse, son champ d'action est à la fois plus vaste et plus restreint que la dénonciation d'infractions. Il est d'abord plus vaste en ce que, si l'acte doit être punissable (V. par ex. Crim. 7 décembre 2004, *Bull. crim.* n° 308 : infraction non constituée pour une épouse accusant son conjoint de ne plus payer le loyer de l'appartement commun), il peut n'appeler qu'une sanction administrative ou disciplinaire, par exemple le licenciement ou l'éviction d'un club sportif (CA Lyon, 7 avril 2005, *JCP G* 2005, IV, 3132). Il est parfois plus restreint en ce qu'une infraction qui n'entraînerait aucune sanction, par exemple parce que la personne dénoncée est un mineur de dix ans, en serait exclue (Crim. 19 juin 2012, *Bull. crim.* n° 150).

¹ V. *contra* S. CECCALDI, « Sur la nature conjecturale de l'élément moral : l'exemple de la dénonciation calomnieuse », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 587 qui en fait une composante de l'élément matériel de l'infraction.

² V. dans le même sens Y. MAYAUD, « Dénonciation calomnieuse : variations sur la fausseté... », note ss Crim. 20 février 1996, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 653.

³ Crim. 24 juillet 1952, *D.* 1952, p. 652.

⁴ Sur la fausseté partielle, V. F. FOURMENT, « Dénonciation calomnieuse », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 38.

les relaxes et acquittements au bénéfice du doute¹. En pareils cas, il s'établit une présomption légale et irréfragable de fausseté². Dans tous les autres cas, il appartient à la juridiction pénale d'apprécier cette fausseté³.

339. La dénonciation calomnieuse comme atteinte à la « tranquillité judiciaire » d'autrui. Dans le cas de la dénonciation calomnieuse, la vérité des faits correspond à la disparition d'une condition préalable, ce qui atteste de la nature de la valeur sociale protégée par l'incrimination. En effet, le fait est ici porté à l'attention des autorités supposées réagir aux faits en cause. En conséquence, il ne saurait y avoir aucune restriction au droit d'informer lesdites autorités, pourvu que les renseignements fournis soient valables. La dénonciation calomnieuse est incriminée afin d'éviter qu'une personne n'ait à faire l'objet d'investigations pour des actes qu'elle n'a pas commis, mais l'incrimination ne saurait protéger ceux qui ont effectivement dépassé les bornes de la légalité (ou de la moralité). Tel n'est pas le cas dans l'infraction de diffamation, où la véracité des faits constitue un fait justificatif.

340. L'*exceptio veritatis* comme fait justificatif de la diffamation. Les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne mettent pas la fausseté des faits au rang des éléments constitutifs de la diffamation. Pourtant, selon l'alinéa 8 de l'article 35 de la loi de 1881, le prévenu qui rapporte la preuve de la véracité des faits qu'il impute à autrui sera renvoyé des fins de la plainte⁴. De cette formule, la doctrine s'accorde à déduire que l'*exceptio veritatis* est un fait justificatif⁵. En conséquence, la preuve de la vérité des faits ne saurait être rapportée dans tous les

¹ Dans un premier temps, la jurisprudence opérait une distinction entre les deux : Crim. 19 juin 1991, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 557, obs. G. LEVASSEUR. Postérieurement, elle a fait bénéficier de la présomption l'ensemble des relaxes et des acquittements : Crim. 16 novembre 1993, *Bull. crim.* n° 340 ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 557, obs. G. LEVASSEUR ; Crim. 20 février 1996, *Bull. crim.* n° 80, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 653, note Y. MAYAUD. Cette assimilation semble aller à l'encontre du texte et a été critiquée en conséquence (V. notamment la note précitée de M. MAYAUD). Pourtant, affirmer que tous les relaxés (ou les acquittés) sont égaux en droit semble plus en phase avec le mécanisme de la présomption d'innocence et avec la nécessaire autorité des décisions de justice, sur laquelle la présomption est d'ailleurs fondée. Le doute bénéficiant au prévenu (ou à l'accusé), il ne semble pas pertinent qu'il doive pâtir du fait que sa relaxe (ou son acquittement) ait découlé d'une incapacité des autorités de poursuite à rapporter la preuve de sa culpabilité, plutôt que d'une preuve positive de son innocence. De plus, cette interprétation n'est en réalité pas totalement contraire à la lettre du texte, étant donné qu'il est possible de considérer que la dernière partie de la phrase n'a qu'une fonction didactique. Le législateur explique pourquoi une décision de relaxe, d'acquittement ou de non-lieu établit l'inexistence de l'infraction. Enfin, une telle orientation n'est en rien préjudiciable au dénonciateur puisqu'il faut encore établir sa mauvaise foi pour entrer en condamnation à son encontre.

² Sur cette présomption légale, V. F. FOURMENT, « Dénonciation calomnieuse », op. cit., n° 40 et s.

³ Ainsi par exemple, la juridiction pénale ne saurait être tenue par le fait que le ministère public a classé les faits dénoncés sans suite (Crim. 13 septembre 2005, *Bull. crim.* n° 222). Sur cette appréciation judiciaire, V. F. FOURMENT, « Dénonciation calomnieuse », op. cit., n° 51 et s.

⁴ L'article R. 621-1 al. 2 du Code pénal précise que la vérité des faits diffamatoires peut être rapportée dans les mêmes conditions pour les diffamations non publiques.

⁵ V. par ex. M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey Université, 14^e éd., 2012, n° 242 ; Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 216 et s. ; E. DREYER, « Diffamations et injures publiques – Diffamation : généralités ; diffamation envers un particulier », *JurisClasseur Lois pénales spéciales, Presse et communication*, fasc. 80, n° 61 ; G. LEVASSEUR, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », in *Mélanges offerts à Albert CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 111 et spéc. p. 117 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 527.

cas. S'agissant des personnes exerçant une fonction publique¹, des corps constitués, des armées et des administrations publiques, la preuve n'est admissible que pour les faits relatifs aux fonctions. Il s'agissait initialement du seul cas dans lequel l'*exceptio veritatis* était admise et cette exception se justifiait par une volonté d'assurer la protection indirecte de la fonction en permettant la dénonciation des agents indignes². L'*exceptio veritatis* étant un fait justificatif, son domaine doit être circonscrit.

341. Le domaine circonscrit de l'*exceptio veritatis*. Depuis l'ordonnance du 6 mai 1944, l'article 35 de la loi de 1881 précise que cette preuve peut toujours être rapportée, sauf dans quelques hypothèses³. Ainsi, l'agent ne peut être admis à rapporter la vérité de faits constitutifs d'une infraction amnistiée, prescrite ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la révision ou la réhabilitation⁴. Mais surtout, il n'est pas permis de rapporter la preuve des faits se rapportant à la vie privée⁵, notion dont les auteurs ont relevé l'imprécision⁶. En la matière, la jurisprudence exclut de la notion de vie privée tout ce qui a trait à l'activité professionnelle⁷. En revanche, relèvent de la vie privée la commission d'infractions dénuées de lien avec l'activité professionnelle⁸ ou encore le fait de ne pas avoir tenu certains engagements financiers⁹. Certains auteurs ont avancé l'idée d'une opposition entre la vie privée et la vérité d'intérêt général. La vie privée cesserait là où commence le droit à l'information¹⁰. « *Relèverait en somme de la vie privée tout fait dont la publication n'intéresse pas le public et ne le regarde pas* »¹¹. Le fait que la victime de la diffamation soit une personnalité publique est donc d'une importance capitale, car ce qui la concerne, par exemple la situation patrimoniale, ne fait plus partie de la vie privée¹². Enfin, ces exceptions ne

¹ Celles visées à l'article 31 de la loi de 1881, c'est-à-dire les membres du ministère, les membres du Parlement, les fonctionnaires publics, les dépositaires ou agents de l'autorité publique, les personnes chargées d'un mandat public ou d'une mission de service public, les jurés et les témoins.

² Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 217.

³ Pour une présentation de cette réforme et de la situation antérieure, V. E. DREYER, « Diffamations et injures publiques... » art. préc., n° 65 et s. ; G. LEVASSEUR, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », art. préc., spéc. pp. 112 et s.

⁴ Art. 35, al. 6, c de la loi du 29 juillet 1881.

⁵ Art. 35, al. 4, a de la loi du 29 juillet 1881.

⁶ E. DREYER, « Diffamation envers un particulier », art. préc., n° 72 ; G. LEVASSEUR, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », art. préc., spéc. p. 118 ; Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 228. Cf. également *supra*, n° 330.

⁷ V. par ex. Crim. 18 novembre 1975, *Bull. crim.* n° 250 (imputation à un notaire de la commission d'escroqueries au préjudice des ses clients) ; Crim. 18 novembre 1986, *Bull. crim.* n° 345 (imputations relatives au diagnostic et aux prescriptions d'un médecin).

⁸ V. par ex. Crim. 19 mars 1956, *Bull. crim.* n° 275.

⁹ Crim. 22 avril 1958, *Bull. crim.* n° 333.

¹⁰ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 228.

¹¹ H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO et J. BOINET, *Droit de la presse*, fasc. 142, n° 73, cités par G. LEVASSEUR *in* « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », op. cit., p. 118.

¹² V. par ex. Crim. 10 juin 1959, *JCP G* 1960, II, 11441 (les difficultés de trésoreries d'un commerçant relève de la vie privée) et CEDH 21 janvier 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France* (les questions patrimoniales concernant le dirigeant d'une grande entreprise menant une vie publique ne relèvent pas de la vie privée).

sont pas valables si les faits en question constituent une infraction à connotation sexuelle commise à l'encontre d'un mineur¹.

342. La diffamation comme atteinte à la considération d'autrui. Dans la diffamation, qu'elle soit non publique et adressée à un petit nombre de personnes ou publique et adressée à tout le monde, les personnes informées du fait n'ont *a priori* pas vocation à l'être. Mme RASSAT relève que, contrairement à la dénonciation calomnieuse, la diffamation ne sanctionnerait pas le fait de mentir, mais le fait de porter atteinte à la considération d'autrui², à son « intégrité morale »³. Par conséquent, la vérité des faits allégués ne suffit à écarter l'incrimination car révéler une vérité déplaisante peut être tout autant dommageable à cette considération. Deux conditions doivent être réunies pour exonérer l'agent de sa responsabilité. La première est que le destinataire de l'information ait eu vocation à la recevoir (ce qui est présupposé dans la dénonciation calomnieuse), la seconde tient au fait que ce destinataire ait reçue une information véridique. C'est pourquoi le législateur ne permet pas de rapporter la preuve de la vérité des faits en cause lorsque l'information n'a de toute façon pas vocation à être divulguée. Ces considérations ont semble-t-il guidé le Conseil constitutionnel lorsqu'il a décidé en 2011 d'abroger l'interdiction de rapporter la preuve des faits diffamatoires remontant à plus de dix ans⁴. Sur le principe, le Conseil reconnaît que l'intérêt général peut justifier semblable limitation de la liberté d'expression⁵, mais refuse que cette limitation soit disproportionnée, notamment eu égard aux impératifs de la recherche historique qui imposent que des faits anciens puissent être publiquement évoqués⁶. Par ailleurs, c'est un tout autre impératif, judiciaire celui-ci, qui conduit à ce que la dénonciation constitue parfois un devoir pour qui a connaissance de certains faits infractionnels.

b) La révélation exceptionnellement imposée

343. La dénonciation imposée par respect envers la justice. Il convient en premier lieu de mentionner une dénonciation implicitement imposée, encore que l'emploi du terme de dénonciation pourrait être ici contesté. Cette obligation résulte des articles 434-11 et suivants du Code pénal. Le premier de ces textes sanctionne celui qui, connaissant l'innocence d'une personne provisoirement détenue ou jugée, s'abstient d'en rapporter témoignage. Or, si cette connaissance provient de la connaissance de l'identité du véritable auteur, il faudra bien en informer les autorités policières ou judiciaires. L'article 434-12 du Code pénal incrimine d'ailleurs

¹ Art. 35, al. 7 de la loi du 29 juillet 1881, lequel vise l'ensemble des agressions sexuelles, ainsi que les infractions de mise en péril du mineur à connotation sexuelle (corruption de mineur, pédopornographie, atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ou surprise, etc.)

² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 515.

³ S. CECCALDI, « Sur la nature conjecturale de l'élément moral : l'exemple de la dénonciation calomnieuse », op. cit.

⁴ Cons. const., décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre (Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans)*.

⁵ Cinquième considérant, la paix sociale gagnant à ne pas être troublée par la discussion de faits anciens.

⁶ Sixième considérant.

le fait de refuser de répondre aux questions après avoir publiquement déclaré connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit. Enfin, chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité¹. Dans cet esprit, toute personne requise à témoigner est tenue de le faire² et le mensonge est pénalement sanctionné³, ce dont il résulte que celui connaît l'identité de l'auteur de l'infraction doit en informer la juridiction s'il est requis de témoigner⁴. La place de ces incriminations dans le Code pénal témoigne de ce qu'elles visent à assurer la bonne marche de l'exercice de la justice.

344. La dénonciation imposée par égard envers la victime. De la même façon que le droit impose au moins l'intervention indirecte lorsque la victime d'une agression peut encore en être protégée⁵, la dénonciation d'une infraction peut exceptionnellement être imposée, lorsque la victime peut encore en être protégée. L'article 434-1 du Code pénal sanctionne ainsi la non-dénonciation d'un crime dont il est encore possible de limiter les effets ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes. Cette obligation de dénonciation concerne le crime lui-même et non son auteur⁶, ce que M. LARGUIER explique par « *la règle nullum crimen et le mépris pour les délateurs* »⁷. Il demeure cependant que certaines situations imposeront à l'agent de dénoncer du même coup l'auteur de l'infraction, notamment lorsqu'il s'agit de prévenir la commission de nouveaux crimes. Seuls sont dispensés de cette obligation de dénonciation les personnes astreintes au secret professionnel⁸, ainsi que les proches des auteurs ou complices du crime⁹. En second lieu, l'article 434-3 du Code pénal incrimine la non-dénonciation des privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles infligées à un mineur de quinze ans ou à une personne que sa particulière vulnérabilité met hors d'état de se protéger elle-même. Cette dernière mention indique qu'il s'agit de protéger les victimes dont la situation ne permet pas toujours de les dénoncer elles-mêmes. Pour cette raison, seul le secret professionnel permet de garder le silence¹⁰, la parenté avec l'auteur de l'infraction n'ayant ici aucun effet. Dans les deux cas, il s'agit

¹ Art. 10 C. civ.

² Art. 61 al. 3 (enquête de flagrance), art. 78 al. 1^{er} (enquête préliminaire), art. 109 et 110 (instruction préparatoire), art. 326 (cour d'assises) et art. 437 al. 1^{er} CPP (tribunal correctionnel).

³ Lorsqu'il est fait devant une juridiction ou devant un officier de police judiciaire exécutant une commission rogatoire (art. 434-13 CP).

⁴ Les témoins doivent d'ailleurs prêter serment de dire toute la vérité et rien que la vérité aussi bien devant le juge d'instruction ou les officiers de police judiciaire exécutant ses commissions rogatoires (art. 103 CPP), le tribunal correctionnel (art. 438 et 446 CPP) et la cour d'assises (art. 326 et 331 CPP).

⁵ Cf. *supra*, n° 113 et s.

⁶ Crim. 2 mars 1961, *JCP G* 1961, II, 12902, note J. LARGUIER.

⁷ J. LARGUIER, note préc.

⁸ Art. 434-1 al. 5 CP lequel renvoie à l'art. 226-13 CP.

⁹ Dispense prévue aux alinéas 2 à 4 de l'article 434-1 du Code pénal. Sont visés les parents en ligne directe et leurs conjoints, les frères et sœurs et leurs conjoints, ainsi que le conjoint ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'auteur ou le complice de l'infraction.

¹⁰ L'article 226-14 al. 2 du Code pénal permet la révélation dans ce cas, mais ne l'impose pas. Le professionnel est dès lors « livré à sa conscience », il a le choix de révéler ou non les faits, selon ce qui lui paraîtra le plus indiqué (cf. *infra*, n° 347). Dans le même sens, V. PH. BONFILS, « Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable », *Juris-classeur Pénal Code*, art. 434-3, fasc. 20, n° 10 et s. Sur la confrontation entre

donc de protéger une victime, soit en raison de sa faiblesse, soit qu'il soit encore possible de lui éviter de subir les effets de l'infraction.

345. La dénonciation imposée eu égard à la personnalité du dénonciateur. À l'opposé, la fonction exercée par celui qui découvre l'infraction peut également lui imposer de la dénoncer. Le second alinéa de l'article 40 du Code de procédure pénale fait obligation aux autorités constituées, aux fonctionnaires et aux officiers publics de dénoncer au procureur de la République toutes les infractions dont ils ont pu avoir connaissance dans l'exercice de leurs fonctions¹. Par ailleurs, l'agent public qui, à l'occasion de ses fonctions ou dans leur exercice découvre des faits de privation illégale de liberté doit prendre toutes les mesures permettant de les faire cesser², ce qui peut notamment impliquer de dénoncer ces faits. Pareillement, est assimilée à l'infraction en cause le fait pour les chefs militaires et autres autorités de ne pas dénoncer aux autorités compétentes à des fins de poursuite leurs subordonnés, auteurs de crime contre l'humanité³, ou de crime ou de délit de guerre⁴. Enfin, les articles 561-1 et L. 561-2 du Code monétaire et financier astreignent à participer à la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme tous ceux dont la profession les amène à manipuler des fonds⁵. Les professionnels visés à l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier doivent informer à la cellule de renseignement financier Tracfin⁶ des opérations portant sur des fonds qu'ils savent ou même simplement soupçonnent provenir de la commission d'infractions⁷. Quant aux autres, ils sont soumis à un régime « allégé »,

l'obligation de dénoncer et le secret professionnel, V. « Secret professionnel et obligation de dénonciation » (article collectif par les étudiants du master II droit pénal de l'Université de Bordeaux IV), *Dr. pén.* 2008, étude 13.

¹ V. également art. 19 CPP spécifiquement pour les officiers de police judiciaire, art. 20 al. 6 CPP pour les agents de police judiciaire, art. 21 al. 10 CPP pour les agents de police judiciaire adjoints, art. 21-2 CPP pour les agents de police municipale, art. 22 CPP pour les ingénieurs, chefs de district et agents techniques des eaux et forêts et les gardes champêtres, art. 29 CPP pour les gardes assermentés.

² Art. 432-5 CP

³ Art. 213-4-1 CP.

⁴ Art. 462-7 CP.

⁵ L'article L. 561-2 CMF établit une liste de tels professionnels, parmi lesquels figurent notamment les établissements bancaires, les assureurs, les mutuelles, la Banque de France, les entreprises d'investissements et de gestion d'actifs, les professionnels du secteur du jeu et des paris, les marchands de pierres précieuses, d'antiquités ou d'objets d'art, les experts-comptables, les avocats, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs judiciaires, les administrateurs judiciaires, les agents sportifs, etc. Ces professions sont soumises à des devoirs de vigilance (art. L. 561-5 et S. CMF) et de déclaration de soupçon (art. L. 561-15 et s. CMF). Soucieux de n'oublier aucune profession, le législateur a également prévue des obligations allégées pour toutes les autres professions qui « réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux » (art. L. 561-1 CMF). Pour une présentation détaillée des professions soumises concernées, V. C. CUTAJAR, « Blanchiment – Prévention du blanchiment », *Juris-classeur Pénal des affaires*, Blanchiment, fasc. 10, 2010, n° 72 et s.

⁶ Créée par décret du 9 mai 1990, son organisation, son mode de fonctionnement, ses missions et attributions sont exposés aux articles L. 561- 23 et suivants et R. 561-33 et suivants du Code monétaire et financier. Pour une présentation détaillée de cette institution, V. H. ROBERT, « TRACFIN : du soupçon déclaré d'opération illicite à la présomption d'infraction », *AJ Pénal* 2006, p. 437. Cet organisme reçoit la déclaration de soupçon des professionnels mentionnés à l'article L. 561-2 CMF.

⁷ Art. L. 561-15 et s. CMF. L'infraction considérée doit être passible d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an.

n'étant tenus de déclarer que leurs certitudes¹. La déclaration s'effectue devant le procureur de la République, qui transmettra à Tracfin.

346. Les fonctions répressive et préventive des obligations de dénonciation. Dans tous ces cas, les obligations mentionnées poursuivent un double objectif. Premièrement, il s'agit de faciliter la détection et la répression d'infractions en mettant à contribution ceux qui en auront connaissance. L'agent est donc sollicité dans l'intérêt de la répression. Là où naît la différence, c'est que les fonctionnaires sont sollicités du fait qu'en raison de leur statut, on peut en attendre une collaboration à la protection de l'ordre public. Il n'en va pas nécessairement de même pour les professionnels « privés », dont on profite surtout du fait qu'ils sont les plus à même, et souvent les mêmes, à avoir connaissance des faits de blanchiment, infraction occulte. En second lieu, le législateur cherche à prévenir la commission des infractions considérées. L'idée est de faire hésiter le délinquant en l'assurant qu'aucun professionnel ne lui portera assistance, et même que ceux qui découvriront les faits seront amenés à le dénoncer. Implicitement, cela conduit aussi à assurer un fonctionnement sain et conforme à l'éthique dans la profession considérée. L'agent public coupable de privation illégale de liberté ne pourra ainsi compter sur le soutien ou le silence de ses collègues. Quant à l'auteur d'une infraction, il sera bien en peine d'en blanchir le produit si tous ceux auxquels il s'adresse pour ce faire sont susceptibles de le dénoncer. Il ne pourra même pas escompter que son interlocuteur sera tenu par le secret professionnel, celui-ci étant alors écarté.

347. La facilitation des dénonciations par la mise à l'écart du secret professionnel. La délation est certes un comportement moralement discutable, pourtant le droit pénal tâche de faire en sorte que rien ne vienne l'entraver. C'est ainsi que l'article 226-14 du Code pénal exclut la violation, par le professionnel, du secret professionnel prévue à l'article précédent dans plusieurs cas, notamment lorsqu'il informe les autorités des privations ou sévices, y compris les atteintes ou mutilations sexuelles, commises à l'encontre d'un mineur de quinze ans ou d'une personne que son état met hors d'état de se protéger. Encore une fois, c'est bien l'infraction et non son auteur qui peut être dénoncée, mais cela revient en pratique parfois au même. La doctrine s'accorde à reconnaître qu'il y a là une autorisation et non une obligation², mais le législateur a parfois été

¹ Art. L. 561-1 CMF qui ne fait références qu'aux sommes « *qu'elles savent provenir de l'un des infractions...* ».

² V. par ex. F. ALT-MAES, « Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 301 évoquant un « *fait justificatif de liberté de conscience* » ; « Secret professionnel et obligation de dénonciation », *Dr. pén.* 2008, étude 13, préc. Cela résulte d'ailleurs assez clairement de la comparaison des articles 226-14 (autorise la révélation de telles atteintes) et 434-1 alinéa 5 (écarte la sanction de la non-révélation de telles atteintes) du Code pénal. En revanche, en l'état des textes, le professionnel ne devrait pas être autorisé à porter atteinte au secret professionnel en cas de crime dont il est encore possible de limiter les effets ou dont les auteurs sont susceptibles d'agir à nouveau. En effet, l'article 226-14 du Code pénal exclue la sanction lorsque la loi autorise ou impose la révélation. Or, l'alinéa 5 de l'article 434-1 du même code précise que les personnes astreintes au secret professionnel « sont exceptées des dispositions » contenues au premier alinéa de cet article. Interprété strictement, cela veut dire que ces personnes ne sont pas visées par le texte qui impose la révélation des

plus loin. S'agissant de la lutte contre le blanchiment, l'article L. 562-8 du Code monétaire et financier prévoit d'ailleurs spécifiquement qu'en la matière, ne sont opposables ni le secret bancaire¹, ni le secret professionnel². Autre exemple, les commissaires aux comptes sont tenus de dénoncer au procureur de la République les infractions dont ils prennent connaissance lors de l'exercice de leurs fonctions³. La jurisprudence en a même parfois déduit une contestable présomption de complicité passive de la part des professionnels qui n'ont pas dénoncé des infractions commises par d'autres⁴. Quoiqu'il en soit, ces différentes dispositions témoignent de la volonté du législateur de s'appuyer sur le professionnel, « découvreur » naturel de certaines infractions, afin d'optimiser la répression pénale⁵. Spontanée ou imposée, la dénonciation est par ailleurs facilitée par le fait que son inexactitude ne suffira pas à entraîner la responsabilité pénale de l'agent de bonne foi.

2) L'appréciation subjective de la dénonciation par la prise en compte de la bonne foi

348. La commission antérieure d'une infraction par la personne visée par d'une dénonciation est appréciée subjectivement. En effet, ce n'est pas tant de la réalité objective de cette commission que de la croyance légitime du dénonciateur en la véracité de son affirmation que

faits. En conséquence, il n'existe aucune disposition légale qui leur « impose ou autorise la révélation du secret » au sens de l'article 226-14 du Code pénal. En conséquence, le professionnel qui révélerait de tels faits commettrait ainsi une atteinte injustifiée au secret professionnel, sanctionnée à l'article 226-13 du Code pénal.

¹ Sur cette question, V. C. GHICA-LEMARCHAND, « Une certaine idée du secret bancaire », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André DECOQ*, Litec, 2004, p. 279 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Secret bancaire et obligation de dénonciation en droits français et suisse », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 231 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ? », *AJ Pénal* 2009, p. 165.

² V. par ex. C. PORTERON, « Le secret professionnel de l'avocat », *AJ Pénal* 2009, p. 158.

³ Art. L. 823-12 al. 2 C. com. Sur les obligations du commissaire aux comptes afférentes aux infractions découvertes, V. B. BOULOC, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », *Rev. soc.* 2008, p. 291.

⁴ V. par ex. Crim. 15 janvier 1979, *Bull. crim.* n° 21 (complicité de fraude fiscale de l'expert-comptable qui n'a pas signalé les irrégularités dans la comptabilité de son client) ; Crim. 31 janvier 2007 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 25, *D.* 2007, p. 1624, obs. C. MASCALA et p. 1843, note B. BOULOC (complicité d'escroquerie d'un expert-comptable et d'un commissaire aux comptes qui ont certifiés des comptes inexacts, alors même que d'autres services, notamment les services fiscaux, n'avaient pas détecté la fraude. Le fait que les comptes falsifiés aient été certifiés sur plusieurs exercices a certainement influencé la décision des juges) ; Crim. 22 septembre 2010, n° 09-87.363 (complicité d'abus de biens sociaux et de banqueroute d'un administrateur judiciaire qui a maintenu l'équipe précédente en place et s'est abstenu de les surveiller, leur permettant ainsi la commission d'infractions).

⁵ C'est dans la même optique que le législateur a cherché à bénéficier de l'assistance des personnes par nature les mieux informées de la commission d'une infraction, à savoir ceux qui en ont été les auteurs ou les complices. La législation permet ainsi d'insérer un coin dans l'entente délictueuse afin de fissurer la solidarité qui unit les membres d'un groupe délinquant (Sur la criminalité de groupe, V. notamment É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2002, n° 154 et s. et n° 577 et s.). Cette volonté se traduit par l'instauration d'une mansuétude légale à l'égard du délinquant qui dénonce l'infraction à laquelle il a pris part. Le Code pénal de 1810 prévoyait déjà des hypothèses d'exemption de peine en faveur de celui qui avait dénoncé aux autorités l'infraction à laquelle il a participé (V. G. ROUSSEL, « L'introduction du « repentir » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ Pénal* 2005, p. 363), mais c'est essentiellement depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (sur laquelle V. l'étude en deux parties de J. PRADEL, « Vers un « *aggiornamento* » des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G* 2004, I, 132 et 134) que cette exemption de peine, prévue à l'article 132-78 du Code pénal, a pris son essor. Il faut également préciser qu'afin de ne pas décourager les dénonciations permettant de prévenir les conséquences d'une infraction, le bénéfice de cette indulgence légale est également reconnu au délinquant unique qui ne dénoncerait que lui-même. Lors de la discussion de la loi du 9 mars 2004, l'Assemblée nationale a ainsi rejeté douze amendements tendant à restreindre le domaine de cette excuse légale à la délinquance de groupe (Séance du 22 mai 2003, *JO AN débats*, 23 mai 2003, p. 4060).

découlera l'impunité pénale de ce dernier. En termes plus simples, la bonne foi du dénonciateur exclut la qualification infractionnelle. Si le rôle de la bonne foi de l'agent est commun à la dénonciation calomnieuse et à la diffamation, son appréciation diffère selon l'infraction considérée. Dans la dénonciation calomnieuse, la fausseté du fait dénoncé est une condition préalable, aussi la simple croyance en la réalité de ce fait suffit à exclure l'infraction (a). Dans la diffamation, la vérité du fait affirmé est un fait justificatif. En raison de cette nature justificative, la croyance en cette vérité, si elle produit le même effet, obéit à des conditions strictes (b).

a) La croyance en la réalité des faits dénoncés excluant de la dénonciation calomnieuse

349. La nécessaire démonstration de la connaissance de la fausseté des faits dénoncés.

La dénonciation calomnieuse sanctionne le fait de mentir aux autorités, or un mensonge suppose nécessairement la connaissance de l'inexactitude de l'information énoncée¹. La jurisprudence a alors affirmé que la mauvaise foi était un élément constitutif de la dénonciation calomnieuse². Cette mauvaise foi réside dans la connaissance de la fausseté du fait dénoncé³ au jour de la dénonciation⁴. M. MAYAUD qualifie ainsi la dénonciation calomnieuse de « mensonge-connaissance »⁵. Il ne suffit pas d'avoir porté de fausses accusations, il faut également le savoir car « *ce qui est faux n'est pas forcément mensonger* »⁶. Celui qui croyait à la véracité des faits qu'il a dénoncé ne peut donc encourir de sanction pénale, quand bien même il aurait fait preuve de légèreté ou de témérité dans ses affirmations⁷. L'agent engage cependant sa responsabilité civile⁸ et l'article 91 du Code de procédure pénale permet, en cas d'information ouverte sur constitution de partie civile, d'exercer l'action en dommages-intérêts devant la juridiction pénale, dans les trois mois de l'ordonnance de non-lieu. De plus, le juge d'instruction peut prononcer une amende civile contre celui dont la constitution de partie civile était abusive ou dilatoire⁹.

350. La souplesse répressive dans la mise en œuvre du principe. Si le principe est bien admis, sa mise en œuvre est cependant assez délicate. Classiquement, la jurisprudence reconnaît que la fausseté des faits n'implique pas nécessairement que l'agent en ait eu conscience. En tant

¹ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 582 et s.

² Crim. 30 janvier 1979, *Bull. crim.* n° 41 ; Crim. 11 octobre 1983, *Bull. crim.* n° 241.

³ Crim. 13 janvier 1944, *Bull. crim.* n° 19 ; Crim. 13 mars 1984, *Bull. crim.* n° 105 ; Crim. 17 février 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 76, obs. M. VERON.

⁴ Crim. 28 novembre 1978, *Bull. crim.* n° 333 ; Crim. 15 juillet 1981, *Bull. crim.* n° 230 ; Crim. 17 février 2009, op. cit.

⁵ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 593.

⁶ Y. MAYAUD, « Éléments d'appréciation de la connaissance de la fausseté d'une dénonciation », obs. sous Crim. 7 juin 2005, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 849.

⁷ Crim. 20 juin 1963, *Bull. crim.* n° 217 : légèreté et témérité n'emportent pas en elles-mêmes la mauvaise foi.

⁸ V. par ex. Civ. 2^{ème}, 9 mars 2000, *Bull. civ. II* n° 43 ; *JCP G* 2000, I, 280, n° 9, obs. G. VINEY. La Cour de cassation précise, au visa de l'article 1382 du Code civil, que « *la témérité de la dénonciation était, à elle seule, susceptible d'engager la responsabilité de son auteur* ».

⁹ Art. 177-2 CPP. Le paiement de l'amende est de plus garanti par la consignation fixée par le juge d'instruction en fonction des ressources de la partie civile au moment du dépôt de la plainte (art. 88 à 88-2 CPP).

qu'élément constitutif, la charge de la preuve de la mauvaise foi repose en principe sur les autorités de poursuite¹. Pour autant, la jurisprudence n'est pas toujours très exigeante quant à preuve de la mauvaise foi de l'agent, notamment parce qu'elle est réciproquement assez stricte quant à sa bonne foi. Un arrêt relève par exemple la bonne foi chez un prévenu qui « *a pu légitimement croire* » au caractère illégal des faits qu'il dénonçait². La croyance de l'agent doit être « légitime », ce qui nécessite que l'agent ait procédé à des vérifications, qu'il puisse fournir des éléments à l'appui de sa dénonciation³. Par vellétés répressives, il lui arrive même d'accepter une forme de renversement de la charge de la preuve. La Cour de cassation a ainsi approuvé une Cour d'appel d'avoir motivé sa condamnation en arguant du fait que, du fait de ses fonctions de directeur administratif et financier d'une société, le prévenu « *ne pouvait pas ne pas avoir connaissance du caractère inexact et erroné des faits dénoncés* »⁴. Si la bonne foi est exclusive de l'infraction, le bénéfice n'en est donc que difficilement reconnu à l'agent. La diffamation suit le même schéma, mais avec sa propre conception de la notion.

b) Le sérieux de l'enquête et l'intérêt de la révélation excluant la diffamation

351. Méthode et intérêt : le double critère de la bonne foi. Ainsi qu'il a été vu⁵, la diffamation réprime davantage le fait de porter atteinte à la réputation d'autrui que le mensonge proprement dit. En conséquence, la jurisprudence a posé en principe que la diffamation suppose l'intention de nuire, sachant que celle-ci est présumée⁶, ce qui distingue la diffamation de la dénonciation calomnieuse. Il ne s'agit cependant que d'une présomption simple et l'agent peut s'exonérer de sa responsabilité en rapportant la preuve de sa bonne foi⁷. Autre spécificité de la diffamation, deux éléments permettent de caractériser cette bonne foi. En effet, la méthode, le fait d'avoir vérifié ses informations et de croire en leur véracité n'est pas suffisant. Il est également nécessaire que l'agent établisse que la révélation de ces informations présentait un intérêt pour l'ordre social⁸. Selon M. CONTE, ces deux critères correspondent en réalité à deux hypothèses bien distinctes. Le premier renverrait ainsi à l'absence de l'élément moral, l'agent croyant en la véracité de ses informations d'ayant pas de volonté de diffamer. La seconde

¹ V. par ex. Crim. 7 décembre 2004, *Bull. crim.* n° 307 pour la cassation d'une décision ayant fait supporter au prévenu la charge de la preuve de sa bonne foi.

² Crim. 5 mai 1998, *JCP G* 1998, IV, 3461.

³ V. par ex. Crim. 24 mars 1998, n° 96-86.187 (culpabilité fondée sur l'absence de vérifications par l'agent). Pour une présentation détaillée de la jurisprudence sur ce point, V. S. CECCALDI, « Sur la nature conjecturale de l'élément moral : l'exemple de la dénonciation calomnieuse », art. préc.

⁴ Crim. 26 mai 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 91, obs. M. VERON.

⁵ Cf. *supra*, n° 342.

⁶ V. par ex. Crim. 16 mars 1948, *Bull. crim.* n° 93 ; Crim. 24 octobre 1972, *Bull. crim.* n° 303.

⁷ V. par ex. Crim. 31 janvier 1930, *Bull. crim.* n° 43 ; Crim. 7 novembre 1989, *Bull. crim.* n° 403.

⁸ Dans le même sens, Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 606 ; E. DREYER, « Diffamation envers un particulier », op. cit., n° 123, évoquant la « légitimité du but poursuivi ».

évoquerait davantage un fait justificatif, l'agent ayant un motif légitime d'accomplir l'acte¹. Cette opinion ne paraît pouvoir être approuvée, ces deux critères étant cumulatifs². En effet, permettre à l'agent de révéler des informations à la légère, sans vérification, sous prétexte qu'elles se rapportent à un sujet intéressant l'ordre social serait absurde. Et réciproquement, l'agent peut bien avoir effectué toutes les vérifications possibles, si l'information n'a pas vocation à être divulguée, sa responsabilité pénale mérite d'être engagée. Seule la réunion des deux permet de justifier l'agent.

352. La bonne foi : objectif et intérêt de la révélation. En premier lieu, la révélation des faits doit présenter un certain intérêt. Négativement, cela signifie que l'agent ne doit pas avoir été guidé par l'intention de nuire, laquelle ne se confond pas exactement avec le dol général. En effet, l'agent peut révéler des informations diffamantes par vanité, pour le plaisir de paraître informé, sans percevoir qu'il nuit à la personne en cause³. Toujours est-il que celui qui a agi par malveillance ou animosité personnelle ne saurait être considéré de bonne foi⁴. Positivement, cela signifie que la révélation de l'information doit s'inscrire dans un contexte la légitimant. Porter atteinte à l'intégrité morale, à la considération dont jouit une personne est en soi répréhensible. L'acte ne se justifie que lorsque la révélation de l'information sert un intérêt supérieur à celui de la victime. Les hypothèses classiques⁵ comprennent l'exercice des droits de la défense⁶, de la liberté d'information par les journalistes⁷, de la critique⁸, mais aussi la recherche scientifique⁹ et le débat politique¹⁰. Cet impératif tenant à l'intérêt de la relation comporte une dimension à la fois objective et subjective. Si la révélation doit objectivement s'inscrire dans la démarche d'intérêt

¹ PH. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », in *Mélanges offerts à Albert CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 49. Dans le même sens, implicitement, V. B. BOULOC, « Critique et objectivité, causes d'exonération de la diffamation », in *La liberté de critique*, ss la dir. de D. CORRIGNAN-CARSIN, Litec, coll. Colloques & Débats, 2007, p. 9.

² V. par ex. CA Paris, 11^e ch. corr., 10 février 1999, *D.* 2000, jur. p. 226 ; Civ. 2^{ème}, 14 mars 2002, *Bull. civ. II*, n° 41. Ces deux arrêts exposent la liste des critères de la bonne foi (prudence dans l'expression de la pensée, enquête préalable, absence d'animosité personnelle et intention de poursuivre un but légitime) en usant de la proposition « et », ce qui témoigne de ce que ces critères sont cumulatifs et non alternatifs.

³ Par exemple si l'agent pense que ses propos ne seront jamais répétés à la victime, que celle-ci est inconnue de l'auditoire ou que cet auditoire la tient déjà en mauvaise grâce. Contra, V. PH. CONTE, « La bonne foi dans la diffamation : notion et rôle », art. préc., spéc. p. 53.

⁴ V. par ex. Crim. 14 avril 1992, *Bull. crim.* n° 162 ; Crim. 30 mars 2005, *JCP G* 2005, IV, 2132.

⁵ Pour une présentation détaillée desquelles V. Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 606 et s. ; E. DREYER, « Diffamation envers un particulier », art. préc., n° 122 et s.

⁶ Dans le cas où l'avocat n'est pas couvert par l'immunité prévue à l'article 41 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881. V. par ex. Crim. 3 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 217.

⁷ V. par ex. Crim. 27 janvier 1949, *Bull. crim.* n° 37 ; CEDH, 1^{er} juillet 1997, n° 20834/92 *Oberschlick c/ Autriche*, *Rev. sc. crim.* 1998, p. 389, obs. R. KOERING-JOULIN.

⁸ V. par ex. Crim. 13 février 1990, *Bull. crim.* n° 75 ; Civ. 2^{ème}, 9 décembre 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 1, Pan. 91.

⁹ V. par ex. Crim. 28 décembre 1933, *Bull. crim.* n° 251 (recherche historique) ; CA Paris, 11^e ch. corr., 12 décembre 1956, *JCP G* 1957, II, 9702 (recherche juridique, commentaire d'une décision de justice).

¹⁰ V. par ex. Crim. 5 novembre 1969, *Bull. crim.* n° 292 (imputations dans le cadre d'une campagne électorale afin d'éclairer les électeurs) ; Crim. 4 décembre 2007, *Bull. crim.* n° 302 (imputations faites dans le cadre du débat politique à propos du rôle et du fonctionnement des institutions étatiques).

général concernée, il faut également que l'agent ait eu l'intention d'y contribuer et donc qu'il ait fait preuve de sérieux et d'objectivité dans la présentation des faits.

353. La bonne foi : méthode et sérieux de l'enquête. Comme le relève M. MAYAUD, dans le cadre de la diffamation, « *le mensonge incriminé s'analyse en une déformation voulue ou imprudente de la réalité* »¹. La jurisprudence a dégagé deux exigences tenant au sérieux des investigations, à savoir l'existence d'une enquête approfondie et la modération dans les propos². L'agent doit donc s'efforcer de vérifier la véracité des informations qu'il détient et cet impératif pèse plus particulièrement sur les professions dont la recherche est une composante, tels que les chercheurs et les journalistes³. Il semble logique que l'objectivité soit particulièrement exigé de ceux qui en ont fait profession⁴. À l'inverse, lorsqu'il s'agit de personnes dont l'objectivité ne peut être attendue, la jurisprudence met davantage l'accent sur l'impératif de prudence et de modération des propos. Ainsi en va-t-il par exemple d'une personne privée témoignant de son expérience personnelle sur un sujet douloureux au cours d'une émission radiophonique⁵. C'est également le cas pour un avocat s'exprimant devant les médias pour la défense de son client⁶. S'agissant enfin des hommes politiques, la jurisprudence a élaboré une règle spécifique destinée à ne pas brider le débat démocratique sur les questions politiques essentielles. Elle retient ainsi que ceux-ci sont soumis à l'exigence de modération dans l'expression de la pensée sauf lorsque le débat porte uniquement sur les opinions et doctrines relatives au rôle et au fonctionnement des institutions fondamentales de l'État⁷. Par ailleurs, elle a récemment affirmé que, n'étant pas des professionnels de l'information, les hommes politiques ne sont pas tenus aux mêmes exigences déontologiques que les journalistes⁸. C'est donc à une approche extrêmement casuistique que se livre la jurisprudence sur la question de la bonne foi⁹. Cela permet une adaptation d'une norme unique aux spécificités des situations très diverses qu'elle est appelée à régenter. Cependant, cette adaptation se fait parfois au détriment de la prévisibilité de la loi, le recours à la jurisprudence s'avérant tout à fait indispensable à qui veut savoir « jusqu'où la loi lui permet d'aller trop loin ». Une telle incertitude peut également planer sur les hypothèses de différenciations refusées par la loi, qui peuvent néanmoins être utilisées par la jurisprudence.

¹ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., n° 605.

² V. par ex. CA Paris, 11^e ch. corr., 10 février 1999, *D.* 2000, p. 226, op. cit. (imputations dans le cadre de la recherche historique) ; CA Paris, 19 mars 1999, *Gaz. Pal.* 1999, 2, Somm. p. 579 (imputations dans le cadre d'un travail journalistique).

³ V. par ex. Crim. 14 mars 1962, *Bull. crim.* n° 131 (devoir de vérification pesant sur le journaliste) ; Crim. 16 mai 1995, *Bull. crim.* n° 175 (devoir de vérification de l'historien, dont l'absence de vérification de sources essentielles exclut la bonne foi).

⁴ B. BOULOC, « Critiques et objectivité, causes d'exonération de la diffamation », op. cit.

⁵ Civ. 2^{ème}, 15 mars 2001, *Bull. civ. II* n° 57. Il s'agissait d'une mère témoignant sur les liens qu'elle subodorait entre le suicide de son fils et l'appartenance de celui-ci aux Témoins de Jéhovah.

⁶ Crim. 3 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 217.

⁷ V. par ex. Crim. 30 janvier 1996, *Bull. crim.* n° 73 ; Crim. 4 décembre 2007, *Bull. crim.* n° 302.

⁸ Crim. 11 juin 2013, à paraître au *Bulletin criminel* ; *D.* 2013, p. 1551.

⁹ Pour une présentation détaillée de la jurisprudence relative à ce critère, V. E. DREYER, « Diffamation envers un particulier », art. préc., n° 124 et s.

II – LES DIFFÉRENCIATIONS INDIFFÉRENTES REFUSÉES MALGRÉ LA SUBJECTIVITÉ

354. Lorsqu'elle ne repose pas sur une différence de valeur sociale protégée, une distinction entre différentes catégories de victimes ne répond pas aux exigences de l'ordre juridique français. C'est pourquoi, en dépit de certaines apparences, la nationalité de la victime n'est pas un critère de distinction pénalement signifiant (A). En effet, le droit pénal exprime également l'universalisme qui imprègne l'ensemble du droit français : le genre humain est protégé dans sa globalité, sans qu'il y ait lieu d'y opérer de nuisibles distinctions (B).

A/ LE REFUS DE LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA NATIONALITÉ DE LA VICTIME

355. Le principe de l'indifférence de la nationalité de la victime. Les incriminations comprenant une victime pénale substantielle visent à préserver la personne, qu'elle soit physique ou morale, quelle que soit sa nationalité. Les incriminations du droit pénal français protègent des valeurs sociales qui sont, ou à tout le moins peuvent s'incarner en toute personne, physique ou morale¹, ainsi qu'en certaines choses², sans jamais que la nationalité ne vienne influencer sur ce point. Un Chinois ou un Argentin peuvent semblablement être dépouillés de leurs biens et, Italiens ou Britanniques, « *Si vous nous piquez, ne saignons-nous pas ? [...] Si vous nous empoisonnez, ne mourrons nous pas ?* »³. Le droit pénal français admet ces évidences, bien qu'elles ne le furent pas en tout temps et en tout lieu. Révolue est l'époque franque, au cours de laquelle le *Wergeld*, composition pécuniaire destinée à compenser la mort d'un individu, était de deux-cents sous si la victime était un Franc, tandis qu'il ne s'élevait qu'à cent sous lorsqu'un Gallo-Romain avait été touché⁴. De telles distinctions ont vécu et il n'existe plus d'infractions sanctionnant spécifiquement l'atteinte à un national, ou au contraire à un ressortissant étranger, et les peines encourues ne varient pas en fonction de ce critère. Néanmoins, ce principe semble connaître une exception tenant à la compétence personnelle passive.

356. La prise en compte exceptionnelle de la nationalité de la victime au titre de la compétence personnelle passive. La nationalité de la victime est prise en compte afin de permettre l'application de la loi pénale française à une infraction commise à l'étranger. L'article 113-7 du Code pénal prévoit une telle application de la loi pénale française aux crimes, ainsi qu'aux délits punis d'une peine d'emprisonnement, commis à l'étranger à l'encontre d'une

¹ Cf. *supra*, n° 211 et s.

² Cf. *supra*, n° 239 et s. et spéc. n° 254 et ss.

³ W. SHAKESPEARE, *Le marchand de Venise*, A. III, S. I.

⁴ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 48 ; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français. Des origines à la Révolution*, CNRS éditions, 3^e éd., 2010 [1948], n° 44.

personne ayant la nationalité française au moment de l'infraction¹. Selon la jurisprudence, cette règle ne vise que la « victime directe de l'infraction », c'est-à-dire la victime pénale substantielle², à l'exclusion de ses proches ou ayant-droits³. Certaines dispositions spécifiques sont moins strictes. Ainsi la loi pénale française peut-elle être appliquée aux faits de violences graves sur mineurs⁴ ainsi qu'aux faits de violences destinés à contraindre une personne à accepter une union ou à sanctionner son refus⁵, dès lors que la victime réside habituellement sur le territoire français. Ces formes de compétence personnelle passive semblent constituer une exception au principe d'indifférence de la nationalité de la victime.

357. La compétence personnelle passive entre règle de forme et règle de fond. Cette règle de compétence est d'autant plus importante qu'elle n'intéresse pas uniquement la procédure pénale, mais pose une règle substantielle. En effet, elle ne se contente pas de prévoir la compétence des juridictions françaises, mais le champ d'application de la loi pénale elle-même. En décidant que la loi pénale française est applicable à des faits commis à l'étranger, elle érige *de facto* ces faits en infraction et provoque l'engagement de la responsabilité pénale de l'agent. Il s'agit donc d'une forme d'incrimination, par ailleurs autonome puisque les textes ne prévoient ici aucune condition de double incrimination. Ces dispositions intéressent donc également le fond du droit, ce qui exclut que cette exception au principe d'indifférence de la nationalité de la victime soit considérée comme purement processuelle et écartée en conséquence du cadre de cette étude. Mais, si la compétence personnelle passive constitue bien un accroc au principe, il s'agit d'une exception contestée.

358. La démesure de la compétence personnelle passive. Considérée comme une atteinte aux souverainetés pénales étrangères, la compétence personnelle passive essuie un certain nombre d'attaques de la part de la doctrine. MM. CAFRITZ et TENE relèvent ainsi un grand nombre de délits en droit de la consommation, en droit financier ou encore en droit des sociétés qui

¹ Pour une présentation approfondie de la compétence personnelle passive, V. D. REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, coll. Précis, 1^e éd., 2012, n° 130 et s. ; D. BRACH-THIEL, « Compétence internationale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, n° 21 et s. et n° 171 et s. ; L. DESESSARD, « Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 113-1 à 113-12, fasc. 20, n° 50 et s.

² Sur cette notion, cf. *supra*, n° 8 et s.

³ V. notamment Crim. 31 janvier 2009, *Bull. crim.* n° 31 : refus de l'application de la loi pénale française à l'assassinat, perpétré au Niger, du Président de la République de ce pays, fût-ce à la requête de sa veuve de nationalité française agissant en son nom personnel et en tant que représentante de leurs enfants mineurs, ces personnes n'ayant pas la qualité de victimes directes de l'infraction. Dans le même sens, V. Crim. 21 janvier 2009, *Bull. crim.* n° 22 ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 829, obs. Y. MAYAUD : refus de l'application de la loi pénale française à des tortures et actes de barbaries commises à l'encontre de l'ancien Président de l'Assemblée nationale du Cambodge, fût-ce à la demande de sa veuve de nationalité française, celle-ci n'ayant pas la qualité de victime directe de l'infraction.

⁴ Art. 222-16-2 CP. Ce texte vise les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner aggravées (art. 222-8 CP), les violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente aggravées (art. 222-10 CP), et les violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours aggravées (art. 222-12 CP).

⁵ Art. 222-16-3 CP. Ce texte renvoie à l'ensemble des hypothèses de violences volontaires en cas de mariage forcé (art. 222-8, 6° bis ; 222-10, 6° bis ; 222-12, 6° bis et 222-13, 6° bis CP).

pourraient, en dépit du bon sens, être reprochés à des personnes étrangères, notamment des sociétés, opérant à l'étranger, dès lors qu'un français y aurait été exposé¹. Par exemple, qu'un français en déplacement à l'étranger se trouve exposé à une publicité comparative ne respectant pas les exigences fixées aux articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation, quand bien même serait-elle légale dans le pays concerné, et la société pourra se voir poursuivie pénalement devant les juridictions françaises². Il est vrai que l'article 113-8 du Code pénal subordonne en la matière la poursuite des délits à l'initiative du ministère public précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants-droits, ou d'une dénonciation officielle du pays de commission des faits. Un tel « verrou procédural » ne suffit cependant pas à garantir l'absence de poursuites inopportunes. Par ailleurs, ces auteurs relèvent également qu'une telle conception de la compétence personnelle passive, laquelle fut étendue aux délits punis d'emprisonnement malgré l'avis du garde des sceaux de l'époque³, est en contradiction avec la coutume internationale et la pratique des États étrangers, lesquelles sont en faveur d'une restriction aux infractions les plus graves et à la double incrimination. De plus, il faut relever que l'intention criminelle contient nécessairement la connaissance de l'interdit pénal, connaissance présumée en raison de l'adage *nemo censetur ignorare legem*. Or, si une telle présomption se conçoit dans un cadre interne, il paraît ridicule d'exiger des personnes étrangères situées à l'étranger qu'elles connaissent le droit français dès lors qu'elles traitent avec un ressortissant français. La caractérisation de l'élément moral de l'infraction reposera alors non plus sur une présomption, mais bien sur une fiction laquelle semble parfaitement excessive.

359. L'efficacité discutable de la compétence personnelle passive. À ces critiques, Mme KOERING-JOULIN, reprenant un argument avancé par M. DONNEDIEU DE VABRES, ajoute qu'on peine à justifier que l'ordre public interne puisse se trouver atteint par des faits commis par un étranger à l'étranger⁴. M. VERNY objecte cependant que « *le Français à l'étranger ne cesse pas d'être français [...] Dès lors, la France peut parfaitement s'estimer atteinte à travers l'infraction subie par son ressortissant qui lui reste lié* »⁵. Mme KOERING-JOULIN constate également que la réussite des poursuites est tributaire de la bonne volonté que mettra le juge étranger dont la compétence est précisément niée à accomplir ou autoriser les actes d'investigations nécessaires au recueil des

¹ É. CAFRITZ et O. TENE, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 733.

² La publicité comparative prohibée étant passible d'un emprisonnement de deux ans, ce que l'interprète est autorisé à constater à l'issue d'un jeu de piste au sein du Code de la consommation : l'article L. 121-14 du Code de la consommation, relatif aux publicités prohibées, renvoie en effet à l'article L. 121-6 du même ouvrage, lequel redirige le lecteur vers l'article L. 213-1 du même Code où figure la mention de la peine.

³ JOAN 1^{ère} séance du 11 octobre 1989, p. 3381.

⁴ R. KOERING-JOULIN, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 529 et s. et spéc. pp. 531-532. Dans le même sens, V. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus droit privé, 16^e éd., 2009, n° 401.

⁵ É. VERNY, « Le principe de territorialité de l'ordre répressif français : « Quand tu seras à Rome, conduis-toi en Romain » », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 593. La citation se trouve p. 598.

preuves¹. À cela, il faut ajouter le fait que si l'auteur est ressortissant du pays où les faits ont été commis, les principes généraux du droit pénal international excluent que son extradition puisse être accordée à la France². Un tel obstacle tomberait naturellement en cas de commission des faits par un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne en raison des dispositions de la Convention de Dublin du 27 septembre 1996³ et surtout des dispositions relatives au mandat d'arrêt européen⁴ introduites dans le Code de procédure pénale par la loi du 9 mars 2004⁵, lequel permet la remise d'un national à un autre État membre⁶. Il faut toutefois relever que la décision-cadre ayant instauré le mandat d'arrêt européen place l'absence de double incrimination parmi les motifs facultatifs de refus de remise d'une personne à l'État d'émission⁷. En conséquence, la France pourra néanmoins échouer à obtenir la remise de ressortissants d'autres États membres ayant commis des délits passibles d'une peine d'emprisonnement en droit français, mais non-incriminés dans le pays de commission.

360. Le nécessaire encadrement de la compétence personnelle passive. L'ensemble des critiques suscitées par l'institution de la compétence personnelle passive incite à prôner un sévère encadrement de celle-ci. Convenons donc avec la doctrine que cette compétence personnelle passive gagnerait à ne s'exercer que dans le cas des infractions les plus graves, et uniquement lorsque les faits sont pareillement incriminés sur le territoire où ils ont été commis⁸. De telles conditions paraissent seules à même d'assurer notamment que la preuve de l'élément moral de l'infraction ne repose pas sur une pure fiction. Demeure alors la question de l'appréciation de la nationalité de la victime, notamment sur le point de savoir si l'agent devait avoir conscience de s'attaquer à un ressortissant français. Une telle exigence apparaît *a priori* en contradiction avec la raison d'être de cette compétence personnelle passive, c'est-à-dire la volonté d'assurer une protection maximale aux citoyens français. Néanmoins, force est de constater que, lorsque la peine encourue par l'agent au regard de la loi pénale française est supérieure à la peine fulminée par l'État du lieu de commission des faits, le principe de légalité devrait exclure que puisse être prononcée une peine que l'agent ne savait pas pouvoir encourir. L'appréciation subjective mériterait donc d'être retenue dans le cadre de cette exception au principe d'indifférence de la

¹ *Ibid.*, spéc. pp. 534-535.

² Sur le principe de non-extradition des nationaux, V. D. REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 235 et s.

³ *Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité de l'Union européenne relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne*, JOCE C 313 du 23 octobre 1996.

⁴ Art. 695-1 et s. CPP.

⁵ Art. 17 de la *Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, JORF du 10 mars 2004, p. 4567.

⁶ Pour une présentation approfondie du mandat d'arrêt européen, V. D. REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 513 et s.

⁷ Art 4 de la *Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres*, JAI 2002/584, JOCE du 18 juillet 2002, p. 1.

⁸ Dans le même sens, V. É. CAFRITZ et O. TENE, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », op. cit. ; R. KOERING-JOULIN, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », op. cit.

nationalité de la victime, lequel se rattache plus généralement à la volonté de ne pas créer de distinctions au sein du genre humain.

B/ LE REFUS DE LA DIFFÉRENCIATION AU SEIN DU GENRE HUMAIN

361. Affirmation de l'unité du statut de personne humaine. L'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirme que « *[L]es hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité sociale.* ». Par ailleurs, l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 précise que la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Cette égalité entre les hommes est également rappelée dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹ ou encore dans la Déclaration universelle des droits de l'homme². Le droit pénal traduit cette égalité entre tous les êtres humains nés en refusant d'établir entre eux des différences de statut qui ne seraient pas socialement utiles³. Chacun a droit à la protection assurée par le droit pénal et l'utilité sociale ne peut que justifier un accroissement de cette répression au profit de personnes particulièrement exposées. Lorsque le Code pénal se réfère à « autrui », ce terme doit s'entendre de n'importe quel être humain, à condition qu'il soit né⁴. Cette orientation du droit français, que l'on retrouve dans l'ensemble des droits occidentaux comme en témoigne son affirmation dans les Conventions européennes ou internationales, est d'autant plus intéressante qu'elle n'a pas toujours été affirmée, ni dans le temps ni dans l'espace. Si, en raison de la densité de la matière, seules quelques distinctions pourront être évoquées, elles suffiront à démontrer que le droit pénal français refuse d'instituer des distinctions légales (1), quand bien même une incrimination serait destinée plus spécifiquement à une catégorie de personnes (2).

1) La lutte contre les distinctions théoriques : le refus de consacrer des statuts légaux inéquitables

362. Le refus de l'esclavage. Le sort de l'esclave⁵ a constitué la consécration légale d'une flagrante inégalité entre êtres humains durant une longue période et sous diverses latitudes. Déjà présent dans nombre de régimes antiques⁶, l'esclavage « *s'attache à réifier la personne pour en faire un*

¹ Art. 14 C.E.S.D.H.L.F.

² Art. 1^{er} et 2 D.U.D.H.

³ Cf. *infra* n° 570 et s. sur les personnes bénéficiant d'un statut particulièrement protecteur. Précisons qu'il ne s'agit pas ici d'étudier la violation des textes répressifs préservant l'égalité (sur lesquels cf. *infra*, n° 293 et s.) mais l'éventuelle consécration d'inégalité dans les textes répressifs.

⁴ Cf. *supra* n° 230 et s. sur la question de l'enfant à naître.

⁵ Pour une présentation complète de l'évolution de l'esclavage, cf. *infra*, n° 739 et s.

⁶ V. J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 7^e éd., 2002, pp. 35 (esclavage à Babylone), 77 (Grèce), 47-48 (Hébreux), 320-325 (Rome archaïque), 332-334 (Rome classique), 440-441 (Bas-Empire romain).

objet de propriété »¹. Le statut de l'esclave est beaucoup moins protecteur que celui de l'homme libre puisqu'il est traditionnellement considéré comme une chose. Ainsi, le meurtre de l'esclave était d'abord considéré comme une atteinte au patrimoine de son maître². L'esclavage a été pratiqué en France, d'abord sous la forme particulière du servage. Bien que non-libre, le serf était, à la différence de l'esclave, considéré comme une personne, titulaire d'un patrimoine et autorisé à se marier³. L'esclavage a ensuite perduré, notamment dans les colonies, où il fut réglementé par le Code noir rédigé par Colbert en 1665 et promulgué en 1685 ainsi que sa seconde version promulguée en 1724. Ces réglementations permirent d'assurer à aux esclaves une protection, fort limitée il est vrai, contre certains excès de leurs maîtres et consacrèrent le principe de leur personnalité juridique. L'esclavage fut définitivement aboli par le décret du 27 avril 1848⁴. Il est aujourd'hui prohibé par de nombreux textes, tant internationaux qu'internes⁵. La norme d'hier n'a donc pas seulement été abandonnée, elle a été inversée et l'esclavage est aujourd'hui sévèrement réprimé en tant qu'il est une atteinte intolérable à la dignité de l'être humain.

363. Le refus du statut de paria. Proche du statut de l'esclave, celui de paria implique l'appartenance à une tranche de la population dénuée de certains droits. L'actuel droit français s'oppose à ce type de considérations, ce qui ne fut pas toujours le cas. Le serf peut ainsi être rattaché à cette classe, dont l'existence s'est retrouvée dans diverses régions du globe. Ainsi, l'Inde a été très longtemps marquée par le système de castes, dans lequel les Intouchables étaient fortement déconsidérés⁶. De même, les *burakumin*, Intouchables japonais, ont subi un statut discriminatoire jusqu'à l'abolition du système des castes féodales en 1871.

364. Le refus de l'inégalité entre hommes et femmes. Le statut de la femme a connu nombre de variations à travers les âges et dans le monde. Une étude précise de ce statut, même en limitant nos développements à la France, nécessiterait à elle seule un ouvrage entier. Nous devons donc nous borner à ne citer que quelques exemples à travers le temps et l'espace. Ainsi, seul l'adultère de la femme était réprimé en droit romain⁷ ainsi que sous l'Ancien Régime⁸. Par

¹ C. WILLMANN, « Esclavage – Travail forcé – Traite des êtres humains », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 1.

² M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2007, n° 31.

³ J.-L. HAROUËL, J. BARBEY, E. BOURNAZEL et J. THIBAUT-PAYEN, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF, coll. Droit fondamental, 11^e éd., 2007, n° 99.

⁴ Sur l'évolution de l'esclavage et son abolition, V. C. WILLMANN, art. préc., n° 13 s. ; É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 37, 2002., n° 84 et s. et 97 et s. ; C. BOUGLE, *La Cour de cassation et le code pénal de 1810 : le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 40, 2005, n° 431 et s.

⁵ V. C. WILLMANN, art. préc., n° 18, n° 22 et s., n° 30 et s. et n° 34 et s.

⁶ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2002, n° 406 et 422.

⁷ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 26.

⁸ *Ibid.*, p. 179.

suite, il fut plus sévèrement réprimé dans le Code pénal de 1810¹ et l'était toujours, en 2004, dans le Code pénal libanais². Le meurtre dit « d'honneur », c'est-à-dire l'homicide volontaire commis par le mari sur sa femme adultère, était impuni dans l'Ancien Droit³ et bénéficiait d'une excuse atténuante dans le Code pénal de 1810⁴ ainsi que dans le Code pénal libanais⁵. De telles inégalités ont heureusement disparu du droit pénal français, notamment grâce à la loi n° 785-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. Cette loi a supprimé l'excuse de provocation en cas de découverte de l'adultère de la femme par le mari ainsi que les incriminations d'adultère qui sanctionnaient plus sévèrement la femme. Cette évolution mérite d'être approuvée, tant elle est conforme aux principes d'égalité précédemment évoqués. De plus, les arguments avancés pour justifier la sanction plus importante de l'adultère féminin, à savoir les risques que celui-ci faisait peser sur les filiations, ne tiennent plus en raison du développement des techniques scientifiques. La femme ne fait donc plus l'objet d'un traitement légalement discriminant. C'est même essentiellement pour assurer sa protection que le législateur a aggravé les violences commises au sein du couple, bien que les textes correspondant n'en fassent pas mention, puisqu'ils ne sauraient distinguer selon le sexe de la victime.

2) Le caractère général des incriminations destinées à protéger des personnes spécifiques

365. Le caractère général de l'aggravation des violences au sein du couple. L'exemple des violences commises au sein du couple est particulièrement révélateur des difficultés auxquelles le législateur peut se retrouver confronté. D'un côté, les enseignements statistiques de la criminologie lui font considérer que les femmes sont à l'évidence davantage sujettes à subir ce type de violences⁶. De l'autre, les exigences juridiques tenant à l'égalité entre hommes et femmes prohiberaient une législation réprimant ou aggravant les seules violences faites aux femmes. C'est pourquoi les atteintes à la vie et à l'intégrité physique commises au sein du couple ont été

¹ T. MOUSSA et L. SAADE, « Le droit, moyen de discrimination : le statut de la femme en droit pénal comparé français-libanais », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André DECOCO*, Litec, 2004, p. 489

² *Ibid.*

³ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 127.

⁴ Art. 324 CP.

⁵ T. MOUSSA et L. SAADE, « Le droit, moyen de discrimination... » op. cit.

⁶ Selon l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, au cours de la période 2010-2011, 567 000 femmes se sont déclarées victimes de violences physiques ou sexuelles intra-ménage contre 274 000 hommes. Il faut de plus noter que, si le nombre de violences faites aux hommes est stable, celui des violences faites aux femmes a fortement chuté, puisqu'il atteignait 707 000 pour la période 2008-2009 (*Rapport 2012 de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales – Synthèse*, ss la dir. d'A. BAUER et C. SOULLEZ, Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, pp. 20-21). S'agissant des infractions constatées au cours de l'année 2011, 122 femmes et 24 hommes ont été tués par leur conjoint ou ex-conjoint, tandis que les services de police et de gendarmerie ont enregistré 53 868 violences non mortelles au sein d'un couple envers une femme contre 8 538 faits visant un homme (*Ibid.*, p. 44). Les études statistiques seront grandement améliorées à compter du déploiement complet auprès des juridictions françaises de l'outil informatique Cassiopée, lequel permet de renseigner le genre des victimes (*Les violences au sein du couple. Guide de l'action publique*, Direction des Affaires criminelles et des Grâces, novembre 2011, p. 101, accessible sur www.justice.gouv.fr/publication/guide_violences_conjugales.pdf). V. également J. AUDET et J.-F. KATZ, *Précis de victimologie générale*, Dunod, 2^e éd., 2006, p. 200, pour une présentation du sexe comme facteur de prédisposition à la victimisation.

aggravées¹ par la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs² et celle du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants³. L'intitulé de cette seconde loi est tout à fait significatif, puisqu'il révèle que la loi est destinée à protéger spécifiquement les femmes. Pourtant, les dispositions de cette loi ne visant que « *la personne* »⁴, elles ont vocation à s'appliquer quel que soit le sexe de l'auteur ou de la victime. Une telle solution semble imposée par le principe d'égalité, dès lors que ces violences, bien que non majoritaires, sont possibles et existent.

366. Le principe d'égalité satisfait par la possible application de la norme pénale à l'ensemble des personnes potentiellement visées. Ces dispositions sont symptomatiques d'une dissociation entre l'objet pratique de la loi, c'est-à-dire son contenu matériel, et de son objet théorique, c'est-à-dire sa *ratio legis*. Désireux de remédier à une situation donnée, le législateur choisit de recourir à l'arme pénale mais, conscient des exigences découlant du principe d'égalité devant la loi pénale, édicte une loi visant un ensemble de situation, parmi lesquelles figure celle qui a motivé son intervention. Interrogée en décembre 2012 par un député sur l'opportunité d'accroître la réaction aux violences conjugales subies par les hommes⁵, la ministre des Droits de femmes avait convenu que « *[l']ampleur du phénomène des violences faites aux femmes en a fait une priorité politique* », tout en précisant que les dispositions visant les violences au sein du couple bénéficiaient également aux hommes victimes⁶. La possibilité d'application de la norme pénale à l'ensemble des personnes potentiellement visées, c'est-à-dire l'ensemble des personnes incarnant la valeur sociale protégée, suffit en effet à satisfaire aux exigences du principe d'égalité. Il n'est donc exigé qu'une correspondance abstraite entre les hypothèses visées par la norme et la réalité de son application. Que l'une des situations particulières concernées par la norme pénale engendre la majorité des applications de celle-ci n'est pas de nature à y porter atteinte. Les distinctions mises en avant par les statistiques et les enseignements de la criminologie peuvent cependant être prises en compte dans le cadre des mécanismes de prévention et de détection des infractions, ainsi que des processus de protection et de prise en charge des victimes.

¹ Pour une présentation détaillée de cette circonstance aggravante, cf. *infra*, n° 612 et s. Sur l'évolution de cette circonstance aggravante, cf. également *infra*, n° 730 et s.

² Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* du 5 avril 2006, p. 5097. Pour une présentation détaillée de cette loi, V. D. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commise contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350 et M.-F. VIEVILLE-MIRAVETTE, « La circonstance aggravante d'« ex » en matière de violences au sein du couple », *Dr. pén.* 2009, étude 4.

³ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* du 10 juillet 2010, p. 12762. Sur cette loi, V. A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 911

⁴ V. par ex. les dispositions du Titre XIV du Livre Ier (art. 515-9 et s.) du Code civil créé par cette loi.

⁵ Question écrite n° 13806 de M. Michel MENARD, *JORF* du 18 décembre 2012, p. 7462.

⁶ Réponse écrite du Ministère aux droits des femmes, *JORF* du 16 avril 2013, p. 4162.

367. Exemples divers d'incriminations à application potentiellement générale. D'autres incriminations présentent de semblables caractéristiques. Face à l'absence totale de définition du dans l'article 331 du Code pénal de 1810, la doctrine définissait cette infraction comme « *le coït illicite avec une femme qu'on sait n'y point consentir* »¹, jusqu'à ce qu'une loi du 23 décembre 1980² donne une nouvelle définition du viol l'étendant aux cas de pénétration commis sur un homme. Cette application générale de l'incrimination de viol apparaît plus respectueuse de principe de légalité, même si les enquêtes statistiques établissent que les femmes sont davantage victimes que les hommes des agressions sexuelles³. Quel que soit le sexe de la victime, l'infraction constitue pareillement une atteinte à l'intégrité sexuelle, valeur protégée par ces incriminations. Dans le même ordre d'idées, les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, incriminant l'obtention de services non rétribués ou la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraire à la dignité de la personne, visent les victimes particulièrement vulnérables ou en état de dépendance, sans faire référence à leur nationalité. Cependant c'est le plus fréquemment de l'extranéité et du défaut de titre de séjour que la jurisprudence déduit la vulnérabilité ou l'état de dépendance⁴, au point qu'une présomption légale irréfragable de vulnérabilité ou de dépendance a été posée notamment pour les personnes victimes de tels faits à leur arrivée sur le territoire français⁵. Dans deux arrêts de 2003, la chambre criminelle de la Cour de cassation a donc rappelé implicitement⁶, puis explicitement⁷ que le fait d'avoir la nationalité française ou d'être légalement présent sur le territoire français n'exclut pas la situation de dépendance ou de particulière vulnérabilité. Seul compte cette caractéristique, laquelle constitue par ailleurs une autre cause de différenciation entre les victimes, fondée non sur la nature de la valeur sociale atteinte, mais sur la gravité de cette atteinte.

¹ É. GARÇON, *Code pénal annoté*, Recueil Sirey, 1956, art. 330 à 332, n°15.

² Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats à la pudeur, *JORF* du 24 décembre 1980, p. 3028.

³ Pour la période 2010-2011, 210 000 femmes se sont ainsi déclarées victimes de violences sexuelles hors ménage contre 80 000 hommes (A. BAUER et C. SOULLEZ, *Rapport 2012 de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales*, op. cit., pp. 19-20).

⁴ V. par ex. Crim. 11 février 1998, *Bull. crim.* n° 53 ; Crim. 11 décembre 2001, *Bull. crim.* n° 256 ; Crim. 13 janvier 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 44, obs. M. VERON ; CEDH, 5^e sect., 11 octobre 2012, n° 67724/09, *C.N. et V. c/ France*, *JCP G* 2012, 1147. V. également C. WILLMANN, « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 21 et s.

⁵ Art. 225-15-1 CP, créé par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* du 19 mars 2003, p. 4761.

⁶ Crim. 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 58 ; *D.* 2004, p. 181, obs. T. AUBERT-MONPEYSEN.

⁷ Crim. 23 avril 2003, *Bull. crim.* n° 85 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 789, obs. Y. MAYAUD.

Section seconde

Les différenciations fondées sur la gravité de l'atteinte à la valeur sociale

368. Gradation et subjectivité, les deux conditions d'admission des différenciations. Il est concevable qu'un même acte puisse constituer une atteinte plus ou moins grave à la valeur sociale protégée par une incrimination donnée. Plus précisément, il est possible que l'appréciation sociale portée sur un comportement varie en fonction de la personne au détriment de laquelle ce comportement est commis. Traduire cette appréciation politique ou éthique dans le droit positif conduit alors à consacrer juridiquement une différenciation entre les victimes et donc *a priori* à porter atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale. Pour qu'une telle différenciation puisse être tolérée, deux conditions doivent alors être remplies. En premier lieu, la différenciation doit se justifier, c'est-à-dire qu'elle doit reposer sur une réelle gradation dans l'atteinte à la valeur sociale protégée. Si l'agent reçoit un traitement pénal différent, c'est en raison de la variation de la gravité de l'atteinte qu'il a portée à une valeur sociale protégée. En second lieu, il résulte de ce qui précède que l'adaptation de la réponse pénale se justifie par une gradation du degré de gravité du comportement de l'agent. La nature subjective de la responsabilité pénale impose de n'en tenir compte qu'à la condition que l'agent en ait eu conscience, c'est-à-dire que la gravité de son comportement soit l'expression d'une particulière hostilité aux valeurs protégées par la norme pénale. Par conséquent, la différenciation ne peut reposer que sur un critère apprécié subjectivement.

369. Les différenciations considérées. L'exemple le plus topique réside dans la sanction de la particulière lâcheté de l'agent établie par le choix de sa victime. Cette lâcheté résulte de la particulière facilité de commission de l'infraction qu'induit la personnalité de la victime. Il ne s'agit pas d'évoquer ici la facilité subjective, celle qui résulte des liens particuliers unissant l'auteur et la victime. En effet, cette différenciation est spécifique puisque, pour une victime donnée, elle ne s'applique qu'à certains auteurs particuliers¹. À l'opposé, la différenciation est générale lorsqu'elle repose sur une facilité objective de commission de l'infraction, une facilité accessible à tout auteur. Tel est le cas de la faiblesse de la victime (I). La gravité particulière de l'atteinte justifie alors une adaptation de la réponse pénale, mais ce cas est relativement isolé, les autres différenciations étant refusées (II).

¹ Sur la prise en compte des liens entre auteur et victime de l'infraction, cf. *infra*, n° 595 et s.

I – LES DIFFÉRENCIATIONS FONDÉES SUR LA FAIBLESSE DE LA VICTIME RACHETÉES PAR LA SUBJECTIVITÉ

370. Le pénaliste n'aura pas de mal à se convaincre que, si ses collègues privatistes considèrent parfois sa matière avec quelque dédain, c'est en raison de la jalousie due au fait que lui seul a la réputation de « défendre la veuve et l'orphelin », donc les personnes en situation de faiblesse. Si le juge peut *a priori* toujours tenir compte de la faiblesse de la victime lorsqu'il détermine la peine, il existe deux critères généraux de faiblesse dont la loi elle-même incite à la prise en compte. Il s'agit en premier lieu de la particulière vulnérabilité (A) et en second lieu de la minorité de la victime (B).

A/ LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ DE LA VICTIME

371. Premier aperçu de l'influence de la particulière vulnérabilité de la victime. Dans son contenu actuel, le droit pénal français prend en considération la particulière vulnérabilité de la victime comme condition préalable ou comme circonstance aggravante de l'infraction. La nature de cette particulière vulnérabilité¹ et les considérations qui motivent sa prise en compte² ne seront pas développées ici. Il suffira simplement d'indiquer que cette prise en compte découle de la volonté du législateur de tenir compte de la particulière lâcheté de l'agent qui choisit de s'en prendre à une victime dont la situation ne lui permettra pas d'opposer une résistance efficace. C'est pourquoi la particulière vulnérabilité est prise en compte lorsqu'elle est susceptible d'avoir permis ou facilité l'infraction de l'agent (1). Le Code pénal le précise d'ailleurs explicitement s'agissant du vol³ et des destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas un danger pour les personnes⁴. Ces infractions ne sont aggravées que si elles ont été facilitées par l'état d'une personne particulièrement vulnérable. Cependant, le droit pénal ne saurait instaurer une protection pénale par principe supérieure à des individus, fussent-ils particulièrement vulnérables. La particulière vulnérabilité n'est donc prise en compte que pour autant qu'elle ait été connue de l'auteur (2).

¹ Sur laquelle cf. *infra*, n° ?

² Sur lesquelles cf. *infra*, n° ?

³ Art. 311-5, 2° CP.

⁴ Art. 322-3, 2° CP.

1) L'existence d'une différenciation fondée sur la particulière vulnérabilité de la victime

372. La particulière vulnérabilité de la victime est essentiellement prise en compte à titre de circonstance aggravante (a), mais également, quoique sous d'autres dénominations, comme condition préalable de certaines infractions (b).

a) La particulière vulnérabilité de la victime comme circonstance aggravante

373. La grande variété d'infractions aggravées. Eu égard à son fondement, la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité a vocation à s'appliquer à toutes les infractions dont la commission peut être facilitée par cette circonstance. C'est pourquoi elle s'applique non seulement à de très nombreuses atteintes aux personnes¹, mais également à certaines atteintes aux biens². Cela semble donc marquer une volonté d'aggraver l'ensemble des infractions qui supposent, de la part de l'agent, soit un comportement agressif, soit un comportement astucieux. Dans les deux cas, la particulière vulnérabilité physique ou psychique de sa victime peut incontestablement conduire à faciliter la commission de l'infraction et l'aggravation est alors justifiée. Il faut d'ailleurs noter que, s'agissant du vol et des destructions de biens, le Code pénal ne vise pas uniquement l'infraction facilitée par la particulière vulnérabilité de la victime, mais celle facilitée par la particulière vulnérabilité de toute personne. Cela peut se comprendre dans la mesure où il s'agit d'atteintes aux biens. Il est donc envisageable que le bien soit détenu par une personne qui n'en soit pas pour autant propriétaire. Par conséquent, la particulière vulnérabilité de cette personne pourrait faciliter la commission de l'infraction, mais sans que cette personne en soit victime puisque ces incriminations visent à préserver la propriété. Il semblerait d'ailleurs judicieux d'étendre cette prévision aux autres atteintes aux biens, au lieu de limiter l'aggravation à l'infraction commise au préjudice d'une personne particulièrement vulnérable. Cette circonstance aggravante gagnerait d'ailleurs plus généralement en cohérence si son champ d'application venait

¹ Meurtre (art. 221-4, 3° CP) et empoisonnement (art. 221-5 al. 3 CP), tortures et actes de barbarie (art. 222-3, 2° CP et art. 222-4 CP en cas de commission habituelle), violences volontaires ayant entraîné la mort (art. 222-8, 2° CP), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, 2° CP), une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours (art. 222-12, 2° CP), une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou nulle (art. 222-13, 2° CP), violences commises de façon habituelle sur un mineur ou une personne particulièrement vulnérable (art. 222-14 CP), viol (art. 222-24, 3° CP) et autres agressions sexuelles (art. 222-29 CP), harcèlement sexuel (art. 222-33, al. 4, 3° et 4° CP), réduction en esclavage ou exploitation d'une personne réduite en esclavage (art. 224-1 C, 2° CP), proxénétisme (art. 225-7, 2° CP), exploitation de la mendicité (art. 225-12-6, 2° CP) ou de la vente à la sauvette (art. 225-12-9, 2° CP) ou encore bizutage (art. 225-16-2 CP). Par ailleurs, la vulnérabilité due à l'âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse constitue l'un des éléments constitutifs potentiels de l'infraction de traite des êtres humains (art. 225-4-1, I, 3° CP) et en constitue une circonstance aggravante lorsqu'elle est constatée en plus d'une menace ou violence à l'encontre de la victime ou de ses proches, d'un lien d'autorité unissant l'auteur et la victime ou d'une rémunération ou promesse de rémunération (art. 225-4-2, I et II CP).

² Vol (art. 311-5, 2° CP), extorsion (art. 312-2, 2° CP), escroquerie (art. 313-2, 4° CP), abus de confiance (art. 314-2, 4° CP) mais aussi destructions, dégradations et détériorations de bien ne présentant pas un danger pour les personnes (art. 322-3, 2° CP).

à être étendu¹. À l'inverse, le champ d'application des infractions constituées par la particulière vulnérabilité apparaît satisfaisant.

b) La particulière vulnérabilité de la victime comme condition préalable

374. Les incriminations exigeant expressément la particulière vulnérabilité de la victime. Les infractions qui ne sauraient être constituées qu'à la condition que l'agissement incriminé ait visé une personne particulièrement vulnérable semblent pouvoir être classées en trois catégories. En premier lieu, cette mention d'une particulière vulnérabilité de la victime apparente ou connue de l'auteur figure expressément dans les incriminations d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse², de recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables³. Ces incriminations se caractérisent par la volonté de sanctionner le fait de profiter de la particulière vulnérabilité d'une personne afin de commettre des actes auxquels elle n'était pas en mesure de consentir utilement. L'utilité d'incriminations spécifiques résulte alors du fait qu'une personne en pleine possession de ses moyens aurait été en mesure de peser sa décision. Le transfert de l'incrimination d'abus de faiblesse dans le livre II du Code pénal témoigne clairement de la volonté d'assurer la protection du consentement et de la dignité de la personne⁴. La particulière vulnérabilité de la victime devra donc être appréciée au regard de toutes les circonstances propres à affaiblir leur capacité à consentir librement⁵.

375. Les incriminations exigeant la simple vulnérabilité de la victime. De cette première catégorie peuvent être rapprochées les infractions dont la constitution exige que la victime ait présenté une vulnérabilité ou une situation de dépendance. Cette condition est ainsi exigée dans les infractions d'obtention de la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rémunération manifestement sans rapport avec le service fourni⁶, de soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine⁷ et de réduction en servitude⁸. Enfin, la vulnérabilité ou l'état de dépendance de la victime constitue l'un des éléments

¹ Sur cette question, cf. *infra*, n° 672 et s. et spéc. n° 675 et 676.

² Art. 223-15-2 s. CP. Cet abus doit résulter de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer le jugement, pour conduire la victime à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. V. également art. L. 122-8 s. C. conso. incriminant l'abus de faiblesse. Sur ces deux incriminations, V. M.-L. IZORCHE, « Abus de faiblesse ou d'ignorance », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*.

³ Art. 225-12-1 al. 2 CP.

⁴ Transfert opéré par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales (*JORF* du 13 juin 2001, p. 9337), l'infraction étant antérieurement dans le livre III. V. J.-F. SEUVIC, « Chronique législative », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 840. Dans le même sens, R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, n° 84.

⁵ Cf. *infra*, n° 533 et s.

⁶ Art. 225-13 CP.

⁷ Art. 225-14 CP.

⁸ Art. 225-14-2 CP. Cette infraction est constituée par la commission habituelle de l'infraction de travail forcé (art. 225-14-1 CP) à l'encontre d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont connus de l'auteur.

constitutifs potentiels de l'infraction de traite des êtres humains¹ dans la nouvelle conception qu'en donne la loi du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France². La constitution de l'infraction suppose en effet que la victime ait été recrutée, transportée, transférée, hébergée ou accueillie dans l'une des circonstances évoquées par le texte, parmi lesquelles l'abus de sa vulnérabilité ou de son état de dépendance, le cumul de plusieurs des circonstances mentionnées constituant une circonstance aggravante de l'infraction³. Si ces différents textes constituent une catégorie distincte de la première, c'est qu'il n'y ait pas exigé que la vulnérabilité présente un caractère particulier.

376. Les incriminations exigeant une forme de particulière vulnérabilité de la victime.

La troisième catégorie contiendrait alors les infractions qui, bien que leurs textes d'incrimination n'exigent pas expressément la particulière vulnérabilité de la victime, supposent néanmoins que celle-ci se soit trouvée dans une situation assimilable à une vulnérabilité. L'exemple le plus évident est l'abus de faiblesse incriminé par les articles L. 122-8 et suivants du Code de la consommation, supposant que l'agent ait abusé « *de la faiblesse ou de l'ignorance* » de la victime, celle-ci n'ayant pas été en mesure d'apprécier la portée de ses engagements ou de déceler les ruses employées à son encontre ou encore ayant été contrainte. Plus généralement, dans son sens courant, la vulnérabilité est simplement définie comme l'aptitude à être blessée. Renvoie à cette définition l'infraction de délaissement d'une personne hors d'état de se protéger⁴ dont la victime doit être « *une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique* »⁵. La notion de particulière vulnérabilité pourrait même être étendue aux hypothèses dans lesquelles l'aptitude à être blessée est conjoncturelle et découle de la situation de la personne visée. Entreraient alors également dans cette catégorie les infractions d'entrave aux mesures d'assistance⁶ et d'omission de porter secours⁷. Dans ces deux infractions, la victime doit se trouver dans une situation de péril imminent (du à une intervention humaine ou non), ce qui constitue une forme de vulnérabilité entendue dans son sens commun. L'ensemble de ces hypothèses permet d'instaurer une protection pénale accrue pour les personnes vulnérables,

¹ Art. 225-4-1, I, 3° CP.

² Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338. La nouvelle rédaction de l'incrimination de traite des êtres humains se trouve à l'article 1^{er} de la loi.

³ Art. 225-4-2, I et II CP. Cf. également *supra*, n° 373.

⁴ Art. 223-3 et 223-4 CP.

⁵ Il s'agit clairement d'une situation de particulière vulnérabilité. Le texte n'exige certes pas que cette situation soit apparente ou connue de l'agent, mais une telle précision apparaît inutile tant il est clair qu'il s'agit là d'une infraction intentionnelle. L'agent doit donc avoir eu la volonté de commettre le comportement décrit dans le texte d'incrimination, ce qui suppose qu'il ait conscience de l'incapacité de sa victime à s'occuper d'elle-même

⁶ Art. 223-5 CP.

⁷ Art. 223-6 CP.

protection qui se traduit également au plan procédural¹. Cette faveur légale est alors encadrée par le fait que la particulière vulnérabilité de la victime doit avoir été connue de l'agent pour produire son effet pénal.

2) La prise en compte subjective de la particulière vulnérabilité de la victime

377. La particulière vulnérabilité de la victime doit être connue de l'agent pour être prise en compte à titre de circonstance aggravante (a) ou de condition préalable (b).

a) L'influence subjective de la particulière vulnérabilité circonstance aggravante

378. **L'affirmation de la nécessaire connaissance par l'agent de la particulière vulnérabilité de la victime.** Les textes qui prévoient la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime² précisent que celle-ci doit avoir été connue de l'agent ou à tout le moins apparente. Il est donc clair que cette particulière vulnérabilité de la victime exerce une influence subjective sur la responsabilité de l'auteur. Une telle solution apparaît en parfaite adéquation avec la nature juridique de la circonstance aggravante. Celle-ci ne doit en effet pas se confondre avec les éléments constitutifs de l'infraction simple sur laquelle elle porte³. Elle vient « *se greffer sur les éléments constitutifs* »⁴ de cette infraction et s'ajoute alors à cette infraction simple afin de constituer une nouvelle infraction, l'infraction aggravée⁵. La circonstance aggravante s'intègre tant à l'élément matériel qu'à l'élément intentionnel de l'infraction aggravée⁶. Cela signifie que l'intention de l'agent doit s'apprécier par rapport à l'infraction simple et à la circonstance aggravante. Cette connaissance est également imposée par la *ratio legis* de cette circonstance aggravante, laquelle vise à sanctionner la particulière lâcheté de l'agent⁷. En conséquence, elle devra être établie, et ce pour chaque occurrence de la commission des faits en cas d'infraction d'habitude⁸. En cas d'infraction continue⁹, la jurisprudence se contentera vraisemblablement de la preuve d'une connaissance de la particulière vulnérabilité au moment du

¹ Le point de départ du délai de prescription de l'action publique pour certaines infractions commises à l'encontre d'une personne particulièrement vulnérable est ainsi reporté au « *jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* » (art. 8 al. 3 CPP)

² Sur lesquels cf. *supra*, n° 373 et *infra*, n° 674.

³ V. par ex. Crim. 18 mai 1983, *Bull. crim.* n° 147 ; Crim. 21 octobre 1998, *Bull. crim.* n° 274, *D.* 1999, p. 75, note Y. MAYAUD ; *JCP G* 1998, II, 10215, note D. MAYER. Pour un exposé doctrinal sur ce point, V. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 888 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 915 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n° 479 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009, n° 678 ; C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 55, 2006, n° 244 et s. ; M. DALLOZ, « Circonstances aggravantes », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 6 et s.

⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 479.

⁵ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n° 29.

⁶ C. DE JACOBET DE NOMBEL, op. cit., n° 126 et sauf à ce que la circonstance aggravante ne porte que sur l'élément intentionnel de l'infraction simple, comme lorsqu'elle tient au mobile de l'agent.

⁷ Cf. *infra*, n° 667 et s.

⁸ Sur la particulière vulnérabilité de la victime ou des victimes d'une infraction d'habitude, cf. *infra*, n° 541.

⁹ Sur la particulière vulnérabilité de la victime ou des victimes d'une infraction continue, cf. *infra*, n° 540.

commencement du comportement incriminé. À défaut, l'infraction ne sera aggravée qu'à partir de la prise de conscience par l'agent de la particulière vulnérabilité de sa victime. Si la pertinence de cette exigence de connaissance n'apparaît nullement discutée, il est intéressant de noter qu'elle peut être établie par présomption, puisque les textes font référence à la particulière vulnérabilité apparente. La particulière vulnérabilité étant apparente, la loi en déduit qu'elle n'a pu être ignorée de l'agent¹. Cela vaut également lorsque la particulière vulnérabilité de la victime endosse les habits de condition préalable de l'infraction.

b) L'influence subjective de la particulière vulnérabilité condition préalable

379. Les infractions constituées par la particulière vulnérabilité. Dans les hypothèses concernées, la particulière vulnérabilité de la victime constitue une condition préalable² des incriminations, en ce sens qu'il s'agit d'une donnée qui ne s'intègre pas au comportement de l'agent mais le précède³. Elle peut donc être perçue comme « *un élément de l'incrimination qui ne correspond ni au comportement infractionnel, ni au résultat* »⁴. Or, l'élément moral de l'infraction devant être établie au regard du texte d'incrimination, il en résulte qu'il doit être établi au regard de la condition préalable⁵. Dans l'étude qu'elle consacre à la condition préalable, Mme THELLIER DE PONCHEVILLE définit ainsi l'intention comme la volonté d'accomplir l'élément matériel en connaissance de la condition préalable⁶. Une telle connaissance permet notamment d'établir l'hostilité de l'agent à l'encontre de la valeur sociale protégée par l'incrimination⁷. Or, lorsque la particulière vulnérabilité de la victime est une condition préalable, il s'agit d'assurer le respect d'un « *devoir d'humanité* »⁸ en sanctionnant ceux qui refusent sciemment de porter assistance à certaines personnes en situation critique. Pour ces diverses raisons, il est évident que l'agent doit avoir conscience de l'état de sa victime et la jurisprudence est en ce sens⁹. Les règles exposées en matière d'infraction continue aggravée et d'habitude aggravée demeurent valables. L'appréciation de la particulière vulnérabilité de la victime s'opérant *in concreto*¹⁰, il faudrait réaliser une

¹ Sur cette présomption légale, cf. *infra*, n° 432 et s.

² Sur la notion de condition préalable et ses intérêts, V. B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010 ; J.-P. DOUCET, « La condition préalable de l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, doctr. p. 726 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 203.

³ V. contra, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7^e éd., 2004, n° 302. Les auteurs estiment que la condition préalable n'existe pas car les données préexistantes à l'infraction devraient être intégrées à l'élément matériel de l'infraction. Comme l'a cependant écrit Mme RASSAT, « *[i]l nous paraît, en fait inadmissible de dire que toute personne qui marche dans la rue est l'élément constitutif du meurtre qui va être perpétré sur elle par quelqu'un qu'elle n'a pas encore rencontré* » (*Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 26). Par conséquent, les éléments nécessaires à la constitution de l'infraction mais extérieurs au comportement de l'agent devraient plutôt être qualifiés de conditions préalables.

⁴ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, op. cit., n° 18.

⁵ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, op. cit., n° 561.

⁶ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, op. cit., n° 580.

⁷ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, op. cit., n° 562.

⁸ CA Nancy, 27 octobre 1965, *D.* 1966, p. 30.

⁹ V. par ex. Crim. 17 février 1972, *Bull. crim.* n° 68 ; Crim. 26 mars 1997, *Bull. crim.* n° 123.

¹⁰ Cf. *infra*, n° 533 et s.

appréciation casuistique de la connaissance de cette vulnérabilité par l'agent. Par exemple, lorsque la vulnérabilité résulte de la situation de péril de la victime, établir la conscience de cette situation par l'agent nécessiterait de tenir compte de la connaissance qu'il pouvait avoir des compétences et aptitudes particulières de la victime. Devrait donc être relaxé celui qui a pu valablement croire que la victime était parfaitement en mesure de se tirer seule d'affaire, sans aucun danger pour elle. L'exigence d'appréciation subjective impose cette solution, comme pour la minorité de la victime.

B/ LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA MINORITÉ DE LA VICTIME

380. La seconde variété de faiblesse de la victime prise en compte par le droit pénal français tient à la minorité de la victime. L'intérêt d'une telle prise en compte peut être résumé à la volonté de tenir compte de la particulière facilité de commission de l'infraction à l'encontre d'un mineur¹. Cet objectif explique la variété des hypothèses de prise en compte de la minorité de la victime, constitutives d'une réelle différenciation, plus marquée encore que celle fondée sur la particulière vulnérabilité (1). Au-delà de leur variété, ces hypothèses ont en commun de nécessiter la connaissance de la minorité de la victime par l'agent (2).

1) L'existence d'une différenciation fondée sur la prise en compte de la minorité de la victime

381. La variété des influences de la minorité de la victime en droit pénal. Le mineur est défini par l'article 388 du Code civil comme « *l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ». La minorité emporte des conséquences destinées à protéger le mineur, tant sur le plan civil que pénal. En droit pénal, la diversité des hypothèses de prise en compte de la minorité de la victime s'explique par la diversité de l'influence concrète que cette minorité peut exercer sur le passage à l'acte de l'agent. En premier lieu, le mineur n'ayant ni la capacité juridique, ni la maturité d'un adulte, il n'a pas vocation à prendre part à certains aspects de la vie sociale et doit même recevoir éducation et protection de la part de certains adultes. En conséquence, le droit pénal prévoit un certain nombre de comportements qui sont spécifiquement incriminés lorsqu'ils sont commis à l'encontre d'un mineur (a). En second lieu, la minorité de la victime peut, du fait de la faiblesse qu'elle entraîne, faciliter la commission de certaines infractions qui sont alors aggravées en conséquence (b).

a) La minorité de la victime comme condition préalable

382. Les incriminations protégeant le mineur contre certains aspects de la vie adulte. La minorité de la victime est exigée, parfois en concurrence avec sa particulière vulnérabilité, dans

¹ Pour une présentation plus détaillée de la *ratio legis* de cette prise en compte, cf. *infra*, n° 682 et s.

un grand nombre d'infraction afin de protéger le mineur contre des comportements abusifs, c'est-à-dire consistant à tirer profit de son jeune âge afin de lui imposer certains comportements dont il n'est pas en mesure d'apprécier pleinement les conséquences ou la portée. Par ces incriminations, le législateur protège le mineur contre certains aspects de la vie en société qu'il n'est pas assez mûr pour affronter. On peut citer l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse¹, le recours à la prostitution de mineurs², le délaissement d'un mineur de quinze ans³, le fait de provoquer un mineur à la consommation habituelle et excessive d'alcool⁴ ou de favoriser sa corruption⁵, la diffusion auprès de mineurs de message à caractère violent, pornographique ou dangereux⁶, ainsi qu'un certain nombre d'infractions sexuelles⁷.

383. Les incriminations protégeant le mineur contre les majeurs en charge de lui. La minorité de la victime est parfois exigée au côté d'un lien particulier devant unir l'auteur et sa victime. Le majeur, en raison des liens de fait ou de droit qui l'unissent au mineur, est tenu à son égard de certaines obligations⁸. Il peut s'agir d'obligations actives ou passives, c'est-à-dire de comportements que le majeur doit s'interdire d'adopter. Est donc sanctionné le non respect par le majeur d'une obligation qui découle justement de la minorité de sa victime. Il s'agit par exemple de l'abandon de famille (la décision judiciaire non respectée devant imposer de verser une somme notamment à un mineur)⁹, de la privation d'aliments ou de soins par la personne exerçant l'autorité parentale¹⁰ ou du fait de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur en se soustrayant à ses obligations légales¹¹, notamment en ne l'inscrivant pas dans un établissement d'enseignement¹². Dans le même ordre d'idée, l'éphémère qualification d'inceste n'était applicable qu'aux atteintes commises envers un mineur¹³.

384. Les incriminations assurant une protection indirecte du mineur. Ensuite, le mineur est protégé, de façon médiate, par une série d'incriminations visant à sanctionner le fait de lui faire commettre des infractions. Il s'agit alors de protéger le mineur, qui ne perçoit peut-être la délinquance que comme un jeu ou, à l'instar de Robin des bois ou du Saint (bien qu'on puisse

¹ Art. 223-15-2 et s. CP.

² Art. 225-12-1 et s. CP.

³ Art. 227-1 et 227-2 CP.

⁴ Art. 227-19 CP.

⁵ Art. 227-22 CP.

⁶ Art. 227-24 CP.

⁷ Propositions sexuelles à un mineur de quinze ans (art. 227-22-1 CP), production, diffusion ou détention d'images pédopornographiques (art. 227-23 CP), offre, promesse, proposition, pression ou contrainte en vue d'amener un mineur à se soumettre à une mutilation sexuelle (art. 227-24-1 CP) et atteintes sexuelles sans violence ni contrainte ni menace ni surprise sur mineur de quinze ans (art. 227-25 s. CP).

⁸ Sur la question, V. C. AMBROISE-CASTEROT, « Les infractions parentales », *D.* 2013, p. 1846.

⁹ Art. 227-3 CP.

¹⁰ Art. 227-15 et 227-16 CP.

¹¹ Art. 222-17 CP.

¹² Art. 227-17-1 CP. L'infraction n'est constituée que lorsque le refus d'inscrire le mineur fait suite à une mise en demeure de l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation.

¹³ Art. 222-31-1 et 2 CP pour les viols et agressions sexuelles, art. 227-27-2 et 3 CP pour les autres atteintes.

douter que ces héros soient encore des références pour les mineurs d'aujourd'hui), comme une noble et louable activité, contre les risques inhérents aux activités illicites¹. De façon similaire, dans un domaine plus extrême, le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement des mineurs ou de les faire participer à un conflit armé constitue un crime de guerre². Enfin, il serait possible d'évoquer la protection indirecte des mineurs assurée par les incriminations réprimant le fait de s'introduire³ ou d'introduire des armes⁴ dans un établissement d'enseignement scolaire. De plus, cette protection au travers d'incriminations spécifiques se double de l'existence de circonstances aggravantes tenant à la minorité de la victime.

b) La minorité de la victime comme circonstance aggravante

385. Les infractions aggravées par la minorité de dix-huit ans de la victime. Dans le droit pénal actuel, l'aggravation de la sanction encourue par celui qui s'attaque à un mineur se justifie principalement par la facilité accrue de commission de l'infraction. Le mineur est présumé par la loi être moins en mesure de s'opposer, physiquement ou intellectuellement, à un comportement infractionnel. Cette présomption est irréfragable, puisque la loi ne précise pas que la minorité doit avoir rendu le mineur vulnérable. Toutefois, le Code pénal opère entre les mineurs une distinction dont la pertinence devra être ultérieurement évoquée⁵. En premier lieu, il aggrave certaines infractions lorsqu'elles sont commises à l'encontre d'un mineur, sans plus de précision. Il faut donc en déduire que sont visés tous les mineurs de dix-huit ans. Sont concernées les infractions de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage⁶, de traite des êtres humains⁷, de dissimulation forcée du visage⁸, de proxénétisme⁹, d'exploitation de la mendicité¹⁰ ou de la vente à la sauvette¹¹, de travail dissimulé lorsque le mineur victime est soumis à l'obligation scolaire¹², ou encore de soumission à des conditions de

¹ Est ainsi sanctionné le fait de provoquer directement un mineur à commettre un crime ou un délit (art. 227-21 CP), ou plus spécifiquement à consommer (art. 227-18 CP), détenir ou transporter des produits stupéfiants (Art. 227-18-1 CP). L'utilité de cette incrimination spécifique est d'aggraver la peine encourue par rapport à celle de l'agent qui provoque un mineur à commettre un crime ou un délit).

² Art. 461-7 CP.

³ Art. 431-22 et s. CP.

⁴ Art. 431-28 CP.

⁵ Cf. *infra*, n° 694 et s.

⁶ Art. 224-1 C, 1° CP.

⁷ Art. 225-4-1, II CP.

⁸ Art. 225-4-10 al. 2 CP.

⁹ Art. 225-7, 1° CP.

¹⁰ Art. 225-12-6, 1° CP.

¹¹ Art. 225-12-9, 1° CP.

¹² Art. L. 8224-2 C. trav. Il s'agira donc dans ce dernier cas d'un mineur de seize ans, l'article L. 131-1 al. 1^{er} du Code de l'éducation rendant l'instruction obligatoire de six à seize ans.

travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, de travail forcé ou de réduction en servitude¹.

386. Les infractions aggravées par la minorité de quinze ans de la victime. En second lieu, un certain nombre d'infractions sont aggravées lorsqu'elles sont commises à l'encontre d'un mineur de quinze ans. Il s'agit cette fois d'atteintes à l'intégrité physique ou psychique ou à la liberté de la personne, infractions dans lesquelles victimes et auteurs sont amenés à se confronter physiquement. Ainsi en va-t-il des atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique², du viol³ et des autres agressions sexuelles⁴, du harcèlement sexuel⁵ de la provocation au suicide⁶, de l'enlèvement ou de la séquestration⁷, du proxénétisme⁸ et du recours à la prostitution de mineurs ou de personne particulièrement vulnérable⁹. Enfin, peut être mentionnée l'aggravation d'une infraction dont les mineurs pourraient être considérés comme indirectement victimes. Il s'agit du vol dont l'auteur majeur se fait aider par un mineur¹⁰, cette aggravation participant d'une volonté de protéger les mineurs des conséquences que pourraient avoir sur leur avenir l'entrée dans une « carrière délinquante ». Ainsi présentée, la liste des infractions constituées ou aggravées par la minorité de la victime apparaît relativement longue. Les mineurs sont donc particulièrement protégés par la norme pénale, d'autant que les dispositions de la procédure pénale subissent également quelques adaptations¹¹. Cet état du droit conduit à reconnaître que le mineur bénéficie d'une réelle protection pénale spécifique étendue. Cela rend la subjectivité de sa prise en compte d'autant plus essentielle, afin d'enserrer cette faveur légale dans de justes limites.

¹ Art. 225-15, II CP. V. également art. 225-15, III CP pour la commission à l'égard de plusieurs personnes parmi lesquelles figure au moins un mineur. Ces infractions supposent déjà une victime vulnérable. Lorsque cette vulnérabilité résultera précisément du jeune âge, la minorité devrait néanmoins pouvoir jouer son rôle de circonstance aggravante ainsi qu'il sera démontré (cf. *infra*, n° 526 et s. et n° 538 et s.). En effet, la minorité ne sera pas utilisée comme élément constitutif de l'infraction (la vulnérabilité), mais comme cause de cette vulnérabilité. Rien ne s'oppose donc à ce qu'elle soit par ailleurs retenue à titre de circonstance aggravante. Minorité et vulnérabilité ne se confondent pas nécessairement, il est tout est à fait possible qu'un mineur ne soit pas pour autant vulnérable.

² Meurtre (art. 221-4, 1° CP) et empoisonnement (art. 221-5 al. 3 CP), tortures et actes de barbarie (art. 222-3, 1° CP et al. 18 pour la commission par une personne ayant autorité sur la mineur de quinze ans), violences volontaires ayant entraîné la mort (art. 222-8, 1° CP et al. 17 pour la commission par une personne ayant autorité sur la mineur de quinze ans), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, 1° CP et al. 17 pour la commission par une personne ayant autorité sur la mineur de quinze ans), une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours (art. 222-12, 1° CP et al. 22 pour la commission par une personne ayant autorité sur la mineur de quinze ans), une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou nulle (art. 222-13, 1° CP et al. 22 pour la commission par une personne ayant autorité sur la mineur de quinze ans). Les articles 222-4 et 222-14 du Code pénal sanctionnent de leur côté les les tortures, actes de barbarie et violences commises de façon habituelle sur un mineur de quinze ans.

³ Art. 222-24, 2° CP.

⁴ Art. 222-29-1 CP.

⁵ Art. 222-33, III, 2° CP.

⁶ Art. 222-13 al. 2 CP.

⁷ Art. 224-5 CP.

⁸ Art. 225-7-1 CP, la peine étant encore aggravée par rapport à la commission envers un mineur de 18 ans.

⁹ Art. 225-12-2 al. 2 CP.

¹⁰ Art. 311-4-1 CP. L'aggravation est fonction de l'âge du mineur.

¹¹ Sur lesquelles cf. *infra*, n° 691 et s.

2) La prise en compte subjective de la minorité de la victime

387. Le refus prétorien d'exiger la connaissance de la minorité de la victime circonstance aggravante. À la différence de la particulière vulnérabilité de la victime, son âge est une donnée non susceptible d'appréciation. Partant, la circonstance aggravante de minorité de la victime devrait être plus aisée à mettre en œuvre. Il conviendrait ainsi de prendre en considération l'âge de la victime au moment des faits¹, calculé d'heure à heure². La difficulté se déplace cependant sur le terrain probatoire car, pour objectivement quantifiable qu'elle soit, la minorité n'est pas nécessairement plus aisée à connaître pour l'agent. Certains auteurs ont soutenu que l'agent devrait répondre même des circonstances aggravantes dont il n'a pas eu conscience, étant donné qu'il pouvait au moins les prévoir³. Il a notamment été écrit, s'agissant de la minorité de la victime, que le législateur aurait volontairement refusé de faire référence à la minorité apparente ou connue de l'auteur afin d'assurer une protection plus étendue au mineur⁴. La jurisprudence se range à cet avis comme en témoigne l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 11 juin 1997⁵. Les magistrats de la chambre criminelle précisent que « *l'article 222-24, 2°, du Code pénal, prévoyant, pour le viol, la circonstance aggravante de minorité de 15 ans de la victime, n'exige pas que l'auteur du crime ait eu connaissance de cette minorité, ni qu'il ait commis l'acte en considération de l'âge de la victime* ».

388. La nécessaire exigence de connaissance par l'agent de la minorité de sa victime élément constitutif de l'infraction simple ou aggravée. Cette solution est cependant incohérente avec celle, bien établie en jurisprudence, qui consiste à exiger la connaissance par l'agent de la minorité de la victime lorsque celle-ci est une condition préalable de l'infraction⁶. Rien ne justifie une pareille différence d'appréciation, notamment pas le fait que la minorité soit une condition préalable de l'infraction dans un cas et une circonstance aggravante dans l'autre⁷.

¹ Crim. 21 mars 1957, *Bull. crim.* n° 281. Les infractions continues et d'habitude semblent à cet égard présenter une difficulté. Lorsque la victime devient majeure au cours de l'infraction continue ou entre deux occurrences de l'infraction d'habitude, il semble que la minorité puisse néanmoins être appliquée en tant que circonstance aggravante (pour une démonstration de ce point sur l'exemple de la particulière vulnérabilité de la victime, cf. *infra*, n° 540 et 541). Par contre, le passage de la victime à la catégorie des majeurs marque la fin de l'infraction continue et de l'infraction d'habitude lorsque la minorité en constitue un élément constitutif (*Ibid.* pour une démonstration de ce point à partir de l'exemple de la particulière vulnérabilité de la victime).

² Crim. 3 septembre 1985, *Bull. crim.* n° 283, la solution retenue lorsque le prévenu est mineur pouvant être transposée au cas où la victime est mineure, notamment eu égard à la généralité des termes retenus par la Cour de cassation : « *l'âge d'une personne est déterminé par le temps écoulé depuis sa naissance, calculé d'heure à heure.* ».

³ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Recueil Sirey, 1952, art. 1^{er}, n° 106.

⁴ H. ANGEVIN, « De quelques autres circonstances aggravantes », app. Art. 132-71 à 132-80, *Juris-Classeur Pénal Code*, 2001, n° 42. L'auteur mentionne qu'un amendement tendant à exiger que la minorité soit apparente ou connue de l'auteur a été rejeté par le Parlement.

⁵ Crim. 11 juin 1997, n° 96-80.690.

⁶ V. Crim. 12 mai 1999, n° 98-80.808 (atteinte sexuelle sans violence ni contrainte ni menace ni surprise sur mineur de quinze ans) ; Crim. 17 mai 2000, n° 99-85.990 (corruption de mineur) ; Crim. 29 mars 2006, *Bull. crim.* n° 95 (recours à la prostitution de mineur).

⁷ Dans le même sens, C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n° 132 s. L'auteur relève que la circonstance aggravante s'ajoute aux éléments constitutifs afin de constituer une nouvelle infraction,

Dans les deux cas, la minorité est bien un élément à prendre en considération dans l'appréciation du comportement de l'auteur et il importe peu que ce soit afin de déterminer si l'auteur est hostile aux valeurs sociales¹ (condition préalable) ou particulièrement hostile aux valeurs sociales (circonstance aggravante). Étant donné qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre², il serait plus orthodoxe d'exiger que l'agent ait conscience de la minorité de sa victime. Cela n'irait pas sans susciter de nombreuses difficultés probatoires dans les cas les plus tangents, mais des difficultés de cet ordre ne justifient pas que l'on contourne un principe d'une telle importance. De plus, dans un grand nombre de cas, notamment lorsque l'auteur et la victime se connaissent ou lorsque la victime a fait part de son âge à l'agent, ces difficultés probatoires s'effaceront d'ailleurs d'elles-mêmes.

389. L'influence subjective de la victime sur l'adaptation des sanctions encourues. La minorité de la victime conduit également à des adaptations des peines et mesures de sûreté³ et l'influence de la minorité de la victime sur ce point devrait également être subjective. Une distinction s'impose néanmoins. Si la peine ou la mesure de sûreté sanctionne une infraction dont la condition préalable est la minorité de la victime⁴, la question ne se pose pas étant donné qu'il faudra établir la connaissance de cette minorité par l'agent pour retenir l'infraction. Il en ira de même si la peine ou la mesure de sûreté peut être prononcée quelque soit l'âge de la victime⁵. Le problème se posera essentiellement dans le cas des mesures prévues aux articles 706-47 et suivants du Code de procédure pénale, lesquelles peuvent être prononcées à l'encontre d'une personne ayant commis une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à l'intégrité sexuelle d'un mineur, ou ayant commis une telle infraction contre un majeur en état de récidive légale. Les sanctions prévues dans ces dispositions ne devraient pas être encourues par l'agent ignorant l'âge de sa victime. Elles ne se justifieraient d'ailleurs pas puisqu'elles visent précisément à traiter celui que ses penchants poussent à s'en prendre à des mineurs. Il y a cependant fort à parier que la jurisprudence ne se montrerait pas aussi exigeante, étant donné qu'elle retient déjà l'aggravation en dépit de l'erreur de l'agent. En revanche, les mesures dont peuvent bénéficier les victimes mineures⁶ auraient vocation à leur être octroyées indépendamment de l'état d'esprit de l'agent.

l'infraction aggravée (le terme pouvant prêter à confusion puisqu'il n'est alors plus possible de savoir si l'on parle de l'infraction que vient aggraver la circonstance aggravante ou de l'infraction résultant de cette aggravation). Par conséquent, le fait est, dans tous les cas, un élément constitutif d'une infraction. La preuve de la conscience qu'en a l'auteur devra donc être rapportée.

¹ Selon la formule de M. MAYAUD, *in Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 217 et s.

² Art. 121-3 CP.

³ Sur lesquelles cf. *infra*, n° 693.

⁴ V. par ex. l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs pouvant être prononcée en cas de recours à la prostitution d'un mineur (art. 225-20, 7° CP).

⁵ V. par ex. l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs pouvant être prononcée en cas de proxénétisme (art. 225-20, 7° CP).

⁶ Par exemple l'expertise médico-psychologique destinée à apprécier la nature et l'importance du préjudice subi (art. 706-49 CPP).

390. L'influence objective de la minorité de la victime sur les aménagements du processus répressif. En effet, le processus répressif dans son ensemble est aménagé afin de tenir compte de la minorité de la victime¹. Or, l'exigence de connaissance par l'agent de la minorité de la victime est fondée sur les règles et les principes gouvernant sa responsabilité pénale. Par conséquent, cette exigence n'a pas vocation à s'appliquer dans le cadre des règles gouvernant la conduite du procès pénal, largement entendu, en particulier les règles gouvernant la prescription de l'action publique. Le point de départ du délai de prescription de l'action publique devrait par conséquent être repoussé indépendamment du point de savoir si l'agent avait connaissance de l'âge de sa victime. C'est également la raison pour laquelle les mesures d'assistance ou de protection spécifiquement prévues pour les mineurs victimes par les articles 706-47 et suivants du Code de procédure pénale devraient leur bénéficier quand bien même l'agent aurait ignoré leur minorité. Ces règles ne visent pas à aggraver la situation pénale de l'agent en raison de la particulière gravité de l'atteinte à la valeur sociale que cause son acte, ce qui permet d'envisager leur application objective. À l'inverse, les différenciations fondées sur un critère indifférent à la gravité de l'atteinte à la valeur sociale n'auront pas vocation à être prise en compte, que ce soit subjectivement ou objectivement.

II – LES DIFFÉRENCIATIONS REFUSÉES MALGRÉ LA SUBJECTIVITÉ

391. Même lorsqu'elles sont incarnées par un individu, les valeurs dont le droit pénal assure la protection sont des valeurs sociales. Elles intéressent et fondent l'ensemble du corps social, voire le dépasse dans le cas des valeurs dites universelles. C'est pourquoi la victime individuelle ne saurait à elle seule décider de la gravité de l'atteinte que leur porte l'acte de l'agent. Dans sa configuration actuelle, le droit pénal français refuse donc d'ériger le choix de la victime en critère de gradation de la gravité des infractions. Sont donc pénalement indifférentes l'appréciation portée par la victime sur l'infraction (A) ou la place que ses choix professionnels et personnels lui ont assuré au sein de la société (B).

A/ LE REFUS DE LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR L'APPRÉCIATION PORTÉE SUR L'INFRACTION PAR LA VICTIME

392. L'impact de l'appréciation de la victime sur la gravité de l'atteinte subie. La victime de l'infraction est celle qui supporte, voire incarne, la valeur atteinte par celle-ci. Lorsque cette valeur correspond à un intérêt protégé, cela signifie qu'elle représente non seulement un bien pour la société dans son ensemble, mais également un bien pour son titulaire particulier qui peut

¹ Sur ce point, cf. *infra*, n° 691 et s.

par conséquent porter une appréciation particulière sur l'importance de cet intérêt. Ainsi, une personne peut être plus attachée à certains de ses biens, en raison de leur valeur marchande ou sentimentale, qu'à d'autres. De même, un individu peut se sentir plus ou moins affecté par une blessure, ou encore plus ou moins atteint dans son honneur par une parole injurieuse ou diffamatoire. Il serait donc concevable que cette appréciation portée sur l'infraction par celui qui la subit au premier chef soit prise en considération afin de moduler la répression. Une telle approche n'est cependant pas retenue par le droit français, précisément parce que les intérêts pénalement protégés sont également, voire avant tout, des valeurs sociales et qu'un particulier ne saurait déterminer seul le degré de protection qu'elles requièrent. L'approche légale est donc résolument binaire : l'appréciation portée sur l'infraction par la victime est indifférente, à moins qu'elle n'exclue l'atteinte à la valeur sociale. L'approche judiciaire est cependant plus souple.

393. L'appréciation de la victime considérée : le consentement pénalement effectif.

Ainsi qu'il a été vu, le consentement de la personne visée par l'acte, lorsqu'il est doté d'un effet pénal, conduit à priver cet acte de son caractère infractionnel¹. Cet effet résulte du fait que, la personne visée ayant la disposition de la valeur protégée, son consentement emporte l'absence d'atteinte à cette valeur. C'est pourquoi le consentement de la personne visée, laquelle ne saurait être qualifiée de victime est pris en compte par le droit pénal bien qu'il soit une forme d'appréciation, positive, portée par la personne visée sur l'acte de l'agent. Ainsi, celui qui dédaigne son bien et consent à ce qu'autrui s'en empare exclut par là même que cette appropriation soit qualifiée de vol. Celui qui ne considère pas son honneur atteint par les propos injurieux que l'on tient sur son compte exclut qu'ils puissent être poursuivis sous la qualification d'injures. Mais cette prise en compte conduit précisément à exclure la qualification infractionnelle et donc l'application du droit pénal. Dès lors que le droit pénal a vocation à être appliqué à des faits donnés, c'est que l'appréciation que porte la victime sur ces faits ne saurait emporter aucun effet légal.

394. Les autres hypothèses : l'appréciation de la victime légalement indifférente. Que l'infraction soit constituée et l'influence de l'appréciation qu'en a la victime s'efface. Par principe, le consentement de la victime est ainsi pénalement indifférent, puisqu'il ne faudrait pas, dans le cas contraire, évoquer la victime mais « la personne visée par l'acte de l'agent »². Plus largement, même dans les hypothèses où le consentement de la personne visée peut être pris en compte, les appréciations autres qu'un consentement n'ont pas d'effet pénal. Les critères légaux d'aggravation de la répression en fonction de la gravité de son résultat pour la victime sont objectifs : ils tiennent à la nature et à l'étendue de son dommage corporel³. Ils sont même restreints, puisque la

¹ Cf. *supra*, n° 161 et s. et spéc. n° 184.

² Sur ce point, cf. *supra*, n° 164 et s.

³ Cf. *infra*, n° 440 et s.

gravité du dommage matériel n'est pas prise en compte¹. Les critères subjectifs, tenant à l'appréciation portée par la victime sur la gravité de l'atteinte qu'elle subit, sont donc logiquement écartés. Une infraction ne saurait être aggravée sous prétexte que la victime la trouve particulièrement intolérable, et ce même si cette appréciation repose sur un fondement objectif. Tel est le problème soulevé par ce que les victimologues classiques qualifient de « récidive victimale » et les modernes de « revictimisation », c'est-à-dire l'idée selon laquelle une atteinte est d'autant plus durement subie qu'elle n'est pas la première², idée dont la loi pénale ne tient pas compte dans la mesure où l'atteinte à la valeur sociale ne s'en trouve pas changée³. À cela s'ajouterait le fait qu'apprécier subjectivement un tel critère se révélerait excessivement difficile, puisque cela supposerait d'établir la connaissance par l'agent de la future réaction de sa victime à un événement (l'infraction) qui n'a pas encore eu lieu. L'aggravation ne saurait être envisagée, pas plus que ne sera diminuée la peine encourue par celui dont la victime ne fait pas grand cas de l'infraction.

395. La prise en compte de l'appréciation portée par la victime au niveau de la fixation, et de l'application de la peine ainsi que de la responsabilité civile. Bien que les textes légaux n'invitent pas à considérer l'appréciation portée par la victime sur l'infraction, il est certain qu'il s'agit d'une donnée dont les juges tiendront en pratique compte lorsqu'ils fixeront la peine⁴. Cette prise en compte est d'ailleurs implicitement imposée au stade de l'application des peines, puisque l'article 712-16-1 du Code de procédure pénale fait obligation aux juges de l'application des peines de tenir compte des intérêts de la victime lorsqu'est envisagée la cessation temporaire ou définitive de la privation de liberté du condamné. Si la juridiction l'estime opportun, la victime peut être informée qu'une telle mesure est envisagée et peut présenter des observations⁵. Elle doit par ailleurs recevoir avis de l'interdiction faite au condamné libéré d'entrer en relation avec elle⁶, à moins qu'elle ait exprimé le désir de n'en pas être informée, ou que la juridiction estime que cet avis n'est pas nécessaire en raison de la personnalité de la victime⁷. Dans les deux cas, cette marge de manœuvre laissée aux juridictions d'application des peines témoigne d'une volonté de tenir compte, entre autre, de l'avis et de la perception de la victime sur l'infraction qu'elle a subie. Dans le même ordre d'idée, les dispositions de l'article 132-59 du Code pénal soumettent la possibilité de prononcer une dispense de peine notamment à la cessation du trouble résultant de l'infraction et à la réparation du dommage causé. Conjugués, ces deux critères supposent entre autre que la

¹ Cf. *infra*, n° 712 et s.

² V. par ex. R. CARIO, « Victimes d'infractions », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 57.

³ Cf. *infra*, n° 656.

⁴ Art. 132-24 CP pour le pouvoir d'individualisation des peines dans les limites fixées par la norme d'incrimination. Cf. également *supra*, n° 205 pour la prise en compte de l'acceptation de l'infraction par la victime au moment du choix de la peine.

⁵ Art. 712-16-1 al. 3 CPP.

⁶ Art. 712-16-2 al. 3 CPP.

⁷ Art. 712-16-2 al. 4 CPP.

victime ne réclame pas vengeance à cor et à cris. Enfin, il faut noter que l'appréciation de la victime sur la gravité de l'infraction peut être prise en compte au stade de la réparation civile, notamment dans l'appréciation du préjudice moral puisqu'il correspond précisément à la souffrance éprouvée par la victime¹. En dépit du principe général, l'appréciation portée par la victime sur l'infraction peut avoir des incidences pratiques sur les responsabilités civile et pénale de l'agent. Il en va de même pour la « place » de la victime dans la « hiérarchie sociale ».

B/ LE REFUS DE LA DIFFÉRENCIATION AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ

396. Le refus juridique des critères individuels de distinction reposant sur la « dignité sociale ». Les choix qu'une personne a été amenée à effectuer au cours de son existence, tant au niveau personnel que professionnel, ont déterminé les caractéristiques de sa « personnalité sociale » si on peut entendre par là l'ensemble des attributs qui la caractérisent en tant que membre du corps social. Telle personne sera parent quant telle autre n'aura pas d'enfants, celle-ci sera perçue comme un notable dans la communauté où celle-là sera déconsidérée et à cela se rajoutent les écarts de fortune. Face à de telles disparités, il pourrait être tentant pour le législateur de distinguer l'application de la loi pénale selon ces critères, d'ériger une hiérarchie sociale conduisant à considérer que l'atteinte subie par telle personne est plus importante que celle subie par telle autre. Une telle approche entrerait pourtant en contradiction avec les principes d'égalité mentionnés notamment dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Son article 1^{er} prévoit que tous les hommes naissant et demeurant libres et égaux en droit, « *[L]es distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Ensuite, l'article 6 du même texte précise que tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, tous sont « *également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». Les critères précédemment évoqués ne fondent aucune dignité sociale et, partant, aucune distinction légale.

397. Le refus justifié par la protection de l'égalité. *A priori*, certains de ces critères pourraient apparaître pertinents afin de mesurer la gravité de l'atteinte à la valeur sociale protégée par l'incrimination. Pour reprendre l'un des exemples précédents, il serait possible de considérer que le meurtre d'un père ou d'une mère de famille cause à l'ordre social un trouble plus important que celui d'une personne dénuée de famille. Néanmoins, cela reviendrait à confondre l'atteinte à la valeur sociale protégée, en l'occurrence la vie humaine, et le trouble à l'ordre social causé par l'infraction, ici les répercussions de la mort de la victime. Quelles que soient les qualités ou

¹ V. par ex., ayant posé le principe et évoquant un « préjudice d'affection » Civ. 13 février 1923, H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 12^e éd., 2008, n° 183. M. CADIET a ainsi défini le préjudice moral comme « *l'atteinte au bien-être de la victime* », tandis que M. SAVATIER y voyait son « *déplaisir* » (tous deux cités par PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^e éd., 2012, n° 1550).

caractéristiques de cette victime, son décès constitue une atteinte à la vie humaine et il n'y a pas lieu de distinguer plus avant. De même, une prétendue dignité sociale supérieure de la victime ne saurait justifier une gradation de la répression de l'agent, contrairement aux solutions que pouvaient imposer le système de l'Ancien Régime et sa division sociale en ordres. Il est évident que l'atteinte à un noble y était plus durement sanctionnée que l'atteinte à un roturier. De telles distinctions n'ont pas survécu à la nuit du 4 août 1789, dans les textes tout du moins car il n'est pas interdit de penser que les magistrats recourent parfois, peut-être même inconsciemment, à des considérations de cette nature lorsqu'ils sont amenés à fixer la peine du responsable.

398. Le refus justifié par les difficultés d'une appréciation subjective. Le problème tient alors au fait que cela revient à prendre en compte un facteur dépendant en majeure partie de la volonté de la victime de l'infraction. Apprécier subjectivement un tel critère se révélerait alors extrêmement difficile, bien que ce mode d'appréciation soit imposé tant par la nature de la responsabilité pénale¹ que par les impératifs découlant du principe d'égalité devant la loi pénale². À supposer qu'elle puisse trouver une justification politique, établir la connaissance par l'agent d'une éventuelle « dignité particulière » de sa victime soulèverait de notables difficultés probatoires, conduisant vraisemblablement à consacrer un nouveau cas de recours à l'objectivité, mécanisme dont l'extension ne semble pas devoir être encouragée³. Attentatoires à l'égalité et d'une mise en œuvre problématique, de telles distinctions sont logiquement inconnues du droit pénal français actuel.

Conclusion du chapitre premier

399. La nécessaire appréciation subjective des critères de différenciations consacrés par la loi pénale. Lorsqu'une caractéristique de la victime permet d'établir la nature de la valeur préservée ou encore la gravité de l'atteinte qu'elle subit, il semble légitime d'en tenir compte afin d'adapter la répression pénale, en raison du caractère subjectif de la responsabilité pénale. Certes, cela conduit à ériger certaines caractéristiques de la victime en critères de distinction, ce dont il pourrait résulter une violation du principe de l'égalité devant la loi pénale. L'atteinte à telle victime particulière serait alors aggravée en raison d'une caractéristique que telle autre ne présenterait pas. Tenir compte non de la caractéristique de la victime, mais de la connaissance ou de la perception qu'en avait l'auteur de l'infraction permet alors de sauvegarder l'égalité. Ce qui justifie la variation de la réponse pénale n'est en effet plus la caractéristique de la victime, mais le

¹ Cf. *supra*, n° 33 et s.

² Cf. *supra*, n° 315 et s.

³ Cf. *infra*, n° 440 et s.

rapport différent de l'agent à la valeur protégée. Cela autorise à ériger en critères de distinction, dans les normes pénales, les caractéristiques de la victime susceptibles d'influer sur la nature de la valeur sociale atteinte par l'infraction. Ainsi, lorsque la norme pénale incrimine la recherche d'un résultat particulier, par exemple une atteinte à la vie, à la propriété ou encore à la vie privée, l'influence de la victime sur la survenance de ce résultat doit s'apprécier *in concreto* et subjectivement. Seules les caractéristiques connues de l'agent pourront être prises en compte, ce qu'illustrent également les hypothèses tenant à la commission antérieure d'une infraction par la victime. La véracité de cette commission est moins importante que la connaissance qu'en avait, ou que pouvait croire en avoir, l'agent lorsqu'il s'agit d'apprécier les suites à donner à la dénonciation qu'il en a faite. De même, connues de l'auteur, les caractéristiques de la victime établissant sa faiblesse, telles que la minorité ou la particulière vulnérabilité, peuvent justifier l'application d'incriminations spécifiques ou de circonstances aggravantes.

400. L'appréciation subjective insuffisante à valider les différenciations inutiles. Ainsi, l'appréciation subjective permet d'expliquer et de justifier certaines différenciations. *A contrario*, elle exclut la prise en compte des critères de distinction indifférent soit à la nature de la valeur sociale protégée, soit à la gravité de l'atteinte causée à cette valeur. Le droit pénal refuse en principe de consacrer des différences au sein du genre humain, ce qui explique le refus total des statuts d'esclave ou de paria, ainsi que le refus d'une distinction selon le sexe de la victime. Seule la nationalité semble pouvoir justifier un régime pénal plus favorable en raison du champ déraisonnablement étendu de la compétence personnelle passive. Enfin, le critère tenant à l'appréciation de l'infraction par la victime ou les considérations tenant à une éventuelle « dignité sociale particulière » de la victime sont tout autant ignorés des textes. Leur prise en compte marquerait en effet une rupture de l'égalité, inacceptable en ce qu'elle ne reposerait sur aucune variation pénalement déterminante. À cela s'ajoute le fait qu'en raison de leur nature, de telles caractéristiques ne pourraient être appréciées subjectivement et devraient donner lieu à une appréciation objective, indépendante de la connaissance de l'auteur de l'infraction. De telles adaptations de la subjectivité existent, mais n'ont pas vocation à gagner en nombre.

Chapitre second

L'égalité aux prises avec les adaptations de la subjectivité

401. Les adaptations de la subjectivité. L'appréciation subjective nécessite de démontrer que l'agent a conscience de la caractéristique de la victime qui justifie une adaptation de la réponse pénale. Nécessaire au regard des règles gouvernant l'élément moral de l'infraction, cette appréciation subjective de l'influence de la victime garantit également l'égalité. Elle interdit en effet que certaines catégories de victimes bénéficient par principe d'une protection pénale plus étendue que d'autres, puisque seul l'état d'esprit de l'agent justifiera l'adaptation de la réponse pénale. Néanmoins, deux séries de situations ne se prêtent pas à une telle application du principe. La première renvoie aux hypothèses dans lesquelles la victime exerce une influence volontaire sur le critère pris en considération par la loi pénale. En pareil cas, la simple connaissance de la caractéristique par l'agent paraît insuffisante à justifier l'adaptation de la répression pénale. La subjectivité doit alors être renforcée afin de garantir l'égalité (**Section première**). Cependant, les exigences de subjectivité ne vont pas sans accroître les difficultés probatoires des autorités de poursuite, censées rapporter la preuve de la connaissance de la caractéristique concernée par l'agent. C'est pourquoi législateur et jurisprudence ont parfois travaillé à une seconde série d'adaptation du principe de subjectivité. Lorsque les difficultés probatoires se révèlent trop importantes, l'exigence de subjectivité est ainsi assouplie (**Section seconde**).

Section première

L'égalité garantie par la subjectivité renforcée

402. Première approche de la notion de subjectivité renforcée. Une appréciation purement subjective des caractéristiques ou du comportement de la victime consiste à ne considérer que ce que l'auteur de l'infraction en a connu. Un renforcement du caractère subjectif de cette appréciation consiste à dépasser la simple connaissance pour s'intéresser à la motivation de l'agent. Il ne suffit pas que l'agent ait eu conscience des caractéristiques ou du comportement de la victime, il faut encore que ces éléments aient motivé son acte. En conséquence, l'attention s'éloigne encore un peu plus de la victime pour se concentrer encore davantage sur l'état d'esprit de l'auteur. L'intérêt est de justifier la référence de la norme pénale à des caractéristiques dépendant du choix personnel de la victime, caractéristiques dont la prise en compte simplement

subjective autoriserait les victimes à choisir leurs normes protectrices. La notion de subjectivité renforcée (I) explique donc le domaine qui lui est reconnu (II).

I – LA NOTION DE SUBJECTIVITÉ RENFORCÉE

403. La subjectivité renforcée peut se définir comme le fait de ne pas se référer uniquement aux informations connues de l'agent, mais à ce qui l'a motivé à commettre l'infraction. La loi pénale invite à recourir à une forme de subjectivité renforcée lorsqu'elle se réfère aux motifs (A) ou aux motivations (B) de l'auteur de l'infraction.

A/ LE PRINCIPE : LA PRISE EN COMPTE DU MOTIF DE L'AUTEUR DE L'INFRACTION

404. Les textes pénaux se réfèrent explicitement aux motifs discriminatoires qui peuvent avoir animé l'agent (1). Si elle y est plus implicite, une telle référence semble également pouvoir être détectée dans les textes sanctionnant la prise en compte de la fonction de la victime (2).

1) La référence explicite au motif discriminatoire

405. Les incriminations contenant une référence au motif de l'agent. Le Code pénal¹ et le Code du travail² définissent la discrimination comme le fait d'opérer une distinction « à raison » (ou « en raison » dans le Code du travail) de l'une des caractéristiques mentionnées dans ces textes. Les articles 132-76 et 132-77 du Code pénal prévoient également que la loi peut prévoir une circonstance aggravante tenant à ce que les faits ont été commis « à raison » de certains éléments de la personnalité de la victime³. De même, peuvent être aggravées les atteintes volontaires à la vie⁴ ou à l'intégrité physique⁵ d'une personne commises à raison de son refus d'accepter un mariage ou une union. Enfin, les violences dirigées contre un ancien conjoint, un ancien concubin ou un ancien partenaire lié à l'auteur par un pacte civil de solidarité ne sont aggravées qu'à condition d'avoir été commises à raison de la relation passée⁶. Caractériser les infractions en cause suppose donc d'établir la preuve de la raison qui a poussé l'agent à commettre l'infraction,

¹ Art. 225-1 CP.

² Art. L. 1132-1 C. trav.

³ Pour une présentation des textes et des caractéristiques concernées, cf. *supra*, n° 293 et s.

⁴ Art. 221-4, 10° CP.

⁵ Art. 222-3, 6° bis (tortures et actes de barbarie), 222-8, 6° bis (violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner), 222-10, 6° bis (violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente), 222-12, 6° bis (violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours) et 222-13, 6° bis (violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou nulle).

⁶ Art. 132-80 al. 2 CP. Sur la prise en compte des liens affectifs entre auteur et victime, cf. *infra*, n° 610 et s.

ce qui évoque le mobile de commission de l'infraction. Certains auteurs assimilent d'ailleurs le motif au mobile, considérant les deux termes comme synonymes¹.

406. La distinction des motifs et du mobile de l'auteur de l'infraction. Pourtant, la notion évoquée dans ces textes d'incrimination semble plus spécifique que celle de mobile. Le mobile désigne le but que l'agent se proposait d'atteindre, la raison qui l'a poussé à commettre l'infraction : chasser le démon du corps d'une personne², préserver son emploi³, etc. Ainsi, un meurtre peut-il être commis par cupidité, par vengeance, par haine et notamment par haine à l'encontre d'une catégorie de personnes. Si l'on considère l'exemple d'un meurtre d'une personne de confession juive à raison de son appartenance religieuse, le mobile réside dans l'antisémitisme de l'agent, tandis que le motif réside dans l'appartenance de la victime à la religion juive. Le motif se rapproche très certainement du mobile avec lequel il entretient des liens fort étroits, mais il ne se confond pas avec lui, ainsi que l'illustre l'exemple du vol aggravé. L'article 311-4, 9° du Code pénal aggrave en effet le vol lorsque celui-ci est commis à raison d'une caractéristique de la victime. Le vol, en tant qu'appropriation frauduleuse, trouve généralement son mobile dans la cupidité⁴. Le motif discriminatoire ne constitue alors pas la raison de la commission de l'infraction, mais explique le choix de sa victime.

407. La définition du motif de l'infraction. De là, le motif pourrait se définir comme le critère sur lequel s'est fondé l'agent afin de choisir sa victime. En cela, le motif est un des éléments du mobile de l'infraction. Il est l'élément expliquant un des aspects de l'infraction, à savoir la victime. À cet élément peuvent s'en ajouter d'autres, notamment lorsque l'agent escompte retirer un bénéfice matériel de la commission de l'infraction, élément qu'il est alors possible de qualifier de motivation de l'agent. Ainsi défini, le motif de l'agent peut également être identifié dans la circonstance aggravante tenant à la fonction de la victime. Il convient d'ailleurs de relever que, lorsque la victime est un proche d'une personne exerçant une fonction sociale, la loi exige pareillement que l'infraction ait été commise en raison de cette fonction⁵.

2) La référence implicite au motif lié à la fonction de la victime

408. L'exigence de lien entre l'infraction aggravée et la fonction exercée par la victime. Les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un juré, d'un avocat ou d'un agent de gardiennage sont

¹ V. par ex. G. CORNU (dir.) – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e, 2011, entrées « mobile » et « motif ».

² Crim. 3 septembre 1996, n° 96-82.633.

³ Crim. 25 mars 1998, n° 97-82.811.

⁴ Encore qu'il puisse trouver son mobile dans la haine. V. par ex. Crim. 8 février 1977, *Bull. crim.* n° 52.

⁵ V. par ex. art. 221-4, 4° ter CP. Pour une présentation de la l'ensemble des hypothèses concernées, cf. *supra*, n° 282 et s.

aggravées si elles ont été commises « *dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime était apparente ou connue de l'auteur* »¹. La formule se retrouve à l'identique dans l'incrimination des menaces. Dans la même logique, l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 aggrave la diffamation commise envers les acteurs sociaux particulièrement protégés « *à raison de leurs fonctions ou de leurs qualités* », de même que les textes relatifs à l'outrage exigent que celui-ci soit commis « *dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* »². Dernier exemple, le Code de justice militaire prévoit que les atteintes au supérieur sont moins sévèrement sanctionnées si elles n'ont pas été commises « *pendant le service ou à l'occasion du service* »³ et que les textes de droit commun doivent s'appliquer si le militaire ne connaissait pas le grade de sa victime⁴.

409. Les deux conceptions du lien entre l'infraction aggravée et la fonction de la victime. Dans ces divers exemples, il est possible de relever deux exigences distinctes : la connaissance (au moins potentielle⁵) de la fonction de la victime et le lien entre cette fonction et la commission de l'infraction. La seconde exigence supposant la première, il en résulte logiquement que ces deux exigences sont cumulatives, y compris s'agissant de la diffamation pour laquelle n'est mentionnée que la seconde. À la connaissance au moins potentielle de la qualité de la victime, le législateur a ajouté une exigence de commission des faits dans l'exercice des fonctions de la victime, mais également du fait de ses fonctions. La norme pénale n'impose pas une simple appréciation subjective, mais semble exiger un lien temporel (acte commis dans l'exercice des fonctions) ou causal (acte commis du fait des fonctions) entre l'acte de l'agent et la fonction de la victime.

410. Le refus du lien temporel. Le lien est temporel lorsque l'agent est atteint alors qu'il exerce sa fonction. La jurisprudence fait une application variée de ce lien. Dans le cas de contrôles de police irréguliers, l'appréciation se fait large et il est ainsi de jurisprudence constante que le policier doit néanmoins être considéré comme dans l'exercice de ses fonctions⁶. La Cour de cassation instaure donc une « *présomption de légitimité* »⁷ des actes des agents de la force publique. Il faut cependant noter que cette présomption s'explique vraisemblablement par la spécificité de la situation des forces de l'ordre. Il n'est ni probable ni souhaitable que cette solution puisse être étendue à l'ensemble des acteurs sociaux protégés. S'agissant de ces autres acteurs et notamment

¹ V. par ex. art. 221-4, 4° et 4° bis CP (atteinte volontaire à la vie), ou art. 222-8, 4° et 4° bis CP (violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner). Pour une présentation de l'ensemble des textes prévoyant cette circonstance aggravante, cf. *supra*, n° 270 et s. et spéc. n° 274.

² Art. 433-5 et 434-24 CP. De plus, l'outrage doit être de nature à porter atteinte à la dignité de la victime ou au respect dû à la fonction dont elle est investie.

³ Art. L. 323-10 CJM.

⁴ Art. L. 323-13 CJM.

⁵ Sur cette présomption de connaissance de la qualité apparente, cf. *infra*, n° 432 et s.

⁶ V. par ex. Crim. 29 novembre 1946, *Bull. crim.* n° 219 ; Crim. 19 mai 1980, *Bull. crim.* n° 152 ; Crim. 7 février 1995, *Bull. crim.* n° 51, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 131, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

⁷ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, obs. préc. V. également J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 50 évoquant une présomption de régularité.

des personnes chargées d'une mission de service public, la Cour de cassation opère une appréciation plus restrictive. Ainsi, ils ne peuvent être considérés dans l'exercice de leurs fonctions dès lors que l'acte opéré par eux et qui a donné lieu à l'infraction ne relève pas directement de leur mission de service public¹.

411. L'absence de pertinence du critère temporel. Comme le relève Mme RASSAT, sanctionner un acte commis dans l'exercice des fonctions de la victime pourrait conduire à aggraver la peine de l'amant de la femme d'un policier qui aurait abattu son rival par jalousie au milieu du commissariat². Certes, il y aurait bien dans ce cas une atteinte commise envers une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions et cette atteinte nuirait incontestablement à l'exercice de l'activité du service public de la police. Cependant, cet effet n'aurait pas été obligatoirement recherché par l'agent, il n'est pas certain qu'il ait voulu porter atteinte au déroulement de l'activité des forces de l'ordre. Dès lors, l'agent serait sanctionné plus durement à raison de répercussions sociales de son acte qu'il n'aurait pas recherchées et qui tiendraient à la seule fonction de la victime. L'aggravation découlerait donc de la seule fonction de la victime alors même que celle-ci n'aurait joué aucun rôle dans la commission de l'infraction. Il semblerait par conséquent préférable de retenir un lien causal plus que temporel.

412. Le choix du lien causal. Le lien est ensuite causal lorsque l'acte a été commis en raison des fonctions de l'agent. Ce deuxième type de lien est à l'évidence beaucoup plus délicat à caractériser car il conduit à s'interroger sur les motifs de l'agent. Cependant, il semble préférable au lien temporel pour les raisons évoquées, parce que ce sont précisément ses motifs, exprimés dans la réalisation de son acte, qui justifient l'aggravation de la sanction qu'il encourt. Rien n'interdirait cependant de prendre en considération le fait que l'acte a été commis dans l'exercice des fonctions de la victime afin de caractériser le lien unissant cet acte à ces fonctions. Cela serait même rendu nécessaire par le fait que l'acte de la victime doit relever de ses fonctions afin de permettre d'établir ce lien causal. Ainsi, la jurisprudence semble actuellement assimiler les deux en considérant qu'une infraction commise dans l'exercice des fonctions l'a nécessairement été du fait de ses fonctions³. Mais il reste que le lien causal est le seul valable, la concomitance n'étant qu'un élément de preuve de ce lien causal. Si l'acte de l'agent est lié aux fonctions exercées par la

¹ V. Crim. 15 novembre 2006, *Dr. pén.* 2007, comm. 18, obs. M. VERON, pour deux personnes travaillant dans une agence d'Électricité De France mais chargées de tâches administratives, ce qui a conduit à leur dénier la qualité de personnes chargées d'une mission de service public. V. également Crim. 24 mai 2011, *Bull. crim.* n° 104 pour des directeurs divisionnaires de la direction des services fiscaux critiqués pour leur notation de l'un de leurs subordonnés. Cette tâche de notation ne relevant pas directement de leur mission de service public, cette qualité leur a également été déniée.

² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 73.

³ V. Crim. 18 janvier 1956, *Bull. crim.* n° 73, *Rev. sc. crim.* 1956, p. 540, obs. L. HUGUENEY pour le cas d'un adjoint au maire critiqué pendant une séance du conseil municipal mais les critiques portaient sur des accusations de vol antérieures à sa prise de fonction. La Cour de cassation a approuvé la condamnation pour outrage et non pour diffamation.

victime, peu importe que cet acte n'ait pas été commis alors que la victime exerçait ses fonctions puisque l'intention de l'agent était de porter indirectement atteinte à l'activité concernée. Inversement, si l'acte n'a aucun rapport avec les fonctions, il ne devrait pas être aggravé sous le seul prétexte qu'il a été commis alors que l'agent était en fonction. Il conviendrait alors de ne pas retenir la circonstance aggravante dès lors que ce rapport causal n'a pu être établi. La circonstance aggravante n'a en effet de sens que si elle est strictement encadrée par la loi, ce qui garantit qu'elle ne sanctionnera que les atteintes visant effectivement les activités d'intérêt général et non l'ensemble des atteintes aux personnes exerçant une fonction protégée. En certaines hypothèses, la loi précise ses exigences, puisqu'elle va jusqu'à exiger une motivation spécifique.

B/ L'EXCEPTION : LA PRISE EN COMPTE DE LA MOTIVATION DE L'AUTEUR DE L'INFRACTION

413. Les incriminations contenant une référence aux motivations de l'agent. Un certain nombre d'infractions ne sont constituées ou aggravées qu'à la condition que l'agent ait eu la volonté de contraindre l'acteur social dans l'exercice de sa fonction. Il s'agit alors d'une variété de lien causal entre l'infraction et la fonction résidant dans le fait que l'acte doit avoir eu pour objectif de perturber ou de dévoyer le bon déroulement de l'activité en contraignant l'acteur social à agir dans un certain sens. Ainsi, s'agissant des victimes, des parties civiles et des témoins, les infractions qui les visent sont aggravées si elles ont pour objectif de les empêcher de dénoncer les faits ou de déposer en justice¹, ou si elles ont été commises en raison de leur plainte, leur dénonciation ou leur déposition encore que ce dernier cas s'apparente à un motif de commission de l'infraction. De même, les menaces adressées à un magistrat, un juré, toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle, un arbitre, un interprète, un expert ou un avocat sont sanctionnées par l'article 434-8 CP si elles visent à influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions². Plus généralement les destructions de biens sont aggravées lorsqu'elles ont été commises à l'encontre d'un acteur social « *en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission* »³. Si les incriminations dans lesquelles figure cette exigence spécifique sont variées, force est de constater que l'exigence demeure identique. Il s'agit de la volonté de contraindre la victime à agir dans un sens donné, ce qui peut s'assimiler à la motivation de l'agent.

¹ V. par ex. art. 221-4, 5° CP pour le meurtre. Dans le même sens, art. 434-5 CP pour les menaces ou actes d'intimidation envers la victime afin de la déterminer à ne pas porter plainte ou se rétracter. Pour la liste des infractions concernées, cf. *supra*, n° 274.

² Notons que si cette condition n'est pas remplie, il peut demeurer possible de retenir l'infraction de menaces et actes d'intimidation commis contre une personne exerçant une fonction publique (art. 433-3 CP) pour laquelle n'est exigé qu'un lien général avec les fonctions.

³ Art. 322-3, 3° CP. V. également le 4° pour la commission envers un témoin, une victime ou une partie civile.

414. Définition de la motivation et distinction des motivations et du mobile. La motivation de l'agent peut se définir comme le résultat concret attendu par l'agent de la commission de son infraction. La motivation de l'agent ne se confond pas avec le mobile de l'infraction, ainsi que l'illustre l'exemple des menaces destinées à influencer le comportement d'une personne siégeant dans une formation juridictionnelle. La motivation de l'auteur de l'infraction réside dans la volonté de voir la victime adopter une attitude particulière. Le mobile quant à lui est à trouver dans la raison pour laquelle l'agent espère que la victime modifiera son comportement. Ainsi, les menaces adressées à un magistrat afin qu'il se prononce en faveur de la culpabilité d'un prévenu ont pour motif la volonté de voir le magistrat se prononcer dans ce sens. Ce point est pénalement déterminant, puisqu'il est ce qui emportera l'application de la circonstance aggravante. À l'inverse, le mobile, ici la raison pour laquelle l'agent souhaite que le prévenu soit reconnu coupable par la juridiction, demeure pénalement indifférent. Que les faits aient été commis par haine du prévenu, par désir d'échapper soi-même à une condamnation (en imaginant que l'agent est également l'auteur de la première infraction), par appât du gain (en supposant que l'agent retire un bénéfice financier de la condamnation du prévenu, tel un trafiquant de drogue espérant voir condamner un concurrent), ou pour quelque autre raison, la motivation demeure la même et l'aggravation est encourue. Qu'elle se réfère aux motifs ou aux motivations de l'auteur de l'infraction, la loi pénale vient limiter le recours à la circonstance aggravante correspondante. Cela pourrait s'expliquer par une volonté de ne pas généraliser l'aggravation des infractions considérées.

II – L'INTÉRÊT DE LA SUBJECTIVITÉ RENFORCÉE

415. La subjectivité renforcée complique la preuve de l'élément moral de l'infraction, puisqu'il faut établir des éléments subjectifs, tenant aux motifs ou aux motivations de l'agent, pour entrer en voie de condamnation sous la qualification d'infraction aggravée. L'intérêt d'une telle exigence consiste à tenir l'application de la circonstance aggravante à distance de l'influence que pourrait exercer la volonté ou les caractéristiques inhérentes à la personne de la victime (A), ce qui explique le champ d'application de cette subjectivité renforcée (B).

A/ LA PERTE D'INFLUENCE DE LA VOLONTÉ ET DES CARACTÉRISTIQUES INHÉRENTES DE LA VICTIME

416. La démonstration d'une volonté de l'agent de porter atteinte à une valeur sociale particulière. Déterminer l'application d'une circonstance aggravante en se fondant sur la subjectivité renforcée conduit à n'aggraver que les actes que l'auteur de l'infraction a voulu

attentatoire à la valeur protégée. Il ne suffit plus qu'il ait eu conscience que son acte entraînerait une atteinte à telle valeur, il faut encore qu'il ait voulu cette atteinte spécifique à cette valeur précise. Une telle exigence est capitale car elle permet d'éviter la création de catégories bénéficiant par principe d'une protection pénale plus étendue. Seules les infractions commises en raison des appartenances ou des fonctions de la victime ont vocation à être aggravées car elles seules démontrent chez l'agent une intention de porter atteinte à un groupe identifié ou à une activité d'intérêt général. Le second alinéa de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 illustre parfaitement ce raisonnement. Il précise en effet que les diffamations concernant la vie privée des acteurs sociaux protégés sont sanctionnées de la même manière que les diffamations visant une personne privée.

417. Le maintien du principe d'indifférence des mobiles en droit pénal. Il convient cependant de préciser ce qu'il faut entendre par volonté de l'agent d'attenter à l'activité d'intérêt général exercée par sa victime. Cette expression ne doit pas être entendue dans un sens restrictif où l'agent souhaiterait empêcher cette activité de s'exercer, l'atteinte à la victime n'étant qu'un moyen pour parvenir à cet objectif. Une telle considération reviendrait en effet à considérer le mobile de l'agent, c'est-à-dire le bénéfice par lui attendu. Il faut plutôt comprendre par là que c'est en raison de cette activité que l'agent cherche à attenter à sa victime. Par conséquent, par son infraction, l'agent démontre qu'il ne reconnaît pas le bien-fondé ou l'utilité sociale de l'activité à laquelle sa victime participe. Que son acte vise à empêcher cette activité de s'exercer¹, à se venger d'un exercice de cette activité qui lui aurait déplu ou simplement à faire passer un message de nature politique, l'agent démontre son hostilité envers l'activité en question et souhaite donc lui porter atteinte. Pareillement, dans les cas de prise en compte des appartenances de la victime, la raison pour laquelle l'agent souhaite s'en prendre à un membre d'un groupe particulier n'intéresse pas le droit pénal, dès lors que la volonté est établie et prouvée. Les mobiles demeurent indifférents au regard du droit pénal, celui-ci ne s'intéressant ici qu'aux motifs et aux motivations, seuls à même d'établir et de mesurer l'hostilité de l'agent à l'encontre des valeurs sociales pénalement protégées.

418. La perte d'influence de la volonté de la victime. Par le jeu de la subjectivité renforcée, l'accent est mis sur l'état d'esprit de l'auteur, éloignant un peu plus l'adaptation de la répression de l'influence objective de la victime. L'intérêt d'un tel mode d'appréciation consiste à empêcher la victime de se préconstituer sa circonstance aggravante. Il ne suffit pas que la victime ait présenté telle ou telle caractéristique, ni même que l'agent ait connu cette caractéristique. Il faut encore que ce soit cette caractéristique qui ait déterminé l'auteur de l'infraction à passer à l'acte. Or, ce dernier point relève du seul for intérieur de l'agent et ne se trouve donc pas exposé à l'influence de la volonté de la victime. La victime ne peut donc s'assurer *ab initio* que toutes les infractions

¹ De façon générale (terrorisme, attentat, etc.) ou particulière (personne qui résiste à son arrestation, etc.).

qu'elle pourrait subir seront aggravées, même en choisissant de présenter une caractéristique spécifique et de s'assurer qu'elle soit connue de tout auteur potentiel, notamment en la rendant apparente.

419. Illustration au travers des destructions, dégradations et détériorations de biens. Il semble bien que cette infraction ne puisse être liée à la fonction de la victime que de trois façons différentes. Soit le bien détruit n'appartient pas à la victime mais lui a été confiée pour l'accomplissement de sa mission, soit l'agent cherche à impressionner sa victime afin de la contraindre à se comporter d'une certaine manière, soit l'agent cherche à nuire à sa victime afin de se venger d'elle. Dans le premier cas, il faudrait se retourner vers l'infraction improprement nommée soustraction et détournement de biens contenus dans un dépôt public¹. Le second cas est celui actuellement envisagé par les textes. Quant au troisième, il a été écarté et la raison en pourrait être que l'admettre reviendrait à assurer une protection trop étendue aux victimes visées. Il est en effet capital que cette circonstance aggravante demeure l'exception et ne soit utilisée que lorsque l'agent a souhaité porter indirectement atteinte à l'activité d'intérêt général exercée par sa victime. Or, l'esprit de vengeance qui aurait animé l'agent dans cette dernière hypothèse apparaît comme un mobile qui ne démontre pas une particulière hostilité de l'agent envers l'ordre social. L'agent ne cherche pas à atteindre l'activité d'intérêt général, mais uniquement le patrimoine de sa victime afin de se venger. La subjectivité renforcée permet de garantir que la volonté de la victime ne prendra pas le pas sur l'hostilité de l'agent aux valeurs protégées.

420. La perte d'influence des caractéristiques inhérentes à la personne victime. La prise en compte de l'état d'esprit de l'auteur permet également d'éviter l'application systématique d'une circonstance aggravante tenant à des caractéristiques inhérentes à la personne de la victime. Certaines caractéristiques dont le droit pénal permet la prise en compte ont pour spécificité d'être inhérentes à l'état de personne juridique ou physique. Il s'agit de caractéristiques telles que les appartenances nationales, raciales ou ethniques. Toute personne juridique a nécessairement une nationalité et toute personne physique a nécessairement une appartenance raciale et ethnique. Quant à la religion, il s'agit également d'une appartenance inhérente à la personne, puisque la loi pénale invite à prendre en compte aussi bien l'appartenance que la non-appartenance à une religion. En conséquence, l'application objective d'une telle circonstance aggravante entraînerait l'aggravation systématique de toutes les infractions considérées. L'application subjective serait insuffisante à en limiter l'application, étant donné qu'il suffirait que la caractéristique soit connue ou simplement apparente, pour justifier l'aggravation. La subjectivité renforcée permet alors de limiter l'application de l'infraction aggravée aux seuls cas dans lesquels la caractéristique

¹ Art. 433-4 CP. Cette infraction vise la destruction et pas seulement les appropriations frauduleuses, de même qu'elle s'applique à tout bien remis à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public en raison de ses fonctions et pas uniquement aux biens contenus dans un dépôt public.

mentionnée par la norme pénale aura effectivement été le motif de commission de l'infraction. Il s'agit donc d'un mode d'appréciation de l'élément moral de l'infraction particulièrement adapté aux caractéristiques dépendantes de la volonté de la victime ou inhérentes à son état de personne, ce qui explique le domaine de prise en compte de la subjectivité renforcée.

B/ L'APPLICATION AUX CRITÈRES RÉSULTANT DU CHOIX DE LA VICTIME OU INHÉRENTS À SON ÉTAT DE PERSONNE

421. L'étude de la liste des critères soumis à une application subjective renforcée démontre qu'il s'agit de critères résultant du choix de la victime ou inhérents à son état de personne (1), mais cette application n'est pas sans soulever quelques difficultés (2).

1) Le choix des critères retenus

422. La fonction exercée globalement choisie par la victime. La subjectivité renforcée permet d'assurer que la victime ne se préconstituera pas sa circonstance aggravante en refusant de faire dépendre l'aggravation de l'infraction de sa seule volonté. C'est pourquoi elle s'applique notamment à la circonstance aggravante tenant aux fonctions de la victime. En effet, à quelques exceptions près, ces fonctions sont choisies par la personne qui les exerce. Certaines d'entre elles ne peuvent même être obtenues qu'après avoir affronté les épreuves de certains concours, parfois parmi les plus difficiles de la fonction publique, ou encore après avoir obtenu les suffrages d'une majorité d'électeurs. Il convient néanmoins d'observer quelques exceptions. Ainsi, la qualité de victime d'infraction ne se choisit pas et celle de partie civile résulte de la réaction volontaire à une situation non choisie. La qualité de témoin est également imposée, les personnes citées étant tenues de comparaître devant le juge d'instruction¹, la juridiction de proximité², le tribunal de police³, le tribunal correctionnel⁴, la cour d'assises⁵ et devant les juridictions civiles⁶. Enfin, l'entourage des acteurs sociaux, ne choisit pas, à proprement parler, les liens qu'elles entretiennent avec eux, encore que cette affirmation soit discutable lorsqu'il est question des personnes vivant habituellement à leur domicile.

423. La variété des hypothèses quant aux appartenances de la victime. S'agissant des appartenances de la victime, la situation est plus délicate à apprécier. Le Code pénal évoque l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie ou une race⁷, mais aussi l'orientation et

¹ Art. 109 et s. CPP.

² Art. 536 CPP, lequel renvoie aux dispositions relatives au tribunal correctionnel.

³ *Ibid.*

⁴ Art. 437 et s. CPP.

⁵ Art. 326 CPP.

⁶ Art. 206 et 207 CPC.

⁷ Art. 132-76 CP.

l'identité sexuelle¹. Ces critères ne résultent clairement pas d'un choix de la personne concernée, mais correspondent à des hypothèses de critères inhérents à la personne. Sont également mentionnées l'appartenance ou la non-appartenance à une religion ou à une nation². Ces deux critères sont moins évidents à évaluer. L'appartenance nationale est globalement indépendante de la volonté individuelle, mais il est toujours possible de demander une autre nationalité que celle acquise à la naissance. À titre d'exemple, l'article 21-8 du Code civil octroie à certains étrangers nés sur le territoire français la faculté de refuser la nationalité française et l'article 21-11 du même Code accorde à certains mineurs étrangers la faculté de demander cette même nationalité française. Quant à l'appartenance religieuse, la question de savoir si elle se choisit ou non est profonde et entraînerait celui qui s'y risquerait dans des méandres métaphysiques. Notons simplement que, si la croyance religieuse ne se choisit pas nécessairement, la conversion religieuse est en principe un acte volontaire, quoique découlant d'une foi qui peut s'imposer au croyant. S'agissant de la discrimination³, les critères, autres que ceux déjà évoqués, relèvent tantôt du choix (activités syndicales, refus de subir des faits de harcèlement sexuel ou dénonciation de tels faits), tantôt de l'inhérent à la personne (origine, sexe, handicap, caractéristiques génétiques, âge), tantôt d'un équilibre entre choix et hasard, en fonction de circonstances (situation de famille, grossesse, apparence physique, patronyme, état de santé, mœurs, opinions politiques). Une telle variété d'hypothèses n'est pas sans entraîner quelques difficultés.

2) Les difficultés liées aux critères retenus

424. La différence des critères pris en compte comme circonstances aggravantes et comme motifs de discrimination. Les différentes hypothèses de subjectivité renforcée correspondent toutes à des critères qui sont, soit inhérents à l'état de personne de la victime, soit soumis à l'influence de la volonté de la victime. L'utilisation de la subjectivité renforcée trouve dès lors sa justification dans la volonté de n'aggraver la répression que lorsque l'auteur de l'infraction a bien tenu compte de la caractéristique en cause dans son passage à l'acte. Pourtant, seules les appartenances ou non-appartenances nationales, raciales, ethniques et religieuses ainsi que l'orientation et l'identité sexuelle peuvent constituer une circonstance aggravante. Les autres critères que sont l'origine (lorsqu'elle ne recoupe pas les critères précédents), les opinions politiques, les activités syndicales, les caractéristiques génétiques, la situation de famille, le patronyme, l'apparence physique, l'âge et l'état de grossesse, ne sont considérés que dans le cadre de l'infraction de discrimination. Naturellement, certains de ces critères peuvent être pris en

¹ Art. 132-77 CP.

² Art. 132-76 CP.

³ Art. 225-1 et s. CP.

compte à d'autres titres. L'âge ou la situation de grossesse peuvent par exemple, dans certaines conditions, participer à l'appréciation de la particulière vulnérabilité de la victime¹.

425. L'absence de prise en compte légale de certains critères. Par ailleurs, les critères mentionnés dans la loi pénale ne sont pas les seuls éléments dépendant de la volonté de la personne ou inhérents à sa qualité de personne. En premier lieu, sauf à étendre exagérément la notion d'« origines », les appartenances locales ou régionales ne sont pas considérées². De même, il semble douteux que le concept de mœurs puisse inclure jusqu'aux goûts vestimentaires ou s'étendre aux préférences et soutiens sportifs. La condition sociale de la victime n'est pas davantage prise en compte³. Les textes internationaux prohibant la discrimination se font l'écho de cette difficulté. Ils donnent en effet une liste de critères prohibés, mais précisent que cette liste n'est pas exhaustive et qu'il peut y avoir discriminations lorsque la victime est différemment traitée en raison de « toute autre situation »⁴. Les normes d'incriminations internes ne peuvent se permettre une telle latitude.

426. Une détermination imposée par le principe de légalité. Selon l'article 111-3 du Code pénal, les éléments constitutifs de l'infraction doivent être définis par la loi, ou par le règlement s'il s'agit d'une contravention. Ainsi que l'a affirmé le Conseil constitutionnel, il incombe au législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire⁵ et la Cour de cassation a suivi et imposé cette analyse⁶. De plus, il résulte du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, corollaire du principe de légalité, que cette définition doit préexister à l'infraction. Par conséquent, la liste des critères de choix de la victime ou des motifs discriminatoires doit obéir aux mêmes impératifs. Or, il ne semble pas qu'il soit possible de se contenter de sanctionner la commission des faits par l'agent à raison de « toute situation » de la victime. La Cour de cassation, dans un arrêt du 20 février 2001⁷, avait estimé que l'article 38 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881, interdisant la reproduction de tout ou partie des circonstances de certains crimes et délits, n'était pas suffisamment précis pour servir de base à

¹ Sur la définition et l'appréciation de la particulière vulnérabilité, cf. *infra*, n° 514 et s.

² V. Crim. 3 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 218 ; *JCP G* 2003, I, 126, n° 2, obs. M.-H. GOZZI considérant qu'une appartenance régionale (en l'occurrence l'appartenance à la communauté corse) ne saurait être assimilée à l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion. À cette indifférence du groupe régional, une exception néanmoins. L'article L. 332-6 du Code du sport incrimine le fait, au cours d'une manifestation sportive, de provoquer à la haine envers une personne ou un groupe de personne. La chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé l'application de ces dispositions dans le cas d'une banderole déployée au cours d'un match de football et visant les gens originaires du Nord de la France (Crim. 25 juin 2013, à paraître au *Bulletin criminel*, D. 2013, p. 1686).

³ D. ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », D. 2013, p. 1911.

⁴ Cette formule se retrouve dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁵ Cons. const. 19 janvier 1981, n° 80-127 DC. La solution a été plusieurs fois réaffirmée. V. par ex. Cons. const. 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC.

⁶ V. par ex. Crim. 1^{er} février 1990, *Bull. crim.* n° 56, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 555, note A. VITU.

⁷ Crim. 20 février 2001, D. 2001, p. 3001, note P. WASCHMANN.

une condamnation. L'expression « circonstances » a été jugé « *foncièrement imprécise* », « *d'interprétation malaisée* » et « *trop générale* » pour permettre d'assurer la prévisibilité des poursuites¹. À l'évidence, l'expression « situation » encourt les mêmes griefs. En effet, si l'on écarte les infractions sans victimes et les actes purement gratuits, la victime doit bien être choisie par l'agent en fonction de sa situation, entendue au sens large. Il peut s'agir de sa situation géographique (sa présence sur les lieux où l'agent se propose de commettre son acte), sa situation matérielle (elle possède ce que l'agent cherche à obtenir), sa situation morale (l'agent éprouve du ressentiment à son endroit), etc. Et dans nombre de ces cas, c'est bien « à raison de la situation de sa victime » que l'agent a commis l'infraction. Par conséquent, la loi doit déterminer précisément quels sont les critères dont il est interdit de tenir compte.

427. Le caractère arbitraire des critères retenus. La liste des critères retenus par la loi et les différences légales de régime conduisent à s'interroger sur la pertinence des choix législatifs. En matière de discrimination par exemple, et comme l'a montré M. DECHENAUD, l'interdiction de tenir compte de certains motifs repose sur leur absence de logique : seules les situations différentes peuvent être traitées différemment et cette différence de situation doit s'apprécier par référence à l'objectif poursuivi par le refus de contracter ou de fournir le bien ou service requis. Il est donc impossible d'instaurer une différence de traitement sur la base d'un critère qui n'entretienne pas de lien logique avec cet objectif poursuivi². Pourtant, les critères délaissés ne semblent pas davantage liés à cet objectif et il apparaît étonnant qu'ils ne soient pas considérés. Ironiquement, le caractère limitatif et arbitraire des critères retenus, caractère imposé par le principe de légalité, conduit à créer une brèche dans l'égalité que cette législation vise à préserver. La rupture de l'égalité n'oppose pas les victimes, la subjectivité renforcée le garantit, mais les agents. Selon le motif de choix de la victime, l'un verra sa peine aggravée là où l'autre n'encourra que la peine de l'infraction simple correspondante. Tel agent échappera à toute sanction pénale dès lors que son refus de contracter sera fondé sur un critère non prévu par la loi alors que tel autre s'étant basé sur un critère apparemment similaire pourra être poursuivi pour diffamation.

428. Le caractère variable des critères retenus. Au final, la détermination de ces critères semble reposer arbitrairement sur le fait que certaines affaires plus ou moins médiatisées ont mis à jour l'existence de différenciations commises sur la base de tel ou tel critère. Il en va de même pour les appartenances érigées en circonstances aggravantes du fait de l'existence d'affaires particulières dans lesquelles de tels motifs ont déterminé les auteurs d'infractions. La volonté de prendre en considération les motifs ou les motivations de l'agent peut en soi apparaître louable, mais elle aboutit au risque de créer un droit pénal de réaction, consacrant une liste de critères

¹ Cette analyse était d'ailleurs partagée par les juges de première instance (TGI Paris, 17^e ch., 10 septembre 1996) et d'appel (CA Paris, 11^e ch., 18 septembre 1997).

² D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2008, n° 21 et s.

particuliers, liste évoluant au fur et à mesure des affaires particulières portées à la connaissance du public et érigées en « faits de société ». La pénalisation irait sans cesse en s'étendant, jusqu'à ce que toutes les caractéristiques possibles figurent dans les textes légaux, privant ainsi ces différenciations de tout intérêt pratique.

429. La difficulté probatoire liée à l'appréciation subjective renforcée. Quels que soient les critères retenus par la norme, la subjectivité renforcée suppose de les apprécier en pénétrant les méandres de l'esprit de l'agent afin d'identifier ses motifs et motivations. Il en résulte une inévitable difficulté probatoire pour la partie poursuivante. Lorsqu'un acte matériel est commis, il ne peut l'avoir été que volontairement ou par accident. C'est pourquoi la jurisprudence considère que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire* » suffit à établir l'intention délictuelle, alors réduite à la volonté¹. Lorsque l'incrimination impose la démonstration d'une véritable intention, d'une volonté tendue vers un but, les juridictions recourent encore aux circonstances matérielles de commission afin d'établir cet élément moral, ainsi qu'en témoigne l'exemple du meurtre². Bien qu'ils ne constituent pas un degré d'intentionnalité à proprement parler, les motifs et motivations de l'auteur de l'infraction intéressent l'élément moral de l'infraction et sont en pratique établis de la même façon, par déduction des circonstances matérielles de sa commission. Ce mode d'établissement de la subjectivité dégradée est même légalement consacré, lorsque le critère constitue une circonstance aggravante, par les alinéas seconds des articles 132-76 et 132-77 du Code pénal. La subjectivité renforcée est alors présumée à des fins probatoires.

Section seconde

La subjectivité dégradée à des fins probatoires

430. Première approche de la subjectivité dégradée. Que la norme pénale impose une appréciation subjective simple ou renforcée, cette exigence alourdit la charge de la preuve pesant sur les autorités de poursuite. Elle est d'autant plus pesante que cette exigence porte sur l'élément moral de l'infraction. Rapporter la preuve de l'état des connaissances de l'agent, voire de ses motifs ou motivations, peut se révéler fort délicat. Confrontée à pareilles difficultés, la partie

¹ V. par ex. Crim. 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203 ; Crim. 11 janvier 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 42, obs. J.-H. ROBERT ; Crim. 9 novembre 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. 39, obs. J.-H. ROBERT.

² V. par ex. la déduction de l'*animus necandi* de la nature de l'arme employée et des parties du corps de la victime visées (Crim. 5 février 1957, *Bull. crim.* n° 110), ou de la force du coup (Crim. 9 janvier 1990, *Bull. crim.* n° 15). L'usage d'une arme à feu constitue également une « présomption grave » d'intention meurtrière (V. par ex. Crim. 6 novembre 1956, *Bull. crim.* n° 708 ; Crim. 2 avril 1979, *Bull. crim.* n° 131).

poursuivante pourra être tentée d'établir cette preuve par présomption, invitant le juge à déduire cet élément du comportement de l'agent et des circonstances de commission de l'infraction. Afin d'éviter que la répression ne puisse être entravée, le législateur vient parfois alléger ce fardeau probatoire en consacrant légalement ces pratiques. Si de telles adaptations légales simplifient la charge de la preuve, elles dégradent également la subjectivité en ce qu'elles permettent parfois que les exigences légales soient satisfaites sans que la réalité y corresponde. En d'autres termes, la subjectivité est dégradée lorsqu'il est possible de rentrer en voie de condamnation sans que l'agent ait eu au moins conscience de la caractéristique justifiant l'incrimination ou l'aggravation. Cela correspond à deux séries d'hypothèses. Dans la première, la subjectivité est bien exigée, mais la loi permet de la présumer irréfragablement (I). Dans la seconde, la subjectivité est complètement délaissée au profit d'une influence objective de la victime (II).

I – LA SUBJECTIVITÉ PRÉSUMÉE

431. La loi pénale instaure des présomptions afin de simplifier la preuve de la connaissance par l'agent de la caractéristique de sa victime (A) ainsi que la preuve de ses motifs (B).

A/ LA PRÉSUMPTION DE SUBJECTIVITÉ SIMPLE

432. L'appréciation subjective « simple » impose d'établir la connaissance par l'agent de la caractéristique de sa victime qui justifie une adaptation de la répression. Le Code pénal connaît deux hypothèses dans lesquelles le caractère apparent de cette caractéristique suffit à lui faire produire un effet pénal. Peut ainsi être présumée la connaissance de la particulière vulnérabilité ou de la fonction de la victime (1). Dans les deux cas, cette présomption irréfragable se donne l'apparence d'une déduction (2).

1) La présomption de connaissance de la particulière vulnérabilité ou de la fonction de la victime

433. L'apparence établissant la connaissance par l'agent de la particulière vulnérabilité de la victime. Selon le Code pénal, la particulière vulnérabilité de la victime doit être connue de l'agent, ce que les juges déduisent fréquemment des relations antérieures l'unissant à sa victime¹, mais peut également n'être qu'apparente. Il faut néanmoins établir le caractère apparent de la particulière vulnérabilité et non uniquement ce qui la cause. Dans un arrêt du 8 juin 2010, la

¹ V. par ex. Crim. 5 septembre 2001, n° 00-87.279 (abus de faiblesse commis par un conseiller financier au détriment d'une personne âgée dont il avait la charge des intérêts) ; Crim. 5 octobre 2004, *Bull. crim.* n° 233 (abus de faiblesse commis par le médecin traitant) ; Crim. 13 septembre 2006, n° 05-85.923 (abus de faiblesse commis à l'encontre d'une personne âgée par sa dame de compagnie).

Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi censuré le raisonnement de la Cour d'appel qui avait déduit la particulière vulnérabilité de la victime de son âge (70 ans), lequel était apparent ou connu de l'auteur¹. La Cour d'appel avait estimé qu'il suffisait que la cause fût connue, l'âge en l'occurrence, pour que l'agent en ait déduit la particulière vulnérabilité. Cela n'apparaît pas satisfaisant car il est parfaitement possible qu'une personne âgée ne soit pas pour autant particulièrement vulnérable² et exiger de l'agent qu'il présume cette particulière vulnérabilité n'est pas convaincant. Les juges du fonds doivent donc établir que la particulière vulnérabilité était apparente ou connue de l'agent³. Peut, par exemple, être estimée apparente une particulière vulnérabilité résultant d'un éthylisme chronique manifestée par la confusion mentale et des troubles du comportement⁴. Les juges peuvent éventuellement la supposer apparente eu égard aux fonctions de l'agent⁵, un tel raisonnement méritant d'être limité aux hypothèses les plus évidentes.

434. L'apparence établissant la connaissance par l'agent de la fonction de la victime.

De la même façon, l'agent doit connaître la fonction exercée par sa victime. Cette connaissance peut résulter du fait que la victime s'est identifiée⁶, mais il est concevable de prendre en compte tout autre moyen par lequel l'agent aurait pu avoir connaissance de la fonction de la victime (relations antérieures, oui-dire, déductions, etc.). Cependant, le Code pénal ne se limite pas à la qualité connue, mais fait également référence à la qualité apparente. Tel est notamment le cas lorsque la fonction exige de la victime qu'elle porte un uniforme ou une tenue la révélant (par exemple la tenue des professionnels de santé). L'apparence peut parfois être plus subtile (par exemple le port d'une arme de service et de menottes pour un policier en civil) et il n'est pas forcément évident de distinguer la fonction apparente de la fonction déduite par l'agent. N'est cependant pas Sherlock Holmes qui veut, aussi l'apparence devrait-elle être appréciée strictement et limitée aux cas dans lesquels l'agent n'a pas à faire un effort intellectuel pour connaître la fonction de sa future victime. Un tel encadrement de cette présomption est d'autant plus souhaitable qu'elle a un caractère irréfragable.

¹ Crim. 8 juin 2010, *Bull. crim.* n° 102.

² Cf. *infra*, n° 527 et s.

³ Crim. 27 mai 2004, *Bull. crim.* n° 141, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 886, obs. R. OTTENHOF, *Dr. pén.* 2004, comm.. 130, obs. M. VERON.

⁴ Crim. 16 octobre 2007, n° 06-88.897.

⁵ Crim. 7 octobre 2009, *Dr. pén.* 2010, comm. 1, obs. M. VERON : le prévenu, ayant suivi des études médicales, ne pouvait ignorer l'état de faiblesse de sa victime.

⁶ V. par ex. Crim. 19 mai 1980, *Bull. crim.* n° 152 pour un policier ayant annoncé sa fonction et présenté à l'agent sa carte professionnelle au cours d'un contrôle routier, suite à quoi l'agent avait lancé son véhicule sur l'officier de police.

2) Les caractères de la présomption de connaissance de la particulière vulnérabilité ou de la fonction de la victime

435. Le caractère irréfragable de la présomption. Dans les deux cas considérés, particulière vulnérabilité et fonction de la victime, les textes précisent clairement que la caractéristique de la victime doit être « *apparente ou connue de l'auteur* ». Nulle mention d'autre exigence, d'où il résulte que le caractère apparent suffit à justifier l'application du texte pénal. Or, puisque la connaissance de la caractéristique par l'agent constitue le fondement de cette application du texte pénal, il faut bien considérer que cette apparence permet de la présumer irréfragablement. L'auteur de l'infraction ne peut donc s'exonérer de sa responsabilité pénale ou échapper à l'aggravation de son infraction en démontrant que l'apparent n'était que mystère pour lui. Il est vrai qu'appréciée strictement, la présomption doit reposer sur une apparence indiscutable. Dès lors, il serait de toute façon extrêmement difficile pour l'agent de rapporter la preuve contraire. Ceci démontre le caractère spécifique d'une telle présomption, laquelle se rapproche davantage d'une déduction.

436. La présomption apparentée à une déduction. Cette présomption repose sur l'idée selon laquelle l'apparent est évident et donc nécessairement connu. Les autorités de poursuite sont donc dispensées de rapporter la preuve de ce qui tombe sous le sens. Or, si le mécanisme de présomption est défini comme la conséquence que le juge ou la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu¹, il arrive que les présomptions légales reposent sur une simple récurrence statistique. La constatation du fait connu permet de considérer extrêmement probable le fait inconnu. La présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* posée à l'article 312 du Code civil en constitue une excellente illustration. Le fait que l'enfant soit conçu ou né pendant le mariage n'implique pas nécessairement que le mari en soit le père biologique, bien que cela soit l'hypothèse la plus probable, compte tenu notamment des devoirs de fidélité² et de communauté de vie³. C'est d'ailleurs pourquoi il ne s'agit que d'une présomption simple. Par contraste, la présomption de connaissance par l'auteur de la caractéristique apparente de la victime s'apparente à une déduction. En effet, il existe ici un rapport d'implication logique entre le fait connu, c'est-à-dire le caractère apparent de la caractéristique de la victime, et le fait inconnu, à savoir la connaissance par l'agent de cette caractéristique. Ainsi perçue, l'apparence de la caractéristique de la victime est davantage l'étape d'un raisonnement déductif que la base d'une présomption. La présomption est plus hasardeuse lorsqu'elle concerne le motif d'action de l'agent.

¹ Art. 1349 C. civ.

² Art. 212 C. civ.

³ Art. 215 al. 1^{er} C. civ.

B/ LA PRÉSOMPTION DE SUBJECTIVITÉ RENFORCÉE

437. La présomption des motifs de l'agent en cas d'infraction commise à raison des appartenances de la victime. La subjectivité renforcée nécessite de s'appuyer sur le motif ou la motivation de l'agent, ce qui constitue à l'évidence un défi probatoire conséquent. Soucieux d'assurer l'efficacité de l'arsenal pénal renforcé contre les atteintes commises en raison des appartenances de la victime, le législateur a allégé le fardeau probatoire. Les alinéas seconds des articles 132-76 et 132-77 du Code pénal affirment ainsi constituée la circonstance aggravante tenant à l'appartenance de la victime « *lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime* » à raison du critère considéré. La raison de choix de la victime et de commission de l'infraction est donc présumée en se fondant sur le comportement antérieur, concomitant et postérieur de l'agent à la commission de cette infraction.

438. Le caractère irréfragable de la présomption. Les textes affirment la circonstance constituée dès lors que les actes mentionnés sont observés. Cette rédaction plaide en faveur du caractère irréfragable de cette présomption. Il est vrai que ce raisonnement pourrait être pris en défaut par l'exemple de la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* : bien que l'article 312 du Code civil affirme péremptoirement que « *[l']enfant né ou conçu pendant le mariage a pour père le mari* », il s'agit d'une présomption simple¹. Néanmoins, l'exemple ne semble pas pertinent pour deux raisons. La première tient au fait que, loin de constituer un argument, la rédaction de l'article 312 du Code civil invite à la critique. Sa formulation péremptoire plaiderait davantage en faveur d'un caractère irréfragable et, si la loi ne venait elle-même contredire ce point, il y a tout lieu de penser que telle en serait l'interprétation. La seconde raison tient en effet à ce que c'est ici la loi elle-même qui vient affirmer le caractère simple de la présomption. S'agissant de ces textes pénaux, la loi ne mentionnant pas que la preuve contraire puisse être rapportée, il faut s'en tenir à leur rédaction péremptoire et en déduire le caractère irréfragable d'une telle présomption. L'auteur de l'infraction ne saurait être admis à rapporter la preuve de l'absence de lien de causalité entre l'appartenance de sa victime et la commission de l'infraction.

439. Le caractère hasardeux de la présomption. Il est permis de regretter cette sévérité en raison du caractère hasardeux de cette présomption. Par là, il faut entendre que cette présomption semble davantage ériger une forte probabilité en vérité légale. Lorsque les propos, écrits, images, objets ou actes accompagnent la commission des faits, il est difficile d'imaginer que l'appartenance de la victime ne constitue pas, ne serait-ce qu'en partie, le motif de l'auteur. La présomption recouvre alors un degré de probabilité important, mais la difficulté survient lorsque

¹ Art. 332 al. 2 C. civ

les éléments considérés précèdent ou suivent la commission de l'infraction. L'hostilité manifestée à un moment donné par l'agent à l'encontre d'un groupe particulier ne permet pas d'assurer inmanquablement que l'infraction commise à un autre moment contre un membre de ce groupe y trouve son motif. Une marge d'erreur existe et elle augmente avec la durée séparant la production de l'atteinte à l'honneur ou à la considération du groupe de l'infraction. Il est certain que, statistiquement, le motif présumé correspondra fréquemment au motif réel de l'agent. Cependant, la seule existence de situations contraires devrait imposer le caractère simple de la présomption. Les enjeux portés par la norme pénale sont d'une trop grande importance pour que soient encouragées des applications de la règle qui peuvent ne pas correspondre à la réalité de l'état d'esprit de l'agent. Ces applications objectives ont ainsi vocation à demeurer exceptionnelles.

II – L'OBJECTIVITÉ

440. La problématique de l'appréciation objective de l'influence de la victime. La référence aux connaissances, motifs et motivations de l'agent est délaissée dans certains textes pénaux au profit de l'objectivité. L'influence des caractéristiques et du comportement de la victime est alors indépendante de la connaissance qu'en avait l'auteur de l'infraction. L'appréciation objective dispense la partie poursuivante de rapporter la preuve des connaissances, et *a fortiori* des motifs et motivations, de l'agent. Une telle modalité d'appréciation simplifie la mise en œuvre de la répression, mais *a priori* au détriment de la nature subjective du droit pénal. C'est pourquoi le domaine de l'objectivité doit être restreint. L'appréciation subjective doit primer lorsqu'il s'agit d'évaluer la faute de l'agent, son hostilité ou son indifférence à l'encontre des valeurs protégées. L'appréciation objective ne doit être employée que lorsqu'il s'agit de mesurer les conséquences de la faute, c'est-à-dire la nature et la gravité de l'atteinte à la valeur sociale, et encore à condition que ce point ne constitue pas un élément de mesure de la gravité de la faute. S'agissant de l'influence de la victime, l'appréciation purement objective se voit donc cantonnée aux hypothèses d'atteintes volontaires à l'intégrité physique (A). Quant aux atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique, elles font l'objet d'une appréciation mixte, tantôt objective et tantôt subjective (B).

A/ L'APPRÉCIATION OBJECTIVE DES ATTEINTES VOLONTAIRES À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE

441. Caractéristiques et comportement de la victime sont appréciés subjectivement dans le cadre des violences volontaires, incriminations générales des atteintes volontaires à l'intégrité

physique (1), mais également dans celui de l'incrimination spécifique d'administration de substances nuisibles (2).

1) L'appréciation objective de l'influence de la victime de violences volontaires

442. La référence légale au seul résultat atteint. Le Code pénal prévoit une gradation dans la sanction des violences volontaires qui dépend exclusivement de leur résultat, c'est-à-dire de l'atteinte subie par la victime. Sont ainsi incriminées les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner¹, ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente², ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus³ ou moins⁴ de huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail⁵. Il faut par ailleurs noter que la répression des tortures et actes de barbarie peut également être aggravée si celles-ci ont entraîné la mort de la victime sans intention de la donner⁶ ou une mutilation ou une infirmité permanente⁷. La doctrine considère que l'élément intentionnel de ces infractions est constitué par un dol indéterminé⁸ ou imprécis⁹. La jurisprudence précise classiquement que l'infraction est constituée « dès qu'il existe un acte volontaire de violence, quel que soit le mobile qui ait inspiré cet acte et alors même que l'auteur n'aurait pas voulu le dommage qui en est résulté »¹⁰. Peu importe que l'agent n'ait pas voulu le résultat, ni même qu'il ait spécifiquement voulu un autre résultat que celui qu'il a finalement atteint¹¹.

443. La suffisance de la volonté d'attenter à l'intégrité physique d'autrui. Cette référence au seul résultat atteint apparaît à certains auteurs sévère¹², voire excessive¹³. Elle s'explique cependant par la volonté de dispenser le Parquet de rapporter une preuve qui lui serait parfois impossible à établir. Seule la volonté de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui est donc prise en compte. Plusieurs auteurs considèrent d'ailleurs que cette volonté de « faire mal exprès » à la victime constituerait un dol spécial exigé en matière de violences volontaires¹⁴. Cette appellation de dol spécial semble contestable dans la mesure où ce « dol » n'est rien d'autre que le

¹ Art. 222-7 et s. CP.

² Art. 222-9 et s. CP.

³ Art. 222-11 et s. CP.

⁴ Art. 222-13 et R. 625-1 CP.

⁵ Art. R. 624-1 CP.

⁶ Art. 222-6 CP.

⁷ Art. 222-5 CP.

⁸ V. par ex. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 282 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7^e éd., 2004, n° 389 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n° 228 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009, n° 509.

⁹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 325.

¹⁰ Crim. 29 novembre 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, I, 109 ; *Rev. sc. crim.* 1973, p. 408, obs. G. LEVASSEUR.

¹¹ Crim., 19 avril 1972, *Bull. crim.* n° 131 ; *Rev. sc. crim.* 1973, p. 897, obs. G. LEVASSEUR.

¹² J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, n° 656.

¹³ V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 335. L'auteur y évoque une jurisprudence « erronée ».

¹⁴ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. Cours magistral, 1^e éd., 2008, n° 146 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 335.

dol général appliqué à cette infraction (l'acte de violence doit avoir été volontaire et commis en connaissance de cause). Il n'en reste pas moins qu'au titre de l'intention, il n'est considéré que la volonté de commettre l'acte et pas la recherche d'un résultat donné. Cela est logique dans la mesure où la valeur protégée par ces incriminations est l'intégrité physique. Or, le résultat pénal doit être défini comme l'atteinte, au moins potentielle, à la valeur protégée par l'incrimination¹. Ainsi, l'agent qui porte volontairement atteinte à l'intégrité physique manifeste la volonté d'atteindre le résultat de l'infraction, ce qui suffit à caractériser l'élément moral, indépendamment de la gradation de la gravité de cette atteinte.

444. Le caractère réaliste de l'élément moral des violences volontaires. Cet élément intentionnel des infractions de violences volontaires semble adapté à la réalité criminologique de ces infractions. En effet, l'agent n'a pas forcément souhaité un résultat précis mais peut avoir simplement voulu porter atteinte à l'intégrité physique de la victime. De plus, la loi pénale apprécie la gravité des atteintes à l'intégrité physique à l'aide d'une unité de mesure fort spécifique, l'incapacité totale de travail². Or, s'il est concevable que l'agent ait souhaité causer plus ou moins de souffrances à la victime, il est fort douteux qu'il ait mesuré l'atteinte escomptée en incapacité totale de travail. L'agent et la loi pénale ne s'expriment pas dans la même langue : l'unité de mesure légale est trop abstraite pour celui-ci tandis que l'unité de mesure individuelle est trop imprécise pour celle-là. L'élément intentionnel de cette infraction renvoie donc à une réalité : l'agent n'a pas forcément souhaité obtenir un résultat donné et il semble logique de ne pas exiger la preuve de la recherche d'un résultat. C'est pourquoi, comme le relève M. VERON, le Code pénal incrimine les violences « ayant entraîné » le dommage et non « ayant pour but »³.

445. L'influence objective des particularités de la victime. Il est évident que les particularités ou les prédispositions de la victime telles que son âge, sa robustesse ou son état de santé peuvent influencer sur le résultat effectif de l'acte de violence. Un même coup sera, à l'évidence, plus durement reçu par une personne âgée que par un boxeur professionnel. La seule référence aux conséquences de l'acte conduit à une approche objective de la causalité⁴. L'auteur doit donc répondre de toutes les conséquences de son acte, y compris celles qui découlent des prédispositions de la victime. La Cour de cassation estime suffisamment caractérisé le lien de causalité entre les coups et le résultat lorsque les coups ont hâté ou aggravé une pathologie

¹ Cf. *supra*, n° 42.

² Sur la définition et l'appréciation de laquelle cf. *infra*, n° 544 et s.

³ M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey Université, 14^e éd., 2012, n° 53.

⁴ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse, Bordeaux IV, 1999, n° 47 et s. V. également P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, LGDJ, Université de Poitiers, coll. De la Faculté de Droit et des Sciences Sociales, 2006, n° 564 et s. évoquant une causalité « extensive ». Sur l'appréciation de la causalité, cf. *infra*, n° 553 et s.

antérieure de la victime¹. Cette conception objective de la causalité conduit la jurisprudence à ne pas tenir compte de la connaissance qu'avait, ou pouvait avoir, l'auteur des prédispositions de la victime². Cela contredit la théorie selon laquelle il suffirait que le dommage fût « *abstraitement prévisible* » pour constituer l'élément intentionnel³, sauf à admettre une conception très large de la prévisibilité. Il semble que la jurisprudence, soucieuse d'assurer l'efficacité de la répression, se focalise uniquement sur la volonté de l'acte de violence pour en induire une présomption irréfragable d'intention quant au résultat obtenu.

446. L'influence objective du comportement de la victime. De la même façon, le comportement de la victime est apprécié objectivement. Dès lors qu'est établie la volonté de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui⁴, il est indifférent que l'agent n'ait pas connu ou prévu le comportement de la victime. Cela est parfaitement illustré par une affaire tranchée par la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1988. L'agent s'était « contenté » de menacer sa victime, la saisir par les cheveux et la repousser dans son appartement. Prise de panique, la victime sauta par la fenêtre afin de lui échapper. L'agent dut alors répondre pénalement des conséquences de cette chute (45 jours d'incapacité totale de travail), bien plus importantes que celles qui auraient résulté de ses seuls actes⁵. Cette influence objective peut par ailleurs tourner à l'avantage de l'agent, par exemple si les réflexes de la victime lui permettent d'esquiver ou au moins d'amortir le coup, diminuant ainsi les conséquences corporelles.

447. Caractère contestable au regard à la causalité. La victime exerce donc une influence objective sur la responsabilité pénale de l'agent. Si cela découle logiquement de la conception de l'élément moral de ces infractions, cela n'est pas sans soulever des difficultés au regard de la causalité. Comme le relève M. MAYAUD, « *les ruptures de causalité sont différemment gérées en jurisprudence, selon qu'elles sont le fait d'une donnée extérieure ou personnelle à la victime* »⁶. Elle a ainsi été amenée à affirmer qu'il faut un lien direct entre les violences et le résultat de l'infraction, le décès dans ce cas précis, ce qui n'est pas le cas lorsque celui-ci est lié à une cause étrangère telle que la défaillance postérieure d'un appareil de réanimation de l'hôpital dans lequel la victime a été

¹ V. Crim. 31 mars 1992 ; *Rev. sc. crim.* 1993, p. 100, obs. G. LEVASSEUR pour un décès résultant de la combinaison entre les coups et l'état éthylique de la victime ; Crim., 26 avril 1994 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 176, obs. M. VERON, pour un décès résultant de la combinaison entre les coups et une pathologie ayant entraîné un « état morbide ».

² J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 656.

³ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général* op. cit., n° 389.

⁴ La victime peut exercer une influence sur ce point, ainsi qu'en témoigne plusieurs affaires dans lesquels des lettres contenant de la poudre blanche étaient envoyées entre amis. La relation amicale existant entre l'agent et le destinataire permet de considérer qu'il n'y a là qu'une intention de plaisanter, ce qui permet d'écarter la qualification de violences volontaires (CA Nîmes, ch. corr., 15 janvier 2002, *JCP G* 2003, IV, 1268), même lorsque la lettre est malencontreusement ouverte par un employé du centre de tri postal (CA Toulouse, 21 février 2002, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 587, obs. Y. MAYAUD).

⁵ Crim. 21 novembre 1988, *Bull. crim.* n° 392.

⁶ Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », in *Une certaine idée du Droit ; Mélanges offerts à André DECOCCQ* ; Litec, 2004, p. 475. La citation se trouve p. 483.

transportée¹. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir écarté la qualification de coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner pour retenir celle de coups et blessures volontaires. Elle a donc retenu le résultat qui aurait été obtenu si la cause étrangère n'était pas intervenue. Si une telle défaillance est à l'évidence étrangère au comportement de l'agent, il semble qu'il en aille de même pour une prédisposition ou un comportement de la victime, inconnu ou imprévu de lui, et qui aurait aggravé les conséquences de son acte. En effet, la Cour de cassation fait référence à « *une cause étrangère à ces violences* »², or, que la cause soit antérieure ou postérieure à ses violences, elle lui est bien extérieure, donc étrangère. Une telle solution surprend au regard de la jurisprudence qui admet la répression des violences « *sans que soit exigé la preuve d'un lien de causalité direct et immédiat entre les violences et la maladie ou l'arrêt de travail* »³. Il faut objecter que la prédisposition de la victime est une cause plus étroitement liée à l'acte puisqu'elle réside en la personne sur laquelle ledit acte est exercé. Le lien de causalité entre les violences et le résultat semble plus important en présence d'une prédisposition de la victime que d'une cause totalement extérieure. Il n'en reste pas moins que la causalité constitue alors une « *variable de la responsabilité pénale* »⁴ qui semble appréciée différemment selon les espèces⁵. Il en va de même en matière d'administration de substances nuisibles.

2) L'appréciation objective de l'influence de la victime d'administration de substances nuisibles

448. L'influence objective des caractéristiques de la victime. L'article 222-15 du Code pénal renvoie aux articles 222-7 à 222-14-1 du même Code pour sanctionner l'administration de substances nuisibles en fonction du dommage subi par la victime. Les mêmes causes engendrant les mêmes effets, les développements relatifs aux violences volontaires peuvent être transposés au délit d'administration de substance nuisible. Les prédispositions de la victime doivent être prises en considération, de la même façon que dans le cadre des violences volontaires. Elles seules permettraient d'ailleurs d'expliquer qu'ils puissent y avoir administration de substances nuisibles ayant entraîné la mort sans intention de la donner : le produit, non mortel dans l'absolu, aurait néanmoins occasionné la mort en raison de prédispositions de la victime inconnues de l'agent⁶. L'influence des prédispositions de la victime est donc objective.

¹ Crim. 8 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 14, *D.* 1991, p. 271, obs. G. AZIBERT, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 760, obs. G. LEVASSEUR, *D.* 1992, p. 115, note R. CROISIER-NERAC.

² Crim. 8 janvier 1991, préc.

³ Crim. 27 février 1992, *Bull. crim.* n° 92.

⁴ P.-A. BON, « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal », *Rev. pénit.* 2006, p. 291.

⁵ Sur la causalité, cf. *infra*, n° 553 et s.

⁶ V. en ce sens PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 4^e éd., 2013, n 200 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 59.

449. Appréciation *in concreto* du caractère nuisible des substances. Il existe néanmoins une controverse sur l'éventuelle influence de la victime sur le caractère intrinsèquement nuisible de la substance : pour être constituée, l'infraction nécessite-t-elle l'emploi d'une substance intrinsèquement nuisible ou suffit-il que cette substance soit nuisible pour la victime considérée ? Plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur d'une appréciation *in abstracto* du caractère nuisible de la substance¹. Il faudrait donc considérer que l'infraction n'est pas constituée lorsque la substance, en principe inoffensive, n'aurait été nuisible qu'en raison d'une prédisposition de la victime. Un tel raisonnement serait imposé par la lettre de l'article 222-15 du Code pénal qui, en faisant référence à des « substances nuisibles » renverrait à des substances susceptibles de nuire à une personne normalement constituée. Le raisonnement ne convainc pas dans la mesure où le texte ne le précise pas expressément. De plus, le renvoi aux textes relatifs aux violences volontaires invite à adopter les mêmes raisonnements pour l'administration de substances nuisibles². Il serait enfin illogique de retenir l'empoisonnement lorsque le produit peut causer la mort de la victime du fait de sa prédisposition³ alors qu'aucune qualification ne pourrait être retenue, sinon celle de blessures involontaires, dans le cas contraire, quand bien même la victime risquerait d'être sévèrement intoxiquée. Le caractère nuisible devrait donc s'apprécier *in concreto*, ce qui peut conduire à une appréciation partiellement subjective. Lorsque la substance est en principe inoffensive, il faudra établir la connaissance par l'agent de son caractère potentiellement nuisible à sa victime particulière afin d'établir son intention d'attenter à l'intégrité physique d'autrui.

450. L'influence mixte du comportement de la victime. De semblables considérations gouvernent l'influence du comportement de la victime. Celui-ci produit en principe des effets indépendamment de sa connaissance ou de sa prévision par l'agent. Si, par exemple, la victime double la dose recommandée par l'agent et se trouve plus gravement atteinte que l'agent ne l'avait prévu, il devra néanmoins être poursuivi à hauteur du résultat produit. Pour autant, il existe une exception tenant au comportement nécessaire à l'administration du produit. De la même manière qu'en matière d'empoisonnement⁴, il est possible que l'agent compte sur la victime pour s'administrer elle-même la substance, notamment lorsqu'elle est mélangée à un aliment ou une boisson. En pareil cas, la connaissance par l'agent de la destination du produit est essentielle à la caractérisation de son intention délictueuse. Il convient d'établir que l'agent savait, voire avait prévu, que la victime consommerait ou s'administrerait le produit contenant la substance nuisible. Il peut être constaté que la victime a une influence objective sur la mesure de la gravité de

¹ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., n° 62 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, op. cit., n° 59.

² À tel point que Mme RASSAT considère que l'incrimination spécifique de l'administration de substances nuisibles est une incrimination inutile : M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 346.

³ Cf. *supra*, n° 322.

⁴ Cf. *supra*, n° 323 et 324.

l'atteinte. Ces exceptions mises à part, la victime exerce une influence objective sur le résultat des actes de l'agent et donc sur la peine qu'il encourt, que ce soit pour les violences volontaires ou pour l'administration de substances nuisibles. Il n'en va pas exactement de même pour les atteintes involontaires.

B/ L'APPRÉCIATION MIXTE DES ATTEINTES INVOLONTAIRES À LA VIE ET À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE

451. La nécessité d'une appréciation mixte. Dans le cadre des atteintes involontaires, la faute de l'agent constitue un élément subjectif, en raison de la nature subjective de la responsabilité pénale. En revanche, les conséquences de cette faute, c'est-à-dire le dommage, constituent une donnée objective, puisque, par hypothèse, l'auteur de l'infraction ne les a pas recherchées. La norme pénale et l'application qui en est faite par la jurisprudence se font l'expression de cette dualité. Les éléments relatifs à la faute sont en principe appréciés subjectivement, tandis que les éléments liés à la mesure de la gravité du dommage donnent lieu à une appréciation objective. Cela peut être illustré par l'étude de l'influence des éléments de la personnalité de la victime (1) et celle de son comportement (2).

1) L'influence mixte des caractéristiques de la victime

452. La nécessité d'une victime personne humaine vivante. Il convient en premier lieu de préciser que les atteintes involontaires ne peuvent être sanctionnées que si elles affectent une personne humaine vivante. Ainsi, l'enfant à naître ne bénéficie pas d'une semblable protection¹. De même, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser qu'il ne saurait y avoir homicide involontaire qu'à la condition que la victime soit encore en vie². Il s'agissait d'une affaire dans laquelle une piétonne avait été renversée par une première voiture avant d'être à nouveau percutée par un second véhicule, sans qu'il soit possible de déterminer si la victime était encore vivante lors du second impact. Cela montre que la vie et l'intégrité physique de la personne humaine sont bien les valeurs protégées par ces incriminations. La particulière importance que présentent ces valeurs sociales conduit le législateur à incriminer les comportements d'inattention, de négligence ou d'imprudence qui pourraient y porter atteinte. Cependant, cette faute d'imprudence ne se conçoit pas en l'absence d'une atteinte effective à une personne humaine³. Un comportement imprudent ou négligent qui n'occasionnerait aucun dommage ne pourrait être sanctionné sur le fondement des textes précités. Les seules qualifications envisageables seraient

¹ Cf. *supra*, n° 230 et s.

² Crim. 12 décembre 1972, *Rev. sc. crim.* 1973, p. 409, obs. G. LEVASSEUR.

³ V. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 466.

alors celle de risques causés à autrui¹ ou éventuellement l'infraction constituée par la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. L'existence d'une victime est donc nécessaire et appréciée objectivement, puisque par définition l'auteur n'a pas voulu lui porter atteinte.

453. L'influence objective des caractéristiques de la victime sur la gradation du résultat atteint. À l'instar des atteintes volontaires à l'intégrité physique, la sanction encourue dépend ici de l'ampleur du dommage causé à la victime : la mort², une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois³, une incapacité totale de travail inférieure ou égale à trois mois⁴ ou aucune incapacité de travail⁵. Les prédispositions de la victime doivent être prises en compte de la même façon qu'en ce qui concerne les atteintes volontaires à l'intégrité physique⁶, c'est-à-dire objectivement. En ce sens, la jurisprudence refuse de considérer que les prédispositions de la victime puissent rompre le lien de causalité entre la faute et le dommage. Il a ainsi été affirmé que « *l'imputabilité du dommage corporel doit être appréciée sans qu'il soit tenu compte des prédispositions de la victime dès lors que ces prédispositions n'avaient pas déjà eu des conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable* »⁷. Cette prise en compte est d'autant plus évidente que la question de la volonté du résultat, par définition, ne se pose pas concernant les atteintes involontaires. Cependant, certains auteurs ont estimé que les prédispositions de la victime devraient avoir une influence sur l'appréciation de la causalité de l'acte⁸. Ainsi, M. DREYER a-t-il estimé « *plus moral que juridique* » le refus de la Cour de cassation de considérer les prédispositions de la victime comme une cause étrangère⁹.

454. L'influence subjective des capacités de la victime. Inversement, les capacités de la victime peuvent être prises en compte afin d'établir le caractère fautif du comportement, ou de l'abstention, de l'agent. Elles donnent alors lieu à une appréciation subjective, puisqu'il sera précisément reproché à l'auteur de l'infraction ne n'avoir pas tenu compte des capacités de la victime dont il avait connaissance. Constituent ainsi des fautes pénales le fait d'affecter à une manœuvre délicate et potentiellement dangereuse un stagiaire inexpérimenté âgé de dix-huit ans¹⁰, de remettre les clés d'un véhicule à une personne en la sachant dépourvue de permis de conduire

¹ Art. 223-1 CP.

² Art. 221-6 à 221-7 CP.

³ Art. 222-19 à 222-19-2 CP.

⁴ Art. 222-20 à 222-21-2 CP et art. R. 625-2 CP.

⁵ Art. R. 622-1 et R. 625-3 CP.

⁶ Cf. *supra*, n° 442 et s.

⁷ Crim. 30 janvier 2007, *Bull. crim.* n° 23, *Dr. pén.* 2007, comm. 80, obs. M. VERON. V. dans le même sens, antérieurement à la loi du 10 juillet 2000, Crim. 14 février 1996, *Bull. crim.* n° 78 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 856, obs. Y. MAYAUD.

⁸ Sur laquelle cf. *infra*, n° 553 et s.

⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 733.

¹⁰ Crim. 6 décembre 2005, *Bull. crim.* n° 314 ; *JCP G* 2006, IV, 1041.

et en état d'ébriété¹, ou encore le fait pour un chirurgien de ne pas tenir compte des risques de thrombose présentés par la victime en raison de son âge et de ses antécédents médicaux². Lorsqu'il est attendu de l'agent qu'il tienne compte des capacités de la victime, celles-ci donnent logiquement lieu à une appréciation subjective. Il s'agit en effet d'établir subjectivement une faute de la part de l'auteur de l'infraction.

455. La tentation d'une appréciation objective des capacités de la victime. Néanmoins, la jurisprudence fait parfois preuve de sévérité, notamment à l'encontre des professionnels dont elle a tendance à considérer qu'ils « ne pouvaient pas ne pas savoir ». En pareil hypothèse, si l'agent tente de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant son absence de connaissance de la capacité de la victime, le juge objectera qu'il n'a pas pu ou n'aurait pas dû l'ignorer. La capacité de la victime donne donc lieu à une appréciation quasiment objective. Un exemple peut en être implicitement donné par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 12 janvier 2010³. Un enseignant d'un centre de formation professionnelle de jeunes majeurs, se voyait reproché son défaut de surveillance, ayant laissé partir, à l'issue d'un repas de classe, l'un de ses élèves ivre dans une voiture au volant de laquelle il s'était tué peu après. Dans son pourvoi contre l'arrêt d'appel ayant retenu à son encontre une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, l'enseignant fit valoir qu'il n'avait relevé chez l'élève en question aucun comportement anormal ayant pu lui laisser croire que le jeune homme se trouvait en état d'ébriété. La chambre criminelle ne répondit point à cet argument et sembla donc valider le raisonnement de la Cour d'appel qui avait estimé que l'enseignant ne pouvait ignorer le danger de la consommation d'alcool chez les jeunes. En raison de sa profession, l'agent devait être sensibilisé à cette question et n'aurait pas dû ignorer le risque couru par la victime. Cela revient à estimer que l'agent aurait nécessairement dû surveiller la nature et la quantité des consommations de ses élèves. Il ne pouvait en ignorer le risque, bien que l'élève ne présentât pas de signes extérieurs d'ébriété⁴. Cette tentation d'appréciation objective se rencontre également lorsque le comportement de la victime doit être apprécié subjectivement.

2) L'influence mixte du comportement de la victime

456. L'influence du comportement de la victime sur l'appréciation de la faute de l'agent. Le comportement de la victime peut à l'évidence participer à la survenue du dommage, mais il s'agit alors davantage d'une question de causalité que d'appréciation de la faute de l'agent. En conséquence, ce qui importe n'est pas la connaissance qu'avait l'agent du comportement de la

¹ Crim. 14 décembre 2010, *Bull. crim.* n° 200 ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 96, obs. Y. MAYAUD.

² Crim. 29 octobre 2002, *Bull. crim.* n° 196.

³ Crim. 12 janvier 2010, *Bull. crim.* n° 5 ; *Rev. sc. crim.* 2010, p. 134, obs. Y. MAYAUD ; *AJ Pénal* 2010, p. 241, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

⁴ Dans le même sens, V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, obs. préc.

victime, mais l'importance de ce comportement dans l'enchaînement causal qui a conduit à la survenue du dommage. Cependant, l'appréciation du caractère fautif du comportement de l'agent impose parfois de déterminer dans quelle mesure il a pu anticiper le comportement de la victime. La faute peut ainsi résider dans le fait de ne pas avoir pris les mesures permettant d'empêcher autrui d'adopter un comportement à risque. Par son inaction, l'agent expose autrui à un risque dont la réalisation conduira à retenir sa responsabilité pénale. L'appréciation de la faute de l'agent suppose alors de déterminer dans quelle mesure il devait anticiper le comportement de la victime, ce qui dépend de la nature de l'obligation pesant sur lui.

457. Manquement à une obligation de moyen et appréciation subjective. Lorsque l'obligation de prévenir la survenue d'un dommage à autrui pesant sur l'agent est une simple obligation de moyen, il appartient au juge d'apprécier la qualité des moyens qu'il a mis en œuvre dans ce but. L'être humain étant doué de raison, le simple fait d'avertir les victimes potentielles du risque encouru peut être suffisant. Lorsque la victime passe outre les mises en garde de l'agent, son imprudence semble alors devenir la cause exclusive du dommage. De l'agent, on peut attendre qu'il tienne compte de la nature des victimes potentielles afin d'anticiper leur comportement. Interdire l'accès à un lieu dangereux par le biais de pancartes indicatives peut suffire face à des adultes, une barrière est plus indiquée en présence d'enfants. Le comportement de la victime doit donc être subjectivement anticipé par l'agent, ce dont il peut être donné plusieurs exemples.

458. Exemples variés d'appréciation subjective. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi accepté la condamnation du président d'une société n'ayant pas prévu de formation et de mise en place d'indications sur l'accès à une cuve contenant des vapeurs toxiques alors qu'un salarié pouvait être amené à y intervenir¹. A également été validée la condamnation d'une société suite au décès d'un salarié, tombé d'une passerelle rongée par la rouille et le passage des ans². Certes, un garde-corps en interdisait l'accès, mais celui-ci, d'une hauteur d'1m20, était « aisément franchissable » et n'était accompagné d'aucune signalisation. Selon la Cour, « la présence d'un garde-corps d'une hauteur appropriée jumelée avec une signalisation attirant l'attention de l'utilisateur sur le danger encouru, auraient été très dissuasifs ». En matière d'enseignement, une enseignante a été relaxée suite au décès d'un élève, autorisé à se rendre aux toilettes où il s'était pendu par jeu, entraînant son trépas. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, avaient considéré que l'enseignante n'avait commis aucune faute, étant donné qu'elle ignorait que l'enfant se livrait à ce type de jeu dangereux³. Les derniers exemples cités concerneront les sports d'hiver. La jurisprudence a

¹ Crim. 16 janvier 2001, *Bull. crim.* n° 15.

² Crim. 20 juin 2006, *Bull. crim.* n° 188 ; D. 2007, p. 617, note J.-C. SAINT-PAU ; *JCP G* 2006, II, 10199, note E. DREYER.

³ Crim. 10 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 223.

affirmé que seul incombait au responsable d'un domaine skiable le balisage des pistes et le marquage des pistes, ce dernier ne pouvant donc être tenu responsable d'un accident subi par un skieur pratiquant le hors-piste¹. Le balisage doit cependant être voyant et adapté afin de ne pas mettre en danger « *des skieurs normalement prudents et attentifs* »².

459. Manquement à une obligation de résultat et appréciation objective. L'appréciation réalisée par la jurisprudence est assez casuistique. Conformément aux dispositions de l'article 121-3 du Code pénal, la faute est appréciée au regard des compétences de l'agent, des moyens dont il dispose, mais également de sa capacité à anticiper le comportement des victimes potentielles. Les solutions sont parfois sévères et certains arrêts semblent ainsi consacrer des obligations de sécurité de résultat. La simple survenance d'un dommage établit la faute et qu'importe que le comportement de la victime soit particulièrement inadapté. Antérieurement à la loi du 10 juillet 2000, le directeur des services techniques d'une commune a ainsi vu sa responsabilité engagée suite à l'accident survenu sur un chantier bien que l'accident soit du au fait que la victime, technicien municipal, n'avait pas respecté les règles de sécurité élémentaires³. Postérieurement à cette loi, il a par exemple été jugé que le fait d'avoir expressément interdit au salarié d'une centrale nucléaire d'accéder à une zone particulière irradiée ne suffit pas à exonérer le directeur de la centrale de sa responsabilité pénale si celui-ci s'y rend néanmoins, faute d'un dispositif rendant matériellement impossible l'accès à la zone⁴. Il est étonnant, eu égard à la nature extrêmement particulière des lieux, qu'une observation stricte des consignes ne puisse être attendue des personnes qui y travaillent. Dans de tels arrêts, l'obligation de résultat qui semble reconnue conduit à une appréciation objective du comportement de la victime, puisque les limites de ce que l'agent pouvait en prévoir sont sans effet sur la faute.

Conclusion du chapitre second

460. La subjectivité renforcée à des fins de respect de l'égalité. Comme tout principe, celui qui commande l'appréciation subjective des caractéristiques et du comportement de la victime connaît quelques exceptions. Il serait même plus exact d'évoquer des adaptations du principe, adaptations destinées à permettre de sauvegarder la cohérence de l'ensemble normatif face à des hypothèses spécifiques. La première de ces hypothèses concerne la prise en considération légale de critères potentiellement discriminatoires tels que la fonction exercée par la victime ou encore ses appartenances. Lorsque la loi accroît la sanction pénale en cas d'atteinte à

¹ Crim. 28 septembre 1993, *D.* 1995, p. 59, obs. A. LACABARATS.

² TGI Albertville, ch. corr., 24 mars 2003, *Gaz. Pal.* 21 août 2003, n° 233, p. 10, note. P. BATTISTINI.

³ Crim. 22 février 1995, *Bull. crim.* n° 82.

⁴ TGI Valence, 4^e ch. corr., 26 juin 2001, n° 01-475 ; *BICC* n° 554 du 15 avril 2002, n° 400.

certaines catégories de personnes, il importe de s'assurer que de telles différenciations ne portent pas atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale. La subjectivité est alors renforcée par l'exigence d'une référence aux motifs et motivations de l'auteur de l'infraction. La répression dépend alors de la preuve de ce que la caractéristique de la victime a motivé le passage à l'acte de l'agent. Dès lors, cette répression perd son caractère automatique, seule l'intention de l'agent la justifie. Par conséquent, la seule appartenance à une catégorie spécifiquement mentionnée par la loi ne suffit pas à garantir à l'individu une protection pénale supérieure automatique et l'égalité se trouve préservée.

461. La subjectivité dégradée à des fins probatoires. Reste que la subjectivité, qu'elle soit simple ou renforcée, augmente les exigences probatoires, et par là même complique la répression. L'appréciation subjective des éléments relatifs à l'établissement et la mesure de la faute pénale est nécessaire et évidente, elle découle naturellement de la conception subjective de la responsabilité pénale professée en droit français. Elle n'est cependant pas imposée lorsqu'il s'agit d'apprécier la nature et la gravité de l'atteinte aux valeurs sociales causée par l'infraction. C'est pourquoi le droit autorise exceptionnellement à ne pas tenir compte de l'état d'esprit de l'auteur de l'infraction en matière d'atteintes volontaires à l'intégrité physique et d'atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique. L'influence de la victime y demeure subjective lorsqu'il s'agit d'apprécier la faute pénale, qu'elle soit intentionnelle ou non. En revanche, les caractéristiques et comportements de la victime susceptibles d'influer sur la gravité du résultat sont appréciés objectivement, sans référence à la volonté ou à la connaissance qu'en avait l'agent. Le principe général d'appréciation subjective de l'influence de la victime rencontre ici sa limite inférieure.

Conclusion du titre second

462. Le principe de la subjectivité garantissant l'égalité. Lorsque la loi pénale se réfère à certaines caractéristiques de la victime, elle crée une différenciation, *a priori* synonyme de rupture de l'égalité devant la loi pénale. Le principe d'égalité oblige à ne pas traiter différemment des situations semblables et permet, impose même parfois, d'apporter une solution différente à des situations dissemblables. Appréciables subjectivement, ces caractéristiques ne sont prises en considération qu'à la condition d'avoir été connues de l'auteur de l'infraction, ce qui garantit que l'agent se trouve bien dans une situation différente. La conscience qu'il a de la nature ou de la gravité de l'atteinte qu'il porte à une valeur sociale protégée justifie alors que son acte donne lieu à une réponse pénale spécifique. L'existence et la nature de l'infraction peuvent en effet dépendre des caractéristiques, du comportement ou de la situation de la victime. Une fois l'infraction constituée, sa gravité pourra également varier, notamment si elle a été commise à l'encontre d'un mineur ou d'une personne particulièrement vulnérable. Il s'agit là de distinctions pénalement significatives, par opposition à celles que dédaigne la norme pénale parce qu'elles ne renvoient pas à une situation différente de la victime, et donc de l'agent. L'égalité souffrirait d'une distinction érigée au sein du genre humain ou entre membres du corps social. De telles distinctions ne sauraient donc être rachetées par la subjectivité. Le principe de subjectivité rencontre là ses limites spatiales.

463. Les adaptations de la subjectivité. À ces limites spatiales se rajoutent les limites matérielles d'un principe que législateur et jurisprudence savent adapter aux circonstances. La subjectivité est renforcée lorsqu'une atteinte à l'égalité pourrait résulter de la prise en compte de certaines caractéristiques de la victime, notamment celles qui relèvent de ses choix personnels. En exigeant alors non seulement que l'agent ait eu connaissance de la caractéristique considérée, mais encore qu'elle ait motivé son passage à l'acte, la loi pénale assure que la réponse pénale ne varie pas en fonction du choix effectué par la victime mais bien de l'état d'esprit de l'agent. À l'inverse, la subjectivité peut être dégradée afin de tenir compte des difficultés probatoires que suscite la nécessité, pour les autorités de poursuite, de rapporter la preuve de l'état des connaissances de l'agent. Certains critères tels que la fonction exercée par la victime, ou sa particulière vulnérabilité, sont ainsi irréfragablement présumés connus de l'agent lorsqu'ils sont apparents. Certains critères, qui n'ont d'influence que sur l'étendue du dommage causé par l'infraction, et non sur l'appréciation de la faute de l'agent, peuvent même être appréciés objectivement.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

464. La victime et les valeurs protégées. Le régime juridique de la victime en droit pénal substantiel découle majoritairement du lien qu'entretient la victime d'une infraction avec la valeur sociale que l'incrimination correspondante se donnait pour mission de préserver. Certaines de ses valeurs, la vie, l'honneur, la propriété par exemple, n'existent qu'incarnées dans des individus pour lesquels elles représentent des intérêts pénalement protégés. De telles valeurs n'existent pas que chez la personne physique, aussi rien ne s'oppose-t-il à ce que certaines choses soient considérées comme des victimes pénales substantielles, bien que la personne juridique, cet « autrui » si fréquemment évoqué par le Code pénal, soit la victime désignée dans une majorité d'incriminations. Plus encore que la personne juridique, la personne humaine voit son indéniable importance reconnue par le législateur qui veille à ce que ces intérêts soient les mieux protégés en incriminant des comportements qui ne peuvent être commis qu'à son encontre.

465. La victime et l'appréciation subjective. Le droit pénal français repose sur une conception subjective de la responsabilité pénale, c'est-à-dire sur la mesure de l'hostilité ou de l'indifférence de l'auteur de l'infraction à l'encontre des valeurs sociales protégées. L'agent doit donc avoir conscience de la valeur sociale à laquelle il porte atteinte. Il en résulte que la victime exerce une influence subjective sur la qualification infractionnelle et la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction. Cela signifie que l'influence pénale des caractéristiques et comportements de la victime est subordonnée à leur connaissance par l'auteur de l'infraction. Puisque la valeur sociale s'incarne dans la victime, l'agent doit avoir conscience de l'existence de cette dernière. La nature de la victime déterminant la nature de la valeur sociale protégée, le délinquant sera sanctionné à l'aune de la connaissance qu'il en aura. L'appréciation subjective focalise la répression sur l'état d'esprit de l'agent, ce qui révèle un droit pénal axé sur la liberté individuelle et la responsabilité personnelle, mais également soucieux de ne pas rompre l'égalité entre des victimes que leurs qualités ne suffisent pas à distinguer.

466. L'inexistence matérielle de la victime. L'atteinte subie par la victime de l'infraction doit correspondre intellectuellement et matériellement à l'atteinte à la valeur sociale protégée par l'incrimination. Or, cette atteinte à la valeur protégée constitue le résultat pénal de l'infraction, qui ne doit pas être confondu avec le seuil de consommation de ladite infraction. Le résultat pénal est un élément constitutif de l'infraction, ce dont il résulte qu'elle ne se conçoit pas en l'absence d'une telle atteinte à la valeur protégée. Bien sûr, dans le cas d'une infraction formelle, cette atteinte peut n'être qu'abstraite. Elle n'en est pas moins requise et par conséquent, l'infraction est

nécessairement commise sur une victime. En l'absence d'une victime, au moins potentielle, l'infraction est impossible et devrait en bonne logique échapper à la répression. En effet, les règles légales et prétoriennes gouvernant la tentative rendent parfaitement artificielle la sanction de l'infraction impossible sur ce fondement. L'infraction ne peut être ni commise ni tentée lorsqu'il n'y a matériellement aucune victime à atteindre. S'il doit exister une valeur sociale protégée, alors il doit exister une victime.

467. L'inexistence juridique de la victime. Réciproquement, la qualification infractionnelle est exclue lorsqu'il n'y a aucune valeur sociale à laquelle porter atteinte. Sans valeur protégée, l'infraction disparaît, emportant avec elle dans le néant la responsabilité pénale de l'agent et la qualification de victime. Celle qu'on ne peut alors qualifier que de « personne visée par les actes de l'agent » peut être l'artisan de cette perte de protection pénale, soit qu'elle ait consenti à ce qu'il soit porté atteinte à une valeur dont elle a la disposition, soit que son comportement agressif justifie une défense nécessaire et proportionnée. Consentement pénalement effectif de la personne visée et légitime défense sont des hypothèses dans lesquelles la qualification infractionnelle est exclue en raison de l'influence de celle qui en aurait été la victime.

468. La victime et la subjectivité renforcée. Enfin, la victime est parfois le média par lequel le législateur intègre une valeur sociale à la norme pénale. Par la référence aux fonctions exercées par la victime, le législateur permet la protection indirecte de certaines activités publiques ou parapubliques, des activités intéressant l'intérêt général¹. Par la référence aux appartenances de la victime, le législateur permet de sanctionner les tendances inégalitaires, la volonté d'instaurer d'inacceptables distinctions au sein du genre humain, le fait de « tuer quelqu'un sous prétexte qu'il est né »². La victime n'est alors que le support de cette valeur, valeur derrière laquelle elle s'efface d'ailleurs. En effet, la loi pénale impose ici la prise en compte des motifs et motivations de l'agent, composantes du mobile de l'infraction, entendus comme ce qui l'a poussé à commettre les faits à l'encontre de telle victime déterminée. Du fait de cette subjectivité renforcée, la victime importe moins que l'image que s'en faisait l'auteur. Les motifs et motivations de ce dernier justifient seuls l'adaptation de la répression, ce qui exclue la rupture de l'égalité qui résulterait du pouvoir reconnu à la victime de se préconstituer sa circonstance aggravante en choisissant telle profession ou en affectant telle croyance.

469. Le rôle de la victime dans la norme pénale. L'influence subjective de la victime présente d'indéniables avantages, ce qui explique que ce principe ne connaisse que des exceptions limitées. Soucieux de ne pas entraver la répression, le législateur dégrade quelque fois la

¹ Cf. *infra*, n° 580 et s.

² A. FROSSARD, *Le crime contre l'humanité*, Laffont, 1987, cité par M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 477.

Conclusion de la première partie

subjectivité au profit d'une subjectivité présumée, voire d'une complète objectivité. Bien encadrées, ces exceptions ne sauraient toutefois remettre en cause un principe général qui témoigne *in fine* de la vocation du droit pénal. Avec les autres branches du droit, le droit répressif partage une finalité commune, la protection des valeurs sociales jugées essentielles par le législateur. La victime constitue alors le vecteur par lequel le droit pénal intègre ces valeurs à la norme afin de participer à cette commune finalité. À la différence des autres branches du droit, le droit pénal se voit assigner un objet spécifique. Là où les autres disciplines juridiques ont plus à cœur d'exprimer et de protéger directement les valeurs sociales essentielles, le droit criminel en assure une protection indirecte. Son objet n'est en effet pas la protection, mais la sanction des atteintes coupables les plus importantes que peuvent subir ces valeurs. Sanctionner par référence à une culpabilité suppose une approche subjective de la responsabilité et donc de l'influence de la victime. Par ailleurs, cet objet spécifique du droit pénal explique qu'il bénéficie d'une autonomie, laquelle s'exprime notamment par le caractère spécifique des critères d'influence de la victime.

Conclusion de la première partie

SECONDE PARTIE

LA SPÉCIFICITÉ PÉNALE DES CRITÈRES D'INFLUENCE DE LA VICTIME

470. À l'évidence, le droit pénal n'est pas le seul à connaître la notion de victime, ni même le seul à traiter la question des victimes d'infractions pénales. Ces dernières peuvent ainsi parfaitement agir devant les juridictions civiles afin de faire engager la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction. Pourtant, le droit pénal n'assure pas le même objet que les autres branches du droit, aussi aborde-t-il les différentes notions auxquelles il s'intéresse de manière spécifique. La notion de victime n'échappe pas à cette règle, c'est pourquoi son influence en droit pénal s'opère sur la base de critères autonomes, propres à cette matière juridique (**Titre premier**). D'une telle autonomie il découle que ces critères sont tout imprégnés de la logique d'une branche du droit historiquement et intellectuellement centrée sur le seul auteur de l'infraction. En conséquence, les critères d'influence de la victime sont affectés, en droit pénal substantiel, d'un certain manque de cohérence (**Titre second**).

TITRE PREMIER

L'AUTONOMIE DES CRITÈRES PÉNAUX D'INFLUENCE DE LA VICTIME

471. Affirmer l'autonomie des critères d'influence de la victime consacrés par le droit pénal revient à poser en principe que ces critères ne recourent pas nécessairement ceux auxquels se réfèrent les autres branches du droit. Il arrive ainsi que l'influence de la victime obéisse, en droit pénal, à des critères inconnus des autres branches du droit (**Chapitre premier**). Autonomie ne signifie cependant pas opposition systématique, aussi rien ne s'oppose à ce que le droit pénal se réfère à des critères juridiques d'origine extra-pénale sans perdre son autonomie. Dans une telle hypothèse, l'intégration de la norme extra-pénale dans la norme pénale ne prive pas cette dernière de son autonomie. Cette autonomie peut alors se manifester par le dépassement des distinctions issues de la norme extra-pénale. Les critères d'origine extra-pénale sont alors rassemblés au sein d'une catégorie juridique propre au droit pénal (**Chapitre second**). Présenter et expliquer ces manifestations de l'autonomie des critères d'influence de la victime en droit pénal suppose au préalable d'en comprendre l'origine. Pour que le droit pénal puisse s'appuyer sur des critères autonomes d'influence de la victime, il est nécessaire qu'il ne soit pas tenu d'adopter les critères établis par des branches juridiques extra-pénales. Cela implique soit que les conceptions extra-pénales ne s'imposent pas nécessairement à la norme répressives, soit qu'en l'absence de concepts extra-pénaux existants, le droit pénal puisse édicter ses propres concepts. Ainsi, démontrer l'autonomie des critères pénaux d'influence de la victime suppose au préalable d'établir l'autonomie et la normativité du droit pénal (**Section préliminaire**).

Section préliminaire

Normativité et autonomie du droit pénal

472. Le lien entre normativité et autonomie du droit pénal. Considérer que le droit pénal peut présenter des critères autonomes d'influence de la victime suppose que cette discipline juridique elle-même soit dotée d'autonomie, ce qui implique de prendre part à un vieux débat. En effet, les notions et concepts employés par le droit pénal peuvent être mentionnés dans d'autres branches du droit¹, voire en être issus. De cette constatation est résultée la question de savoir si le droit pénal doit alors tenir compte des définitions et conceptions de la branche d'origine des notions mentionnées dans le texte pénal. Les auteurs qui se sont penchés sur cette interrogation l'ont couplée à la question de la nature du droit pénal. Si le droit pénal est une discipline normative, cela signifierait qu'il définit lui-même ses propres normes et par conséquent les notions auxquelles elles se réfèrent. Un droit pénal normatif serait donc nécessairement autonome. À l'inverse, si le droit pénal présente simplement un caractère sanctionnateur, il n'aurait pour rôle que de sanctionner la violation de normes préexistantes et définies par d'autres branches du droit. Il en emprunterait alors les conceptions et définitions, ce qui conduirait à le considérer comme un droit auxiliaire ou subsidiaire. En la matière, les positions de la doctrine peuvent être réparties entre trois catégories.

473. Les théories défendant le caractère purement sanctionnateur du droit pénal. La première catégorie rassemble les auteurs selon lesquels le droit pénal n'aurait vocation qu'à sanctionner le non respect de normes extérieures. Cette position avait les faveurs de philosophes tels que ROUSSEAU, dont la célèbre phrase sur les lois criminelles « *qui dans le fond sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* »², fut notamment reprise par PORTALIS dans son discours de présentation du Code civil. En raison de cet auguste patronage, elle avait également été mise en avant par les Révolutionnaires français³. DURKHEIM considérait également les lois pénales comme « la constatation tacite ou expresse » d'une norme préexistante dont elles

¹ L'expression de « branche du droit » est employée ici, comme elle le fût et le sera tout au long de cette étude, en raison de son caractère didactique : tout juriste perçoit parfaitement à quelles divisions du droit elle renvoie. Il faut néanmoins reconnaître que l'image n'est pas des plus heureuses, ainsi que l'a montré M. GRUA : en raison de l'omniprésence du règles communes, la structure du droit évoque bien davantage une carte de géographie, ou encore un paysage vu du ciel, plutôt qu'un tronc commun se ramifiant en différentes branches (F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD Civ.* 1993, p. 59).

² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre II, Chapitre XII, Le Livre de Poche, coll. Les Classiques de la Philosophie, 1996 [1762], pp. 84-85.

³ En ce sens, V. J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e éd., 2012, n° 114 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipse, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 80.

ne font que sanctionner l'inobservation¹. Dans la doctrine actuelle, cette conception du droit pénal est essentiellement défendue par M. DREYER, qui considère que cette discipline n'a « *aucun caractère normatif* »² et, partant, ne devrait avoir aucune autonomie³. Une telle conception aurait pour conséquence d'imposer au droit pénal la reprise des concepts issus d'autres branches du droit. Tous les critères d'influence de la victime devraient ainsi être appréciés conformément à la définition qu'en donne leur branche d'origine. De nombreux auteurs ne partagent cette opinion de manière partielle.

474. Les théories mixtes défendant le caractère sanctionnateur et normatif du droit pénal. Une partie significative de la doctrine a tendance à considérer que le droit pénal présente alternativement un caractère sanctionnateur et un caractère normatif, en fonction des incriminations considérées. Les membres de ce courant estiment que le droit pénal est principalement sanctionnateur, qu'il est le « gendarme du droit »⁴, mais accessoirement normatif lorsqu'exceptionnellement, il assure la sanction du non respect d'une obligation qui ne figure pas dans une autre branche du droit⁵. Certaines incriminations seraient donc purement sanctionnatrices tandis que d'autres seraient porteuses de normes. L'exemple le plus souvent cité à ce titre est la non-assistance à personne en péril⁶ générant une obligation de porter secours à autrui. Parmi ces auteurs, certains présentent cet état du droit comme le résultat d'une évolution historique. Le droit pénal aurait ainsi été normatif des origines, où le droit se résumait peu ou prou au droit pénal, jusqu'à la Révolution française marquant l'avènement d'un droit pénal essentiellement sanctionnateur⁷. De ce courant mixte se rapproche, pour d'autres raisons, Mme THELLIER DE PONCHEVILLE, qui considère que le droit pénal est à la fois sanctionnateur⁸ et normatif dans la mesure où il ne se réduit pas à ériger des sanctions pénales⁹. Ces théories mixtes conduiraient à reconnaître au droit pénal la faculté de créer des concepts propres en l'absence de concepts extra-pénaux. Certains critères d'influence de la victime seraient alors spécifiques au droit pénal. Toutefois, lorsque le droit pénal ferait référence à un critère issu d'une autre branche du droit, l'interprétation pénale de ce critère serait entièrement dépendante des interprétations extrapénales.

¹ V. É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 2004 [1893], p. 41, cité par E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2^e éd., 2012, n° 77, p. 53, note n° 223.

² E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 77. V. également E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, Lexis Nexis, 2012, p. 247.

³ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 86 et s.

⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 147.

⁵ En ce sens, V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 31 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^e éd., 2009, n° 43 et s. ; J. LEROY, *Droit pénal général*, op. cit., n° 114 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1*, op. cit., n° 147 et 148 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009, n° 72 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 8§3.

⁶ Art. 223-6 al. 2 CP.

⁷ En ce sens, V. J. LEROY, *Droit pénal général*, op. cit., n° 114 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 80.

⁸ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010, n° 160.

⁹ *Ibid.*, n° 170 et s.

475. Les théories en faveur de la normativité du droit pénal. Enfin certains auteurs défendent le caractère entièrement normatif du droit pénal en observant que cette branche du droit ne se contente pas de décrire ce qui est mais impose ce qui doit être¹. MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON relèvent ainsi que « [l]oin d'être le simple réceptacle passif des valeurs déterminées par les autres branches du droit, il crée en effet ses propres normes en déterminant des biens juridiques spécifiques et donne naissance ainsi à des obligations qui n'ont pas d'équivalent dans le reste du système juridique [...] même lorsqu'il paraît recevoir en son sein les valeurs consacrées par d'autres disciplines (la propriété, les créances, etc.), il a en fait effectué au préalable un choix entre celles qui méritaient sa protection et les autres, choix qui est en lui-même normatif. »². Pour autant, ces auteurs ne nient pas que le droit pénal ait une vocation, une mission sanctionnatrice. Il ne s'agit cependant là que d'une considération technique conduisant le droit pénal à tenir compte des conceptions extra-pénales lorsqu'il assure la défense d'une institution qui lui est extérieure. Cette position n'exclue d'ailleurs pas une certaine autonomie technique due à la mission propre du droit pénal³. Cette position, que M. CONTE défendait déjà dans ses premiers écrits⁴, mérite pleinement d'être approuvée.

476. Le droit pénal comme instrument étatique autonome de direction des conduites humaines. À l'instar des autres branches du droit, le droit pénal participe à l'organisation de la société, à la reconnaissance et à la protection des valeurs sociales. Il en résulte que les notions qu'il aborde et les valeurs qu'il consacre sont également connues d'autres branches du droit. Certains critères d'influence de la victime, tels que la minorité de la victime ou la nature des fonctions qu'elle exerce, sont connus d'autres branches du droit. Néanmoins, le droit pénal se caractérise par un objet extrêmement spécifique, puisqu'il n'assure qu'indirectement la protection de ces valeurs, par la sanction des atteintes les plus graves qui peuvent y être portées. Ayant constaté ces points, les théories contestant la normativité du droit pénal en concluent qu'il n'est que sanctionnateur. Si l'objet spécifique du droit pénal est effectivement sanctionnateur, cela ne conduit nullement à le priver de sa normativité car sa finalité, qu'il partage avec les autres branches du droit, est marquée par la volonté de régir les conduites humaines. Le droit pénal présente donc une dimension normative (I), laquelle conduit à lui octroyer une réelle autonomie, terme qui ne devrait susciter aucune crainte particulière dès lors qu'il est bien compris qu'il s'agit de l'autonomie du droit pénal en tant qu'il est issu d'un législateur indépendant (II).

¹ En ce sens, PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7^e éd., 2004, n° 28 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012, n° 3.

² PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 31.

³ *Ibid.*, n° 32.

⁴ PH. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1984, n° 645 et s.

I – LA NORMATIVITÉ DU DROIT PÉNAL DÉCOULANT DE SA FINALITÉ

477. L’opposition sur la définition de la normativité. Comme bien souvent lors d’un débat scientifique, l’opposition entre auteurs résulte principalement d’un désaccord sur la définition des termes du sujet, en l’occurrence sur ce qu’il faut entendre par « normativité d’un droit ». Les oppositions à la reconnaissance de la normativité du droit pénal découlent d’une conception restrictive de la normativité. Cette conception contient des faiblesses et incohérences conduisant à l’écarter (A). Le droit pénal doit être considéré comme nécessairement et intégralement normatif, sans qu’il y ait lieu de distinguer selon les incriminations, dès lors qu’est retenue une approche large de la normativité (B).

A/ LA NÉCESSAIRE NORMATIVITÉ DU DROIT PÉNAL

478. Envisager le droit pénal comme un droit sanctionnateur revient à considérer les comportements incriminés comme des violations de normes extra-pénales préexistant au texte d’incrimination. Or, cette conception se heurte au fait qu’il est fréquemment impossible d’identifier une telle norme (1). Par ailleurs, dénier toute normativité au droit pénal irait à l’encontre des conceptions doctrinales et jurisprudentielles qui attachent ce caractère à la loi du fait même qu’elle est loi (2).

1) L’impossible identification d’un interdit préexistant à la norme pénale

479. Selon M. DREYER, les interdits dont le droit pénal sanctionne la violation trouvent leur source « *dans la loi naturelle ou dans une loi civile qui identifie seule les intérêts à protéger* »¹. Pourtant, il ne semble pas qu’un tel interdit puisse être découvert, que ce soit dans d’autres branches du droit positif (a) ou dans le droit naturel (b).

a) L’impossible identification dans le droit positif

480. L’impossibilité générale d’établir des normes extra-pénales antérieures. Il est certain que le droit pénal n’interdit aucun comportement, mais se contente d’en sanctionner certains d’une peine. Cependant, le fait que l’interdit n’apparaisse pas explicitement dans la loi pénale, ne signifie pas pour autant qu’il figure en toutes lettres dans une norme extra-pénale antérieure à l’incrimination. Ainsi, l’interdiction de porter atteinte à la vie ou à l’intégrité physique figure bien, par exemple, aux articles 16 et suivants du Code civil, spécialement à l’article 16-1 alinéa 2 de ce Code disposant que le corps humain est inviolable. Cependant, ces dispositions ne

¹ E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », op. cit., n° 3, p. 247.

furent créées qu'en juillet 1994¹, soit postérieurement à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du Code pénal, fort longtemps après le Code pénal de 1810 et extrêmement longtemps après qu'ait été décidé pour la première fois de sanctionner pénalement les homicides et violences. Ceci explique probablement que MM. MERLE et VITU, ainsi que Mme RASSAT, comptent l'obligation de respecter la vie humaine au nombre des obligations d'origine pénale². Plus généralement, il faut ici rappeler avec Mme RASSAT³ et M. LEROY⁴ que le droit des premiers âges se résumait à des dispositions pénales. Lorsqu'il fixe une incrimination, le droit pénal se dispense donc fort bien d'autres normes positives.

481. Les impossibilités d'établir des interdits extra-pénaux explicites. Par ailleurs, il est fréquent que les normes extra-pénales n'expriment pas davantage d'interdit que la loi pénale. Or, considérer le droit pénal comme sanctionnateur suppose de considérer qu'il assure la violation d'un interdit posé dans une autre norme, et non simplement l'atteinte à une valeur instaurée par une autre norme⁵. Ainsi, la protection pénale de la propriété est fréquemment présentée comme l'archétype de la disposition pénale purement sanctionnatrice. Il est bien évident que la propriété, en tant qu'institution juridique, est issue du droit civil. Pourtant, le Code civil, lorsqu'il définit la propriété à l'article 544 et lorsqu'il la régit aux articles suivants, ne mentionne jamais expressément l'interdiction de porter atteinte à la propriété d'autrui. Tout au plus faut-il relever qu'en matière mobilière, le second alinéa de l'article 2276 du Code civil ouvre au propriétaire dépossédé de son bien une action en revendication. Il est dès lors étrange de considérer que l'interdiction peut être implicitement contenue dans une disposition extra-pénale consacrant la propriété mais non dans une disposition pénale sanctionnant l'atteinte à la propriété. Par ailleurs, la minorité de la victime est un critère repose sur une notion d'origine civile, la minorité étant définie à l'article 388 du Code civil. Cependant, aucune disposition du Code civil n'interdit spécifiquement l'atteinte à un mineur, interdiction dont la circonstance aggravante de minorité de la victime viendrait sanctionner la violation⁶. Tout au plus relèvera-t-on que l'alinéa 2 de l'article 371-1 du Code civil impose aux parents titulaires de l'autorité parentale d'en user pour assurer la protection de l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». Cette obligation, certes explicite, n'est applicable qu'aux seuls titulaires de l'autorité parentale. De la même façon, un auteur a cru percevoir dans les articles 1382 et 1383 du Code civil un interdit de causer un dommage à autrui, interdit dont le

¹ Par la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF* du 30 juillet 1994, p. 11056.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1*, op. cit., n° 148 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 83.

³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 80.

⁴ J. LEROY, *Droit pénal général*, op. cit., n° 114.

⁵ Si le droit pénal assure simplement la sanction d'une atteinte à une valeur née en dehors de lui, il lui appartient néanmoins de déterminer les caractéristiques de cette atteinte, c'est-à-dire les éléments constitutifs de l'infraction. Comme le relève M. CONTE, un tel choix est normatif (in *L'apparence en matière pénale*, op. cit., n° 650). Sur ce point, cf. *infra*, n° 490 et s. et n° 496 et s.

⁶ Sur le fondement de la prise en compte pénale de la minorité de la victime, cf. *infra*, n° 682 et s.

Code pénal se serait fait le garant au travers des incriminations de coups et blessures¹. L'affirmation est hautement discutable dans la mesure où les textes civils ne font explicitement mention d'aucune obligation. Ils se contentent d'obliger l'auteur d'un dommage à le réparer, de même que les textes pénaux obligent l'auteur d'une infraction à subir la peine correspondante. Si l'interdiction doit être déduite de la norme civile, alors elle peut également l'être de la norme pénale.

482. L'indifférence de la redondance juridique sur la normativité. L'incrimination de certains comportements résulte de ce qu'ils sont considérés comme gravement attentatoires à des valeurs jugées essentielles par le législateur. En raison de cette importance, les valeurs sociales dont le droit pénal assure la protection sont, en général, également évoquées et régies par d'autres branches du droit. Un tel état du droit n'est cependant que l'expression de ce que le droit pénal partage la finalité des autres disciplines juridiques, la protection des valeurs essentielles de la société. L'objet spécifique du droit pénal, c'est-à-dire la façon particulière dont il concourt à cet objectif commun, consiste effectivement à sanctionner des comportements antisociaux. Qualifier le droit pénal de droit sanctionnateur n'est donc pas inexact, mais lui dénier en conséquence toute normativité est excessif. Le droit forme un système cohérent, aussi les branches extra-pénales n'ont-elles pas le monopôle des valeurs qu'elles consacrent, et *a fortiori* des interdits qui en découlent implicitement. La normativité du droit pénal est encore plus flagrante lorsque l'interdit n'est posé par aucune autre branche du droit, ce qui conduit les partisans du caractère purement sanctionnateur du droit pénal à invoquer la loi naturelle.

b) L'impossible identification dans le droit naturel

483. L'intérêt de la référence au droit naturel pour les sanctionneurs. Les auteurs qui considèrent que le droit pénal a occasionnellement un caractère normatif appuient leur démonstration sur certaines incriminations sanctionnant la violation d'un interdit qui ne figure dans aucune autre norme positive. L'exemple le plus fréquemment évoqué est celui de l'incrimination d'omission de porter secours², puisqu'aucune autre branche du droit n'impose d'assister spontanément la personne en péril³. M. DREYER considère alors que de telles incriminations ne font que sanctionner la violation d'un interdit qui, s'il ne résulte pas d'une loi positive, relève au moins du droit naturel⁴. Dans le même sens, MM. MERLE et VITU observent qu'on pourrait considérer de telles incriminations comme « *sanctionnatrices par rapport à la loi*

¹ J. LEROY, *Droit pénal général*, op. cit., n° 114.

² Art. 223-6 al. 2 CP.

³ V. par ex. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 31 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 31 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1*, op. cit., n° 148 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 74 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 83.

⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 77 ; « La subsidiarité du droit pénal », op. cit., n° 3, p. 247.

morale »¹, avant d'observer que cette idée se heurte à l'existence d'incriminations telles que les atteintes à la sûreté de l'État ou la non-dénonciation de malfaiteurs qui seraient totalement inconnues de la loi morale².

484. La référence au droit naturel indifférente aux positivistes. L'objection élevée par ces illustres auteurs pourrait être dépassée en relevant qu'il est excessivement difficile de connaître le contenu exact du droit naturel, et plus encore celui de la morale qui varie en fonction de l'origine de celle-ci. Pourtant, même en admettant que toutes les incriminations non-évoquées par d'autres lois positives découlent effectivement du droit naturel, la question ne s'en trouverait pas résolue pour autant. En effet, et en premier lieu, l'existence même du droit naturel n'est pas admise par tous les juristes, loin s'en faut. En conséquence, tout positiviste dédaignera l'argument et, constatant que le droit pénal sanctionne la violation d'interdits inconnus des autres lois positives, devra admettre que le droit pénal présente un caractère normatif. En second lieu, une fois admise l'existence du droit naturel, une seconde objection peut être faite aux tenants de la thèse du caractère purement sanctionnateur du droit pénal.

485. La référence au droit naturel excessive pour les jusnaturalistes. La référence au droit naturel semble destinée par ses auteurs à priver de normativité les seules incriminations pénales ne renvoyant pas à une loi positive extra-pénale. Pourtant, cette invocation du droit naturel semble avoir des effets qui se révéleront nettement plus dévastateurs. Admettre que le droit naturel existe et que l'existence d'une règle de droit naturel prive *ab initio* de normativité la règle positive qui la consacre ne privera pas de normativité le seul droit pénal, mais la quasi-totalité du droit positif. Le droit naturel ne saurait exister sans traiter des personnes et de la famille, de la responsabilité et des relations contractuelles, de l'organisation de l'État, des relations internationales, etc. Seront donc dénués de normativité le droit des personnes et de la famille, le droit des obligations, le droit constitutionnel, le droit international, etc. Ce qui ne devait être qu'une « frappe chirurgicale » s'est donc transformé en « tapis de bombes », n'épargnant que les dispositions juridiques techniques que l'on peut trouver dans diverses branches telles que le droit de la consommation ou le droit de l'environnement³. Considérer qu'une norme de droit naturel préexiste à la norme positive est une chose, mais affirmer que cela prive cette règle positive de son caractère normatif en est une autre, et cet argument peut être étendu à la loi morale. La règle positive est certainement normative à l'égard du droit positif, puisqu'elle y crée une norme, fût-elle la traduction d'une norme naturelle. La loi pénale ne saurait donc perdre sa normativité au

¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*. T. 1, op. cit., n° 148.

² *Ibid.*

³ Si tant est, encore une fois, qu'il soit possible d'être certain que de telles questions soient exclues du contenu du droit naturel...

prétexte de l'existence d'un interdit équivalent dans la loi morale ou naturelle. La loi pénale est normative en tant qu'elle est une loi positive.

2) La nécessaire normativité attachée au concept même de loi

486. La nature légale des incriminations criminelles et délictuelles. Nul ne saurait contester qu'une large part des règles pénales est formellement issue de lois. Au terme de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, les règles concernant la détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables sont fixées par la loi. Le Code pénal reprend cette affirmation dans son article 111-2, réservant au règlement la détermination des contraventions. Qu'elles figurent dans le Code pénal ou dans d'autres corps législatif, les textes d'incrimination criminels et délictuels ont valeur législative. Or, comme le rappelle M. LIBCHABER, « *la loi se rattache au phénomène plus général du droit, ce dont il résulte qu'une loi ne peut être dite telle que si son contenu peut s'exprimer par une ou plusieurs normes.* »¹. Cette conception normative de la loi est partagée par les plus hautes autorités juridictionnelles, à commencer par le Conseil constitutionnel.

487. L'impérative normativité des lois pour le Conseil constitutionnel. Lors du discours qu'il prononça le 3 janvier 2005 à l'occasion de l'échange des vœux avec le Président de la République, Pierre MAZEAUD, alors Président du Conseil constitutionnel, annonçait que l'institution qu'il présidait était prête à « *censurer désormais les « neutrons législatifs »* »². Cette déclaration faisait suite à une première décision du Conseil constitutionnel déduisant de l'article 6 de la Constitution la nécessité pour une loi d'énoncer des règles et donc d'être dotée d'une portée normative³. La première censure fondée sur cette exigence résulta de la décision du 21 avril 2005⁴, la loi se trouvant désormais « *confinée à la norme* »⁵. Relativement à la matière pénale, l'absence de normativité d'une disposition législative conduisit le Conseil constitutionnel à invalider la loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi⁶. La censure résultait de qu'une loi ayant pour simple effet de « reconnaître » un crime de génocide n'ayant aucune portée

¹ R. LIBCHABER, « Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTD Civ.* 1999, p. 242.

² Pour des extraits du discours, V. P. MAZEAUD, « Actualité – La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP G* 2005, act. 70.

³ Cons. const. 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, décision n° 2004-500 DC. L'affirmation se trouve au douzième considérant. Quoique clairement affirmé, ce fondement ne fut pas déterminant de la déclaration de non-conformité partielle. Si le Conseil relève la « portée normative incertaine » d'une disposition, sa censure est fondée sur sa méconnaissance du principe de clarté et de l'exigence d'accessibilité de la loi.

⁴ Cons. const. 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, décision n° 2005-512 DC.

⁵ G. GLENARD, « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA* 2005, p. 922.

⁶ Cons. const. 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, décision n° 2012-647 DC ; *Rev. sc. crim.* 2012, p. 179, note J. FRANCILLON. Sur cette décision, V. également F. BRUNET, « De la censure constitutionnelle de la loi « visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi » », *Rev. sc. crim.* 2012, p. 343.

normative, elle ne peut justifier une atteinte à la liberté d'expression résultant de la répression d'une remise en cause de cette qualification¹. La Cour de cassation adopta une position similaire.

488. L'impérative normativité des lois pour la Cour de cassation. La chambre criminelle de la Cour de cassation fut amenée à prendre partie sur la question à propos du délit d'apologie de crime contre l'humanité². Un individu avait tenu des propos défendant de prétendus « bons côtés » de l'esclavage tel qu'il avait été pratiqué dans les colonies françaises. Il avait alors été poursuivi et condamné pour apologie de crimes contre l'humanité sur le fondement de l'article 1^{er} de la loi du 21 mai 2001³, dite « Loi Taubira », disposant que la République française reconnaît que la traite négrière et l'esclavage pratiqué contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent des crimes contre l'humanité. Statuant sur le pourvoi formé par le prévenu, la chambre criminelle de la Cour de cassation relève un moyen d'office et casse la décision des juges du fond en affirmant dans un attendu de principe qu'une disposition législative reconnaissant un crime contre l'humanité est dénuée de la portée normative attachée à la loi et ne peut caractériser l'élément constitutif du délit d'apologie⁴.

489. L'impérative normativité des lois étendue aux lois pénales d'incrimination. Dans les deux cas évoqués, Conseil constitutionnel et Cour de cassation se sont pareillement prononcé, non sur la normativité d'une loi d'incrimination proprement dite, mais sur la normativité d'une loi intégrée à une incrimination pénale. En ce sens, les décisions citées pourraient à première vue sembler conforter les thèses sanctionnatrices : le droit pénal devant assurer la sanction du non-respect d'une norme, il ne saurait y avoir d'incrimination valable dès lors que l'interdit dont le droit pénal assure la sanction n'a pas de caractère normatif. Cela serait néanmoins méconnaître le caractère général de l'affirmation posée par ces deux juridictions, affirmation selon laquelle une loi, toute loi donc, doit nécessairement être revêtue d'une portée normative. Ce qui vaut pour la loi sur laquelle s'appuie une incrimination vaut pour la loi qui contient elle-même l'incrimination. M. MAYAUD relève à ce propos que la loi du 21 mai 2001 aurait pu se voir reconnaître une réelle normativité si elle avait participé à la définition du délit d'apologie, notamment en en précisant « *les données constitutives en référence explicite à l'esclavage* »⁵. À la suite de ces décisions, il semble bien qu'il faille considérer que le droit pénal présente une réelle normativité.

¹ *Ibid.*, sixième considérant.

² Art. 24, al. 5 de la loi du 29 juillet 1881.

³ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, *JORF* du 23 mai 2001, p. 8175.

⁴ *Crim.* 5 février 2013, à paraître au Bulletin, *AJ Pénal* 2013, p. 218, obs. O. DECIMA ; *Rev. sc. crim.* 2013, p. 79, obs. Y. MAYAUD ; *Ibid.*, p. 99, note J. FRANCILLON.

⁵ Y. MAYAUD, « L'esclavage, un crime contre l'humanité exclu des sanctions de l'apologie », obs. sous *Crim.* 5 février 2013, op. cit.

B/ LA RÉELLE NORMATIVITÉ DU DROIT PÉNAL

490. Le droit pénal normatif quelle que soit la définition retenue de la normativité. La normativité du droit pénal est d'autant plus patente qu'elle peut être relevée quelle que soit la conception de la normativité que l'on retient. Les auteurs qui déniaient toute normativité au droit pénal tendent à considérer qu'une norme s'entend de la prescription d'un comportement. Or, la règle pénale est conforme à cette définition, dès lors que l'on considère que cette règle s'adresse aux autorités judiciaires (1). De plus, il faut relever que cette conception de la normativité est par trop restrictive. Plus largement entendue, la normativité peut être reconnue à la règle pénale en tant qu'elle s'adresse à l'ensemble des individus (2).

1) La normativité de la règle pénale à l'égard des autorités judiciaires

491. La conception stricte : la normativité comme prescription d'obligation. Dans une définition classique, quoique restreinte, la normativité s'entend du caractère de ce qui fixe une obligation, de ce qui permet, prescrit ou interdit un comportement¹. Le droit ne serait pas la seule discipline normative, puisque des normes sont également posées par la religion ou la morale, mais la spécificité du droit proviendrait de ce que les normes juridiques font l'objet d'une sanction socialement organisée² et prononcée par le juge institué par l'État³. Certains auteurs ont légèrement élargis cette conception de la norme. KELSEN considère ainsi que les fonctions possibles de la norme sont le commandement, la permission, l'habilitation et l'abrogation⁴. Quant à HART, son œuvre majeure pose la distinction entre les normes primaires, prescrivant à des personnes d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, et les normes secondaires permettant à des personnes d'introduire de nouvelles règles, d'en modifier d'anciennes ou de déterminer les modalités de leur mise en œuvre⁵. Entendues strictement, il semble bien que ces définitions ne permettent pas de considérer les règles pénales comme des normes. En effet, à s'en tenir formellement à la lettre du texte, les incriminations pénales ne prescrivent, ne permettent ni n'interdisent aucun comportement précis aux individus. Elles se contentent de préciser la peine

¹ V. par ex. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, n° 32 et s. ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 2008, pp. 28-29 et p. 66 et s. ; P. DE MONTALIVET, « La « juridicisation » de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *La confection de la loi*, ss la dir. de R. DRAGO, PUF, Cahiers de sciences morales et politiques, 2005, p. 99. V. également, J. CARBONNIER, *Droit civil. T. 1. Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 1^e éd., 2004, n° 4 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 1^e éd., 2011, n° 8 et s. Ces auteurs évoquent cependant les règles, qui constitueraient des formes générales dont les normes constitueraient une version élargie.

² En ce sens, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 34 ; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, traduit par M. VAN DE KERHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 [1961], p. 109.

³ En ce sens, P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 24.

⁴ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduit par O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, coll. Léviathan, 1996 [1979], pp. 125 et s.

⁵ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 105.

encourue en cas de commission des faits. VILLEY relève ainsi que le droit pénal n'a pas pour fonction d'interdire, mais se charge simplement de répartir les peines¹.

492. La règle pénale considérée comme adressée aux autorités judiciaires. Cependant, dénier de ce fait toute normativité au droit pénal suppose que la règle pénale soit adressée aux personnes juridiques situées sur le territoire de compétence de la loi pénale. Or, une telle affirmation peut être contestée, notamment en se fondant sur les enseignements de HART qui préconisait de ne pas confondre les deux questions suivantes : « *À qui la règle de droit s'adresse-t-elle ?* » et « *À l'égard de qui a-t-elle été rendue publique ?* »². Si l'on accepte par exemple la position de M. ROBERT, selon lequel le droit pénal se définit comme « *l'ensemble des normes juridiques qui réglementent le recours de l'État à la sanction pénale* »³, il faut alors considérer que le premier destinataire des règles pénales est l'État, et non les délinquants potentiels. Cette conception de la règle pénale a les faveurs de plusieurs éminents auteurs. CARBONNIER écrit ainsi que deux règles se mêlent dans la loi pénale : la prohibition, commandement adressé à tous mais qui n'est pas toujours explicite, et la sanction, commandement adressé aux agents de la répression⁴. KELSEN affirme également qu'il convient de distinguer les « adressataires » immédiats des « adressataires » médiats des normes juridiques⁵. Les « adressataires » immédiats sont les individus habilités, voire contraints, d'ordonner et exécuter les actes de contrainte qui servent de sanction à la violation de la norme⁶ et l'on reconnaît là la figure du juge. À l'inverse, les « adressataires » médiats sont les individus dont le comportement est la condition des actes obligatoires de contrainte statués par les normes⁷, ce qui renvoie clairement aux auteurs potentiels des infractions incriminées dans les textes pénaux. Dans le même ordre d'idées, M. JESTAZ reconnaît que « *la règle [de droit] s'adresse beaucoup au juge qui est chargé de l'appliquer en cas de litige* »⁸.

493. L'insuffisance de la règle pénale comme prescription adressée aux autorités judiciaires. En ce sens, la loi pénale retrouve un caractère pleinement normatif, y compris avec une définition restreinte de la normativité. Adressée aux autorités judiciaires, c'est-à-dire aux autorités de poursuites et aux juges de jugement des juridictions pénales, la règle pénale impose, permet et interdit. Elle impose tout d'abord la qualification juridique sous laquelle des faits donnés pourront être poursuivis et faire l'objet d'une décision de condamnation. Elle interdit également que des faits puissent être poursuivis et sanctionnés sans avoir été préalablement

¹ M. VILLEY, *Philosophie du droit, T. 1, Définitions et fins du droit*, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 1986, n° 40.

² H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 38.

³ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 51.

⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, pp. 139-140.

⁵ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 65.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ PH. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 6^e éd., 2010, p. 24.

incriminés¹. Ensuite, lorsqu'elle fixe la nature des peines encourues et les maximums qui peuvent être prononcés, la règle pénale permet au parquet de requérir une peine dans ces limites et au juge de jugement de la prononcer. Cette permission se double d'une interdiction, puisque le principe de légalité exclut catégoriquement de requérir ou prononcer toute autre peine, ainsi que de dépasser les seuils fixés dans les textes pénaux². Il en va de même pour les textes généraux relatifs à la responsabilité pénale ou encore à l'application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace. Une telle approche semble cependant se heurter au fait que la mise en application de ces prescriptions, interdictions et permissions par les autorités judiciaires requière de leur part une appréciation des faits. Face à des faits donnés, elles sont en quelque sorte chargées de déterminer dans quelle mesure s'appliqueront à elles-mêmes interdictions, obligations et permissions.

494. La règle pénale comme habilitation des autorités judiciaires. C'est pourquoi le concept d'habilitation paraît mieux rendre compte de la nature des normes pénales en tant qu'elles sont adressées aux autorités judiciaires. KELSEN relève ainsi que les lois d'incriminations constituent des normes d'habilitation. Elles s'ajoutent aux normes de procédure pénale afin d'habiliter un tribunal à prononcer une peine donnée à l'auteur de certains faits spécifiques, en respectant les formes et les conditions prévues³. Les concepts d'obligation, d'interdiction et de permission demeurent présents, la possibilité de réformer une décision judiciaire (ce qui constitue une forme de sanction) en témoigne. Ces concepts se trouvent simplement tempérés dans leur mise en œuvre par la liberté d'appréciation relative reconnue aux magistrats. Cette faculté d'appréciation n'enlève rien au caractère normatif du droit pénal, lequel a bien pour objet de poser des normes à destination des autorités judiciaires.

495. La norme pénale portée à la connaissance des délinquants potentiels. De ce que la norme pénale serait adressée aux autorités judiciaires, il ne faudrait nullement conclure que ces normes pourraient avoir vocation à demeurer inconnues des individus qu'elles mentionnent, c'est-à-dire ceux qui sont susceptibles de commettre les faits incriminés. Ces derniers demeurent à l'évidence des destinataires de la norme pénale, destinataires indirects, mais destinataires nécessaires. Percevoir les normes pénales comme encadrant l'activité répressive de l'État conduit à considérer les personnes sont en quelque sorte les créanciers des obligations imposées aux autorités étatiques, notamment judiciaires, par le droit pénal. Ce sont ces personnes, physiques ou morales, que les textes pénaux habiliter les autorités judiciaires à punir. Les textes pénaux, à l'instar des autres d'ailleurs, doivent donc donner lieu à publication au *Journal officiel de la République française*⁴ afin d'être portée à la connaissance des individus, de manière à ce qu'ils sachent dans

¹ Art. 111-3 al. 1^{er} CP.

² Art. 111-3 al. 2 CP.

³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par CH. EISENMANN, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962 [1960], pp. 76-77.

⁴ Art. 1^{er} C. civ.

quels cas et dans quelle mesure les autorités étatiques sont habilitées à exercer contre eux une répression pénale. Derrière cette présentation transparait clairement le fait que, leur étant indirectement adressées, les normes pénales visent à influencer sur le comportement des personnes physiques et morales. Les règles pénales sont donc également normatives à leur rencontre, dès lors que l'on retient une conception étendue de la normativité.

2) La normativité de la règle pénale à l'égard des individus

496. La conception large : la normativité comme volonté d'influence des conduites. La norme juridique peut recevoir une définition plus large que la simple prescription de conduite. PORTALIS déjà affirmait que « [l]a loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense »¹. Un certain nombre d'auteurs a par la suite considéré que la norme juridique s'apparentait davantage à un modèle de conduite qu'à une règle obligatoire de conduite². CARBONNIER écrit à ce propos qu'à la différence de la règle qui est « droite, raide et impérative », la norme est un modèle, susceptible de degrés³. De même, M. LIBCHABER relève que le droit se révèle aujourd'hui plus incitatif et moins directif qu'autrefois⁴. Ce qui caractériserait la norme serait donc qu'elle vise à orienter les conduites humaines. La norme juridique a ceci de particulier qu'elle a été spécialement pensée et instaurée dans ce but par son auteur. KELSEN relève ainsi que la norme porte en intention sur les conduites humaines⁵. Ainsi comprise, la norme juridique pourrait s'entendre de toute disposition générale, abstraite et permanente⁶ destinée à influencer sur la conduite des personnes physiques ou morales auxquelles elle a vocation à s'appliquer et dont l'application est susceptible d'être garantie par un juge⁷.

497. La règle pénale comme interdit implicite. Il est exact que, formellement, les textes pénaux ne contiennent pas la mention explicite d'un interdit ou d'une obligation. Néanmoins, en sanctionnant un comportement ou une abstention d'une peine, les incriminations pénales suggèrent fortement de tels interdits ou obligations d'agir, à tel point que leur mention explicite apparaît presque superfétatoire. KELSEN relève à ce propos que « la norme « tu ne dois pas tuer » est

¹ Cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 23.

² V. par ex. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199 ; J.-L. SOURIOUX, « Droit », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 11 et s.

³ J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 1*, op. cit., n° 4. Dans le même sens, V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 8.

⁴ R. LIBCHABER, « Qu'est-ce qu'une loi », *RTD Civ.* 1999, p. 242.

⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 6.

⁶ Critères que l'on s'accorde à reconnaître à la règle de droit. V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 1*, op. cit., n° 5 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 12 et 13. La norme, ici considérée comme un synonyme de règle, peut ensuite se décliner en normes individuelles réalisant, dans des situations concrètes, les prévisions générales posées par les règles (P. DEUMIER, *Ibid.*, n° 17 et s.).

⁷ Autre condition que les auteurs rappellent fréquemment. V. par ex. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., pp. 122-123, PH. JESTAZ, *Le droit*, op. cit., pp. 24 et s.

*superflue dès lors qu'est en vigueur la norme « celui qui commet un meurtre doit être puni »*¹. Ironiquement, les partisans du caractère purement sanctionnateur du droit pénal semblent eux-mêmes conforter cette idée. Le fait qu'ils soient à même d'identifier, derrière l'incrimination pénale, une norme extra-pénale dont ils sont capables d'indiquer la teneur, bien qu'elle ne figure parfois qu'implicitement, voire pas du tout, dans d'autres branches du droit, indique qu'interdits et obligations transparaissent clairement dans les textes pénaux substantiels. En ce sens, MM. DESPORTES et LE GUNEHEC jugent « *excessivement formaliste* » l'analyse consistant à refuser de percevoir l'expression d'un interdit dans l'incrimination pénale².

498. Interdit juridique implicite vs. interdit moral explicite. Cette réflexion sur l'utilité de la mention explicite des interdits et obligations amène à évoquer la norme morale. Celle-ci semble se caractériser par le fait qu'elle exprime explicitement des interdits, mais sans instituer de sanction particulière en cas de violation de ceux-ci. Certains auteurs considèrent alors que les sanctions de la violation de la règle morale résident dans le discrédit qui s'attache à cet acte³. En raison de sa dimension axiologique, la morale porte en elle-même la sanction de la violation des prescriptions qu'elle impose. Parce qu'elle est présentée et admise comme dictant le « bon », ne pas la suivre est le signe du « mauvais ». À l'opposé, le droit se caractérise davantage par les sanctions qu'il édicte, plus généralement par les conséquences qu'il attache à un comportement donné⁴, que par le jugement de valeur qu'il convient de porter sur ce comportement. Ce jugement de valeur intervient essentiellement en amont de l'adoption de la norme. Postérieurement à cette adoption, il n'a vocation qu'à guider l'interprétation de l'autorité en charge d'appliquer la norme⁵. Séparée du régime juridique qui en découle, une qualification juridique n'a pas de réel intérêt intrinsèque. Prosaïquement, cela se traduit par le fait que, sur un plan juridique, un interdit est inopérant dès lors qu'aucune conséquence n'est prévue afin d'en prévenir ou d'en sanctionner la violation. La norme morale fixe des interdits dont la sanction est implicite, la norme juridique détermine principalement des conséquences juridiques dont se déduisent implicitement obligations et interdits.

499. L'incrimination pénale comme expression d'une volonté ultime d'influence des conduites. Bien qu'elle ne contienne qu'implicitement un interdit ou une obligation, la règle pénale substantielle vise assurément à prévenir certaines conduites ou abstentions. Comme l'a

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 74-75. V. également H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 69 et p. 189.

² F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., n° 50. Dans le même sens, V. S. Tzitzis, *Les grandes questions de la philosophie pénale*, Buenos Books International, 2007, pp. 23-24.

³ En ce sens, V. par ex. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 40 ; J. Carbonnier, *Flexible droit*, op. cit., p. 96 ; M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 69 ; Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197, et spéc. p. 201.

⁴ V. Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », op. cit., pour une définition élargie de la sanction juridique.

⁵ Cf. *supra*, n° 17, n° 151 et *infra*, n° 506 et s.

écrit HART, « [L]a fonction sociale remplie par la loi pénale consiste à faire en sorte que certains types de comportement qu'elle définit soient évités ou adoptés par ceux à qui elle s'applique, indépendamment de leur volonté. La peine ou « sanction » qui s'attache juridiquement aux manquements ou infractions à la loi pénale, a pour buts (quels que soient les autres desseins que la peine puisse servir) de fournir un motif de s'abstenir de tels actes. »¹. Ceci explique vraisemblablement pourquoi, en dehors des pénalistes, un certain nombre de théoriciens du droit ne remettent pas en cause le caractère normatif des lois pénales². L'incrimination pénale détermine indirectement mais sûrement ce qui doit être, elle est un outil grâce auquel l'auteur de la norme, le législateur au sens large, cherche à influencer sur les conduites des personnes qui relèvent de sa compétence. La règle pénale est même le moyen le plus coercitif, donc potentiellement le plus puissant, dont le législateur puisse user. L'emploi de l'« arme pénale » est, ou à tout le moins devrait être³, la marque de l'importance particulière attachée par le législateur à la prévention d'un comportement donné.

500. Bilan : la normativité des incriminations pénales. L'incrimination pénale est une règle de droit. Elle en adopte la structure composée d'un présupposé et de l'imputation d'une conséquence⁴. Cette règle est normative puisqu'elle prescrit un comportement aux autorités judiciaires. Plus largement, elle est également normative à l'égard de tous puisque le présupposé, c'est-à-dire le comportement incriminé, constitue une conduite que l'auteur de la règle entend prévenir. Le législateur, auteur de la règle pénale, ne saurait d'ailleurs émettre valablement autre chose que des normes, le Conseil constitutionnel y veille désormais. La règle pénale substantielle est donc une norme, quelle que soit l'acception retenue de la normativité. Qui plus est, elle est une norme particulièrement importante en raison de l'intensité avec laquelle elle vise à influencer sur les conduites. De cette normativité, il découle que le droit pénal est apte à produire ses propres concepts, et donc ses propres critères d'influence de la victime. De plus, le droit pénal est également en mesure d'adopter une interprétation différente des notions extrapénales qu'il accueille en son sein, car sa normativité entraîne une nécessaire autonomie.

¹ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 44.

² V. par ex. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, op. cit., pp. 139-140 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 9 ; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., pp. 36 et s. ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 74 et s. ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, op. cit., pp. 40 et s. ; PH. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. préc., note n° 27, p. 201.

³ Pour une critique de l'emploi systématique d'incriminations pénales dans des domaines où elles n'apparaissent pas toujours nécessaires, V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 84 et s. ; E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », op. cit., spéc. pp. 249 à 255. Ces deux auteurs parviennent, sur la base de convictions pourtant opposées sur la question de la normativité du droit pénal, à des conclusions similaires.

⁴ PH. JESTAZ, *Le droit*, op. cit., p. 22.

II – L'AUTONOMIE DES CONCEPTIONS DU DROIT PÉNAL DÉCOULANT DE SA NORMATIVITÉ

501. La normativité de la norme pénale et l'indépendance de son auteur. Le droit pénal a une dimension normative, ce dont il résulte qu'il bénéficie d'une certaine autonomie par rapport aux autres branches du droit. Les règles pénales ne sont pas de simples garanties pour des normes extra-pénales, mais des normes particulières, ce qui ne saurait exclure qu'elles évoquent des concepts présents dans d'autres normes. Simplement, l'auteur de la norme pénale n'est aucunement tenu d'enserrer l'incrimination dans les carcans de notions empruntées à une norme extra-pénale. L'autonomie du droit pénal n'est pas à comprendre comme l'autonomie du juge pénal, mais l'autonomie du législateur pénal, autonomie à laquelle le juge doit donner toute son ampleur (A). Les concepts qui figurent dans une norme pénale substantielle doivent donc être interprétés par référence, non à une prétendue norme extérieure préalable, mais à la volonté de l'auteur de la norme (B).

A/ L'INDÉPENDANCE DE L'AUTEUR DE LA NORME PÉNALE

502. L'autonomie de la norme pénale découlant de l'indépendance de son auteur. À la différence des normes morales ou des principes du droit naturel, les normes juridiques positives ne se constituent pas *ex nihilo*. Leur contenu est déterminé et, ce qui est plus important encore, voulu par leur auteur. Les incriminations pénales émanent du législateur s'agissant des crimes et délits¹ et du pouvoir réglementaire s'agissant des contraventions². Considérer que ces normes pénales devraient emprunter leurs définitions et concepts à des normes extra-pénales revient à affirmer que l'auteur de la norme pénale y a intégré ces définitions et concepts extra-pénaux. Deux possibilités peuvent alors être envisagées : soit l'auteur de la norme pénale était tenu d'y inclure des éléments d'origine extérieure, soit il a librement choisi de le faire. Le premier cas marquerait l'absence d'autonomie du droit pénal, mais une telle conception apparaît difficilement concevable.

503. L'auteur commun des normes pénales et extra-pénales. Le législateur qui est à l'origine des lois pénales n'est pas différent de celui qui édicte les lois se rapportant aux autres branches du droit. À l'instar des autres lois, les lois pénales sont adoptées par le Parlement, à partir des projets de lois gouvernementaux et des propositions de lois émanant des parlementaires. Quant aux règlements pénaux, ils sont l'œuvre du même Gouvernement que celui

¹ Art. 34 Constitution et art. 111-2 al. 1^{er} CP.

² Art. 37 Constitution et art. 111-2 al. 2 CP.

qui est à l'origine des autres dispositions réglementaires. Non seulement les normes pénales émanent du même auteur que les normes extra-pénales, mais elles n'ont pas une place inférieure dans la hiérarchie des normes¹. Par conséquent, admettre que l'auteur de la norme pénale est contraint d'y inscrire des conceptions issues de normes extra-pénales suppose de considérer que l'auteur commun de ces différentes normes se restreint lui-même.

504. La nécessaire indépendance de l'auteur des normes pénales à l'égard de lui-même. Il faudrait donc considérer que, lorsqu'il édicte une norme pénale, le législateur² est tenu par ce qu'il a décidé lorsqu'il édictait des normes extra-pénales. Or, le législateur ne peut se lier lui-même pour l'avenir lorsqu'il édicte une loi. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de l'affirmer dans une décision du 27 juillet 1982³, en affirmant clairement « *qu'une loi peut toujours et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger* »⁴. La cohérence d'ensemble du système juridique n'est nullement atteinte par l'application de ce principe aux dispositions pénales. Si, par exemple, une nouvelle incrimination vient sanctionner un comportement expressément permis par une loi antérieure, il faudrait considérer celle-ci comme implicitement abrogée. De manière générale, toute nouvelle incrimination vient abroger ce que KELSEN qualifiait de permission négative, c'est-à-dire l'autorisation implicite qui résulte de l'absence d'interdiction ou de permission explicite⁵.

505. La nécessaire indépendance du contenu de la norme pénale à l'égard de celui des autres normes. Par ailleurs, l'auteur de la norme pénale ne saurait être tenu par ce qu'il a décidé antérieurement dans d'autres normes en raison de la nature particulière du droit pénal. Ainsi qu'il a été dit, le droit pénal participe de façon singulière à un objectif commun. La spécificité de son objet, la répression, conduit à lui reconnaître un caractère exceptionnel car il s'agit d'un mécanisme juridique particulièrement lourd de sens et de conséquences. C'est pourquoi différents auteurs relèvent que le droit pénal doit bénéficier d'une autonomie technique, une autonomie de concepts⁶. Les concepts d'origines extra-pénales ne sont pas toujours adaptés à cette matière requérant l'équilibre entre impératifs de la répression et protection des libertés individuelles. Mme RASSAT abonde en ce sens, relevant que l'autonomie du droit pénal est nécessaire afin qu'il

¹ À l'exception du fait que les lois pénales doivent respecter les conditions consacrées par les normes supra-législatives, de même que les dispositions pénales réglementaires ne sauraient aller à l'encontre de principes posés dans des dispositions législatives, fussent-elles extra-pénales.

² Cela vaut également pour le titulaire du pouvoir réglementaire pénal.

³ Cons. const., 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, décision n° 82-142 DC. V. également N. MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD Civ.* 1999, p. 729.

⁴ Huitième considérant.

⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 21-22.

⁶ En ce sens, V. par ex. PH. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, op. cit., n° 655 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 36 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, op. cit., n° 150 ; F. GRUA, « Les divisions du droit », op. cit., n° 22.

demeure l'*ultima ratio* de la réaction sociale¹. Si le contenu des normes pénales ne saurait être imposé à leur auteur, il en résulte que seule la volonté de cet auteur guide le choix, et partant l'interprétation, des concepts qui y figurent.

B/ LA VOLONTÉ DE L'AUTEUR DE LA NORME PÉNALE

506. Les manifestations de l'autonomie du droit pénal. Lorsqu'une incrimination pénale contient un concept, une notion, connu ou originaire d'une autre branche du droit, le juge pénal n'est pas nécessairement tenu de tenir compte de la définition qui en est donnée en dehors de la loi pénale. Seule importe en vérité ce que l'auteur de la norme entendait désigner par l'expression qu'il a employée dans la norme pénale et rien ne lui interdit de donner à un concept existant une signification spécifique en droit pénal (1). Telle est l'autonomie du droit pénal, mais autonomie ne signifie pas complète indépendance, et encore moins opposition systématique. Rien n'interdit donc à l'auteur de la norme pénale d'y intégrer volontairement des concepts extra-pénaux, ce dont le juge pénal devra tenir compte (2).

1) La volonté de se référer à une notion spécifique

507. La volonté déduite de la lettre de l'incrimination. Le législateur est parfaitement libre de viser, dans les normes pénales qu'il édicte, des situations, des hypothèses, qui ne correspondent qu'en partie à celles que visent les normes extra-pénales dont il est également l'auteur. Lorsque la norme pénale mentionne explicitement une notion spécifique, l'autonomie du droit pénal se manifeste sans difficulté. Plus problématiques sont les hypothèses dans lesquelles la spécificité d'une notion mentionnée dans la norme pénale se déduit implicitement de la lettre du texte. Tel peut notamment être le cas lorsque, au moyen d'une pluralité d'incriminations, la loi pénale distingue là où les normes extra-pénales ne distinguent pas. S'il existe, à côté d'une incrimination générale, une incrimination relative à une hypothèse spécifique, il faut considérer que cette hypothèse est soustraite à la règle commune en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*. Un exemple topique relatif aux victimes en est donné par la conception retenue en droit pénal d'« autrui »². « Autrui » désigne la personne juridique, c'est-à-dire la personne physique ou morale. Si le droit pénal n'a pas une conception différente de ce qu'est une personne morale, il n'en va pas de même pour la personne physique. Là où le droit civil accorde rétroactivement la personnalité juridique à l'embryon dès lors qu'il est né vivant et viable, le droit pénal considère l'enfant né comme autrui dès lors qu'il a respiré quelques instants³. Avant cela, l'enfant à naître n'est pas considéré comme « autrui », ce que les juges déduisent de l'existence d'incriminations

¹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 79 et s. et spéc. n° 84.

² Sur laquelle cf. *supra*, n° 211 et s.

³ Cf. *supra*, n° 233 et 234.

spécifiques sanctionnant l'atteinte à l'embryon et au fœtus¹. L'autonomie du droit pénal se manifeste ici implicitement, de même qu'elle peut être déduite de la valeur protégée.

508. La volonté déduite de l'étude de la valeur protégée par l'incrimination. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale posé à l'article 111-4 du Code pénal n'est pas incompatible avec une interprétation téléologique des textes pénaux. Cela signifie qu'en cas de doute (et uniquement en cas de doute) sur l'interprétation d'un terme d'un texte d'incrimination, le juge pénal peut se référer à l'intention de l'auteur de la norme². En raison de l'autonomie dont bénéficie le droit pénal, ce principe général n'a nulle vocation à être écarté lorsque le doute porte sur une notion connue, voire issue d'une discipline juridique extra-pénale. Le juge en charge de l'application de la norme d'incrimination doit rechercher si, en employant un terme ayant une signification juridique extra-pénale, l'auteur de la norme a bien cherché à faire référence à cette notion préexistante. La volonté du législateur pénal peut être établie par déduction, en identifiant la valeur sociale qu'il a cherché à préserver. Si la protection de celle-ci n'est qu'insuffisamment assurée par l'adoption de la définition extra-pénale d'un terme figurant dans le texte d'incrimination, le juge pourra alors écarter cette définition extra-pénale au profit d'une conception pénale autonome du terme considéré. Le texte pénal recevra alors l'application qu'en souhaitait son auteur, ce qui ne contrevient nullement aux exigences du principe de légalité.

509. L'exemple de la référence spécifique dans la violation de domicile. Un exemple de ce mode de fonctionnement est donné par l'incrimination de la violation de domicile³. Le domicile est une notion d'origine civile que le premier alinéa de l'article 102 du Code civil définit comme le lieu où une personne a son principal établissement. Cette définition, quoique claire⁴, n'est pourtant pas adoptée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, selon laquelle le domicile s'entend en droit pénal du « lieu où une personne, qu'elle y habite ou non, a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux »⁵. Cette adoption d'une conception pénale spécifique du domicile découle, ainsi que le relève M. DREYER, d'une volonté d'assurer efficacement la protection de la vie privée⁶. La place de cette incrimination au sein du Code pénal indique en effet clairement que telle est la valeur protégée. Or, celle-ci ne serait que très insuffisamment protégée si seule l'introduction dans la résidence principale de la

¹ V. par ex. Cass., Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. crim.* n° 165, arrêt sur lequel cf. *supra*, n° 233.

² En ce sens, V. notamment G. DI MARINO, « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 505 ; Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597 ; « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 3.

³ Art. 226-4 CP.

⁴ Il faut cependant relever que l'article 102 alinéa 1^{er} du Code civil réserve explicitement cette définition à l'exercice des droits civils de la personne. Le législateur civil a donc lui-même reconnu que cette définition pouvait n'être pas adaptée à d'autres branches du droit.

⁵ V. par ex. Crim. 22 janvier 1997, *Bull. crim.* n° 31 ; Crim. 30 octobre 2006, *Bull. crim.* n° 261.

⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 85.

victime était pénalement sanctionnée. À l'inverse, lorsque le législateur pénal a entendu faire précisément référence à une notion extra-pénale, le juge se doit de respecter ce choix.

2) La volonté de se référer à une notion identique

510. La référence légale à des notions identiques à des fins de protection de valeurs extra-pénales. Le fait que le législateur pénal soit le même que, par exemple, le législateur civil engendre l'autonomie du droit pénal, mais contribue également à ce que ces deux branches partagent des notions et concepts communs. Il en va notamment ainsi lorsque le législateur estime que l'une des valeurs sociales qu'il a reconnue dans une branche du droit revêt une importance suffisante pour mériter la protection du droit pénal. Même en pareil cas, le droit pénal ne perd ni son caractère normatif, ni son autonomie, notamment car il émane toujours d'un législateur indépendant qui détermine librement les comportements qui exposeront à des sanctions pénales. Ce législateur pénal a simplement choisi de faire référence à une notion extra-pénale et ce choix oblige le juge à tenir compte de la définition de cette notion. La technique la plus marquante permettant au législateur de signifier sa volonté de renvoyer à une notion extra-pénale réside dans l'incrimination par renvoi¹. En intégrant explicitement la norme extra-pénale dans la norme d'incrimination, le législateur marque son indéniable volonté de voir reprises les définitions extra-pénales. La volonté législative peut également être déduite de l'identification de la valeur protégée par l'incrimination. En cas de doute, l'identité de notion doit être présumée, au nom de la cohérence du droit.

511. La référence à des notions identiques à des fins de cohérence de l'ensemble du droit. Dans l'article qu'il consacre aux divisions du droit, M. GRUA, après avoir présenté le droit comme un assemblage de champs vus du ciel, file la métaphore en présentant l'autonomie comme le fait de dresser haies et barbelés entre ces différents champs². Néanmoins, il fait valoir par la suite que ces séparations entre disciplines juridiques sont nécessairement perméables, en raison de la nécessaire cohésion de l'ensemble du droit³. En tant que branche du droit concourant à la finalité commune de protection des valeurs sociales, le droit pénal participe à la cohérence de l'ensemble du système juridique. C'est pourquoi il peut être posé une présomption de cohérence, conduisant à considérer qu'une notion figurant dans différentes branches du droit doit, par principe, faire l'objet d'une appréciation unitaire. La référence, dans les normes pénales, à la minorité, et notamment à la minorité de la victime, en constitue un bon exemple. L'article 388 du Code civil définit le mineur comme « *l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis*. ». N'ayant nulle raison de considérer que le législateur pénal ait voulu faire référence

¹ Sur laquelle cf. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 386 et s. L'auteur établit notamment la distinction entre la pénalisation par renvoi et l'incrimination par renvoi.

² F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD Civ.* 1993, p. 59 et s., n° 17.

³ *Ibid.*, n° 27 et s.

à une autre notion lorsqu'il évoque la minorité de la victime, le juge pénal se conforme à cette définition civile. De la même façon, les différentes fonctions qui, exercées par la victime, peuvent justifier l'aggravation de l'infraction, ont pour la plupart été définies par les branches du droit public, tout particulièrement le droit administratif¹. Dès lors qu'il ne lui apparaît pas que le législateur ait entendu faire référence à d'autres fonctions que celles-ci, le juge pénal reprendra les définitions des droits constitutionnel et administratif. Cela n'exclue d'ailleurs pas l'indépendance du législateur à l'égard de lui-même, puisqu'il a choisi de rassembler dans la norme pénale des fonctions qu'il a justement entendu distinguer dans les normes du droit public².

512. Conclusion : indépendance du législateur pénal et autonomie du droit pénal. Ainsi, afin d'assurer au mieux la tâche qui lui est dévolue, le législateur a la possibilité de recourir aux différents mécanismes juridiques existants dans les différentes branches du droit. Ce choix se fait en toute indépendance et aboutit à la production de normes qui, si elles ne sont pas elles-mêmes indépendantes, sont au moins autonomes. Les normes pénales n'échappent pas à cette règle et chacune d'entre elles doit s'appliquer dans le domaine que son auteur a voulu lui octroyer. Comme l'ont écrit MM. DESPORTES et LE GUNEHEC, l'autonomie du droit pénal se manifeste par l'emploi de concepts spécifiques³ et par l'emploi de définitions spécifiques des concepts extra-pénaux⁴. Cette autonomie s'exprime dans la façon dont le droit pénal reconnaît l'influence de la victime, que ce soit au travers de critères spécifiques (**Chapitre premier**) ou au travers de l'emploi singulier de critères extra-pénaux (**Chapitre second**).

¹ Pour une présentation de la liste des fonctions protégées, cf. *infra*, n° 572 et s.

² Cf. *infra*, n° 570 et s.

³ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 45.

⁴ *Ibid.*, n° 46.

Chapitre premier

Les critères propres au droit pénal

513. Critères propres au droit pénal et mesure de la gravité de l'infraction. Les critères propres au droit pénal ont en commun de participer à la mesure de la gravité de l'infraction, soit en permettant de mesurer la dangerosité sociale de l'auteur, soit en permettant de mesurer l'étendue concrète du dommage causé par l'infraction. Dans le premier cas, l'autonomie s'explique assez simplement par le fait que le droit pénal est en théorie le seul à apprécier de la sorte la gravité de la faute. Ainsi, le droit pénal est le seul à consacrer légalement l'influence de la minorité de la victime. De même, le critère de minorité de quinze ans¹, s'il n'est pas inconnu du droit civil en matière d'adoption², n'est appliqué à la victime qu'en droit pénal³. Témoin plus représentatif encore de l'autonomie du droit pénal, celui-ci érige, aux côtés de la minorité de la victime, un critère spécifique, celui de la particulière vulnérabilité (**Section première**). Inversement, s'agissant de la mesure de l'importance du dommage causé par l'infraction, l'autonomie ne résulte pas de l'objet du droit pénal, mais précisément de ce qu'il ne partage pas la vocation réparatrice des autres branches du droit. Ne se souciant pas d'assurer la réparation du dommage subi par la victime, le droit pénal peut s'appuyer sur un critère d'évaluation moins précis de celui-ci, notamment en matière d'atteintes à l'intégrité corporelle (**Section seconde**).

Section première

La notion de particulière vulnérabilité

514. La double originalité de la notion de particulière vulnérabilité. La loi pénale assigne à la particulière vulnérabilité de la victime un rôle condition préalable⁴ ou de circonstance

¹ Sur lequel cf. *infra*, n° 694 et s. et n° 697 et s.

² V. par ex. l'article 345 du Code civil qui ne permet l'adoption que des enfants âgés de moins de quinze ans, à moins que l'enfant ait été accueilli avant cet âge par les candidats à l'adoption. V. également l'article 370, alinéa 2 du Code civil qui prohibe la révocation de l'adoption par l'adoptant lorsque l'adopté a moins de quinze ans.

³ V. cependant art. 21-4 al. 2 C. civ., aux termes duquel le Gouvernement peut s'opposer à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger d'un citoyen français lorsque le conjoint étranger a été condamné pour violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sur mineur de quinze ans. Bien qu'elle conduise à produire des effets au regard du droit de la nationalité, la minorité de quinze ans est toujours ici un critère pénal, aussi cette apparente exception n'en est-elle pas une.

⁴ Sur les hypothèses de particulière vulnérabilité de la victime comme condition préalable, cf. *supra*, n° 374 et s.

aggravante¹ de certaines infractions. Cette notion de particulière vulnérabilité de la victime est inconnue des autres branches du droit, bien qu'y figurent des références à la simple vulnérabilité. En conséquence, cette notion de particulière vulnérabilité ne figure expressément que dans les textes pénaux (I) et a donc donné lieu à une appréciation spécifique par les juges répressifs (II).

I – L'ORIGINALITÉ DE LA NOTION LÉGALE DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ

515. Après avoir constaté que la mention de la particulière vulnérabilité ne figure que dans les textes pénaux (A), c'est à ces derniers que l'interprète désireux de comprendre cette notion devra se référer (B).

A/ L'ORIGINE PÉNALE DE LA NOTION DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ

516. **L'apparition de la notion dans les nouvelles dispositions du Code pénal de 1992.** Si les dispositions du Code pénal de 1810 ne contenaient initialement aucune référence générique à la faiblesse physique de la victime, certaines y furent par la suite intégrées. En témoigne l'article 309, alinéa 2, 1^o, dans sa rédaction issue de la loi du 2 février 1981². Cette disposition aggravait la sanction encourue par l'auteur de violences volontaires commise « *sur toute personne hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental* ». Si l'évocation de la faiblesse de la victime transparissait déjà dans cette formulation, les termes de « particulière vulnérabilité » n'ont quant à eux fait leur entrée dans le Code pénal qu'à la faveur de la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs³, entrée limitée aux articles 332 et 333. La notion fût généralisée à l'occasion de la refonte intégrale des dispositions du Code pénal par les lois du 22 juillet 1992⁴. Elle y apparaît désormais aux livres deux (atteintes aux personnes)⁵ et trois (atteintes aux biens)⁶. Elle a ensuite gagné le droit pénal formel, l'article R. 57-7-73 du Code de

¹ Sur les hypothèses de particulière vulnérabilité de la victime comme circonstance aggravante, cf. *supra*, n^o 373.

² Loi n^o 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* du 3 février 1981, p. 415. L'article 309 du Code pénal a été modifié par l'article 18 de la loi (*Ibid.*, p. 417).

³ Loi n^o80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, *JORF* du 24 décembre 1980, p. 3028.

⁴ Si les termes de « particulière vulnérabilité » ne figurent pas dans la loi n^o 92-683 portant réforme des dispositions générales du Code pénal (*JORF* du 23 juillet 1992, p. 9864), ils apparaissent dans la loi n^o 92-684 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes (*JORF* du 23 juillet 1992, p. 9875) ainsi que dans la loi n^o 92-685 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens (*JORF* du 23 juillet 1992, p. 9887).

⁵ Aux articles 221-4, 3^o ; 222-3, 2^o ; 222-4 al. 1^{er} ; 222-8, 2^o ; 222-10, 2^o ; 222-12, 2^o ; 222-13, 2^o ; 222-14 al. 1^{er} ; 222-24, 3^o ; 222-29, 2^o ; 222-33, 3^o et 4^o ; 223-15-2 al. 1^{er} ; 224-1 C ; 225-4-1, 3^o ; 225-7, 2^o ; 225-12-1 al. 2 ; 225-12-6, 2^o ; 225-12-9, 2^o et 225-16-2 du Code pénal.

⁶ Aux articles 311-5, 2^o ; 312-2, 2^o ; 314-2, 4^o et 322-3, 2^o du Code pénal.

procédure pénale invitant à tenir compte de la particulière vulnérabilité du détenu lors de la décision de placement ou de prolongation de mise à l'isolement.

517. Le cantonnement de la notion à la matière pénale. Cette notion, d'origine proprement pénale, n'a pas connu d'extension sérieuse au-delà des frontières de cette discipline. Ainsi, l'article L. 511-3 du Code de l'éducation ne la contient que parce qu'il reproduit des dispositions pénales. Pour le reste, la notion a tout au plus intégré les articles R. 411-19 et R. 411-20 du Code de l'environnement, prévoyant la possibilité de limiter règlementairement les comportements d'études des animaux non domestiques « *pendant les périodes ou dans les circonstances où ces espèces non domestiques sont particulièrement vulnérables* ». Le troisième alinéa de l'article L. 116-3 du Code de l'action sociale et des familles invite le représentant de l'État dans le département à prendre en compte la situation « *des personnes les plus vulnérables* » afin d'instituer le plan d'alerte et d'urgence au profit des personnes âgées ou handicapées. Enfin, il faut mentionner la loi du 15 avril 2013¹ dont l'article 28 précise que la facturation d'eau potable aux abonnés domestiques peut tenir compte, *via* une tarification progressive, du caractère indispensable de l'eau potable « *pour les abonnés en situation particulière de vulnérabilité* ». Force est donc de constater que la particulière vulnérabilité demeure quasi-exclusivement une notion pénale.

518. Vulnérabilités juridiques *versus* particulière vulnérabilité pénale. Pourtant, il est certain que les autres branches du droit n'ignorent pas la notion de vulnérabilité ainsi qu'en attestent un grand nombre d'exemples². Parmi eux, le Code de l'environnement contient de nombreuses références à la vulnérabilité des espèces animales ou végétales³, de leurs habitats naturels⁴, ou plus généralement des territoires⁵. De même, l'article L. 120-1 alinéa deux du Code de la consommation invite à tenir compte de la vulnérabilité de certaines catégories de consommateurs afin d'apprécier le caractère déloyal d'une pratique commerciale. Dernière illustration, les majeurs dont le Code civil organise la protection aux articles 415 et suivants se trouvent dans une situation de vulnérabilité en raison de leur état ou de leur situation⁶. Plus généralement, nombre de dispositions visent implicitement des situations de vulnérabilité, bien que le terme ne soit pas toujours employé. M. LAGARDE relève à cet égard que « *[l]a protection des personnes vulnérables inspire certainement de nombreuses règles mais ces dernières désignent rarement comme telles les personnes dont elles assurent la protection.* »⁷. La spécificité du droit pénal ne tient donc pas à la

¹ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, *JORF* du 16 avril 2013, p. 6208.

² Pour une présentation approfondie desquels V. *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2009, pp. 73 et s.

³ V. par ex. art. L. 414-1, I C. env.

⁴ V. par ex. art. L. 371-1, I, 1° C. env.

⁵ V. par ex. art. L. 566-7 al. 5 C. env.

⁶ Art. 415 al. 1^{er} C. civ.

⁷ X. LAGARDE, « Avant-propos » in *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation*, op. cit., p. 55. La citation se trouve p. 56.

référence à la vulnérabilité, mais bien à l'exigence d'un certain degré de vulnérabilité. Seule une particulière vulnérabilité est susceptible de produire un effet pénal.

519. La particulière vulnérabilité et l'objet du droit pénal. Assurer la protection des personnes en situation de vulnérabilité relève assurément de la mission de protection des valeurs sociales, commune à l'ensemble des branches du droit, d'où la commune référence à la vulnérabilité. Lorsqu'il est question d'organiser la protection, juridique ou matérielle, de certaines personnes ou entités, toute forme de vulnérabilité peut être prise en compte. Cependant, l'objet spécifique du droit criminel le conduit à ne sanctionner que les atteintes jugées les plus graves aux valeurs sociales jugées les plus essentielles. C'est pourquoi la loi pénale se focalise sur la seule particulière vulnérabilité, exigeant que la faiblesse de la victime atteigne un certain degré afin de justifier la constitution d'une infraction, simple ou aggravée. Ceci explique également que la particulière vulnérabilité donne lieu à une appréciation subjective¹. La particulière vulnérabilité de l'agent connue de l'agent, connaissance irréfragablement présumée lorsque la particulière vulnérabilité de la victime est apparente², est prise en compte en ce qu'elle établit justement cette hostilité particulière de l'agent aux valeurs sociales protégées.

520. La particulière vulnérabilité et les exigences du droit pénal. À la différence des autres branches du droit, le droit criminel est soumis aux exigences strictes du principe de légalité. Les notions mentionnées en droit pénal doivent y être précisément définies par les textes³ et strictement interprétées par les juges⁴. Or, il est permis de douter que la notion de vulnérabilité, sans autre précision, soit apte à satisfaire de telles exigences. En exigeant que la vulnérabilité soit « particulière », le législateur conduit à restreindre le champ d'application de la notion et accompagner le juge dans son interprétation. Parce qu'elle n'est pas la « simple » vulnérabilité, la « particulière vulnérabilité » est plus singulière et, partant, plus précisément circonscrite. La norme pénale y gagne la nécessaire précision que les autres disciplines juridiques peuvent délaissier au profit de notions à spectre large et aux contours malléables. Cette précision de la règle répressive demeure cependant toute relative, étant donné qu'exiger le caractère particulier de la vulnérabilité n'apporte aucune précision supplémentaire quant à la définition de la notion même de vulnérabilité.

¹ Cf. *supra*, n° 377 et s.

² Cf. *supra*, n° 431 et s.

³ Art. 111-3 CP. Pour une application jurisprudentielle, V. par ex. Crim. 5 mars 2002, *Bull. crim.* n° 56, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 809, obs. B. BOULOC. La solution avait déjà été posée sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal : V. notamment Crim. 1^{er} février 1990, *Bull. crim.* n° 56, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 555, note A. VITU.

⁴ Art. 111-4 CP.

B/ LA DÉFINITION PÉNALE DE LA NOTION DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ

521. L'absence de définition textuelle de la vulnérabilité. Dans un sens physique, la vulnérabilité désigne le caractère de ce qui peut être blessé, frappé par un mal physique¹. Définie de la sorte, la vulnérabilité apparaît comme inhérente à l'état d'être humain, par principe périssable. Dans un sens moral, la vulnérabilité désigne le caractère de ce qui peut être facilement atteint, qui se défend mal². La vulnérabilité évoquerait donc une certaine inaptitude à se défendre contre une atteinte quelconque. Dans ce sens, la particulière vulnérabilité renverrait à une inaptitude plus importante, ou « *assez prononcée* »³. Mais il est difficile de déterminer ce qui est davantage vulnérable en l'absence de précision quant à ce qui est « normalement » vulnérable. La difficulté que rencontre alors l'interprète est l'absence d'une définition claire de ce qu'il faut entendre par vulnérabilité ou d'un critère textuel permettant de déterminer qui est vulnérable et qui est particulièrement vulnérable.

522. Tentative de définition de la vulnérabilité à partir des anciennes dispositions du Code pénal. Les anciennes dispositions du Code pénal faisaient référence à la personne « *hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental* »⁴, ce qui apparaît déjà plus clair. Ces dispositions érigeaient la capacité à se protéger soi-même en mesure d'appréciation, certes encore imprécise, mais plus concrète que la référence à la seule « particulière vulnérabilité ». Si l'on admet que les nouvelles dispositions du Code pénal renvoient à la même notion que les anciennes, la vulnérabilité devrait alors être entendue comme un synonyme de faiblesse et d'incapacité à se défendre contre une infraction ou à en éviter la commission. Le fondement de l'aggravation de la peine encourue résiderait alors dans la particulière facilité de commission de l'infraction⁵. Reste que cette notion impose néanmoins au juge d'apprécier cette vulnérabilité *in concreto*⁶. La référence explicite aux causes de la vulnérabilité peut l'y aider.

523. La précision textuelle quant aux causes de la particulière vulnérabilité. Les différents textes font référence à la particulière vulnérabilité due à l'âge, une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse de la victime⁷. La liste des causes potentielles de la vulnérabilité a donc été affinée par rapport aux anciennes dispositions du Code pénal qui ne visaient que l'état physique ou mental. Si l'on perçoit assez bien en quoi ces causes peuvent induire une faiblesse particulière, donc une particulière

¹ *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française Le petit Robert*, éd. Le Robert, 1985.

² *Ibid.*

³ G. ROUSSEL, obs. sous Crim. 8 juin 2010, *AJ Pénal* 2010, p. 444.

⁴ Par ex. art. 309 CP tel que modifié par la loi n° 81-82 « Sécurité et Liberté » du 2 février 1981, op. cit.

⁵ Sur ce point, cf. *infra*, n° 667 et s.

⁶ Dans le même sens, V. V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse, Université de Bordeaux IV, 1999, n° 68.

⁷ V. par ex. art. 221-4, 3° CP pour le meurtre. Pour la liste des infractions aggravées, cf. *supra*, n° 373.

vulnérabilité, chez la personne qui les subit¹, il ne faudrait cependant pas commettre l'erreur de les confondre avec elle. Il s'agit là des causes de la particulière vulnérabilité, or le droit pénal n'a pas vocation à tenir compte de ces causes, mais seulement de la conséquence qui en résulte. Cela découle encore une fois de la nécessité pour le droit pénal d'assurer une égale protection de tous par la loi pénale². Certaines catégories de personnes ne peuvent être davantage protégées de façon générale et abstraite. Par conséquent, on ne peut aggraver par principe les infractions visant les personnes âgées ou très jeunes, les malades, les handicapés ou les femmes enceintes. L'infraction, simple ou aggravée, ne saurait donc être constituée qu'à la condition que l'état de la victime ait généré une particulière vulnérabilité dont l'auteur a profité pour commettre son infraction, ce qu'il revient à la jurisprudence d'établir.

II – L'ORIGINALITÉ DU MODE D'APPRÉCIATION PRÉTORIEN DE LA PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ

524. Les deux aspects de l'appréciation prétorienne de la particulière vulnérabilité. Face à la particulière vulnérabilité de la victime, la tentation d'une appréciation par présomption est grande, et ce pour deux raisons. En premier lieu, les causes dont doit découler la particulière vulnérabilité (âge, maladie, infirmité, situation de grossesse, etc.) peuvent être objectivement constatées. En second lieu, la connaissance de la particulière vulnérabilité de la victime peut être présumée sur la base de son caractère apparent³. Refusant de céder aux sirènes de la facilité, la jurisprudence exige une réelle démonstration de la particulière vulnérabilité de la victime (A). Par ailleurs, cette caractéristique de la victime présente la particularité de ne pas faire l'objet d'une appréciation uniforme à l'ensemble du droit pénal. Elle est au contraire appréciée de façon spécifique au regard de la nature et des éléments constitutifs de l'infraction dont elle constitue la condition préalable ou la circonstance aggravante (B).

A/ LA NÉCESSAIRE DÉMONSTRATION DE LA PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ

525. L'exigence de démonstration de la particulière vulnérabilité s'exprime par deux points. En premier lieu, le juge ne saurait se contenter de relever la cause de la particulière vulnérabilité (1). En second lieu, c'est la particulière vulnérabilité elle-même, et non ce qui la cause, qui doit être apparente ou connue de l'auteur (2)

¹ Pour une présentation détaillée de chacune d'entre elles et de leurs effets sur la personne, V. C. PEILA-BINET, *Le rôle des circonstances aggravantes dans l'élaboration d'un droit pénal spécifique*, Thèse, Université de Rennes I, 2006, p. 372 et s.

² Sur ce point, cf. *supra*, n° 315 et s.

³ Cf. *supra*, n° 432 et s.

1) L'insuffisance de la seule constatation de la cause de particulière vulnérabilité

526. L'établissement des causes de particulière vulnérabilité. Les différentes causes de particulière vulnérabilité évoquées par les textes, à savoir l'âge, la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou psychique, et l'état de grossesse, constituent des critères d'origine extra-juridique. L'autonomie du droit pénal n'a donc même pas besoin d'être invoquée pour justifier une appréciation spécifique de ces circonstances. Tout au plus faut-il préciser que, combinés, les critères d'infirmité et de déficience ne sont pas sans évoquer la définition donnée du handicap par l'article L 114 du Code de l'action sociale et des familles¹. Infirmité et déficience ne sont pas toujours simples à distinguer. Ainsi, la jurisprudence rendue à propos des conséquences des atteintes corporelles considère généralement l'infirmité permanente comme une déficience physique permanente, telle que la surdité², la cécité³, ou encore la dysphonie (affaiblissement de la capacité d'usage de la voix en raison de l'atteinte, indépendante ou combinée, aux trois paramètres acoustiques de la voix que constituent la hauteur, le timbre et l'intensité)⁴. Ces critères peuvent généralement être constatés objectivement, mais cette constatation ne saurait suffire.

527. L'affirmation de l'insuffisance de la cause de particulière vulnérabilité. Il ne suffit pas d'établir que la victime présente l'une des caractéristiques susceptibles d'entraîner une vulnérabilité particulière, il faut encore établir que cette cause a produit l'effet en question. La particulière vulnérabilité doit être concrètement établie. Les juges du fond sont en la matière souverains, « *la Cour de cassation se bornant à vérifier que leur motivation est exempte d'insuffisance comme de contradiction.* »⁵. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi rappelé que la seule mention du fait que la victime fût âgée de 70 ans était insuffisante à établir sa particulière vulnérabilité, faute d'établir en quoi l'âge avait entraîné une particulière vulnérabilité⁶. À titre d'exemple, lorsque l'âge a entraîné une importante surdité, la particulière vulnérabilité peut être retenue⁷. De même, la Cour d'appel de Paris a pu considérer comme particulièrement vulnérable une personne à laquelle l'âge avait occasionné des difficultés visuelles et auditives⁸. De telles solutions méritent pleinement l'approbation.

¹ « *Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie par une personne en raison d'une altération substantielle durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant.* ».

² Crim. 6 novembre 1985, *Bull. crim.* n° 347.

³ Crim. 19 février 1997, *Bull. crim.* n° 64.

⁴ Crim. 21 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 98, obs. M. VERON.

⁵ « *Contribution de la chambre criminelle de la Cour de cassation* », in *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation*, op. cit., p. 292.

⁶ Crim. 8 juin 2010, *Bull. crim.* n° 102, *AJ Pénal* 2010, p. 444, obs. G. ROUSSEL, *Dr. pén.* 2010, comm. 106, obs. M. VERON, *D.* 2010, p. 2888, note H. HASNAOUI.

⁷ Crim. 17 janvier 2001, *Bull. crim.* n° 16.

⁸ CA Paris, 9^e ch. A, 2 avril 2001 ; *D.* 2002, p. 1804, obs. M.-H. GOZZI ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 821, obs. R. OTTENHOF.

528. La justification de l'insuffisance de la cause de particulière vulnérabilité. Se contenter de la preuve de l'origine potentielle de particulière vulnérabilité reviendrait à présumer que cette caractéristique constitue la cause nécessaire et suffisante de la particulière vulnérabilité. En d'autres termes, serait présumé que la caractéristique en cause entraîne nécessairement une vulnérabilité accrue de qui la présente. Cela serait excessif étant donné que nombre de personnes se trouvent dans les situations évoquées sans pour autant être particulièrement vulnérables¹. Comme l'a malicieusement écrit M. OTTENHOF, critiquant l'appréciation large retenue par les magistrats de la Cour de cassation : « *[n]os hauts conseillers seraient-ils à ce point débordés qu'ils n'aient plus le temps de fréquenter l'Opéra, ignorant qu'il existe parfois des veuves joyeuses...* »². L'origine de la particulière vulnérabilité ne se confond pas avec elle, aussi n'est-elle pas suffisante à l'établir. Pour la même raison, elle est également insuffisante à établir la connaissance par l'agent de la particulière vulnérabilité de sa victime.

2) L'insuffisance du caractère connu ou apparent de la cause de particulière vulnérabilité

529. L'insuffisance textuellement affirmée. La particulière vulnérabilité de la victime donne lieu à une appréciation subjective³ dégradée⁴. Cela signifie qu'elle n'est prise en considération que pour autant qu'elle ait été connue de l'auteur de l'infraction, connaissance qui peut se présumer irréfragablement si la particulière vulnérabilité est apparente. Les textes pénaux sont relativement clairs sur la question, grâce en soit rendue au caractère rigoureux de la grammaire française : c'est bien la particulière vulnérabilité elle-même qui doit être apparente ou connue de l'auteur⁵, et non ce qui en est à l'origine. Établir que l'agent avait connaissance de l'âge ou de la situation de grossesse de la victime est insuffisant et le caractère apparent de la maladie ou de l'infirmité ne saurait satisfaire à lui seul aux exigences du texte pénal.

530. L'insuffisance jurisprudentiellement confirmée. La jurisprudence semble en accord avec les exigences textuelles, ainsi qu'en témoigne un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 30 avril 1996⁶. En l'espèce, la prévenue, occupant les fonctions d'aide-ménagère auprès d'un couple de 86 et 84 ans, n'ignorait pas l'âge des victimes. Pourtant, la Cour d'appel avait déduit la connaissance de la particulière vulnérabilité de ce que la prévenue avait conscience que les victimes confondaient nouveaux et anciens francs, raisonnement validé par la Cour de cassation. Inversement, des juridictions du fond ont pu exclure la qualification

¹ Dans le même sens, V. L. BIHL, « Le délit d'abus de faiblesse », *Gaz. Pal.* 1992, 2, doct. p. 891. L'auteur relève également qu'une présomption de cette sorte ne serait pas admissible dans une matière dans laquelle sont en jeu des années d'emprisonnement.

² R. OTTENHOF, « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 614.

³ Cf. *supra*, n° 377 et s.

⁴ Cf. *supra*, n° 432 et s.

⁵ V. par ex. art. 221-4, 3° et 223-15 al. 1^{er} CP.

⁶ *Bull. crim.* n° 175 ; *Rev. sc. crim.* 1997, p. 110, obs. R. OTTENHOF.

d'abus de faiblesse lorsque les « victimes », bien qu'indéniablement âgées, avaient rédigé des courriers dont il pouvait se déduire que leur acuité intellectuelle était intacte¹.

531. L'insuffisance approuvée par la doctrine. Ces solutions doivent être approuvées car elles sont conformes tant à l'esprit qu'à la lettre des textes légaux. Le dernier point résulte clairement de leur rédaction, ainsi qu'elle vient d'être évoquée. Derrière cette rédaction se trouve la volonté de sanctionner la lâcheté ou l'opportunisme de l'agent. Si celui-ci voit son comportement sanctionné ou aggravée la sanction encoure, c'est en considération de la lâcheté dont il a fait preuve en choisissant une victime particulièrement vulnérable². Exiger que soit rapportée la preuve de la connaissance, ou à tout le moins d'éléments permettant de la présumer, de cette faiblesse de la victime permet de justifier le caractère nécessaire de la sanction, tel que l'exige l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Reste qu'en pratique, les solutions sont parfois moins tranchées.

532. L'insuffisance en pratique contournée. Si la distinction entre cause et effet apparaît théoriquement valable, elle présente parfois un caractère abstrait qui peut en compliquer singulièrement la mise en œuvre. En pratique, et s'agissant de la particulière vulnérabilité, causes et effets s'enchaînent naturellement, sans rupture temporelle. Plus encore, elles coexistent même, de sorte qu'il est quasiment équivalent de relever l'une ou l'autre. Cela est particulièrement vrai de certaines causes telles que l'état de grossesse ou encore l'infirmité, lesquelles entraînent à l'évidence une vulnérabilité particulière qu'il est extrêmement difficile d'établir indépendamment de ce qui la cause. En pratique, les juges pourront estimer que relever l'état de grossesse ou l'infirmité suffit à établir la particulière vulnérabilité de la victime. Par suite, établir le caractère connu ou apparent de la particulière vulnérabilité consistera simplement à prouver que ces circonstances étaient elles-mêmes apparentes ou connues de l'agent. La particulière vulnérabilité est alors établie à partir des particularités de la victime, par présomption. Encore faut-il que la faiblesse résultant de ces particularités permette de simplifier la commission de l'infraction considérée. Au regard de la jurisprudence, il semble en effet que la particulière vulnérabilité s'entende d'une particulière incapacité à empêcher la commission d'une infraction spécifique.

B/ LA PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ APPRÉCIÉE EN FONCTION DE L'INFRACTION CONSIDÉRÉE

533. La spécificité pénale de l'appréciation de la particulière vulnérabilité de la victime. En tant que critère proprement pénal, la particulière vulnérabilité de la victime donne lieu à une appréciation spécifique. Cette spécificité se traduit par une appréciation autonome de la

¹ V. par ex. CA Aix-en-Provence, 18 janvier 2000, *Contrats conc. consom.* 2001, comm. 49, obs. G. RAYMOND.

² Sur ce point, cf. *infra*, n° 667 et s.

particulière vulnérabilité. La jurisprudence admet notamment que le juge pénal puisse refuser de considérer comme particulièrement vulnérable une personne placée sous un régime de protection civile¹. Cette solution s'explique notamment par le fait que, pour la jurisprudence, la particulière vulnérabilité de la victime s'entend d'une exposition particulière au risque de subir une infraction particulière. Elle devrait donc être appréciée en fonction de la nature et des éléments constitutifs de l'infraction considérée, donc de critères proprement pénaux. Cependant, cette appréciation ne saurait être qu'abstraite, en ce sens que la particulière vulnérabilité sera appréciée au regard du texte d'incrimination. Au stade de la réalisation concrète de l'infraction et de l'appréciation concrète de ses composantes, un même élément ne saurait être utilisé pour établir simultanément deux éléments constitutifs, ou encore pour établir un élément constitutif et une circonstance aggravante. Si la particulière vulnérabilité doit donc être appréciée au regard des éléments constitutifs de l'incrimination considérée (1), la particulière vulnérabilité de la victime et les éléments constitutifs de l'infraction commise doivent être établis séparément (2).

1) L'appréciation de la particulière vulnérabilité au regard des éléments constitutifs de l'incrimination considérée

534. L'affirmation des appréciations spécifiques de la particulière vulnérabilité. Que la particulière vulnérabilité constitue une condition préalable ou une circonstance aggravante, la jurisprudence tend à l'apprécier en fonction de l'infraction, simple ou aggravée, à laquelle elle s'applique. Cela signifie que le juge pénal tient pour vulnérable la personne dont l'état a pu faciliter la commission de l'infraction par l'agent. Ainsi, en fonction de l'infraction commise ou tentée, cette particulière vulnérabilité devrait être appréciée différemment : il conviendrait de mettre l'accent sur la diminution des capacités physiques et de la résistance pour les atteintes corporelles et de s'intéresser davantage à l'impact sur les capacités intellectuelles pour les appropriations astucieuses. Le législateur ayant consacré le fait que l'incrimination d'abus de faiblesse vise à protéger l'intégrité du consentement de la personne², la Cour d'appel de Paris avait estimé la personne vulnérable en mentionnant que la diminution de ses facultés, si elle n'avait pas entraîné de troubles de la mémoire ou de la compréhension, était néanmoins de nature à diminuer son autonomie de jugement³. Dans le même sens, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a fait entre autre découler la particulière vulnérabilité d'un couple victime d'un abus de faiblesse de « *la nécessité urgente d'isoler et d'agrandir leur maison avant l'hiver* »⁴. Il faut par ailleurs

¹ Crim. 16 novembre 2004, n° 03-87.968.

² Cf. *supra*, n° 374.

³ CA Paris, 9^e ch. A, 2 avril 2001, *D.* 2002, p. 1804, obs. M.-H. GOZZI ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 821, obs. R. OTTENHOF, *op. cit.*

⁴ Crim. 5 août 1997, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 102, obs. R. OTTENHOF. La particulière vulnérabilité découlait également du défaut de maîtrise de la langue française et de la naissance prochaine d'un second enfant (et alors que le premier était asthmatique). La prise en compte de l'urgente nécessité pour eux de se reloger traduit cependant bien le fait que la particulière vulnérabilité doit être appréciée au regard de l'infraction concrètement commise (en l'occurrence un

relever que cette appréciation spécifique est également appliquée s'agissant de la simple vulnérabilité évoquée s'agissant de la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine¹.

535. La valeur des appréciations spécifiques de la particulière vulnérabilité. La particulière vulnérabilité de la victime doit donc être doublement appréciée *in concreto*. S'agissant de la mesure de la vulnérabilité de la victime, c'est-à-dire son caractère particulier, il a déjà été rappelé qu'elle s'apprécie également *in concreto*, par référence aux capacités de la personne en cause². Quant à sa nature, c'est-à-dire la partie « vulnérabilité », elle doit être appréciée au regard de l'incrimination spécifique concernée. Il appartient au juge d'examiner les éléments constitutifs mentionnés dans le texte d'incrimination et de déterminer quelles sont les caractéristiques susceptibles d'y exposer une personne. L'inconvénient d'une telle approche réside dans le fait que les termes de « particulière vulnérabilité » recevront une acception différente selon la nature de l'infraction auxquels ils seront appliqués. Les risques d'appréciations distinctes d'une notion unique ont déjà été soulignés s'agissant de la notion d'« autrui »³. Néanmoins, le cas est ici différent puisque la particulière vulnérabilité est une notion plurielle par nature même. « Autrui » se définit par rapport à l'auteur de l'infraction, lequel est auteur potentiel de n'importe quelle infraction du Code pénal. En revanche, nul n'est abstraitement « particulièrement vulnérable », mais toujours « particulièrement vulnérable » dans une situation déterminée. En l'occurrence, par rapport à une infraction déterminée. Que la particulière vulnérabilité donne lieu à une appréciation spécifique, dépendante de la nature de l'incrimination concernée ne pose donc pas de problème majeur, tant que, par ailleurs, cette circonstance est établie distinctement des autres éléments constitutifs de l'infraction.

2) L'établissement séparé de la particulière vulnérabilité et des éléments constitutifs de l'infraction considérée

536. La nécessaire préexistence de la particulière vulnérabilité à l'infraction. Dans le cadre de l'infraction d'abus de faiblesse, les juges du fond ont parfois été tentés de considérer que

abus de faiblesse, l'agent leur ayant fait signer un contrat extrêmement défavorable pour l'aménagement de leur logis).

¹ Art. 225-13 et 225-14 CP. En raison de la nature de ces incriminations, la vulnérabilité y est entendue dans un sens juridique et économique, les principales causes étant le fait d'être étranger en situation illégale (V. par ex. Crim. 11 février 1998, *Bull. crim.* n° 53), plus encore le fait d'être étranger, en situation illicite et dépourvu de ressources (Crim. 11 décembre 2001, *Bull. crim.* n° 256 ; Crim. 13 janvier 2009, *Bull. crim.* n° 9). Le fait d'être salarié dans un secteur en crise et alors que la situation du marché de l'emploi est difficile peut également être un facteur de vulnérabilité (Crim. 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 58). Il est par ailleurs intéressant de noter que, dans le cadre de ces infractions, la minorité ou le fait d'être nouvellement arrivé sur le territoire français permet de présumer irréfragablement la vulnérabilité simple.

² Dans le même sens, V. V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux IV, 1999, n° 68.

³ Sur laquelle cf. *supra*, n° 211 et s. et spéc. n° 215.

la victime de l'infraction avait été rendue particulièrement vulnérable en raison des manœuvres de l'agent. Par les manipulations de celui-ci, la victime se serait retrouvée incapable de percevoir l'ampleur des engagements attendus d'elle. Une telle analyse revient à considérer qu'un même élément est susceptible de caractériser deux circonstances différentes de l'élément matériel de l'infraction, aussi est-elle logiquement prohibée par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Celle-ci considère que la particulière vulnérabilité doit préexister à l'infraction et ne saurait donc résulter de celle-ci¹. De la même façon, la particulière vulnérabilité de la victime ne peut constituer à la fois un élément constitutif et une circonstance aggravante.

537. Le refus d'une prise en compte de la particulière vulnérabilité circonstance aggravante en tant qu'élément constitutif de l'infraction aggravée. Lorsque l'infraction suppose le défaut de consentement de la victime, il peut être tentant de tenir compte de la particulière vulnérabilité de celle-ci afin de rapporter la preuve de cet élément constitutif. Il semble logique de considérer par exemple que la maladie ou l'âge d'une personne puissent expliquer une diminution de sa faculté de consentir à certains actes. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 octobre 1998² a cependant reproché aux juges du fond de s'être fondés sur l'âge de la victime³ ou la qualité d'ascendant de l'auteur pour caractériser la violence, la contrainte ou la surprise en matière d'atteintes sexuelles aggravées. La haute juridiction précise que ces éléments ne sauraient constituer que des circonstances aggravantes de ladite infraction. Cette position a été maintenue dans plusieurs décisions postérieures⁴ et approuvée par plusieurs auteurs relevant qu'un même fait ne peut être à la fois un élément constitutif d'une infraction et une circonstance aggravante de la même infraction⁵. M. MAYAUD écrit ainsi qu'« [o]n ne peut aggraver ce qui n'existe pas »⁶ et que par conséquent, une circonstance aggravante ne peut être prise en compte afin de caractériser une infraction censée la précéder⁷. La règle *non bis in idem* semble bien interdire de retenir un même fait à la fois en tant qu'élément constitutif et que circonstance aggravante de la même infraction. De même, un même fait ne

¹ V. par ex. Crim. 18 mai 1999, n° 97-85.979. V. déjà, en matière de viol, l'affirmation selon laquelle la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime doit préexister des faits et non en résulter : Crim. 17 octobre 1984, *Bull. crim.* n° 308.

² *Bull. crim.* n° 274, D. 1999, p. 75, note Y. MAYAUD ; *JCP G* 1998, II, 10215, note D. MAYER.

³ Mais le raisonnement peut être transposé à l'identique pour la particulière vulnérabilité.

⁴ Crim. 10 mai 2001, *Bull. crim.* n° 116, *Rev. sc. crim.* 2001, p. 808, note Y. MAYAUD ; Crim. 14 novembre 2001, *Bull. crim.* n° 239.

⁵ CH. GUERY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », D. 1998, p. 47 ; Y. MAYAUD, notes sous les arrêts précités ; V. contra M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 566.

⁶ Note préc. D. 1999, p. 75.

⁷ V. contra C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, n° 266.

saurait être retenu deux fois afin de caractériser deux circonstances aggravantes distinctes d'une même infraction¹.

538. La prise en compte de la cause de la particulière vulnérabilité dans l'appréciation du défaut de consentement. Pour autant, il importe en la matière d'opérer une distinction entre le fond et la question probatoire. Si la particulière vulnérabilité ne se confond pas avec l'incapacité à consentir, il est certain que la cause cette particulière vulnérabilité (âge, maladie, état de grossesse, etc.) peut également entraîner une déficience du jugement de la personne. Or, comme l'a montré M. PIN, « *le fondement de la reconnaissance juridique du consentement réside dans l'autonomie de l'individu* », et donc le consentement ne saurait produire ses effets qu'à condition d'émaner d'une personne ayant la capacité de consentir². Rien n'empêche alors le juge pénal de prendre en compte, non la particulière vulnérabilité, mais ce qui en est la cause afin d'apprécier la capacité de la victime à consentir et donc de vérifier l'intégrité de ce consentement. Dans ce type de raisonnement, ce n'est pas le même fait qui est retenu à titre d'élément constitutif de l'infraction et de la circonstance aggravante. L'élément constitutif de l'infraction est prouvé (et non constitué) par la cause de la particulière vulnérabilité alors que la circonstance aggravante est constituée par la particulière vulnérabilité.

539. Illustration de la prise en compte de la cause de la particulière vulnérabilité dans l'appréciation du défaut de consentement. Afin d'exemplifier, on peut citer le cas dans lequel l'âge a privé la personne de sa capacité à consentir de façon éclairée. Le défaut de consentement est prouvé par référence à l'âge qui a pu empêcher la personne de comprendre la situation dans laquelle elle se trouvait. En revanche, la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité est constituée non pas par l'âge lui-même, mais par les effets que l'âge a eus sur les capacités psychiques de la personne. La cause permet de prouver l'élément constitutif de l'infraction alors que la conséquence constitue la circonstance aggravante de cette même infraction. M. GUERY a écrit à ce propos que « *ce que le législateur a érigé en circonstance aggravante ne peut suffire à caractériser l'infraction principale* »³ car il relève que la personne pourrait être particulièrement vulnérable, sans que cela ait pour autant affecté sa capacité à consentir⁴. Si cela ne saurait suffire à lui-seul, rien n'interdit que cela soit néanmoins pris en compte. La Cour de cassation a admis ce raisonnement

¹ Crim. 4 février 1998, *Bull. crim.* n° 44 : Du fait du jeune âge de sa victime, l'agent avait été renvoyé devant la Cour d'assises sous l'accusation de viols sur mineure de 15 ans, personne particulièrement vulnérable en raison de son âge. La Cour de cassation a censuré ce raisonnement, ce qui pourrait être critiqué (cf. également *infra*, n° 694 et s.).

² X. PIN, *Le consentement de matière pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2002, n° 141 et s.

³ « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.* 1998, p. 47.

⁴ On pourra objecter qu'il a été vu que la particulière vulnérabilité doit s'apprécier au regard de la nature de l'infraction aggravée (cf. *supra*, n° 533 et s.), ce qui signifierait que, s'agissant des infractions supposant un défaut de consentement, elle doit s'apprécier au regard de cette capacité à consentir. Cela serait en partie inexact dans la mesure où il est envisageable de considérer d'autres modalités de commission de l'infraction dans lesquelles la particulière vulnérabilité ait un rôle à jouer. On peut ainsi imaginer que l'agent use de sa force physique sur une personne âgée ou malade afin de la contraindre violemment à un rapport sexuel. En pareil cas, la particulière vulnérabilité n'aurait pas affecté la capacité à consentir valablement, mais elle aurait bien facilité la commission de l'infraction par l'agent.

dans un arrêt du 7 décembre 2005¹. Elle valide y le raisonnement de la Cour d'appel qui, à propos de viols, avait retenu que l'état de contrainte ou de surprise résultait du très jeune âge des victimes (âgées d'un an et demi à cinq ans) les rendant incapables de réaliser la nature et la gravité des actes de l'agent. La doctrine a plutôt bien accueilli cet arrêt et en a approuvé la solution².

540. L'appréciation de la particulière vulnérabilité de la victime dans l'infraction continue. Par ailleurs, lorsque les éléments constitutifs de l'infraction en font une infraction continue, se pose alors la question de savoir si l'appréciation de la particulière vulnérabilité de la victime doit s'en trouver modifiée. La vulnérabilité constitue ainsi un élément constitutif de la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne³, infraction continue⁴. Elle constitue également une circonstance aggravante des nouvelles infractions de réduction en esclavage et d'exploitation d'une personne réduite en esclavage⁵. La réduction en esclavage se concevant comme le fait d'exercer sur une personne l'un des attributs du droit de propriété, il se conçoit que l'infraction puisse durer aussi longtemps que dure cet exercice. La jurisprudence en reconnaîtra donc potentiellement le caractère continu. Il convient donc de se demander si, en pareils cas, il importe que la particulière vulnérabilité ait pu être constatée durant toute la durée de commission de faits. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que certaines causes de particulière vulnérabilité, telles que la maladie, peuvent entraîner une faiblesse discontinue, intermittente. De même, d'autres causes, telles que le jeune âge ou l'état de grossesse, entraînent une faiblesse par nature temporaire. Une fois encore, l'appréciation de la particulière vulnérabilité de la victime et des autres éléments constitutifs de l'infraction devrait se réaliser séparément. Les conséquences pénales de la particulière vulnérabilité devraient survenir dès lors que cette circonstance a coïncidé avec la commission par l'agent du comportement incriminé. Il importe peu que ce comportement se soit prolongé au-delà de la période durant laquelle la victime s'est trouvée particulièrement vulnérable. Ainsi, lorsque la vulnérabilité est un élément constitutif d'une infraction continue, il doit suffire que cette particulière vulnérabilité ait pu être constatée en concomitance avec le comportement incriminé. L'infraction est alors constituée durant toute période où le comportement incriminé sera commis à l'encontre d'une personne particulièrement vulnérable. De même, lorsque la particulière vulnérabilité constitue la circonstance aggravante d'une infraction continue, l'infraction aggravée sera constituée aussi longtemps que coïncideront le comportement incriminé et la particulière vulnérabilité de la victime. Simplement, les conséquences juridiques de la particulière vulnérabilité, telles qu'un éventuel allongement du délai de prescription de l'action

¹ Crim. 7 décembre 2005, *Bull. crim.* n° 326 ; *D.* 2006, p. 175, obs. C. GIRAULT ; *Dr. pén.* 2006, comm. 31, obs. M. VERON ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD ; *AJ Pénal* 2006, p. 81, obs. C. SAAS.

² V. les notes précitées.

³ Art. 225-14 CP.

⁴ Crim. 11 février 1998, *Bull. crim.* n° 53 ; *Rev. sc. Crim.* 1998, p. 541, obs. Y. MAYAUD.

⁵ Art. 224-1 C, 2° CP.

publique si la circonstance aggravante venait à modifier la classe de l'infraction¹, devraient également être limitées à cette période. Ainsi, si la circonstance aggravante érige en crime un délit, le délai de prescription de dix ans commence à courir dès la disparition de la particulière vulnérabilité de la victime, quand bien même le comportement se serait postérieurement poursuivi sur une victime ayant surmonté sa vulnérabilité.

541. L'appréciation de la particulière vulnérabilité de la victime dans l'infraction d'habitude. De semblables interrogations peuvent être soulevées en matière d'infractions d'habitude, constituées par l'itération d'un comportement donné². Lorsque la commission habituelle des faits constitue une circonstance aggravante d'une infraction ayant la particulière vulnérabilité de la victime comme élément constitutif, il semble évident que l'aggravation suppose que cette caractéristique ait été présente lors d'au moins deux commissions des faits. Par exemple, le recours à la prostitution de personnes mineures ou particulièrement vulnérables³ ne peut être aggravé par sa commission habituelle⁴ que pour autant que les prostitués aient été mineurs ou particulièrement vulnérables lors d'au moins deux rencontres tarifées avec l'agent. En toute rigueur, la même solution devrait prévaloir lorsque la particulière vulnérabilité de la victime constitue la circonstance aggravante d'une infraction d'habitude. L'aggravation ne devrait être encourue qu'à la condition que la victime ait été particulièrement vulnérable à deux reprises au moins. Pourtant, il n'est pas certain que telle soit la position que retiendrait la jurisprudence, laquelle pourrait s'estimer satisfaite de la double constatation de ce que le comportement a bien été commis de manière habituelle et au moins une fois à l'encontre d'une personne particulièrement vulnérable⁵. Il convient cependant d'observer que l'hypothèse apparaît marginale, seules quelques modalités de commission du proxénétisme et de l'exploitation de la mendicité ou de la vente à la sauvette peuvent être constituées par une forme d'habitude par la particulière vulnérabilité de la victime. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles l'agent se verra reprocher de ne pouvoir justifier ses revenus tout en étant en relation habituelle avec une personne se livrant à la prostitution⁶, à la mendicité⁷ ou à la vente à la sauvette.¹

¹ V. cependant CH. CLAVERIE-ROUSSET, *L'habitude en droit pénal*, Thèse, Université Bordeaux IV, 2011, n° 291. L'auteur y explique que la jurisprudence considère que la récidive et l'habitude ne sauraient modifier la nature d'une infraction. Ainsi, les juridictions n'hésiteraient pas en pareil cas à prononcer des peines d'emprisonnement supérieur à dix ans. L'affirmation ne semble toutefois pas transposable au cas de l'habitude légalement érigée en circonstance aggravante avec modification de la classe correspondante de l'infraction. L'auteur explique cependant que ce que la doctrine qualifie de « circonstance aggravante d'habitude » n'en est en réalité pas une, mais simplement un cas de concours réel d'infractions plus sévèrement sanctionné (*Ibid.*, n° 62 et s.).

² B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 235 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 634 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 488.

³ Art. 225-12-1 CP.

⁴ Art. 225-12-2, 1^o CP.

⁵ Pour une approbation de cette solution, V. CH. CLAVERIE-ROUSSET, *L'habitude en droit pénal*, op. cit., n° 159.

⁶ Art. 225-6, 3^o CP.

⁷ Art. 225-12-5 al. 6 CP.

542. Bilan : la spécificité pénale de la particulière vulnérabilité. Le caractère spécifiquement pénal de la particulière vulnérabilité de la victime résulte de ce qu'en plus de ne figurer quasiment que dans des textes pénaux, elle est appréciée par la jurisprudence suivant des principes et notions spécifiques au droit pénal. Le principe de légalité criminelle impose ainsi que la particulière vulnérabilité ne soit pas escamotée derrière ce qui en est à l'origine. Du principe *non bis in idem* découle que, si la particulière vulnérabilité de victime s'apprécie au regard des éléments constitutifs abstraits de l'incrimination considérée, elle doit s'établir séparément des éléments constitutifs concrets de l'infraction commise. Cette spécificité pénale trouve sa justification dans le fait que, condition préalable ou circonstance aggravante, la particulière vulnérabilité de la victime est un critère de mesure de la gravité de la faute pénale, c'est-à-dire de l'hostilité de l'agent aux valeurs pénalement protégées. De la même manière, l'hostilité aux valeurs essentielles constitue le critère essentiel de mesure de la culpabilité de l'auteur d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique. C'est pourquoi la mesure pénale des atteintes corporelles est également spécifique.

Section seconde

La mesure pénale des atteintes corporelles

543. L'originalité légale et prétorienne de la mesure pénale des atteintes corporelles. En matière d'atteintes corporelles, deux considérations commandent l'adaptation de la répression pénale. La sanction encourue doit en effet dépendre, comme pour toute infraction, du degré de culpabilité de l'agent et de l'importance du trouble à l'ordre public résultant de l'infraction. En d'autres termes, sont pris en considération le dommage voulu par l'agent et le dommage effectivement causé par son comportement. La prise en compte combinée de ces deux éléments est spécifique au droit pénal, ce qui se traduit par l'emploi de critères spécifiques, tant au niveau légal que prétorien. Légalement, le droit pénal s'appuie sur un critère spécifique afin de mesurer la gravité de l'atteinte à l'intégrité physique (I). Quant à la jurisprudence, elle fonde sur les textes légaux une appréciation autonome du rapport causal entre l'acte de l'agent et le dommage (II).

¹ Art. 225-12-8 al. 3 CP.

I – L'ORIGINALITÉ DU CRITÈRE LÉGAL DE L'INCAPACITÉ TOTALE DE TRAVAIL

544. La présentation du critère d'incapacité totale de travail et de l'influence que la victime peut exercer sur cette notion (A) permet d'en établir et d'en expliquer la spécificité pénale (B).

A/ L'INFLUENCE DE LA VICTIME SUR L'INCAPACITÉ TOTALE DE TRAVAIL

545. La notion d'incapacité totale de travail. Lorsque le résultat de l'atteinte corporelle n'est pas constitué par la mutilation, l'infirmité permanente ou la mort, le Code pénal se réfère à l'incapacité totale de travail de la victime, la gravité de l'infraction variant selon la durée de cette incapacité¹. L'incapacité totale de travail n'est pas une notion médicale, mais juridique². Aussi est-il de jurisprudence constante que les juges du fond l'apprécient souverainement, sans être tenus par le contenu des rapports médicaux³. Ce mode d'appréciation s'appliquait déjà avant 1994, sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal évoquant « l'incapacité totale de travail personnel »⁴. Dans les deux cas, le texte pénal invite le juge à se référer à l'aptitude au travail de la victime et les formulations sont proches. Pourtant, la disparition du terme « personnel » à partir de 1994 a emporté des discussions en jurisprudence et en doctrine sur le point de savoir si, dans son appréciation de l'incapacité totale de travail, le juge devait prendre en compte l'éventuelle activité professionnelle de la victime.

546. L'imprécision textuelle quant à l'appréciation de l'incapacité totale de travail. La difficulté en la matière découle de l'absence de définition textuelle de l'incapacité totale de travail, laquelle fait donc l'objet d'une appréciation purement prétorienne. La chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs récemment refusé de transmettre au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité reprochant au Code pénal de ne pas définir objectivement l'élément matériel des violences⁵. La chambre criminelle a estimé que ces questions ne présentaient pas un caractère sérieux, dès lors que l'appréciation de l'incapacité totale de travail relève de l'office du juge. Cependant, la suppression du terme « personnel » par les lois de 1992 permet de considérer que l'incapacité totale de travail recouvre soit l'incapacité pour la victime

¹ Pour les différents seuils, cf. *infra*, n° 550.

² P. CHARLOT, M. TEDLAOUTI et M. DEBOUT, « L'incapacité totale de travail et la victime de violences », *AJ Pénal* 2006, p. 300.

³ V. par ex. Crim. 9 février 1950, *Bull. crim.* n° 44 ; Crim. 22 avril 1966, *Bull. crim.* n° 124 ; Crim. 3 janvier 1967, *Bull. crim.* n° 1 ; Crim. 3 avril 2012, n° 12-90.005 ; Crim. 2 mai 2012, n° 12-90.012. Sur le calcul de l'ITT, V. également P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, LGDJ – Université de Poitiers, Coll. De la Faculté de Droit et des Sciences sociales, 2006, n° 377 et s.

⁴ V. par ex. ancien art. 309 CP.

⁵ Crim. 3 avril 2012, n° 12-90.005 et Crim. 2 mai 2012, n° 12-90.012.

d'exercer son activité professionnelle, soit l'incapacité d'exercer une activité personnelle quelle qu'elle soit¹.

547. L'appréciation *in concreto* de l'incapacité totale de travail des personnes ayant une activité professionnelle. Dans un arrêt du 6 février 2001, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré l'incapacité totale de travail comme une incapacité professionnelle². Dans cette affaire, la victime avait souffert trois jours d'incapacité totale d'exercer une activité quelconque, suivie de douze jours au cours desquels elle avait été incapable d'exercer son activité professionnelle, mais avait été à même d'effectuer certaines tâches ménagères. Alors que les juges du fond en avaient déduit que l'incapacité totale de travail était inférieure à huit jours, la Cour de cassation a sanctionné leur raisonnement en relevant que « *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* ». L'incapacité totale de travail doit alors être appréciée en tenant compte du fait que la victime exerce une activité professionnelle. Cela rapproche alors l'incapacité totale de travail de l'arrêt de travail, sans pour autant que ces deux notions se confondent. À l'inverse de l'incapacité totale de travail, l'arrêt de travail se doit apprécier objectivement, en référence à la résistance de la victime et à la nature de son activité professionnelle³, non au seul fait qu'elle en exerce une. Reste que considérer l'incapacité totale de travail comme une inaptitude à exercer une profession n'est pas sans entraîner quelques difficultés.

548. L'appréciation *in abstracto* de l'incapacité totale de travail des personnes sans activité professionnelle. Il est bien évident que les personnes qui n'ont pas d'activité professionnelle, telles que les enfants ou les retraités, peuvent également subir une atteinte à leur intégrité physique, laquelle devra bien être quantifiée sous forme d'une incapacité totale de travail. Or, une appréciation dépendante de la profession de la victime est par hypothèse impossible⁴. Par conséquent, la durée de l'incapacité totale de travail devra être fixée de façon abstraite, objective, et exprimer l'incapacité de la victime à effectuer une tâche quelconque. L'incapacité totale de travail fait donc l'objet d'une appréciation différente selon la victime qui la subit. Cette dualité de conception présente cependant l'avantage de permettre une « *approche nuancée, car au plus proche des circonstances de fait, de la notion d'incapacité* »⁵, approche répondant aux exigences spécifiques du droit criminel.

¹ N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, Thèse, Université Jean-Moulin – Lyon III, 2006, n° 326 et 327.

² Crim. 6 février 2001, *Bull. crim.* n° 34 ; *Rev. sc. crim.* 2001, p. 582, obs. Y. MAYAUD. V. déjà antérieurement Crim. 22 novembre 1982, *Bull. crim.* n° 263.

³ P. CHARLOT, M. TEDLAOUTI et M. DEBOUT, « L'incapacité totale de travail et la victime de violences », op. cit.

⁴ Y. MAYAUD, « Violences volontaires », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 119.

⁵ N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 327.

B/ LA SPÉCIFICITÉ PÉNALE DE L'INCAPACITÉ TOTALE DE TRAVAIL

549. La spécificité de la notion d'incapacité totale de travail. En premier lieu, la notion même d'incapacité totale de travail constitue une manifestation de l'autonomie du droit pénal car elle diffère des notions évoquées dans les autres branches du droit. Civilistes et travaillistes se réfèrent aux incapacités, lesquelles peuvent être permanentes ou temporaires, et que l'on nomme également déficits fonctionnels. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 mai 2009 a, dans un attendu de principe, donné des définitions précises de ces deux types d'incapacités¹. Le déficit fonctionnel temporaire inclut ainsi « *pour la période antérieure à la date de consolidation, l'incapacité totale ou partielle ainsi que le temps d'hospitalisation et les pertes de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante durant la maladie traumatique* », tandis que le déficit fonctionnel permanent recouvre « *pour la période postérieure à cette date, les atteintes aux fonctions physiologiques, la perte de la qualité de vie et les troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales* ». Sur un plan médico-légal, l'incapacité permanente est appréciée en pourcentage, selon des modalités assez complexes², à la différence de l'incapacité totale de travail qui est quantifiée en jours ou en mois. De cette météorique présentation³, il peut être relevé que les incapacités temporaires ou permanentes tâchent de rendre compte de façon beaucoup plus précise et détaillée du préjudice subi par la victime⁴. De plus, il est capital de noter que, contrairement au droit pénal, les autres branches du droit prennent en compte les préjudices patrimoniaux découlant du dommage corporel⁵. Cette volonté, dans les disciplines extra-pénales, d'apprécier le plus précisément possible les conséquences d'une atteinte à l'intégrité physique se retrouve également dans les seuils retenus pour mesurer temporellement l'invalidité temporaire.

550. La spécificité des seuils d'incapacité totale de travail. La division temporelle pénale des seuils d'incapacité totale de travail est relativement sommaire, puisqu'elle repose sur deux séries de trois seuils. S'agissant des atteintes volontaires, le droit pénal connaît l'absence d'incapacité totale de travail⁶, l'incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à huit jours⁷ et l'incapacité totale de travail d'une durée supérieure à huit jours¹. En matière d'atteintes

¹ Civ. 2^{ème}, 28 mai 2009, *Bull. civ. II* n° 131 ; *RTD Civ.* 2009, p. 534, note P. JOURDAIN.

² Sur lesquelles cf. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2012, n° 111 et s.

³ Pour un approfondissement de laquelle cf. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, op. cit., n° 169 et s. (déficit fonctionnel temporaire) et n° 173 et s. (déficit fonctionnel permanent).

⁴ Dans le même sens, V. N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 331.

⁵ Sur lesquels cf. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, op. cit., n° 131 et s. (préjudices patrimoniaux temporaires) et n° 145 et s. (préjudices patrimoniaux permanents).

⁶ Art. R. 624-1 (violences volontaires), 222-13 (violences volontaires aggravées), 222-33-2-1 (harcèlement moral) et 311-4, 4^o CP (vol aggravé).

⁷ Art. R. 625-1 (violences volontaires), 222-13 (violences volontaires aggravées), 222-14, 4^o (violences habituelles sur mineur ou personne vulnérable), 222-14-1, 4^o (violences aggravées sur personnes exerçant une fonction protégée), 222-33-2-1 (harcèlement moral), 311-5, 1^o (vol aggravé) et 322-7 CP (destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes).

involontaires, sont visées l'absence d'incapacité totale de travail², l'incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois³ et l'incapacité totale de travail supérieure à trois mois⁴. À l'opposé, dans les autres branches du droit, l'incapacité temporaire totale ou partielle peut faire l'objet d'une appréciation extrêmement précise, chaque jour ajouté ou retranché impactant sur la solution du litige. Pour prendre un exemple, en cas d'accident de travail ou de maladie professionnelle, l'article D. 242-6-6 du Code de la sécurité sociale établit six catégories d'incapacité temporaire de travail, allant de moins de quatre jours à plus de cent cinquante jours. Ces différences entre les critères pénaux et extra-pénaux de mesure de l'atteinte corporelle trouvent leur justification dans l'objet spécifique du droit répressif.

551. La spécificité pénale justifiée par la spécificité de son objet. À la différence d'autres branches du droit, et notamment de la responsabilité civile, le droit pénal n'a pas pour objet principal d'assurer la réparation du préjudice subi par la victime. Dans l'œuvre qu'il consacre à la fonction réparatrice de la répression pénale, M. PAILLARD relève que « *la réparation peut difficilement devenir la finalité de la peine, car elle purge nécessairement la peine de ses garanties en affaiblissant la notion de culpabilité* »⁵. Au terme de son étude, il constate que la responsabilité pénale repose sur une faute qui rejette la fonction réparatrice⁶, ce qui l'amène à souhaiter voir « *purger la sanction pénale de son encombrante fonction réparatrice* »⁷. L'appréciation pénale du dommage qu'elle subit peut donc se dispenser utilement du degré de précision que requiert le principe civil de réparation intégrale du préjudice. L'objet du droit pénal est la répression, répression qui en la matière est déjà sensiblement plus axée sur le dommage subi que sur l'appréciation du degré de culpabilité de l'agent⁸. Les seuils et mode d'appréciation évoqués de l'incapacité totale de travail n'ont vocation qu'à servir de bornes rudimentaires, afin d'éviter que les différences d'appréciation entre juridictions ou magistrats n'emportent des atteintes à l'égalité entre les justiciables. Ces bornes déterminent alors un espace au sein duquel le juge pénal peut librement, en vertu de l'article 132-24 du Code pénal, adapter la peine en fonction du degré de culpabilité qu'il identifie chez l'agent⁹.

¹ Art. 222-11 (violences volontaires), 222-14, 3° (violences habituelles sur mineur ou personne vulnérable), 222-14-1, 3° (violences aggravées sur personnes exerçant une fonction protégée), 222-33-2-1 (harcèlement moral), 311-6 (vol aggravé), 312-2, 1° et 312-3 (extorsion aggravée), 322-5, al. 5, 322-7 et 322-8, 2° CP (destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes)

² Art. R. 622-1 (faute simple) et R. 625-3 CP (faute qualifiée ou délibérée).

³ Art. R. 625-2 (faute simple), 222-20 (faute qualifiée ou délibérée), 222-20-1 (dommage causé par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur), et 222-20-2 CP (dommage causé par un chien en cas de faute qualifiée ou délibérée).

⁴ Art. 222-19 (faute simple et faute qualifiée ou délibérée), 222-19-1 (dommage causé par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur) et 222-19-2 CP (dommage causé par un chien).

⁵ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 42, 2007, n° 267.

⁶ *Ibid.*, n° 473 et s.

⁷ *Ibid.*, n° 654.

⁸ Sur les raisons qui motivent cette spécificité de la sanction des atteintes à l'intégrité physique, cf. *supra*, n° 441 et s.

⁹ Dans le même sens, V. N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 335 et s.

552. La spécificité pénale justifiée par la volonté de mesurer le dommage et non le préjudice. Les constatations qui précèdent amènent à voir dans l'incapacité totale de travail une unité de mesure originale, destinée à mesurer non le préjudice, mais le dommage¹. Le droit civil de la responsabilité affirme le principe de réparation intégrale du préjudice², préjudice qu'il importe donc d'évaluer précisément, notamment en chiffrant précisément les coûts mis à la charge de la victime. À l'inverse, les critères employés par le droit pénal afin de mesurer les atteintes corporelles relèvent essentiellement de la biologie puisqu'est faite référence à la mort, mais également à la mutilation ou à l'infirmité permanente, sans considération pour le fait que certaines mutilations peuvent entraîner des conséquences plus néfastes que d'autres. Sous des dehors d'évaluation économique et sociale, l'incapacité totale de travail contribue également à une mesure biologique, physiologique, de l'atteinte corporelle. Ceci explique notamment que la capacité à pratiquer certaines activités de la vie courante ne soit pas exclusive de l'incapacité totale de travail. À travers cette référence, c'est essentiellement le dommage, la lésion brute subie par la victime, que le droit cherche à quantifier. Cette mesure est extrêmement délicate et c'est pourquoi les repères choisis sont aussi vagues. Au final, les mécanismes employés pour appréhender juridiquement les atteintes corporelles tentent d'assurer un juste équilibre entre la prise en compte de la gravité de la faute et celle du dommage causé. L'appréciation du lien de causalité entre ces deux éléments en témoigne également.

II – L'ORIGINALITÉ DE L'APPRÉCIATION DE L'INFLUENCE CAUSALE DE LA VICTIME

553. Rôle et encadrement de l'autonomie du droit pénal quant à l'appréciation du lien causal. Dès lors qu'il est question de la création et de la réaction à un dommage, la causalité constitue, dans toutes les branches du droit, un critère d'encadrement de cette réaction juridique. Malgré ce caractère incontournable, les critères d'appréciation de la causalité ne sont pas définis dans les textes, d'où des appréciations parfois différentes selon les disciplines juridiques³. En droit pénal, la causalité fait ainsi l'objet d'une appréciation autonome. Cela n'exclut évidemment pas

¹ Sur la distinction entre dommage et préjudice, cf. *supra*, n° 10.

² V. par ex. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 264 ; Civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, *Bull. civ. II*, n° 106. Sur le principe de réparation intégrale du préjudice, V. PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd., 2011, n° 239 ; PH. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuel, 12^e éd., 2012, n° 729 et s. ; F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2009, n° 899 et s. ; PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^e éd., 2012, n° 2523 et s.

³ Pour une comparaison globale entre l'appréciation de la causalité en droit pénal et en droit civil, V. N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 343 et s. Selon cet auteur, le droit pénal récent serait marqué par une appréciation restreinte de la causalité reposant sur une référence à la théorie de la causalité adéquate, notamment en raison de la réforme opérée par la loi du 10 juillet 2000. À l'opposé, l'appréciation du lien causal dans la responsabilité civile du fait personnel serait plus relâchée en raison de la consécration, depuis les années 1960, de la théorie de l'équivalence des conditions.

que les solutions retenues en droit pénal puissent correspondre à celles admises notamment en droit civil, mais ces solutions reposeront alors sur l'application de critères distincts. À titre d'exemple, la responsabilité civile s'attache essentiellement à réparer le préjudice, aussi ne tient-elle compte du dommage qu'en tant qu'il est la source de ce préjudice¹. La responsabilité pénale est quant à elle toute entière tournée vers le dommage², mais, en matière d'atteintes corporelles, le préjudice lui est intimement corrélé³. Relativement à l'influence de la victime, la spécificité de l'appréciation pénale du lien causal se matérialise principalement par la prise en compte de l'intention de l'agent (A) et par le fait que, contrairement au droit civil, l'influence de la victime ne saurait entraîner un partage de responsabilité pénale (B).

A/ LA SPÉCIFICITÉ PÉNALE DE L'INFLUENCE DE L'INTENTION DE L'AGENT SUR L'APPRÉCIATION DE LA CAUSALITÉ

554. La spécificité de la référence pénale à l'intention. En droit de la responsabilité civile du fait personnel, la faute intentionnelle, la faute d'imprudence et la faute de négligence sont assimilées, ainsi qu'en dispose l'article 1383 du Code civil. Seules importent les conséquences dommageables, le préjudice donc, résultant de ces fautes. À l'opposé, l'objet spécifique du droit pénal le conduit à tenir compte du degré d'intentionnalité de la faute, donc du degré de gravité de celle-ci, dans la gradation des incriminations. Les atteintes involontaires sont ainsi moins lourdement sanctionnées que les atteintes volontaires, lesquelles appellent elles-mêmes une sanction inférieure à celle des atteintes intentionnelles, marquées par la volonté de l'agent d'atteindre un but spécifique⁴. Ces distinctions n'impactent pas uniquement la responsabilité pénale de l'agent proprement dite, mais également l'appréciation du lien de causalité entre la faute et le résultat pénal. L'illustration la plus significative en est la variation, en fonction de la nature du lien de causalité, du degré de gravité de la faute requise en matière d'infractions non intentionnelles. Selon les alinéas trois et quatre de l'article 121-3 du Code pénal, une faute simple suffit à engager la responsabilité pénale de l'auteur direct du dommage tandis que l'auteur indirect ne répondra que des conséquences de sa faute qualifiée ou délibérée⁵. Cette influence de la nature de la faute sur l'appréciation de la causalité ne concerne cependant pas spécifiquement la victime, à l'exception des cas d'incriminations intentionnelles.

¹ Lorsque ces deux notions ne sont pas tout simplement confondues. V. par ex. PH. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuel, 12^e éd., 2012, n° 560 et s.

² Cf. *supra*, n° 10 et s.

³ Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André DECOQ*, Litec, 2004, p. 475 et spéc. p. 477 ; R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561.

⁴ Au sens de « la volonté tendue vers un but » selon l'étymologie du terme « intention », in *tendere*, tendre vers. V. par ex. B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1971, p. 1 et spéc. p. 13.

⁵ Sur l'appréciation du lien de causalité direct ou indirect, V. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, LGDJ, Université de Poitiers, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2006, n° 702 et s. ; N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 354 et s. et spéc. n° 358 et s.

555. L'appréciation subjective des éléments causaux en matière d'atteintes intentionnelles. Parmi les atteintes corporelles, sont notamment intentionnelles le meurtre¹ et l'empoisonnement². À la différence des autres atteintes corporelles, ces deux incriminations ne nécessitent pas uniquement la preuve du caractère volontaire des faits, mais encore la preuve de l'intention de l'agent d'atteindre un but précis, en l'occurrence la mort de la victime³. Cette exigence rejaillit nécessairement sur l'appréciation de la causalité, puisque la survenance du résultat ne suffit pas à emporter la qualification intentionnelle. Les circonstances causales font donc l'objet d'une prise en compte subjective⁴, en ce sens qu'un élément, acte ou circonstance, ayant contribué à entraîner la mort de la victime devra être connu de l'agent pénal afin de permettre de retenir la qualification intentionnelle. Si, par exemple, le coup porté par l'agent a entraîné la mort de la victime en raison de la fragilité de l'un de ses organes internes, la qualification d'homicide volontaire ne pourra être retenue que si cette caractéristique était connue de l'auteur et que celui-ci a agi en conséquence. À défaut, seule la qualification de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner⁵ pourra être appliquée.

556. L'appréciation subjective de l'ensemble des éléments causaux, à l'exception du comportement postérieur de la victime. Cette appréciation subjective concerne l'ensemble des éléments causaux, parmi lesquels les caractéristiques de la victime, mais aussi l'ensemble de ses actes susceptibles de participer à la survenance du résultat incriminé. On peut ici penser à l'exemple de l'absorption de la substance mortifère dans l'empoisonnement⁶. À cette liste semble néanmoins devoir échapper le comportement de la victime postérieur à l'infraction. La question ne saurait à vrai dire se poser que lorsque le résultat n'a pas été atteint, puisque, sauf improbable résurrection ou maléfice vaudou, il semble difficile d'imaginer la victime pénale substantielle agir après son trépas. Néanmoins, l'auteur d'une tentative de meurtre ne saurait faire valoir que la victime a su se procurer les soins propres à empêcher son décès pour échapper à la qualification criminelle. De même, le fait, pour la personne ayant absorbé une substance mortifère, de s'administrer avec diligence un contrepoison efficace n'exclut pas la qualification d'empoisonnement, en raison du caractère formel de cette infraction⁷. Il est également douteux que l'agent réussisse à convaincre ses juges de son absence d'intention homicide en établissant

¹ Art. 221-1 et s. CP.

² Art. 221-5 CP.

³ Pour le meurtre, cette exigence résulte expressément de la lettre de l'article 221-1 du Code pénal. Pour l'empoisonnement, la jurisprudence a exigé, au titre des éléments constitutifs de l'infraction, la volonté de donner la mort. V. par ex. TGI Paris, 23 octobre 1992, *D.* 1993, p. 222, note A. PROTHAIS ; Crim. 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 781, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2004, p. 1620, note D. REBUT.

⁴ Cf. *supra*, n° 320 et s.

⁵ Art. 222-7 CP.

⁶ Cf. *supra*, n° 322 et s.

⁷ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 3^e éd., 2007, n° 13 et 15 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e éd., 2011, n° 134 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 27 et 29 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 328.

qu'il avait prévu et escompté que la victime recevrait à temps les soins appropriés. Une fois l'infraction, ou à tout le moins sa tentative, consommée, le comportement postérieur de la victime est indifférent. Il s'agit là d'une autre spécificité des atteintes intentionnelles à la vie. S'agissant des autres atteintes corporelles, les évolutions de la gravité du dommage peuvent justifier une réévaluation de la qualification infractionnelle.

557. La pertinence de l'appréciation pénale subjective des éléments causaux. Il a déjà été démontré que l'appréciation subjective des éléments causaux était naturellement imposée par la nature subjective de la responsabilité pénale. La causalité est alors bien non seulement une composante¹, mais aussi une variable de la responsabilité pénale². En revanche, elle ne constitue essentiellement qu'une composante de la responsabilité civile, en raison des visées indemnitaires que cette dernière promeut. Lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice découlant d'une faute, qu'importe la nature de cette dernière³, voire l'existence même de la faute dès lors qu'elle est appréciée objectivement. Au civil, l'influence de la victime sur la survenance du dommage est donc appréciée de façon objective et unitaire, quelque soit la variété de faute retenue. En revanche, l'appréciation civile de la causalité permet le partage de la responsabilité civile, alors que la responsabilité pénale conserve un caractère monolithique. Soit le comportement de l'agent est, ne serait-ce qu'en partie, à l'origine du résultat pénal et l'agent en sera tenu pénalement responsable, soit il n'a pris aucune part causale à la survenance de ce résultat et sa responsabilité ne saurait être recherchée. À la différence des appréciations civiles, l'appréciation pénale de la causalité est relativement binaire.

B/ LA SPÉCIFICITÉ PÉNALE DE L'APPRÉCIATION BINAIRE DE LA CAUSALITÉ

558. La présentation de la spécificité des solutions pénales (1) doit précéder leur appréciation (2).

1) La présentation de la spécificité des solutions pénales

559. L'appréciation de la causalité tributaire du caractère binaire de la responsabilité pénale. Contrairement à la responsabilité civile, la responsabilité pénale fait l'objet d'une appréciation binaire. Elle ne se partage ni ne se fragmente et soit l'agent est pénalement responsable, soit il ne l'est pas. M. MAYAUD le résume parfaitement : « *En droit pénal, serait-elle commune à plusieurs participants, associée à d'autres événements, voire en rapport avec une faute imputable à la*

¹ P.-A. BON, « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal », *Rev. pénit.* 2006, doctrine p. 291, spéc. pp. 293 et s.

² *Ibid.*, pp. 301 et s.

³ Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, *JCP G* 1965, II, 14140.

victime elle-même, la responsabilité reste totale pour le prévenu, sauf force majeure. »¹. En conséquence, si la participation causale de la victime à la survenance du dommage peut conduire à un partage de responsabilité civile², elle sera sans effet sur la responsabilité pénale de l'agent³, à moins qu'elle ne soit considérée comme la cause unique du dommage auquel cas l'agent sera dégagé de toute responsabilité pénale⁴. Au regard de la responsabilité pénale de l'agent, l'influence de la victime sur la survenue du résultat incriminé est donc soit totalement indifférente, soit exclusive de sa responsabilité pénale.

560. La prise en compte du résultat produit par l'influence de la victime. En application du principe dégagé, la jurisprudence affirme que l'auteur de l'infraction doit répondre pénalement du dommage causé, même lorsque son étendue est due pour partie à l'état antérieur de la victime. C'est pourquoi la qualification de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner peut être retenue lorsque les coups ont « *bâté ou aggravé une affection pathologique dont souffrait déjà la victime* »⁵. La solution est identique lorsque la gravité du dommage résulte du comportement de la victime, ainsi qu'en atteste un arrêt du 21 novembre 1988⁶. En l'espèce le prévenu avait menacé son ancienne maîtresse d'un couteau. Sous l'effet de la panique, celle-ci avait sauté par la fenêtre afin d'échapper à son agresseur. Blessée par sa chute, elle subit une incapacité totale de travail de quarante-cinq jours. La chambre criminelle de la Cour de cassation admit la condamnation de son agresseur pour violences volontaires avec arme ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours, bien que le dommage eût probablement été nettement inférieur sans la tentative d'évasion de la victime. Prédilections et comportement de la victime peuvent également se conjuguer et la qualification de violences mortelles est encourue

¹ Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale », op. cit. La citation se trouve p. 483.

² V. par ex. Civ. 2^{ème}, 11 février 1976, D. 1976, p. 609 ; Civ. 2^{ème}, 22 mars 1995, Bull. civ. II, n° 89, JCP G 1995, IV, 1265 ; Civ. 2^{ème}, 2 avril 1997, JCP G 1997, IV, 1160 ; Civ. 1^{ère}, 2 novembre 2005, Resp. civ. et assur. 2006, comm. 4. La faute de la victime peut être retenue à son encontre quel que soit son degré de gravité (Civ. 2^{ème}, 29 avril 2004, Bull. civ. II, n° 202 ; Resp. civ. et assur. 2004, comm. 214 ; Civ. 2^{ème}, 13 novembre 2008, Resp. civ. et assur. 2009, comm. 2) et même si elle émane d'une victime privée de son discernement (Ass. Plén., 9 mai 1984, arrêts *Derguini* et *Lemaire*, JCP G 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN). La chambre criminelle de la Cour de cassation rechigne néanmoins à opposer sa faute à la victime d'une infraction volontaire contre les biens, afin d'éviter que l'auteur de cette infraction n'en puisse tirer profit (V. par ex. Crim. 4 octobre 1990, Bull. crim. n° 331 ; Crim. 16 mai 1991, Bull. crim. n° 208 ; JCP G 1992, I, 3572, obs. G. VINEY). Par ailleurs, certaines dispositions spéciales, telles que l'article 3 de la Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, excluent que la faute de la victime puisse lui être opposée (à l'exception, en l'occurrence, de la faute inexcusable). Pour une présentation approfondie de l'impact et de la prise en compte de la faute de la victime dans la responsabilité civile, V. P. JOURDAIN, « Droit à réparation – Lien de causalité – Pluralité des causes du dommage », *Juris-Classeur Responsabilité civile et assurances*, fasc. 162, n° 56 et s.

³ V. par ex., s'agissant d'atteintes involontaires : TGI Valence, 26 juin 2001, 4^e ch. corr., 26 juin 2001, n° 01-475 ; BICC n° 554 du 15 avril 2002, n° 400. La solution était déjà admise antérieurement à la Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. V. par ex. Crim. 18 juin 1957, Bull. crim. n° 500 ; Crim. 14 février 1989, Bull. crim. n° 75 ; Crim. 4 août 1998, Bull. crim. n° 223.

⁴ V. par ex., s'agissant d'atteintes involontaires : Crim. 21 janvier 2003, Bull. crim. n° 16 (a contrario) et, déjà sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal, Crim. 25 octobre 1972, Bull. crim. n° 309.

⁵ Crim. 31 mars 1992, Rev. sc. crim. 1993, p. 100, obs. G. LEVASSEUR.

⁶ Crim. 21 novembre 1988, Bull. crim. n° 392.

lorsque la mort n'est pas survenue directement du fait des coups reçus, mais a été entraîné par l'émotion intense et le violent effort provoqués par l'affrontement entre l'agent et la victime¹. Les solutions sont identiques en matière d'atteintes corporelles involontaires².

561. La prise en compte des évolutions du résultat malgré l'influence de la victime. Une fois le dommage survenu, il faut encore qu'il atteigne la période de consolidation afin de produire les conséquences que le droit lui attache. Cependant, les autorités de poursuites ne peuvent se permettre d'attendre que le dommage ait atteint son ampleur maximale pour enclencher les poursuites. Il en résulte, et la jurisprudence l'admet, que la qualification retenue peut évoluer au cours de l'instance, en raison notamment de l'aggravation du dommage³ et ce tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue. Faute d'avoir pu être établie avec certitude au jour de la décision, l'incapacité totale de travail est établie *a priori*, malgré le manque de fiabilité des évaluations⁴. En conséquence, lorsque l'état de la victime empire, la qualification devrait être révisée, y compris lorsque l'aggravation est due au comportement de la victime, par exemple à son refus d'accepter les soins que requiert son état. La solution semble s'imposer dans la mesure où le refus de la victime d'accepter les soins pourrait difficilement être considéré comme fautif au regard des dispositions du Code de la santé publique⁵.

562. La convergence des droits civil et pénal sur l'absence d'obligation de minimiser son dommage. Nouvelle illustration du fait qu'autonomie n'est pas contrariété systématique, la position du droit pénal se trouve ici en accord avec la position du droit civil. L'absence d'obligation pour la victime de modérer son dommage corporel y a été fermement affirmée en termes généraux par deux arrêts de la deuxième chambre civile en date du 19 juin 2003⁶. Cependant, l'article 1373 de l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*⁷ a prévu la réduction de l'indemnisation de la victime lorsque celle-ci n'a pas employés les « *moyens sûrs, raisonnables et proportionnés* » pour réduire l'étendue de son dommage. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a semblé s'inspirer de cet avant-projet dans une décision du 22 janvier 2009⁸. Dans les faits, la victime d'une agression, incapable de reprendre son activité

¹ Crim. 13 mai 1998, n° 98-81.025.

² S'agissant des prédispositions de la victime, V. par ex. Crim. 30 janvier 2007, *Bull. crim.* n° 23, *Dr. pén.* 2007, comm. 80, obs. M. VERON. V. dans le même sens, antérieurement à la loi du 10 juillet 2000, Crim. 14 février 1996, *Bull. crim.* n° 78 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 856, obs. Y. MAYAUD. S'agissant du comportement fautif de la victime, V. par ex. Crim. 20 juin 1978, *Bull. crim.* n° 206 ; Crim. 27 septembre 2005, n° 05-80.260 ; Crim. 20 mars 2007, n° 06-85.638.

³ V. par ex. Crim. 22 novembre 1956, *Bull. crim.* n° 772 ; Crim. 15 mars 1994, *Bull. crim.* n° 97 ; Crim. 20 février 1995, n° 94-83.049.

⁴ Sur cette question, V. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 378 à 380.

⁵ V. art. L. 1111-4 CSP.

⁶ Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003 (2 arrêts), *Bull. civ. II*, n° 203 ; *D.* 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; *RTD Civ.* 2003, p. 716, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2004, I, 101, n° 17 et s., obs. G. VINEY ; *D.* 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD.

⁷ La Documentation française, 2005. Sur cet article, V. J.-L. AUBERT, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Études offertes à Geneviève VINEY*, LGDJ, 2008, p. 55.

⁸ Civ. 2^{ème}, 22 janvier 2009, *Bull. civ. II*, n° 26.

professionnelle, avait cédé les actions de la société qu'elle exploitait à un prix inférieur à ceux du marché. La Cour d'appel avait refusé d'indemniser entièrement la victime de cette moins-value, en raison du fait que la vente des actions n'était pas la seule possibilité à sa disposition. La Haute juridiction a censuré ce raisonnement en relevant que la vente des actions, causée par l'infraction, avait constitué une mesure de gestion raisonnable. *A contrario*, l'arrêt pourrait donc signifier qu'une réaction déraisonnable de la victime l'aurait conduite à perdre son droit à indemnisation. Par suite, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, dans une décision du 24 novembre 2011, cassé l'arrêt d'une Cour d'appel pour avoir privé la victime de son droit à indemnisation « *sans caractériser la faute de l'assuré [victime] ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel* »¹. *A contrario* encore, il faudrait comprendre que l'aggravation fautive du préjudice matériel n'est pas indemnisable, ce qui pourrait englober l'absence fautive de minimisation de son propre dommage. Les silences de la Cour de cassation sont cependant nettement moins éloquentes que ses discours et, quand bien même cette interprétation se trouverait validée, elle ne concerne que les dommages matériels. Le dommage corporel n'emporte donc pas obligation civile de le modérer et son aggravation permet une requalification pénale des faits.

2) La valeur de la spécificité des solutions pénales

563. La justification de l'autonomie du droit pénal sur l'influence causale de la victime.

L'autonomie du droit pénal est donc manifeste dans l'appréciation de l'influence de la victime sur la causalité. La distinction entre les solutions du droit civil et celles du droit pénal pourrait trouver sa source dans le fait que, si la responsabilité civile voit s'opposer l'auteur du dommage à sa victime, c'est face à l'État que la responsabilité pénale place l'auteur de l'infraction². La participation de la victime à la survenance du résultat n'est pas de nature à effacer le fait que l'agent a adopté un comportement incriminé et commis une faute pénale. L'influence de la victime n'est donc pas susceptible de s'intercaler entre l'auteur de l'infraction et la Société qui lui demande des comptes sur sa conduite, afin de réduire la sanction prononcée par celle-ci contre celui-là. L'influence causale de la victime est essentiellement prise en compte lorsqu'elle permet d'établir les éléments matériel et moral de l'infraction. En revanche, il est certain que n'est pas neutre, en droit civil, l'influence de la victime sur la survenance d'un préjudice dont la responsabilité civile a pour objet d'assurer la réparation. Par conséquent, le droit civil se focalise sur la survenance du dommage et l'influence que la victime a pu avoir à cet égard, davantage que sur la faute dont la théorie du risque a circonscrit le domaine. Si l'autonomie externe du droit pénal sur cette question se trouve justifiée, son autonomie interne est plus discutable.

¹ Civ. 2^{ème}, 24 novembre 2011, *Bull. civ. II*, n° 217; *JCP G* 2012, 530, n° 3, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1. Problèmes généraux de la science criminelle*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 146.

564. La critique de l'autonomie au sein du droit pénal de l'appréciation de l'influence causale de la victime : la variété des modes d'appréciation. La causalité en droit pénal fait l'objet d'appréciations assez diverses, selon les espèces et les catégories d'infraction en cause¹. Prendre en considération le dommage découlant des particularités ou du comportement de la victime constitue l'application de la théorie de l'équivalence des conditions, dont M. BON a montré qu'elle est en réalité une « *théorie de la condition sine qua non* », en ce sens qu'elle consiste à tenir pour cause d'un fait tous les éléments qui en constituent la condition *sine qua non*². Nonobstant l'intervention causale de la victime, l'acte de l'agent demeure la cause du dommage puisqu'il en est une condition nécessaire, quoique non suffisante. La théorie de l'équivalence des conditions a longtemps constitué le principal modèle de référence en matière d'atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique³. En matière d'atteintes volontaires, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble encore s'y référer lorsqu'elle impute le décès de la victime au premier agresseur dont les coups ont affaibli cette victime, l'empêchant de résister efficacement au second agresseur⁴. Cependant, la théorie de la causalité adéquate⁵ semble revenir en grâce, sous couvert des notions de faute délibérée et de faute qualifiée, à la faveur des dispositions issues de la loi du 10 juillet 2000⁶. Le « paramètre déterminant » semble même devoir constituer le critère de distinction entre causalité directe et causalité indirecte⁷. Concernant les atteintes volontaires, la jurisprudence semble également pouvoir se référer à la théorie de la causalité adéquate. C'est ainsi en application de cette théorie que la Cour de cassation a refusé que l'auteur de violences réponde du décès de sa victime survenu à l'hôpital du fait de la défaillance d'un appareil de réanimation⁸. Le fait que les éléments relatifs aux prédispositions et au comportement de la victime ne soient en principe pas considérés comme des causes étrangères⁹ participe de cette confusion générale sur l'appréciation pénale de la causalité.

565. La critique de l'autonomie au sein du droit pénal de l'appréciation de l'influence causale de la victime : l'incohérence des solutions. La conception pénale de la causalité gagnerait probablement à être clarifiée, voire unifiée, afin d'éviter l'instrumentalisation de la

¹ E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », op. cit., spéc. n° 5.

² P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 113 et s.

³ N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 345 et s. ; Y. MAYAUD, « L'homicide involontaire par « déclenchement d'un processus mortel » », obs. sous Crim. 23 septembre 1998, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 321.

⁴ Crim. 1^{er} mars 2000, n° 99-87.836.

⁵ Sur laquelle V. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 625 et s.

⁶ N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 354 et s.

⁷ V. par ex. Crim. 25 septembre 2001, *Bull. crim.* n° 188 ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 100, obs. Y. MAYAUD ; Crim. 29 octobre 2002, *Bull. crim.* n° 196, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 330, obs. Y. MAYAUD ; Crim. 11 janvier 2011, *Bull. crim.* n° 5 ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 99, obs. Y. MAYAUD ; Crim. 29 mai 2013, n° 12-85.427, à paraître au *Bulletin criminel*.

⁸ Crim. 8 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 14 ; D. 1991, p. 271, obs. G. AZIBERT ; *Rev. sc. crim.* 1991, p. 760, obs. G. LEVASSEUR ; D. 1992, p. 115, note R. CROISIER-NERAC.

⁹ Sauf à constituer une faute à l'origine exclusive du dommage, cf. *supra*, n° 445 et s. et spéc. n° 447.

notion¹. M. DREYER relève notamment que nulle raison ne semble justifier que la causalité soit appréciée différemment selon l'élément moral de l'infraction considérée². Plus largement, l'ensemble des variations de l'appréciation de la causalité menace la cohérence du droit pénal, tout en semblant contraire aux exigences du principe de légalité criminel puisque les textes ne distinguent pas les exigences causales³. Sur la question spécifique de l'influence de la victime, il a été relevé que le refus d'écarter la part du dommage résultant des prédispositions de la victime constitue une spécificité par rapport aux autres données extérieures à l'agent⁴. Pour autant, il n'est pas certain que cette dichotomie soit injustifiée. À la différence des autres données extérieures à l'agent, les circonstances relatives à la victime ne sont pas entièrement extérieures à l'acte pénalement incriminé puisqu'elles résident dans la personne sur laquelle cet acte se commet. De plus, harmoniser les solutions suppose de déterminer quel modèle doit prévaloir. Or, il serait à l'évidence excessif de distendre l'appréciation de la causalité au point de tenir compte de toutes les données extérieures à l'agent. Quant à écarter l'influence des prédispositions de la victime, cela supposerait que le juge puisse faire abstraction de la part de dommage qu'elles ont pu causer, donc qu'il raisonne dans l'imaginaire, tâchant de déterminer quelle aurait été l'ampleur du dommage corporel si ces prédispositions n'avaient pas été présentes. Il est à craindre qu'une telle solution conduise à diminuer encore la pertinence scientifique d'une appréciation de la causalité déjà fragilisée par la détermination *a priori* de l'incapacité totale de travail⁵. Certaines distinctions, quoiqu'apparemment porteuses d'incohérences, méritent d'être préservées car les situations différentes peuvent appeler des solutions distinctes.

Conclusion du chapitre premier

566. L'influence spécifique de la victime en droit pénal au travers de critères propres. À l'instar de toute autre branche du droit, le droit pénal est une discipline juridique normative et autonome. Cette autonomie se manifeste en premier lieu par l'emploi de concepts spécifiques à cette discipline, concepts spécialement conçus au regard de l'objet particulier du droit pénal. Certains de ces concepts concernent la victime et l'influence que celle-ci peut exercer en droit pénal diffère de celle qu'elle peut exercer dans d'autres matières juridiques. Parmi les critères d'influence de la victime propres au droit pénal, il faut citer ceux par lesquels la victime est

¹ P.-A. BON, « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal », op. cit., spéc. p. 308.

² E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », op. cit., n° 7.

³ En ce sens, V. P.-A. BON, « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénale », op. cit. et E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », op. cit.

⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 733 ; Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale », op. cit., p. 483.

⁵ P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 378 et s.

employée pour mesurer la gravité de la faute pénale de l'auteur de l'infraction ou la gravité de l'atteinte à la valeur sociale protégée par l'incrimination.

567. La particulière vulnérabilité, critère propre de mesure de la gravité de la faute. Le premier critère que l'on peut évoquer est celui de la particulière vulnérabilité de la victime, utilisé en tant qu'élément constitutif ou circonstance aggravante d'un certain nombre d'infractions. Par la référence à la particulière vulnérabilité de la victime, le législateur pénal permet l'adaptation de la répression pénale à la lâcheté de l'agent, donc à la gravité de sa faute pénale. Cette particulière vulnérabilité ne se confond pas avec les variétés de faiblesses ou incapacités connues dans les disciplines extra-pénales, mais réside dans l'inaptitude de la victime à résister à la commission de l'infraction considérée. Apprécié au regard de l'infraction à laquelle elle sera appliquée, ce critère bénéficie d'une appréciation proprement pénale, soumise aux principes régissant cette matière. Cela renforce sa spécificité, due au fait que ce critère est quasiment inconnu des disciplines extra-pénales.

568. La mesure des atteintes corporelles, critère propre de mesure de la gravité de l'atteinte. De la même façon, les critères auxquels se réfère le droit pénal afin de mesurer l'importance des atteintes à la vie et à l'intégrité physique sont originaux. La vie est certes appréciée de la même façon que dans les autres branches du droit, mais le critère d'incapacité totale de travail, distinct des incapacités temporaires ou définitives du droit civil, est proprement et exclusivement pénal. L'intérêt de ce concept est de permettre la mesure du dommage, seul élément pénalement signifiant, par opposition au préjudice que cette discipline tend à ignorer. Quant au lien de causalité devant unir le fait de l'agent à la survenance de ce dommage, son appréciation est également spécifique, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer l'importance de l'influence causale de la victime sur la production du résultat incriminé. Pour autant, les solutions pénales peuvent concorder avec les solutions extra-pénales, civiles notamment, car autonomie n'est pas contradiction systématique. L'étude de la causalité l'illustre et le droit pénal n'hésite pas à rejoindre les solutions extra-pénales lorsque cela est compatible avec sa tâche spécifique. C'est également la raison pour laquelle il peut se référer à des notions expressément étrangères à sa discipline, dès lors que cette prise en compte lui paraît justifiée par la volonté de préserver une valeur sociale extra-pénale.

Chapitre second

Les critères rassemblés en une catégorie propre au droit pénal

569. L'autonomie pénale malgré l'emploi de concepts extra-pénaux. Les branches juridiques extra-pénales ont pour finalité de régir l'activité des hommes en société et créent à cette fin des notions que le droit pénal peut utilement employer afin de protéger les valeurs sociales que consacrent ces notions. L'autonomie du droit pénal, nullement atteinte par l'importation en son sein de notions extra-pénales, se manifeste alors par l'aptitude du droit répressif à dépasser certaines distinctions issues des branches d'origine des notions qu'il emploie. Dès lors qu'une même valeur sociale transparaît dans plusieurs institutions extra-pénales, elle peut être pénalement protégée au moyen d'une incrimination unique. La norme pénale soumet alors à un régime juridique identique des concepts que leurs branches d'origine ont précisément tâché de distinguer. En raison du lien qu'elle entretient avec la valeur protégée¹, il est fréquent que la victime constitue le moyen technique d'intégrer ces institutions juridiques à la norme pénale. La catégorie des fonctions protégées par le droit pénal, déjà évoqué précédemment², constitue une bonne illustration de ce phénomène (**Section première**), lequel atteint son ampleur maximale à travers la prise en compte des liens que la victime entretient avec l'auteur (**Section seconde**).

Section première

La catégorie des fonctions pénalement protégées

570. Pertinence de fond et imperfections formelles de la catégorie des fonctions pénalement protégées. La protection pénale des fonctions, au travers de l'aggravation des atteintes à ceux qui les exercent, conduit à rassembler au sein d'une même circonstance aggravante des fonctions fort disparates, tant en raison de leurs statuts que des missions qu'elles visent à remplir. Cette diversité ne saurait masquer le fait que toutes ces fonctions concourent à l'exercice d'activités d'intérêt commun ou général, ce qui conduit à leur reconnaître une identique protection pénale (I). Si la *ratio legis* de ces dispositions semble donc mériter l'approbation, force est de constater que leur rédaction laisse cependant à désirer (II).

¹ Cf. *supra*, n° 18.

² Cf. *supra*, n° 270 et s.

I – L'IDENTIQUE PROTECTION DES DIVERSES FONCTIONS ENVISAGÉES

571. Bien que d'une grande variété, les différentes fonctions évoquées dans les textes pénaux bénéficient d'une égale protection (A). Étant donné que, derrière la personne, c'est la fonction elle-même qui se trouve protégée¹, c'est dans ce qui rapproche ces fonctions que doit être recherchée la raison de cette identité de régime. Or, le « plus petit dénominateur commun » des fonctions protégées semble résider dans le fait que toutes participent à l'exercice d'une activité d'intérêt, sinon général, au moins commun (B).

A/ LA DIVERSITÉ EXTRA-PÉNALE DES FONCTIONS ENVISAGÉES

572. La disparité des fonctions envisagées peut être constatée aussi bien dans les dispositions spécifiques du droit de la presse que dans les circonstances aggravantes générales du droit commun (1). Dans les deux cas, les textes s'appuient notamment sur la distinction entre personnes dépositaires de l'autorité publique et personnes investies d'une mission de service public (2).

1) Les manifestations de la diversité des fonctions envisagées

573. La diversité dans les circonstances aggravantes des atteintes corporelles. Les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité physique sont aggravées lorsqu'elles sont commises à l'encontre d'un magistrat, d'un juré, d'un avocat, d'un officier public ou ministériel, d'un militaire de la gendarmerie nationale, d'un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou sur toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, sur un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, sur un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou sur un agent exerçant, pour le compte d'un bailleur, des fonctions de gardiennage ou de surveillances des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L. 127-1 du Code de la construction et de l'habitation². L'aggravation est également encourue lorsque la victime est un enseignant, un membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire, un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, une personne chargée d'une mission de service public ou encore un professionnel de santé³, liste à laquelle pourraient être ajoutées les victimes d'infraction, témoins et parties civiles⁴. Bien que ces

¹ Cf. *supra*, n° 275 et s. et n° 292.

² Art. 221-4, 4° (homicides volontaires), 222-3, 4° (tortures et actes de barbarie), 222-8, 4°, 222-10, 4°, 222-12, 4°, 222-13, 4° CP (violences volontaires).

³ Art. 221-4, 4° *bis* (homicides volontaires), 222-3, 4° *bis* (tortures et actes de barbarie), 222-8, 4° *bis*, 222-10, 4° *bis*, 222-12, 4° *bis* et 222-13, 4° *bis* CP (violences volontaires).

⁴ Art. 221-4, 5° (homicides volontaires), 222-3, 5° (tortures et actes de barbarie), 222-8, 5°, 222-10, 5°, 222-12, 5° et 222-13, 5° CP (violences volontaires).

dernières ne soient pas des fonctions à proprement parler, la victime s'efface également derrière cette circonstance tenant à son action et qui motive l'aggravation¹.

574. La diversité dans les autres infractions du Code pénal. De cette liste de fonctions, il faut rapprocher celle que mentionne l'article 322-3 du Code pénal, dont les 3^o et 4^o aggravent la peine encourue par l'auteur d'une destruction volontaire de biens lorsqu'elle est commise au préjudice d'un magistrat, d'un juré, d'un avocat, d'un officier public ou ministériel, d'un militaire de la gendarmerie, d'un fonctionnaire de la police nationale, des douanes ou de l'administration pénitentiaire, d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un témoin, d'une victime ou d'une partie civile. L'article 433-3 du Code pénal aggrave quant à lui l'infraction de menaces en reprenant l'exacte même liste que les dispositions relatives aux atteintes corporelles, à ceci près qu'il y ajoute la personne investie d'un mandat électif public. Quant à l'outrage, il peut être commis à l'encontre d'une personne chargée d'une mission de service public² ou dépositaire de l'autorité publique³. Enfin, du fait de l'unité des concepts employés, la destruction, le détournement et la soustraction d'un bien contenu dans un dépôt public⁴ constituent des formes aggravées de vol ou de destruction de biens en raison de leur commission au détriment d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public, d'un dépositaire public ou de leurs subordonnés.

575. La diversité dans les dispositions pénales du droit de la presse. La Loi du 29 juillet 1881⁵ aggrave la répression des diffamations et injures lorsqu'elles sont commises envers les cours, les tribunaux, les armées, les corps constitués et les administrations publiques⁶, ainsi qu'envers le Président de la République, un ou plusieurs membres du ministère⁷ ou de l'une ou l'autre Chambre du Parlement, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service public ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un témoin ou un juré⁸. Cette liste est encore plus disparate que celles mentionnées en droit commun, puisqu'aux personnes exerçant des fonctions protégées, elle assimile les organes ou les corps auxquels elles sont susceptibles d'appartenir. Le droit pénal se caractérise donc clairement par une grande diversité de fonctions protégées, aussi bien dans ses dispositions communes que dans ses dispositions spéciales de presse. La protection pénale est accordée indistinctement à des fonctions relatives à

¹ Cf. *supra*, n° 275 et s.

² Art. 433-5 al. 1^{er} CP.

³ Art. 433-5 al. 2 CP.

⁴ Art. 433-4 CP.

⁵ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *JORF* du 30 juillet 1881, p. 4201

⁶ Loi du 29 juillet 1881, art. 30 (diffamation) et 33 al. 1^{er} (injure).

⁷ C'est-à-dire les ministres du Gouvernement de la République française : Crim. 2 juin 1964, *Bull. crim.* n° 190.

⁸ Loi du 29 juillet 1881, art. 31 (diffamation) et 33 al. 1^{er} (injure).

l'administration judiciaire et au fonctionnement de la justice répressive, à l'enseignement public, à certaines fonctions de nature politique, ainsi qu'à l'ensemble des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public. Il y a, dans ces deux dernières mentions, une distinction qui demande à être éclaircie.

2) L'illustration de la diversité des fonctions envisagées

576. La distinction entre dépositaire de l'autorité publique et chargé d'une mission de service public comme illustration de la diversité des fonctions protégées. Les différents textes précédemment évoqués partagent la référence aux personnes dépositaires de l'autorité publique et aux personnes chargées d'une mission de service public. Cette double référence commune symbolise donc à merveille la diversité des fonctions protégées par le droit criminel, car les deux concepts en cause, bien que proches, ne sont pas identiques. Il s'agit là d'une distinction d'importance en droit public, et plus spécifiquement en droit administratif. Le droit pénal marque ainsi son autonomie en soumettant à un régime identique ce que le droit administratif a entendu distinguer.

577. La définition statutaire du dépositaire de l'autorité publique par son pouvoir de décision. L'autorité publique peut être définie comme le « *pouvoir de commander appartenant aux gouvernants et à certains agents publics* »¹. Le critère d'identification de la personne dépositaire de l'autorité publique serait alors la reconnaissance, du fait des fonctions, d'un pouvoir de décision et d'usage de la coercition légitime au nom de l'État ou d'une autre autorité publique². La jurisprudence semble en ce sens, ainsi qu'il ressort de la lecture d'un arrêt du 14 janvier 2003³. Selon la Haute juridiction, la qualité de dépositaire de l'autorité publique ou de chargé d'une mission de service public n'est reconnue qu'à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique. La mission d'intérêt général constituant le critère d'identification du service public⁴, il faut considérer que l'exercice de prérogative de puissance constitue celui du dépositaire de l'autorité publique. La chambre criminelle conclut alors que, faute de s'être vu conférer de telles prérogatives, le conseiller du Premier ministre ne bénéficie pas de cette qualité. En l'espèce, l'attestation produite par le deuxième personnage de l'État⁵, reconnaissant qu'il était notoirement connu dans ses services que son conseiller s'exprimait au nom du Premier ministre, fut jugée insuffisante par la Cour de cassation. Les prérogatives doivent

¹ G. CORNU (dir.) – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, entrée « autorité ».

² M. WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », *Rev. sc. crim.* 2011, p. 37 ; V. DELBOS et M. SENECHAL, « Outrages », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 12.

³ Crim. 14 janvier 2003, *Bull. crim.* n° 7 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 124, obs. J. FRANCILLON.

⁴ Cf. *infra*, n° 578.

⁵ Art. 2 du Décret n° 89-655 du 13 septembre 1989 relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires, *JORF* du 15 septembre 1989, p. 11648.

donc être officiellement reconnues à la victime, par un texte général ou une délégation spéciale. Sont dès lors dépositaires de l'autorité publique, entre autres exemples, le Président de la République¹, les ministres², les préfets et sous-préfets³, les maires⁴, les officiers publics ministériels⁵, les différents membres des forces de l'ordre, entendues au sens large⁶, les surveillants de maison d'arrêt⁷ ou encore les présidents d'université⁸.

578. La définition fonctionnelle du chargé d'une mission de service public par la nature de sa mission. Le service public, la doctrine spécialiste du droit administratif en a dégagé une notion fonctionnelle dont la définition est unanime. Ainsi, une activité relève du service public si elle est « *assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public* »⁹. Il faut entendre par là que le service public est une activité qui doit servir l'intérêt général et que cette activité doit être assurée par une personne publique, ou au moins sous le contrôle d'une personne publique. Face à l'impossibilité d'établir une liste exhaustive, il semble plus pertinent d'en relever quelques exemples disparates. Ont ainsi été reconnus comme chargés d'une mission de service public les parlementaires¹⁰, des employés du parc routier de la direction départementale de l'équipement procédant à la réfection d'une route¹¹, les instituteurs et professeurs¹², les conseillers principaux d'éducation¹³, ou encore les agents de surveillance de la ville de Paris¹⁴. La Cour de cassation a donné une importante précision en exigeant que la victime participe personnellement à l'activité de service public, le simple fait de travailler pour un établissement public chargé d'une mission de service public étant insuffisant¹⁵. Dans cette affaire, les victimes, respectivement hôtesse d'accueil et responsable d'une agence d'Électricité de France, n'ont pas été considérées comme chargées d'une mission de service public par la chambre criminelle, bien que la juridiction d'appel ait relevé qu'elles « *participaient à des titres différents à la gestion et au bon fonctionnement de cette agence* ». En

¹ Crim. 9 juillet 1909, *Bull. crim.* n° 363.

² Crim. 26 novembre 1971, *Bull. crim.* n° 315.

³ Crim. 13 janvier 1876, *Bull. crim.* n° 15.

⁴ Crim. 17 novembre 1944, *Bull. crim.* n° 182.

⁵ Crim. 9 juin 1958, *Bull. crim.* n° 46.

⁶ Crim. 8 novembre 1955, *Bull. crim.* n° 463 (commissaire de police) ; Crim. 18 octobre 1972, *Bull. crim.* n° 294 (agent de police municipale) ; Crim. 14 novembre 1989, *D.* 1991, p. 447, note A. FOURNIER ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 561, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE (gendarme).

⁷ Crim. 22 novembre 1989, *Bull. crim.* n° 436.

⁸ Crim. 18 avril 2000, *Bull. crim.* n° 152 ; *D.* 2000, IR p. 170.

⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, n° 748. V. dans le même sens mais évoquant « l'intérêt général » J. PETIT et P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2008, n° 305 et s. ; J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 24^e éd., 2012, n° 358 et s.

¹⁰ Crim. 24 février 1893, à l'exception des présidents des assemblées qui sont dépositaires de l'autorité publique (CA Nancy, 21 mars 1890).

¹¹ Crim. 9 octobre 2002, *Bull. crim.* 182, *Dr. pén.* 2002, comm. 20, obs. M. VERON, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 100, obs. Y. MAYAUD.

¹² Crim. 3 octobre 2001, n° 01-80.157.

¹³ Crim. 1^{er} déc. 2009 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 33, obs. M. VERON.

¹⁴ Crim. 28 février 2001, n° 00-83.381.

¹⁵ Crim. 15 novembre 2006, *Bull. crim.* n° 285, *Dr. pén.* 2007, comm. 18, obs. M. VERON.

revanche, le statut est sans importance, aussi un journaliste, fut-il pigiste, est-il chargé d'une mission de service public lorsqu'il couvre un événement pour le compte d'une chaîne de l'audiovisuel public¹.

579. L'absence de pouvoir de décision comme critère logique de distinction. Si la personne chargée d'une mission de service public doit s'entendre de celle qui participe à une activité d'intérêt général, cette notion de rapproche alors sensiblement de la définition de dépositaire de l'autorité publique donnée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt précité du 14 janvier 2003. Cette décision rappelle, dans un attendu de principe, qu'une telle qualité est reconnue « à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique ». La personne chargée d'une mission de service public différerait donc de la personne dépositaire de l'autorité publique en ce qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir de décision², ce qui n'est pas sans évoquer la distinction doctrinale du XIX^e siècle opposant les « fonctionnaires d'autorité » aux « fonctionnaires de gestion »³. Cette distinction pénale semble en accord avec la position du Conseil d'État, lequel a reconnu que l'exercice de prérogatives de puissance publique ne constituait pas un critère d'identification d'un organisme chargé d'une mission de service public⁴. La chambre criminelle de la Cour de cassation a expressément validé cette différence en matière de commission des faits par une personne chargée d'une mission de service public. Un arrêt en date du 30 janvier 2013 reconnaît ainsi que doit être reconnu comme chargée d'une mission de service public « toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique »⁵. Si cette distinction semble logique, il faut néanmoins observer qu'elle n'est pas toujours suivie en jurisprudence, ainsi qu'en atteste un arrêt du 3 avril 2013⁶ affirmant que « la qualité de citoyen chargé d'un service public, au sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881, ne peut être reconnue qu'aux seuls agents investis de prérogatives de puissance publique », contestable confusion participant au manque de lisibilité de la norme pénale en la matière⁷. Quoi qu'il en soit, l'égalité aggravation des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique et chargées d'une mission de service public témoigne de ce que, par delà leurs régimes extra-pénaux différents, ces personnes concourent également à une mission d'intérêt général.

¹ Crim. 19 mars 2003, *Bull. crim.* n° 73, *JCP G* 2003, I, 178, n° 11, obs. E. DREYER.

² En ce sens, V. V. DELBOS et M. SENECHAL, « Outrages », op. cit., n° 9 s. ; M. WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques ... », op. cit.

³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, n° 33.

⁴ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, *AJDA* 2007, p. 793, chron. F. LENICA et J. BOUCHER.

⁵ Crim. 30 janvier 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 73, obs. M. VERON ; *JCP G* 2013, doct. 1032, n° 7, obs. M. VERON.

⁶ Crim. 3 avril 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 108, obs. M. VERON.

⁷ Sur lequel cf. *infra*, n° 585 et s.

B/ L'ÉGAL EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ D'INTÉRÊT COMMUN

580. Définition de la notion d'activité d'intérêt commun. L'exercice d'une activité d'intérêt général semble constituer le dénominateur commun entre les missions de service public et l'exercice de l'autorité publique, la Cour de cassation l'évoquant dans les deux cas¹. Bien qu'elle en constitue le critère principal d'identification, l'activité d'intérêt général ne se confond pas avec l'activité de service public. La raison en est notamment que le service public s'entend d'une activité exercée par une personne publique ou pour sous le contrôle d'une personne publique. Plus globalement, certaines activités présentent un intérêt commun, par opposition aux intérêts particuliers. Par là, il faudrait entendre activité ayant vocation à servir la collectivité ou, à tout le moins, à servir un intérêt plus élevé que celui de la personne qui exerce l'activité. Il peut donc s'agir de l'intérêt général, mais aussi d'un intérêt collectif, commun à un groupe de personnes. La notion englobe celle de service public, mais la dépasse en ce qu'elle n'exige pas que l'activité soit exercée en lien avec une personne publique.

581. La participation des fonctions générales protégées aux activités d'intérêt commun. Si certaines des fonctions protégées, telles que les fonctions d'agent de gardiennage non assermenté ou les « fonctions » de partie civile, ne sauraient être considérées comme des fonctions publiques, toutes semblent pourtant participer à l'exercice d'une activité d'intérêt commun. Cette affirmation ne soulève aucune difficulté s'agissant des différentes personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public, puisqu'elles participent nécessairement à une activité d'intérêt général, lequel est indéniablement un intérêt commun.

582. La participation des fonctions militaires protégées aux activités d'intérêt commun. S'agissant des infractions militaires, les atteintes au supérieur ont été classées dans la catégorie des atteintes à une fonction protégée², ce dont il est temps de s'expliquer. La participation du supérieur militaire à une activité d'intérêt général, donc commun, peut être expliquée par un double syllogisme. Le subordonné doit obéir à son supérieur³ lequel est responsable du maintien de la discipline⁴, or la discipline est une composante essentielle de l'état militaire⁵, donc le supérieur participe au bon fonctionnement des armées. Or les armées sont en charge de la défense de la patrie et des intérêts fondamentaux de la nation⁶, donc le supérieur participe à cette défense, laquelle est indéniablement une activité d'intérêt général. La participation des sentinelles

¹ Cf. Crim. 14 janvier 2003, *Bull. crim.* n° 7 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 124, obs. J. FRANCILLON, op. cit.

² Cf. *supra*, n° 273.

³ Art. D. 4122-1 et 4122-3 C. défense.

⁴ Art. D. 4122-5 C. défense.

⁵ Art. L. 4111-1 al. 2 C. défense.

⁶ Art. L. 3211-2 C. défense.

à une telle activité n'est pas douteuse non plus, leur action servant la bonne organisation de la base sur laquelle elles se trouvent ou bénéficiant à l'ensemble de la troupe à laquelle elles appartiennent.

583. La participation des fonctions judiciaires protégées aux activités d'intérêt commun. De leur côté, les avocats participent indéniablement au bon fonctionnement de la Justice¹, *a fortiori* dans les cas où leur ministère est imposé par un texte². La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi reconnu qu'en raison de la nature du rôle des avocats, « *on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice* »³. À ce fonctionnement participe également les témoins et les jurés, ces derniers pouvant même être considérés comme des collaborateurs occasionnels du service public⁴. Quant aux victimes et aux parties civiles, il apparaît moins qu'elles participent à l'activité de justice. Cependant, sur le fond, on remarquera que l'atteinte qui leur est portée n'est aggravée que si elle vise à les empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte, de déposer en justice ou si elle vise à sanctionner ces mêmes agissements⁵. C'est donc bien afin de protéger leur participation à l'activité de la Justice que ces personnes bénéficient d'une protection étendue. Le législateur cherche à assurer qu'elles puissent dénoncer sans crainte les infractions qui ont été commises à leur rencontre et exercer leurs droits en justice. À cet égard, victimes et parties civiles sont dans la position des témoins, à différences qu'elles ont personnellement subi les faits en cause. Sur la forme, on constatera d'ailleurs que ces fonctions sont mentionnées aux mêmes alinéas que les témoins, jurés et avocats.

584. La participation des autres fonctions protégées aux activités d'intérêt commun. L'action des agents de gardiennage non assermentés, dans la mesure où le recours à leur service découle d'une obligation légale⁶ visant à « *éviter les risques manifestes pour la sécurité et la tranquillité des locaux* », participe clairement à la satisfaction d'un intérêt au moins collectif, sinon général. Un raisonnement semblable pourrait être tenu pour toute autre fonction protégée. Le choix législatif d'aggraver les atteintes à des fonctions liées à des activités d'intérêt commun éclaire ainsi la raison d'être de ces circonstances aggravantes. L'agent portant atteinte à une personne investie de l'une de ces fonctions atteint par ricochet le bon déroulement de l'activité exercée par sa victime. Il

¹ V. cependant pour une critique de l'aggravation des atteintes portées à l'avocat, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 74 *in fine*.

² V. par exemple art. 751 C.P.C. devant le Tribunal de grande instance.

³ CEDH, 20 mai 1998, n° 25405/94, *Schöpfer c/ Suisse*, D. 1999, p. 272, obs. N. FRICERO. L'affirmation se trouve au § 29.

⁴ Cf. *infra*, n° 591.

⁵ Cf. *supra*, n° 413.

⁶ L'article L. 121-7 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que le gardiennage ou la surveillance des « *immeubles à usage d'habitation et des locaux administratifs, professionnels ou commerciaux* » doit être assuré « *lorsque l'importance de ces immeubles ou de ces locaux ou leur situation le justifient* ».

porte donc atteinte à deux valeurs sociales au lieu d'une¹, ce qui justifie l'aggravation². Comme l'a relevé un auteur, « à travers la personne qui l'exerce, c'est la fonction qui est protégée »³, or toute organisation sociale nécessite que certaines activités soient exercées pour le bien de la collectivité. Le droit pénal transcende ici les distinctions issues des branches extra-pénales susceptibles de régir et organiser ces différentes activités. Toutes apparaissant nécessaire à la bonne organisation sociale, toutes méritent une protection pénale légalement équivalente. Cependant, si la nature des fonctions pénalement protégées permet d'expliquer leur régime, l'analyse des textes fondée sur ce critère conduit également à en pointer la confusion.

II – LA CONFUSION DES FONCTIONS ENVISAGÉES

585. Imperfections textuelles et prétorienne. Bien que légitimée par sa *ratio legis*, la protection pénale des fonctions concourant à des activités d'intérêt commun apparaît parfois perfectible dans sa mise en œuvre. Les défauts en la matière sont imputables tant au législateur qu'à la jurisprudence. Mineurs lorsqu'ils tiennent simplement à la mauvaise qualité rédactionnelle des textes d'incrimination (A), ces défauts sont plus sérieux lorsqu'ils résident dans l'imprécision des interprétations prétorienne (B).

A/ LA REDONDANCE DES TEXTES D'INCRIMINATION

586. Un certain nombre de fonctions spécialement mentionnées dans les textes pénaux sont de simples déclinaisons particulières des deux catégories générales que sont les personnes chargées d'une mission de service public ou dépositaires de l'autorité publique. Il y a donc là matière à simplification des textes (1), simplification relative en raison du caractère incontournable de certaines mentions (2).

1) La simplification textuelle possible

587. La confusion résultant de la répétition de certaines fonctions. Dès lors que se trouve évoquée « toute autre personne dépositaire de l'autorité publique », il n'est pas certain que la mention

¹ V. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, n° 193 pour la justification du fait qu'une circonstance aggravante peut adjoindre un intérêt nouveau à celui que protège l'incrimination initiale. Selon certains en effet, la circonstance aggravante ne se conçoit que si elle n'a une influence que sur la portée de l'intérêt déjà protégé par l'infraction simple.

² La fonction d'une circonstance aggravante étant de « moduler le jugement de valeur » porté par la loi pénale sur un acte répréhensible (C. DE JACOBET DE NOMBEL, thèse préc., n° 6 ; C. PEILA-BINET, *Le rôle des circonstances aggravantes dans l'élaboration d'un droit pénal spécifique*, Thèse, Université de Rennes I, 2006, p. 11 ; M. DALLOZ, « Circonstances aggravantes », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, n° 6).

³ C. PEILA-BINET, *Le rôle des circonstances aggravantes dans l'élaboration d'un droit pénal spécifique*, op. cit., p. 258. Sur cette question, cf. *supra*, n° 275 et s.

explicite du magistrat, du fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou du militaire de la gendarmerie nationale soit nécessaire. Il est en effet clair que ces différentes personnes disposent d'un pouvoir de décision et du pouvoir d'exercer la puissance publique, ils en sont même les exemples les plus évidents. Dans le même ordre d'idée, il n'est pas douteux que les enseignants et personnels travaillant dans les établissements publics, les professionnels de santé ou encore les agents des exploitants de réseaux de transports publics participent à une activité d'intérêt général sous le contrôle d'une personne publique et donc soient bien chargés d'une mission de service public. Nombre de fonctions mentionnées dans la norme pénale constituent essentiellement des exemples de ces deux catégories principales que sont les personnes dépositaires de l'autorité publique et les personnes chargées d'une mission de service public.

588. L'inintérêt de la répétition. Cette exemplification ne semble nullement nécessaire à la bonne compréhension du texte¹. Il n'est même pas possible de considérer que l'objectif du législateur était d'éclairer le juge concernant quelques situations particulièrement litigieuses, puisque les exemples en question ne présentent aucune difficulté de qualification, mais feraient presque au contraire figure d'évidences. La prévision explicite de certaines fonctions paraît donc ne relever que de la fonction déclarative de la loi pénale, définie comme celle dont l'objet est de réaliser un effet d'annonce sous la pression sociale d'un groupe particulier de victimes². Elle est critiquable en ce qu'elle alourdit inutilement la formulation du texte. La loi ne se révèle pas plus difficile à comprendre, et son lecteur pourrait même se figurer que l'auteur du texte le tient en piètre estime. En revanche, la longueur et la confusion du texte nuisent à son accessibilité, sinon à son intelligibilité³. L'esthétique d'un texte participe de son attrait et donc de sa portée. Ce qui vaut pour la littérature paraît valoir pour la législation, entendue au sens large.

589. Proposition de simplification des textes. Ainsi, la liste des fonctions protégées contre les injures et les diffamations par la loi du 29 juillet 1881 semble bien mieux rédigée. L'article 31 de cette loi se réfère simplement à des catégories génériques telles que « *les dépositaires ou agents de l'autorité publique* » ou encore « *les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public* », et ce sans que l'intelligibilité du texte en soit affectée. Serait ainsi évitée l'énumération fastidieuse des magistrats, militaires de la gendarmerie nationale, fonctionnaires de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire, sapeurs-pompiers professionnels ou volontaires, gardiens

¹ Dans le même sens, V. J.-B. PERRIER, « Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 468 ; M. WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques... », *op. cit.*

² C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 194.

³ M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361. Les auteurs, à la suite du Conseil constitutionnel, font découler l'accessibilité de la seule intelligibilité de la loi, bien qu'il nous semble qu'un texte compréhensible mais « rébarbatif » doive être considéré comme moins accessible.

assermentés, enseignants et autres membres des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire, agents d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs et professionnels de la santé. Par ailleurs, rien ne s'opposerait à ce que cette circonstance aggravante soit précisée par un nouvel article inséré à la troisième section, relative à la définition de certaines circonstances aggravantes, du Chapitre deux du Titre trois du Livre premier de la partie législative du Code pénal. Ce texte pourrait utilement donner les définitions précises de ce que le législateur entend par « personne dépositaire de l'autorité publique », « personne chargée d'une mission de service public », voire « officier public ou ministériel ». L'imprécision jurisprudentielle en la matière¹ s'en trouverait dissipée. Que des exemples soient cités à cette occasion n'alourdirait que peu le Code, tout en permettant au législateur de préciser ses définitions. Cela serait nettement préférable à la situation actuelle dans laquelle, faute de définitions, les exemples tiennent lieu. Reste que certaines fonctions nécessiteront toujours une mention explicite.

2) la simplification textuelle limitée

590. La nécessaire mention des fonctions privées. Quelles que soient les simplifications opérées, la prévision explicite de certaines fonctions continuera à s'imposer. Tel sera le cas de l'agent exerçant des fonctions de gardiennage pour le compte d'un bailleur, ainsi que des acteurs « occasionnels » de l'administration de la justice, avocats, témoins, jurés et parties civiles. La nécessité de leur mention résulte du fait qu'il ne s'agit pas là de fonctions publiques, mais plutôt d'états privés. La volonté de protéger ces fonctions est encore une illustration symbolique de l'autonomie du droit pénal, puisqu'il s'agit précisément d'accorder à des fonctions de nature privée la même protection pénale qu'aux fonctions publiques. Bien que dénuées de rapports fonctionnels ou statutaires avec des personnes publiques, ces fonctions n'en participent pas moins à l'exercice d'activités d'intérêt commun, ainsi qu'il a pu l'être démontré².

591. L'impossible rattachement de ces fonctions à la catégorie des collaborateurs occasionnels du service public. Le recours à la catégorie des collaborateurs occasionnels du service public pourrait être envisagé concernant les jurés. Une Cour d'appel a ainsi refusé la qualification de collaborateur occasionnel du service public de la justice à une personne qui avait été désignée comme juré, mais n'avait pas été tirée au sort, et qui s'était blessée en assistant à l'audience pour laquelle elle n'avait pas été retenue, ainsi que les jurés en ont la possibilité³. La Cour affirme que l'accident s'étant produit alors qu'elle ne participait pas au jury, la personne ne pouvait être considérée comme un collaborateur du service public. Il faudrait *a contrario* en déduire qu'un juré est un collaborateur du service public de la justice au moment où il participe

¹ Cf. *infra*, n° 592 et s.

² Cf. *supra*, n° 583.

³ CAA Nancy, 4^e ch., formation A 3, 20 mars 2006, n° 04NC00525.

au jury. Par analogie extensive avec les experts judiciaires, cette qualité pourrait même être reconnue aux témoins¹. Mais, outre que cette possibilité de qualification demeure incertaine, une telle qualification demeurerait insuffisante à remplir les exigences du texte pénal, puisque la notion de collaborateur occasionnel du service public désigne une personne qui participe à une activité de service public sans en être chargée. De plus, parties civiles et avocats ne sauraient de toute façon en bénéficier. En effet, la partie civile étant l'une des parties au procès et l'avocat le conseil d'une des parties au procès, tous deux sont considérés comme des usagers du service public de la justice². Il est donc nécessaire que tous ces acteurs « occasionnels » demeurent explicitement mentionnés, car seuls des textes clairs et précis assurent une minimisation des imprécisions jurisprudentielles.

B/ L'IMPRÉCISION DES INTERPRÉTATIONS JURISPRUDENTIELLES

592. Les variations de la détermination des personnes chargées d'une mission de service public selon leur statut pénal. Si se limiter à la simple mention des catégories générales permettrait à l'évidence de clarifier les textes, c'est à la condition que la jurisprudence fasse une application unanime des notions posées dans ces normes. Or, comme l'a relevé M. DELMAS SAINT-HILAIRE, « *si des certitudes existent, tant en jurisprudence qu'en doctrine, pour dire quelles sont les « personnes dépositaires de l'autorité publique », il n'en va pas de même s'agissant des personnes susceptibles d'être considérées, au sens de la loi, comme étant « chargées d'une mission de service public »* »³. Pour prendre un exemple, les administrateurs et mandataires judiciaires sont considérés comme chargés d'une mission de service public au sens de l'article 432-12 du Code pénal (réprimant la prise illégale d'intérêts commise par une personne chargée d'une mission de service public)⁴ alors que cette même qualité leur est déniée au sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 (réprimant la diffamation commise à l'encontre d'une personne chargée d'une mission de service public)⁵. Ainsi, paraphrasant LAFONTAINE, on pourrait dire que *selon que vous serez auteur ou victime, les décisions de la Cour de cassation vous feront chargés d'une mission de service public ou simple citoyen.*

¹ S. PETIT, « Service public de la justice (responsabilité du) », in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique Dalloz*, n° 172 et s.

² Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 294 ; *D.* 2000, p. 576, note F. LEMAIRE concernant l'avocat. V. également S. PETIT, « Service public de la justice (responsabilité du) », op. cit., n° 181 et s. On pourrait néanmoins envisager que, dans certains de ces actes, l'avocat puisse participer à un service public, voire être dépositaire d'une parcelle de l'autorité publique, si son rôle continue à se développer au point de concurrencer celui du notaire.

³ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Absence d'unité de la notion de « personne chargée d'une mission de service public » : contradiction et fragilité des justifications données par la Cour de cassation à sa jurisprudence en matière, notamment, de corruption passive (art. 432-11 c. pén.), de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 c. pén.), de menaces (art. 433-3 c. pén.), d'outrages (art. 433-5 c. pén.), de diffamation (art. 31 L. 29 juillet 1881) », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 91.

⁴ *Crim.* 26 septembre 2001, *Bull. crim.* n° 193, *D.* 2002, p. 1800, obs. M. SEGONDS, *Dr. pén.* 2002, comm. 34, obs. J.-H. ROBERT.

⁵ Cass., Ch. mixte, 4 novembre 2002 (3 arrêts), *Bull. crim.* n° 1, *D.* 2003, p. 1194, note E. DREYER, *JCP G* 2003, II, 10006, note E. DERIEUX.

593. Les variations prétendument justifiées par la *ratio legis* des incriminations. Selon M. DELMAS SAINT-HILAIRE, cette différence de traitement peut s'expliquer par référence au « bien juridique », c'est-à-dire la valeur sociale protégée par l'incrimination. Ainsi, les incriminations des infractions commises par des personnes chargées d'une mission de service public, corruption passive ou prise illégale d'intérêts, visent à « *inciter tout citoyen qui s'investit dans des actions d'intérêt général à se conformer, plus qu'un autre, aux impératifs de la règle morale, d'agir avec la plus grande probité* »¹. Par conséquent, elles auraient vocation à s'appliquer à toute personne impliquée dans une telle mission, à quelque degré de responsabilité que ce soit. En revanche, s'agissant des infractions commises à l'encontre des personnes chargées d'une mission de service public (outrage, violences, menaces ou diffamation) qui seraient incriminées afin de protéger l'autorité de l'État. Elles ne se concevraient donc qu'à la condition que la personne visée incarne l'État, en droit ou en fait, ce qui nécessiterait que la victime soit investie de certaines prérogatives de puissance publique².

594. Des variations préjudiciables à la cohérence de la norme pénale. Si l'on peut comprendre cette prise en compte de la *ratio legis* des incriminations considérées³, il n'en demeure pas moins que cette polysémie est difficilement acceptable⁴. Si l'autonomie des différentes branches du droit leur garantit la possibilité d'adopter des définitions spécifiques de concepts qui leurs sont étrangers, il ne saurait en aller de même au sein d'une même matière. Un droit ne peut que pâtir d'acceptions différentes de concepts uniques, car il y perdra en lisibilité et en cohérence. En l'occurrence, rien ne s'oppose à ce que soient aggravées les atteintes portées à une personne qui s'investit dans une mission d'intérêt général, fût-ce sans être investie de prérogatives de puissance publique, dès lors c'est cette fonction que l'agent a voulu atteindre. La question se déplacera sur le lien qui unira l'acte de l'auteur à la fonction exercée par la victime⁵, lien dont la preuve sera éventuellement plus délicate à rapporter. Ce que le droit pénal perd en cohérence du fait de définitions dissemblables, il ne le regagne donc ni en pertinence, ni en efficacité. Réunir dans une même catégorie pénale des critères extra-pénaux que leurs branches d'origine séparent ne doit pas conduire à nuire à la cohérence de cette matière-hôte, mais à lui permettre d'assurer au mieux son objet spécifique. Seule la volonté de sanctionner les atteintes les plus importantes aux valeurs sociales les plus essentielles gouverne l'importation de notions extérieures au droit pénal et leur fusion en catégories propres à cette discipline. Cela est vrai pour les fonctions protégées et le demeure s'agissant des liens unissant l'auteur de l'infraction à sa victime.

¹ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, art. préc.

² Dans le même sens, V. A. VITU, « Chronique de jurisprudence ; Crimes et délits contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 684.

³ Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597.

⁴ Sur la nécessaire identité des concepts au sein d'un même Code, cf. *supra*, n° 215.

⁵ Cf. *supra*, n° 408 et s.

Section seconde

Les catégories des liens unissant l'auteur de l'infraction à sa victime

595. La prise en compte de la facilité subjective de commission de l'infraction.

L'existence de liens particuliers unissant l'agent pénal à sa victime peut avoir des effets divers. En cherchant, suivant le vieil adage policier, « à qui le crime profite », les enquêteurs auront tôt fait de s'intéresser aux proches de la victime. Dans l'éventualité où celle-ci aurait assisté à l'infraction et serait en mesure d'en témoigner, il lui sera aisé d'en désigner un auteur qu'elle connaît. Revers de la médaille sur ce dernier point, elle pourra hésiter à dénoncer une personne à laquelle elle se trouve liée. Ces diverses considérations ont conduit le législateur à adapter en conséquence les normes pénales formelles ou extra-pénales¹. En revanche, elles demeurent indifférentes dans un droit pénal substantiel qui s'est construit par référence à l'auteur de l'infraction, et non à sa victime. Ce qui justifie la prise en compte des liens antérieurs entre les deux protagonistes de l'infraction est donc la lâcheté particulière dont l'agent fait preuve en choisissant une victime à laquelle il est lié. La commission de l'infraction est subjectivement facilitée par les liens unissant l'auteur et la victime, de même qu'elle l'est objectivement par la faiblesse de la victime liée à sa minorité ou à sa particulière vulnérabilité².

596. Les adaptations de la répression pénale aux liens unissant l'agent à la victime.

Différents liens peuvent semblablement faciliter la commission de l'infraction. L'autonomie du droit pénal se manifeste alors par le fait qu'indépendamment des distinctions qu'opèrent les branches juridiques extra-pénales, les liens qu'elles consacrent sont soumis à un régime pénal identique. Il est de principe général, quel que soit le lien considéré, que la facilité de commission de l'infraction soit légalement combattue par l'aggravation des atteintes (I). Cependant, les liens biologiques, juridiques ou purement matériels unissant les individus sont inhérents à l'ordre social et, s'ils sont régis par certaines disciplines juridiques non répressives, c'est précisément parce qu'ils présentent un intérêt social évident. Le droit pénal ne saurait éluder cette réalité, aussi la répression cède-t-elle devant la nécessité de préserver la valeur sociale portée par le lien considéré (II).

¹ Parmi ces adaptations, figurent par exemple les mesures de protection contenues aux articles 515-9 et suivants du Code civil, créés par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (*JORF* du 10 juillet 2010, p. 12762. Sur cette loi, V. A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 911). Les différentes exemptions des obligations de dénonciation (V. par ex. art. 434-1 al. 2 CP) ou de témoignage : V. par ex. art. 434-11 al. 3 CP.

² Sur ces hypothèses de faiblesse, cf. *infra*, n° 664 et s.

I – L'AGGRAVATION GÉNÉRALE JUSTIFIÉE PAR L'EXISTENCE DU LIEN

597. Les deux variétés de liens justifiant l'aggravation de l'infraction. Nombreux sont les liens dont l'existence peut faciliter la commission d'une infraction entre les personnes unies. Cependant, en vertu du principe de légalité, seuls ceux que les textes pénaux mentionnent expressément peuvent donner lieu à aggravation de certaines infractions. Malgré leur variété, les liens envisagés par le droit pénal peuvent être rapportés à deux catégories génériques. Chacune regroupe des liens forts distincts, mais ayant pareillement pour effet de faciliter la commission d'une infraction. La première concerne ainsi les hypothèses dans lesquelles l'infraction est facilitée par l'existence d'un rapport d'autorité entre l'auteur et la victime (A). La seconde catégorie regroupe les rapports de proximité. L'infraction est alors facilitée du fait de l'appartenance de l'agent et sa victime à un même groupe (B).

A/ L'AGGRAVATION DUE AU RAPPORT D'AUTORITÉ ENTRE L'AUTEUR ET LA VICTIME

598. Le droit pénal manifeste une certaine autonomie dans l'éclectisme dont il fait preuve quant aux liens d'autorités qu'il considère. En dépit de leur disparité (2), ces liens ont en commun de permettre l'aggravation de l'infraction (1).

1) L'aggravation indépendante de la nature du lien d'autorité entre l'auteur et la victime

599. La prise en compte du rapport d'autorité dans les infractions de droit commun. En premier lieu, le rapport d'autorité est sous-jacent dans les infractions sanctionnant le fait pour un majeur de manquer à ses devoirs légaux vis-à-vis d'un mineur dont il est responsable¹. Plus explicitement, le Code pénal aggrave, lorsque ces infractions sont commises par un ascendant de la victime ou par toute autre personne ayant sur elle une autorité de droit ou de fait, le viol² et les autres agressions sexuelles³, la réduction en esclavage et l'exploitation d'une personne réduite en esclavage⁴, le proxénétisme⁵, ainsi que l'exploitation de la mendicité⁶ ou de la vente à la sauvette⁷. Par ailleurs, l'ascendance ou l'exercice d'une autorité sur la victime est un élément constitutif potentiel de la traite des êtres humains⁸, infraction qu'elle peut aggraver lorsqu'elle est

¹ Sur lesquelles cf. *supra*, n° 383. V. notamment les infractions de mise en péril des mineurs (art. 227-15 s. CP).

² Art. 222-24, 4° CP.

³ Art. 222-28, 2° et 222-30, 2° CP.

⁴ Art. 224-1 C, 3° CP.

⁵ Art. 225-7, 5° CP.

⁶ Art. 225-12-6, 5° CP.

⁷ Art. 225-12-9, 5° CP.

⁸ Art. 225-4-1, I, 2° CP.

conjuguée à une autre circonstance¹. Le fait que tous ces textes fassent référence à « *toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* » indique que c'est bien en raison de l'autorité qu'il exerce sur son descendant que l'ascendant est visé. C'est pourquoi sont notamment visées les infractions consistant à tirer illégalement profit d'une activité de la victime telles que le proxénétisme, l'exploitation de la mendicité ou de la vente à la sauvette. La dissimulation forcée du visage peut être réalisée par abus d'autorité et le texte n'impose pas que cette autorité découle de fonction². Il peut donc s'agir d'une autorité particulière de l'agent sur sa victime. Enfin, lorsque la victime est un mineur de quinze ans, l'autorité exercée par l'agent permet également d'aggraver les tortures et actes de barbarie³ ainsi que les violences volontaires⁴. Étonnamment, ni le meurtre ni les violences habituelles sur mineur de quinze ans ne sont concernées, ce qui aurait pourtant été davantage cohérent.

600. La prise en compte du rapport d'autorité dans les infractions militaires. Au-delà du droit pénal commun, le droit pénal militaire constitue un domaine privilégié d'appréhension des rapports d'autorité. L'armée constitue un cadre dans lequel les rapports hiérarchiques ont d'autant plus de poids que discipline et loyalisme sont exigés par l'état militaire « *en toute circonstance* »⁵. Le Code de justice militaire nouveau tient compte de cette réalité en incriminant, parmi les abus d'autorité le fait pour un supérieur d'exercer des violences⁶ ou d'outrager l'un de ses subordonnés⁷. Le texte précise que celles-ci doivent être réprimées selon les dispositions du Code pénal lorsqu'elles sont plus sévères que celles du Code de justice militaire⁸ ou lorsque les faits ont eu lieu en dehors du service et sans que le supérieur connût la qualité subalterne de la victime⁹.

601. Les fondements de la commune prise en considération du rapport d'autorité. Cette grande diversité d'hypothèse ne doit pas masquer le fait que toutes ont en commun de justifier l'aggravation de l'infraction. Ce choix législatif s'explique par le fait que l'autorité réside dans le pouvoir d'obtenir, sans recours à la contrainte physique, un certain comportement de la part de

¹ Art. 225-4-2, I CP. Les autres circonstances auxquelles peut s'ajouter le lien unissant l'auteur et la victime pour constituer une circonstance aggravante sont l'emploi de menaces ou de violences à l'égard de la victime ou de ses proches, l'abus de la situation de vulnérabilité de la victime et l'échange ou la promesse d'octroi d'un avantage pour qu'elle consente à l'infraction.

² Art. 225-4-10 CP.

³ Art. 222-3 al. 3 CP.

⁴ Violences volontaires ayant entraîné la mort (art. 222-8 al. 2 CP), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10 al. 2 CP), une incapacité totale de travail supérieure à huit jours (art. 222-12 al. 2 CP), une incapacité totale de travail égale ou inférieure à huit jours ou aucune incapacité totale de travail (art. 222-13 al. 2 CP).

⁵ Article L. 4111-1 al. 2 du Code de la défense. V. également l'article D. 4122-3 du même Code sur les devoirs du subordonné.

⁶ Art. L. 323-19 C.J.M.

⁷ Art. L. 323-20 C.J.M.

⁸ Art. L. 323-19 al. 2 C.J.M.

⁹ Art. L. 323-21 C.J.M.

ceux qui y sont soumis¹. Or, à l'évidence, un tel pouvoir peut faciliter grandement la commission d'une infraction par celui qui en est détenteur. La soumission de la victime en résultant pourra la conduire à accepter certains comportements de la part du titulaire de cette autorité, sans oser les refuser ou y opposer une résistance. En ce sens, l'autorité a pu être également définie comme un consentement à une hiérarchie². Le choix d'une victime sur laquelle il exerce une autorité est révélateur d'une particulière lâcheté de l'agent. Ces considérations conduisent à justifier l'aggravation de la sanction encourue par l'auteur en raison de la nature du rapport d'autorité l'unissant à sa victime, mais non de la nature de l'autorité elle-même. Il importe peu que l'autorité de l'agent découle de la loi ou des circonstances à partir du moment où cette autorité conduit bien la victime à se plier aux désirs de l'agent. En revanche, l'origine de cette autorité n'est pas sans incidence sur son appréciation.

2) L'appréciation du rapport d'autorité dépendant de sa nature

602. Le droit pénal prend en considération diverses formes d'autorité et toutes emportent les mêmes conséquences pénales. Cependant, leur différence de nature a une influence sur la façon dont elles sont caractérisées par les juridictions répressives. L'autorité peut d'abord émaner de la loi, entendue au sens large, et l'on parlera alors d'autorité de droit. Une telle autorité étant prévue par un texte, elle pourra être appréciée objectivement, de façon abstraite, par le juge (a). Il en va autrement lorsque cette autorité découle des circonstances. L'autorité de fait doit être caractérisée de façon concrète (b).

a) L'appréciation objective et abstraite de l'autorité de droit

603. L'appréciation objective de l'autorité de droit dans les infractions de droit commun. Si l'on en croit Émile GARÇON, l'autorité de droit « *dérive de la loi elle-même ; elle donne nécessairement un pouvoir sur la victime et établit une présomption légale invincible que celui qui en était investi en a abusé pour commettre le crime* »³. L'appréciation de l'autorité de droit est donc objective en ce qu'elle est explicitement prévue dans un texte et n'a pas à être établie par l'analyse d'une situation de fait. Il suffit de mentionner la qualité de l'agent pour que l'on considère qu'il avait autorité sur la victime. Le cas du tuteur légal d'un mineur en constitue un bon exemple⁴. Pourraient également être mentionnés certains cas dans lesquels l'auteur abuse de l'autorité conférée par ses fonctions

¹ S. KERNEIS, « Autorité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 111. V. également *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française Le petit Robert*, éd. Le Robert, 1985, entrée « autorité ».

² M. PARIGUET, « De l'autorité en droit pénal – Esquisse d'une définition », *JCP G* 2013, doct. 1000.

³ *Code pénal annoté*, op. cit., art. 331 à 333, n° 145.

⁴ Pour un exposé détaillé des différents rapports d'autorité de droit et de fait, V. M.-L. RASSAT, *Agressions sexuelles*, art. 222-22 à 222-33-1, *Juris-Classeur Pénal Code*, 2008, n° 35 s et É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 331 à 333, n° 145 et s.

car il est concevable que cette autorité ne lui soit conférée qu'à l'égard de certaines personnes¹. L'appréciation objective de l'autorité concerne également les ascendants, qu'ils soient parents², grands-parents³ ou autres. Tous les ascendants sont donc visés sans qu'il soit besoin de distinguer entre les natures de filiation⁴.

604. L'appréciation objective de l'autorité de droit dans les infractions militaires. Dans le cadre des infractions militaires, on exige de l'agent qu'il connaisse le grade de sa victime, ainsi que l'impose le principe d'appréciation subjective de l'influence de la victime⁵. En revanche, il n'est pas exigé de cette victime qu'elle sache que l'auteur lui est hiérarchiquement supérieur. L'accent est donc davantage porté sur l'appréciation de l'état d'esprit de l'auteur que sur la contrainte qu'a pu effectivement ressentir la victime. Associée à la volonté de commettre l'acte, la seule connaissance par l'auteur du fait que sa victime lui est subordonnée suffit à constituer l'élément intentionnel de ces infractions. Il faut alors en déduire que l'autorité est appréciée de façon subjective eu égard à l'auteur, mais objective eu égard à la victime puisqu'elle découle de la simple différence de grades en faveur de l'agent.

605. L'appréciation abstraite de l'autorité de droit. De l'objectivité de cette appréciation, il résulte que l'autorité de droit est appréciée abstraitement, c'est-à-dire sans considération pour l'autorité concrètement exercée par l'agent. Par conséquent, il ne serait pas nécessaire d'établir concrètement en quoi la victime a pu se sentir obligée de plier devant l'autorité de l'agent. Cela allège la charge de la preuve pesant sur la partie poursuivante qui n'a à établir que la qualité de l'agent. Mais cela implique aussi que l'aggravation serait encourue même si, dans les faits, la victime ne se sentait aucunement obligée de se conformer aux désirs de l'agent. Or, il est parfaitement concevable, pour reprendre l'exemple de l'ascendant, qu'un enfant ne se sente aucunement tenu d'obéir à ses parents, spécialement s'il est majeur⁶. Autre exemple, le Code de justice militaire n'exige pas de la victime qu'elle connaisse le grade de son supérieur et donc que son sens de la discipline lui commande l'obéissance. Cela conduit alors à rechercher un second fondement à l'aggravation liée à l'exercice d'une autorité de droit par l'agent sur la victime.

606. L'aggravation justifiée par la perversion de l'autorité de droit. L'autorité trouve généralement sa justification dans l'utilité qu'elle présente pour le corps social. Les parents

¹ V. par ex. Crim. 8 juin 1994, *Bull. crim.* n° 226 (patiente violée par un infirmier) ; Crim. 23 juillet 1996, n° 96-82.233 (pensionnaire violée par le directeur du centre d'aide par le travail dans lequel elle se trouvait).

² V. par ex. Crim. 11 juin 1992, *Bull. crim.* n° 228, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 781, obs. G. LEVASSEUR pour le cas du viol d'un mineur par son père.

³ V. par ex. Crim. 21 août 1990, n° 90-80.421.

⁴ Jusqu'en 2010, le Code pénal faisait explicitement référence à l'ascendant légitime, naturel et adoptif s'agissant des agressions sexuelles. La loi du 8 février 2010 a supprimé cette référence que l'unité des modes de filiation au civil rendait inutile.

⁵ Sur lequel cf. *supra*, n° 32 et s. et spéc. n° 273.

⁶ La minorité n'étant par exemple pas exigée pour les agressions sexuelles.

exercent ainsi leur autorité parentale sur leurs enfants car il est nécessaire que ceux-ci soient éduqués et protégés. De même, dans l'armée, le supérieur hiérarchique exerce une autorité sur ses subordonnés parce qu'il est supposé être plus expérimenté et mieux formé à la tactique et à la stratégie que ses troupes et parce qu'il garantit ainsi la coordination de leur action. Par conséquent, en usant de cette autorité pour commettre une infraction, celui qui en est titulaire commet un acte socialement plus répréhensible puisqu'il entraîne une perversion de ce rapport d'autorité et de ce qui le fonde. En ce sens, M. LEVASSEUR évoque « *la faute morale plus grave commise par celui qui devait au contraire protéger l'intéressé* »¹. La volonté d'exprimer clairement cette réprobation apparaît d'ailleurs comme la seule justification à la tentative d'introduction de la qualification d'inceste dans notre Code pénal par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010². Si l'autorité de droit peut, eu égard à sa nature, être appréciée de façon objective et abstraite, il n'en va pas de même pour l'autorité de fait.

b) L'appréciation concrète, objective et subjective de l'autorité de fait

607. La nécessité d'une appréciation concrète de l'autorité de fait. L'autorité de fait que l'auteur peut exercer sur sa victime n'est prévue par aucun texte car elle ne résulte que de circonstances particulières. Il en résulte qu'elle doit être concrètement établie, c'est-à-dire qu'il incombe au juge d'établir les circonstances particulières pouvant créer un rapport d'autorité entre les deux protagonistes de l'infraction. La Cour de cassation a ainsi rappelé dans un arrêt du 21 février 2007 que « *la qualité de personne ayant autorité sur la victime ne saurait résulter des seuls sentiments de soumission éprouvée par cette dernière* »³. L'autorité se caractérise alors non seulement par un critère subjectif, le sentiment éprouvé par la victime de devoir obéir à l'auteur, mais aussi par un critère objectif, constitué par une situation factuelle génératrice d'un tel sentiment. Ces deux critères doivent faire l'objet d'une appréciation concrète.

¹ Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes, *Rev. sc. crim.* 1972, p. 389. La citation se trouve p. 390.

² Sur laquelle V. O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.* 2010, étude 7 ; PH. BONFILS, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 462 ; A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, 335. Les viols et agressions sexuelles sont désormais qualifiés d'incestueux lorsqu'ils ont été commis au sein de la famille sur un mineur par un ascendant, un frère, une sœur, ou par toute autre personne ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait (art. 222-31-1 CP). Hormis le fait qu'elle oblige le juge à se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale de l'auteur de l'infraction (art. 222-31-2 CP), cette qualification n'emporte pas d'autres conséquences juridiques, ce qui conduit à s'interroger sur son opportunité. Les auteurs cités relèvent ainsi que le principal apport de la loi du 8 février 2010 réside dans la nouvelle définition qu'il donne de la contrainte. V. Contra G. DELORS, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 599 pour qui cette réforme permet de donner une meilleure lisibilité à la valeur protégée par l'incrimination. Cette qualification ne sera toutefois pas applicable, étant donné que le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article 222-31-1 du Code pénal en raison de l'imprécision de la notion d'« infraction commise au sein de la famille » (Cons. const., décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, *JCP G* 2011, 1160, note A. LEPAGE).

³ *Crim.* 21 février 2007, *Bull. crim.* n° 55, *AJ Pénal* 2007, p. 181, obs. G. ROYER, *D.* 2007, Pan., p. 2632, obs. T. GARE.

608. Le critère objectif de l'autorité de fait. L'appréciation concrète du critère objectif peut être illustrée par l'exemple du second mari ou du concubin de la mère de la victime. L'autorité devrait alors être concrètement établie, notamment au regard de la communauté de vie existante entre l'agent et sa victime. La décision de la Cour de cassation en ce sens¹ mérite d'être approuvée alors que semble excessive la solution, malheureusement retenue par un arrêt en date du 2 mai 1990², retenant que le second mari de la mère a par principe autorité sur l'enfant sans qu'il soit nécessaire de rechercher une condition d'habitation commune.

609. Le critère subjectif de l'autorité de fait. L'appréciation concrète du critère subjectif peut être illustrée par une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation datée du 7 décembre 2005³. Un homme avait tué sa concubine avant de violer les enfants de cette dernière, issus d'un premier lit. La Cour de cassation relève que « *la mort de la concubine de l'accusé n'a pas eu pour conséquence immédiate de priver ce dernier de l'autorité de fait dont il disposait à l'égard des enfants de celle-ci, lesquels, au demeurant, ignoraient, lorsqu'ils ont été victimes des faits reprochés à Daniel S., que celui-ci venait de tuer leur mère.* ». En invitant à tenir compte de la connaissance que les enfants pouvaient avoir de la mort de leur mère, les hauts magistrats incitent bien à apprécier, de façon concrète, le sentiment que ceux-ci pouvaient ressentir de devoir obéir à un homme qu'ils prenaient encore pour le concubin de leur mère. Dans ce dernier exemple, le rapport d'autorité se couple à une seconde forme de connexion entre agent pénal et victime. Il s'agit de la commune appartenance à un groupe, en l'occurrence le groupe familial.

B/ L'AGGRAVATION DUE À L'APPARTENANCE DE L'AUTEUR ET DE LA VICTIME À UN MÊME GROUPE

610. De même que le rapport d'autorité, l'appartenance à un même groupe peut simplifier la commission d'une infraction, notamment lorsque un lien de confiance est supposé unir les membres du groupe (1). L'état du droit répressif en la matière n'est cependant pas exempt d'incohérences (2).

1) L'aggravation des infractions marquant la trahison d'un lien de confiance

611. La trahison d'un lien de confiance. Le groupe est générateur d'un lien particulier entre les membres qui le composent. Au critère quantitatif s'ajoute, pour pouvoir parler de groupe, un critère qualitatif, résidant dans une relation particulière maintenant une cohésion entre plusieurs

¹ Crim. 9 juin 1971, *Bull. crim.* n° 185, *Rev. sc. crim.* 1972, p. 390, obs. G. LEVASSEUR

² Crim. 2 mai 1990, *JCP G* 1990, II, 21593, obs. M. VERON, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 82, obs. G. LEVASSEUR. L'absence de cohabitation ne serait pas nécessairement exclusive de la qualification de personne ayant autorité sur la victime, mais une telle autorité devrait alors être établie par d'autres éléments, la seule qualité de second mari de la mère paraissant insuffisante à cet égard.

³ *Dr. pén.* 2006, comm. 50, obs. M. VERON.

personnes¹. Chaque membre du groupe place donc une certaine confiance dans les autres membres dont il attend une forme de soutien, au moins moral. L'agent qui profiterait de cette confiance pour commettre une infraction ferait ainsi non seulement preuve de lâcheté, mais encore son acte serait-il révélateur d'une plus forte hostilité aux valeurs sociales. La définition de la trahison l'illustre bien. Selon l'article 411-1 du Code pénal, les mêmes faits seront qualifiés de trahison lorsqu'ils auront été commis par un Français ou un militaire au service de la France et d'espionnage s'ils ont été commis par toute autre personne². Bien qu'il n'emporte pas plus la protection prévue par le *jus in bello* aux personnes protégées³ et que les peines prévues soient identiques, la qualification d'espionnage est assurément porteuse d'une connotation beaucoup moins négative que celle de trahison. À la différence de l'espion, qui sert son pays d'une façon qu'on pourrait qualifier de peu honorable, le traître va à l'encontre des intérêts du sien, aussi James Bond est-il un héros tandis que Ganelon est relégué au Cocyte pour avoir trahi Roland. La trahison présuppose l'existence d'un lien d'appartenance ou de confiance antérieur. C'est cependant surtout dans le cadre de la famille que s'exprime ce type de considérations⁴.

612. L'aggravation des infractions intrafamiliales marquant la trahison du lien de confiance. Le recours à la technique de la circonstance aggravante instaure une dichotomie entre les infractions liées à la trahison d'un rapport de confiance au sein de la famille et les infractions contre les mineurs, spécialement protégés par une série d'incriminations spécifiques⁵. Quant aux circonstances aggravantes les concernant, elles semblent davantage liées à l'autorité dont le majeur dispose sur eux qu'au lien de confiance censé les unir. On en veut pour preuve que les atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou psychique commises par un ascendant ne sont pas aggravées lorsque la victime est majeure. C'est en revanche bien cette notion de trahison du lien de confiance, facilitant la commission de l'infraction, qui explique que soient aggravées les atteintes à la vie et à l'intégrité physique ou psychique lorsqu'elles sont commises au détriment d'un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs, ainsi que sur le conjoint ou le concubin de l'auteur ou la personne à laquelle il est lié par un pacte civil de solidarité⁶. Ces

¹ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 37, 2002, n° 2.

² Sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal, l'intelligence avec l'ennemi ne pouvait concerner que les actes commis par un Français à l'encontre des intérêts de la France. V. A. VITU, « Intelligences avec l'ennemi, crime de guerre et crime contre l'humanité », *Rev. sc. crim.* 1976, p. 97. Par ailleurs, l'article L. 331-2 du Code de justice militaire qualifie de trahison le fait, uniquement pour un Français ou un militaire au service de la France, de porter les armes contre la France en temps de guerre.

³ L'espionnage est exclusif de la qualification de personne protégée d'après l'article 46 du protocole additionnel à la Convention de Genève du 12 août 1949 adopté à Genève le 8 juin 1977 (J.O. du 30 juin 2001, p. 10409). Notons cependant que les mêmes faits commis par un agent ennemi arborant l'uniforme de son armée lui ouvriraient, en cas de capture, droit au statut de prisonnier de guerre. V. également Y. JUROVICS et L. HUSSON, « Crimes de guerre », *Juris-Classeur Lois pénales spéciales*, 2004, n° 97.

⁴ Pour une perspective historique sur les infractions intrafamiliales, cf. *infra*, n° 729 et s.

⁵ Sur lesquelles cf. *supra*, n° 382 et s.

⁶ Sont concernés le meurtre (art. 221-4, 2° et 9° CP), l'empoisonnement (art. 221-5 al. 3 CP), les tortures et actes de barbaries (art. 222-3, 3° et 6° CP), les violences volontaires ayant entraîné la mort de la victime (art. 222-8, 3° et 6° CP), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, 3° et 6° CP), une incapacité totale de travail pendant

dernières hypothèses sont particulièrement emblématiques de la manifestation de l'autonomie du droit pénal ici décrite. Le couple constitue une entité que le droit pénal prend en compte¹ quelle qu'en soit la forme, alors que le droit civil a précisément pour objet de distinguer mariage, P.A.C.S. et concubinage.

613. Les modalités de l'aggravation de la trahison du lien de confiance. Comme pour toutes les circonstances aggravantes, il semble indispensable que l'agent en ait eu conscience². Quant au complice, malgré la jurisprudence actuelle, cette circonstance devrait lui être indifférente, qu'il l'ait connue ou non³. Par ailleurs, la qualité de conjoint, de concubin ou de partenaire lié par un pacte civil de solidarité bénéficie d'une attention particulière. Elle peut être prise en compte afin de constituer l'infraction de proxénétisme⁴. Quant à son rôle de circonstance

plus de huit jours (art. 222-12, 3° et 6° CP), une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail (art. 222-13, 3° et 6° CP) et l'administration de substances nuisibles (art. 222-15 CP). Les violences contraventionnelles commises au sein du couple ne sont aggravées que depuis 2010, la première rédaction du texte en 2006 ne faisant état que des crimes et délits. V. Crim. 16 décembre 2009, *Dr. pén.* 2010, comm. 34.

¹ P. MAISTRE DU CHAMBON, « Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP G* 2011, 6.

² Cf. *supra*, n° 378 et n° 388.

³ Il s'agit pour la jurisprudence d'une de ces circonstances aggravantes dites « mixtes » (B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 367), donc communicable au complice, quand bien même il n'en aurait pas eu connaissance (Crim. 11 mai 1866). Cette position a suscité de nombreuses critiques doctrinales estimant qu'il conviendrait de ne sanctionner le complice qu'à raison des circonstances aggravantes dont il avait connaissance : V. par ex. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 367 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 564-3 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 1058 et s. et spéc. n° 1066 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 371 ; C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n° 607 ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2009, n° 206. Selon M. DREYER notamment, la rédaction de l'article 121-7 du Code pénal signifie que le complice doit être puni comme s'il avait lui-même été auteur de l'infraction. Or, l'auteur n'est sanctionné qu'à raison des circonstances aggravantes qu'il connaissait, donc le complice doit être traité pareillement. Il se verra donc appliqué toutes les circonstances aggravantes, réelles, personnelles ou mixtes, dont il pouvait avoir conscience. On peut néanmoins s'interroger sur la pertinence d'une telle application, étant donné que, dans le cas en question, il est difficile de relever une gravité plus importante à l'action du complice. Aider à commettre un meurtre constitue un fait tout autant répréhensible, quelque soit le lien unissant l'auteur à la victime. En effet, le complice n'entretient lui aucun lien de confiance avec la victime. Il ne saurait donc trahir un lien de confiance inexistant (dans le même sens, C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n° 593 qui qualifie les circonstances tenant au lien entre l'auteur et la victime de personnelles quand la jurisprudence les qualifie de mixtes). Si M. DREYER semble avoir parfaitement raison de vilipender l'artificielle catégorie des circonstances aggravantes mixtes dont la seule utilité est d'étendre la répression (E. DREYER, « Sanctionner le complice à raison d'une infraction qu'il ne peut commettre à titre principal », note sous Crim. 7 septembre 2005, *D.* 2006, p. 835 et *Droit pénal général*, op. cit., n° 1063), il n'est pas certain qu'il faille pour autant supprimer les deux autres catégories, comme il le suggère. Elles se justifient lorsqu'il s'agit d'apprécier la faute morale des autres participants. Il faudrait donc instaurer davantage de rigueur en la matière en limitant les circonstances aggravantes réelles à celle qui tiennent à la situation (telle que la qualité de la victime), à l'exclusion de toutes celles qui ont trait à l'auteur (telles que son lien avec la victime). Seules les circonstances aggravantes réelles et connues du complice devraient lui être appliquées.

⁴ L'article 225-6, 3° du Code pénal assimile en effet au proxénétisme le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution. Il s'agit de l'une des présomptions de culpabilité du droit pénal français. Le fondement n'y réside pas tellement dans la trahison du lien de confiance que dans la volonté de faciliter la recherche de la preuve pour la partie poursuivante en la dispensant d'établir que l'agent profite de l'argent provenant de la prostitution de la personne avec laquelle il vit. Il y a cependant une certaine hypocrisie dans cette incrimination spécifique, due au fait que la prostitution est, en l'état actuel du droit positif, légale, ainsi que l'argent qu'elle peut rapporter : les gains des personnes prostituées sont ainsi soumis à l'impôt sur le revenu (art. 92 CGI sur les bénéfices provenant d'activités non commerciales, confirmé par C.E., 17 janvier 1990, n° 43499). Fort heureusement, l'irresponsabilité pénale de l'État (art. 121-2 al. 1^{er} CP) le met à

Seconde partie – Titre premier – Chapitre second : Les critères rassemblés en une catégorie propre au droit pénal

aggravante des atteintes à la vie et à l'intégrité, il est particulièrement récent. Conformément aux exigences communautaires¹, la prise en compte du lien de couple en tant que circonstance aggravante a fait l'objet d'une loi du 4 avril 2006², suivie peu après par la loi du 9 juillet 2010³. Ces lois ont développé l'arsenal répressif⁴, entraînant la consécration législative du caractère répréhensible du viol au sein d'un couple⁵, ou encore la création d'une aggravation du harcèlement moral au sein du couple⁶. Cet état du droit appelle quelques critiques.

2) L'incohérence des incriminations marquant la trahison d'un lien de confiance

614. Les incohérences des atteintes aux ascendants. Il est difficilement acceptable que l'aggravation soit limitée aux atteintes visant les père et mère adoptifs alors que l'ensemble des ascendants légitimes et naturels sont visés. S'agissant de l'adoption plénière, l'article 356 du Code civil prévoit que la filiation adoptive se substitue à la filiation d'origine. L'article 358 du même Code précise que l'adopté jouit des mêmes droits qu'un enfant légitime ou naturel⁷. L'adoption plénière « ne se borne pas à relier l'adopté à l'adoptant par un rapport individuel ; elle le fait entrer dans la famille de l'adoptant »⁸ et aucune raison ne semble requérir une appréciation différente en droit pénal. L'autonomie du droit pénal ne devrait donc pas conduire à exclure que la filiation adoptive y produise les mêmes effets qu'une filiation biologique.

615. Les incohérences des atteintes au sein du couple. On peut ensuite relever la difficulté qu'il peut y avoir à qualifier les atteintes au sein du couple. La qualité de conjoint est objective et

l'abri des poursuites pour proxénétisme... Sur ces questions, V. le rapport d'information n° 3334 de la mission d'information sur la prostitution en France, déposé et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 avril 2011, spécialement p. 98.

¹ J.-P. MARGUENAUD, « La prolifération des obligations positives de pénaliser : honte aux époux violents et haro sur les juges laxistes ! », note sous CEDH, 3^e sect., 9 juin 2009, n° 33401/02, *Opuz c/ Turquie* et CEDH, 2^e sect., 15 décembre 2009, n° 28634/06, *Maiorano et autres c/ Italie*, *Rev. sc. crim.* 2010, p. 219.

² Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* du 5 avril 2006, p. 5097. Cette loi a étendu la circonstance aggravante aux atteintes à la vie et créer un article 132-80 du Code pénal donnant une définition générale de cette circonstance aggravante permettant d'ajouter le partenaire d'un P.A.C.S. au conjoint et au concubin. Pour une présentation détaillée de la loi, V. D. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commise contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350 et M.-F. VIEVILLE-MIRAVETTE, « La circonstance aggravante d'« ex » en matière de violences au sein du couple », *Dr. pén.* 2009, étude 4.

³ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* du 10 juillet 2010, p. 12762. Sur cette loi, V. A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 911

⁴ V. également M. DOUCHY-LOUDOT, « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures* 2010, étude 9 pour une présentation des dispositions civiles et pénales de protection et de répression.

⁵ L'article 222-22 du Code pénal prévoit ainsi explicitement que les qualifications d'agressions sexuelles sont applicables entre époux. La solution est évidemment transposable au P.A.C.S. qui impose une communauté de vie (F. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G* 2000, I, 275).

⁶ Art. 222-33-2-1 CP. Sur cette disposition, V. W. ROUMIER, « Violences familiales : création du délit de violences psychologiques », *Dr. pén.* 2010, alerte 39. La loi de 2010 a par ailleurs créé un article 222-14-3 du Code pénal précisant que les violences volontaires sont sanctionnées même lorsqu'il s'agit de violences psychologiques.

⁷ L'article 310 du Code civil prévoit l'égalité entre tous les enfants dont la filiation est légalement établie.

⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T.1, PUF, coll. Quadrige, 1^e éd., 2004, n° 515.

ne pose pas de difficulté majeure¹, de même que la qualité de partenaire lié par un pacte civil de solidarité. En revanche, étant donné que « *le concubinage n'a juridiquement ni commencement, ni fin* »², il peut être plus délicat de déterminer clairement si l'auteur et la victime sont ou non en concubinage³. La question a été simplifiée par l'extension, à l'alinéa second de l'article 132-80 du Code pénal de la circonstance aggravante aux faits commis par l'ancien conjoint, concubin ou partenaire d'un P.A.C.S. lorsque l'infraction a été commise en raison des relations ayant existé entre l'agent et sa victime.

616. Les difficultés probatoires des atteintes au sein du couple. Mais, outre que l'applicabilité même de cette disposition a été contestée⁴, l'opportunité de cette prise en compte des relations passées entre l'auteur et sa victime est discutable. L'agent et sa victime n'entretenant plus de relation de couple, il n'est plus possible de justifier l'aggravation par la trahison d'un lien de confiance. Il s'agit alors d'une prise en compte d'un simple mobile dont il paraît délicat d'affirmer péremptoirement qu'il est plus répréhensible qu'un autre. Et quand bien même elle serait justifiée, il peut en résulter des difficultés probatoires comme à chaque fois qu'il convient d'apprécier le mobile de l'agent. En effet, « *tout ce qui s'inscrit dans le « pourquoi » des choses est par hypothèse délicat à exploiter, parce qu'il faut remonter à la source des événements, à ce qui les a motivés ou peut les expliquer, et l'exercice se heurte naturellement à l'impossibilité de sonder ce qui se noue dans la psychologie des personnes* »⁵. Par ailleurs, la rédaction imprécise du texte n'évoque que « *les relations ayant existé* », ce qui, interprété de façon extensive, pourrait inclure d'éventuelles relations, amicales ou non, postérieures ou antérieures à la relation de couple.

617. L'incohérence due à l'immunité familiale. Enfin, il faut noter que, de manière plus générale, ces différentes aggravations des infractions intrafamiliales vont à l'encontre de l'esprit

¹ La Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé qu'elle était la seule condition fixée par le texte, à l'exception de toute condition de cohabitation. L'aggravation serait donc encourue quand bien même les deux époux résideraient séparément (Crim. 7 avril 1998, *D.* 1999, p. 156, obs. S. MIRABAIL).

² J. HAUSER, « Le concubinage et le PACS, plus simples que le mariage ? », obs. sous Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2009, TPICE, 5 octobre 2009 et Crim. 7 avril 2009, *RTD Civ.* 2010, p. 84.

³ V. par ex. CA Montpellier, 3^e ch. corr., 6 avril 2011, *JCP G* 2011, 952, obs. Y. ZEMRAK. Cet arrêt précise que la vie commune constitue une condition nécessaire du concubinage, le distinguant de la simple liaison.

⁴ V. M.-F. VIEVILLE-MIRAVETTE, « La circonstance aggravante d'« ex » en matière de violences au sein du couple », op. cit. L'auteur affirme que l'article 132-80 du Code pénal renvoyant aux cas dans lesquels la loi prévoit l'application de la circonstance aggravante, il en résulterait l'impossibilité d'appliquer cette circonstance aux anciens couples. En effet, les textes d'incriminations spécifiques font référence au seul conjoint, concubin ou partenaire actuel. L'objection pourrait être contournée en considérant que le second alinéa de l'article 132-80 ne fait qu'apporter une précision quant à la définition donnée à l'alinéa premier, expliquant ce qu'il faut entendre par conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité dans les normes d'incrimination. Cela n'a d'ailleurs pas empêché son application par les juges du fond et par ceux du droit. V. par ex. CA Toulouse, 3^e ch., 8 septembre 2008, *Dr. pén.* 2009, comm. 17, obs. M. VERON ; Crim. 7 avril 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 93 obs. M. VERON ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 593, obs. Y. MAYAUD ; *RTD Civ.* 2010, p. 84, obs. J. HAUSER.

⁵ Y. MAYAUD, « Violences volontaires par un ancien concubin : une aggravation en quête de critère », obs. sous Crim. 7 avril 2009, op. cit. Dans l'arrêt commenté, les juges de cassation ont reproché aux juges du fond d'avoir écarté cette circonstance aggravante alors que les faits avaient été commis à l'occasion de la remise au prévenu des enfants du couple et suite à une dispute portant sur le versement de la pension alimentaire. Selon la Chambre criminelle, cela établissait le lien entre les faits et la relation passée.

d'une autre institution, celle de l'immunité familiale¹. Il semble étonnant de considérer que certaines atteintes intrafamiliales doivent être sanctionnées plus durement tandis qu'à l'inverse, d'autres ne doivent appeler aucune sanction pénale. Cette institution de l'immunité familiale exprime le fait que l'intérêt du groupe peut avoir vocation à prévaloir sur celui de ces membres. Plus généralement, le lien unissant l'agent à la personne que vise son agissement impose parfois sa spécificité à la norme pénale.

II – LA MANSUÉTUDE SPÉCIALE JUSTIFIÉE PAR LA NATURE DU LIEN

618. L'adaptation de la norme pénale à la valeur sociale découlant du lien. Le fait que certains liens entre individus soient envisagés par le droit témoigne de ce que ces liens correspondent à d'importantes valeurs sociales. Ces liens ont vocation à être régis, encadrés et préservés par le droit. Parmi les techniques juridiques employées à cette fin figure la mansuétude du droit pénal, la neutralisation exceptionnelle d'une incrimination afin de garantir le respect de la valeur sociale résidant dans le rapport considéré entre les individus. Ainsi, les rapports d'autorité s'inscrivent dans une hiérarchie et supposent une certaine discipline. Le droit pénal le conçoit et admet que celle-ci doive être maintenue, y compris en ultime recours par la force (A). De même, lorsqu'un groupe bénéficie de la reconnaissance du droit, la valeur sociale dont ce groupe est porteur mérite d'être préservée. Aussi arrive-t-il qu'à cette fin, le droit fasse prévaloir l'intérêt du groupe sur celui de ses membres (B).

A/ RAPPORT D'AUTORITÉ ET MAINTIEN DE LA DISCIPLINE

619. L'expression de l'autorité dans le maintien de la discipline. Dans un sens proche de celui que lui attribue la philosophie politique, l'autorité se distinguerait de l'influence par la capacité qu'elle aurait de faire usage, comme *ultima ratio*, de la force². L'exercice de l'autorité pourrait donc permettre, dans certaines circonstances, de recourir à la force, ce qui conduirait à faire bénéficier d'une exonération de responsabilité exceptionnelle à celui qui agit en exerçant une autorité légitime. Il semble plus pertinent à cet égard de parler de pouvoir que de droit d'usage de la force. En effet, il s'agit d'une prérogative qui est reconnue à l'agent afin de lui permettre de servir et préserver un intérêt supérieur et non son intérêt propre. Cela conduit à la reconnaissance d'un pouvoir de correction envers les mineurs afin de participer à leur éducation (1) et d'un pouvoir de maintenir la discipline dans l'armée (2).

¹ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 365. Sur l'immunité familiale, cf. *infra*, n° 625 et s.

² PH. PORTIER, « Autorité », in *Dictionnaire de philosophie politique*, sous la direction de PH. RAYNAUD et S. RIALS, PUF, coll. Quadrige, 3^e éd., 2008, p. 47.

1) Les nécessités de l'éducation justifiant le pouvoir de correction des mineurs

620. La reconnaissance d'un pouvoir de correction lié au devoir d'éducation. Le pouvoir de correction des mineurs se présente comme une traduction exceptionnelle d'un devoir d'éducation pesant sur ceux qui ont la charge de l'éducation du mineur. Pour autant, il serait totalement impropre de parler de devoir de correction, tant son domaine se trouve restreint. En effet, l'usage de violences, fût-ce à connotation éducative, est en totale contradiction avec l'esprit des textes actuels, notamment l'article 19 § 1 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui prohibe « toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation ». L'usage autorise cependant ceux qui sont en charge de l'éducation d'un enfant à recourir à des punitions corporelles afin de sanctionner sa mauvaise conduite, sans que ces faits puissent recevoir la qualification de violences volontaires. Ce droit est reconnu aux parents¹, mais aussi aux enseignants² malgré les doutes d'une partie de la doctrine³. Seul le devoir d'éducation le justifie, ce qui influe sur l'encadrement de ce droit de correction.

621. Un droit de correction encadré par les nécessités de l'éducation. L'article 28 § 2 de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant impose aux États parties de veiller à ce que la discipline scolaire soit assurée « d'une manière conforme avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain ». La jurisprudence européenne se trouve sur la même ligne. Elle considère que ne sauraient être justifiés les actes dépassant un certain seuil de gravité ou les actes dégradants pour l'enfant⁴. En effet, il est évident qu'un acte dégradant ou dangereux pour l'enfant irait à l'encontre de l'objectif de bonne éducation qui justifie ce recours à la force. Comme le note M. MAYAUD⁵, il est donc possible de relever deux critères encadrant le droit de

¹ V. par ex. Crim. 21 février 1990, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 785, obs. G. LEVASSEUR. Les juges sanctionnent un dépassement du droit de correction et son exercice par une personne autre que les parents de l'enfant. *A contrario* faut-il en déduire que le droit de correction existe et que les parents en sont titulaires. V. également, pour une application positive récente, CA Angers, Ch. corr., 23 mars 2006, *JCP G* 2006, IV, 2905.

² V. par ex. T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.* 1982, jur. p. 182, note D. MAYER ; Crim. 31 janvier 1995, *Bull. crim.* n° 38 ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 814, note Y. MAYAUD (*a contrario*) ; CA Versailles, 16 juin 2003, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 87, obs. Y. MAYAUD. V. également Crim. 18 juin 2002, n° 01-88.062 pour une justification du recours à la force par un enseignant sur le fondement de la légitime défense. Le professeur ayant réagi physiquement contre une atteinte verbale d'une élève, la référence au pouvoir de correction aurait été plus indiquée.

³ V. par ex. M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey université, 14^e éd., 2012, n° 57 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009, n° 320. Ces deux auteurs citent à l'appui de leur affirmation un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 21 février 1967 (*Bull. crim.* n° 73) mentionnant « qu'aucun prétendu droit de correction » ne saurait être invoqué par les prévenus enseignants. Ils en déduisent que le droit de correction n'est pas reconnu aux éducateurs, sauf par quelques décisions des juges du fond. Cependant, outre le fait qu'une telle prérogative leur est reconnue par l'arrêt postérieur précité, il faut noter que les sévices subis par les enfants dépassaient de loin ce qu'un droit de correction justifierait. Il est donc possible de considérer qu'en l'espèce, aucun droit de correction ne pouvait être invoqué car aucun droit de correction n'aurait justifié pareil comportement.

⁴ CEDH, 25 mars 1993, n° 13134/87, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, *JCP G* 1994, II, 22262, note P. MAZIERE ; CEDH, 23 septembre 1998, n° 25599/94, *A. c/ Royaume-Uni*.

⁵ In « De la correction au maltraitement, ou des limites de la justification éducative », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 814, note préc.

correction. En premier lieu, la conséquence des violences ne doit pas dépasser un certain seuil, c'est-à-dire que ces violences ne doivent pas compromettre la santé de l'enfant¹. En second lieu, de par leur nature, les violences ne doivent pas être contraires à la dignité de l'enfant². En pratique, il n'est pas toujours aisé de bien distinguer ou d'apprécier ces deux critères, qui correspondent tous deux à la fixation d'un seuil que les violences ne sauraient dépasser³. Quittant le monde de l'enfance pour celui, nettement plus rude, des armées, on constatera sans surprise que les violences y peuvent atteindre un tout autre niveau.

2) Le pouvoir de maintenir la discipline militaire par la force

622. Un pouvoir au champ d'application restreint. L'article L. 323-19 du nouveau Code de justice militaire incriminant les violences commises sur un subordonné précise qu'« *il n'y a ni crime ni délit si les violences ont été commises à l'effet de rallier des fuyards en présence de l'ennemi ou de bande armée ou d'arrêter soit le pillage ou la dévastation, soit le désordre grave de nature à compromettre la sécurité d'un bâtiment de la marine ou d'un aéronef militaire* ». Cela pourrait apparaître comme une traduction du principe exposé à l'article D. 4122-2, 3° du Code de la défense, lequel prévoit que le supérieur a « *le droit et le devoir d'exiger l'obéissance de ses subordonnés* ». Le supérieur bénéficie donc d'un pouvoir d'user de la force à l'encontre de ses subordonnés, mais dont il ne peut user que dans des circonstances très exceptionnelles. Il s'agit en effet de maintenir la discipline dans sa troupe ou à bord de son bâtiment, soit afin d'assurer la cohésion de ses hommes face à une menace grave et imminente (la présence de l'ennemi, le risque de naufrage du navire ou d'écrasement de l'aéronef), soit fin d'empêcher ses hommes de commettre de graves infractions⁴.

623. Un pouvoir matériellement très important. Le caractère exceptionnel de ces situations justifie alors l'emploi quasi-illimité de la force, puisque sont justifiés tant les crimes que les délits, sans distinction aucune. Cela signifie qu'il n'existe aucune forme de violence que le supérieur ne puisse commettre à l'encontre de ses subordonnés. Seul l'homicide volontaire serait alors prohibé, le texte ne faisant allusions qu'aux violences. La seule exigence est que cette violence

¹ V. ainsi T. pol. Bordeaux, préc. (justification de la gifle donné par un enseignant dès lors que la santé de l'enfant n'a pas été compromise) ; Crim. 3 mai 1984, *Bull. crim.* n° 154 (exagération et multiplication des punitions ayant entraîné de nombreuses ecchymoses) ; Crim. 31 janvier 1995, préc. (évoque un droit de correction de l'éducateur qui doit s'exercer « de manière inoffensive »).

² V. ainsi Crim. 21 février 1990, préc. (le fait de plonger la tête de l'enfant dans la cuvette des W.C., même s'il n'a pas occasionné d'incapacité totale de travail dépasse le droit de correction) ; Crim. 2 décembre 1998, *D.* 2000, p. 32, obs. Y. MAYAUD (incompatibilité du droit de correction et des traitements inhumains ou dégradants).

³ V. CA Angers, 25 mars 2004, CA Paris, 20 Ch. A, 4 mai 2004 et CA Paris, 11 mai 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 158, obs. M. VERON pour des exemples d'appréciation par les juges du fond. L'appréciation semble se faire au cas par cas et, comme le note M. VERON, il est difficile d'en tirer des critères clairs et précis.

⁴ Le pillage constitue ainsi un crime de guerre, passible de quinze ans de réclusions criminelles (art. 461-15 CP). On peut noter que la désertion rentre dans les deux catégories, étant donné qu'elle constitue également une infraction passible de vingt ans de réclusion criminelle (art. L. 321-44 C.J.M.).

doit avoir été commise « à l'effet » de maintenir la discipline. La mauvaise rédaction du Code¹ ne permet pas de savoir avec précision si le maintien de la discipline doit avoir été l'effet ou simplement le but recherché par l'agent. L'interprétation stricte amènerait à considérer que l'acte doit avoir eu pour effet de maintenir la discipline et que pourrait donc être sanctionné un acte allant au-delà de ce résultat². Reste que cette exigence de proportionnalité pourrait être délicate à apprécier, notamment eu égard aux circonstances troublées dans lesquelles l'infraction aura été commise. Qui plus est, une unité militaire est généralement un groupe très fermé, ce qui rendra délicate la recherche de la vérité. En pareil cas, ce sont les membres du groupe eux-mêmes qui décideront de faire passer l'intérêt de celui-ci avant celui d'un des leurs.

B/ LIEN D'APPARTENANCE COMMUNE ET INTÉRÊT SUPÉRIEUR DU GROUPE

624. La recherche d'un équilibre entre intérêt général du groupe et intérêt particulier de la victime. Substituer l'intérêt général du groupe à l'intérêt particulier de la victime revient à substituer un intérêt médiat de la victime à son intérêt immédiat. En effet, la victime appartenant au groupe, la sauvegarde de celui-ci ne pourra que profiter à celle-là. Par ailleurs, l'intérêt particulier de la victime ne saurait être entièrement sacrifié car ce qui lèse gravement l'un de ses membres porte nécessairement atteinte au groupe. C'est pourquoi toute atteinte excessive à l'intérêt particulier de la victime permettra d'écarter la justification et d'entrer en répression. C'est dans cette optique et avec ces limitations que le droit prévoit des exceptions à l'aggravation de la répression lorsque l'auteur et sa victime sont liés. Ces exceptions se rencontrent au sein de la famille, avec la contestable institution de l'immunité familiale (1), mais également au sein des groupes de société (2).

1) L'immunité familiale

625. Le principe de l'immunité familiale. Selon l'article 311-12 du Code pénal, le vol ne peut donner lieu à poursuite lorsqu'il a été commis au préjudice de l'ascendant ou du descendant de l'auteur ou au préjudice de son époux, sauf si les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément. Cette institution a été étendue aux autres appropriations frauduleuses³. Il

¹ Dont on trouvera un autre exemple dans l'incrimination de la capitulation (art. L. 322-1 C.J.M.) sanctionnant non le fait de capituler devant l'ennemi, mais le fait d'être reconnu coupable de capitulation par jugement après avis d'un conseil d'enquête. L'atteinte à la valeur sociale résiderait donc non pas dans l'acte lui-même, mais dans le fait d'en être reconnu coupable. Si cela ne nuit pas à la compréhension de l'incrimination, le prestige du rédacteur de la norme n'en ressort pas grandi.

² V. PH. SALVAGE, « Armée – Infractions contre la discipline et infractions aux consignes », *Juris-Classeur Lois pénales spéciales*, 2007, n° 52 mentionnant que « la brutalité est parfois le seul moyen de rétablir l'ordre, la discipline et l'autorité des supérieurs », ce qui plaiderait également pour une exigence de proportionnalité.

³ L'ensemble des formes d'extorsion (art. 312-9 CP visant « les infractions prévues par la présente section », ce qui inclut l'extorsion criminelle), de chantage (art. 312-12 CP), d'escroquerie (art. 313-3 CP) et d'abus de confiance (art. 314-4 CP).

s'agit là d'un obstacle de procédure, empêchant l'exercice de la poursuite¹. Cela signifie que l'infraction est néanmoins constituée. La jurisprudence considère donc que cette immunité n'est pas applicable au coauteur de l'infraction qui peut être poursuivi². En revanche, elle se prononce traditionnellement en faveur de l'impunité du complice³, malgré les critiques d'une importante fraction de la doctrine⁴. Il serait cependant possible de justifier cette solution par une application littérale de l'article 311-12 du Code pénal. En effet, ce texte ne précise pas que l'auteur ne peut être poursuivi, mais que l'infraction ne peut donner lieu à poursuites pénales. Ainsi, si l'on considère le coauteur a commis sa propre infraction, il pourra être poursuivi de ce fait. À l'inverse, le complice n'a fait qu'aider à la commission d'une infraction qui ne peut donner lieu à poursuites. Son impunité est dès lors assurée, sauf à ce qu'il ait également aidé un éventuel coauteur ne bénéficiant pas de l'immunité. Mais quelle que soit la solution retenue, cette immunité est par ailleurs critiquable.

626. La critique de la mise en œuvre de l'immunité familiale. On peut ainsi remarquer que l'immunité familiale peut justifier des infractions graves, telle que l'extorsion, alors qu'elle n'est pas applicable à d'autres tel que le recel⁵ ou la destruction de biens. Or, les conséquences de ces diverses infractions peuvent être très proches. Par ailleurs, se voient actuellement refuser le bénéfice de cette immunité les concubins, les partenaires d'un P.A.C.S.⁶, mais également les collatéraux⁷. Or, il n'est pas aisé de bien identifier ce qui les distinguerait des ascendants, descendants et conjoint. Le fondement de l'immunité ne saurait résider dans la volonté de tenir compte des obligations alimentaires puisque l'article 206 du Code civil étend les obligations alimentaires aux alliés, pourtant non visés par l'immunité. Enfin, l'immunité familiale n'est pas applicable lorsque l'infraction porte sur des objets ou des documents indispensables à la vie quotidienne de la victime⁸, ce qui réduit d'autant son champ d'application.

¹ P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 291.

² Cass. ch. réunies 25 mars 1845, *Bull. crim.* n° 110.

³ Crim. 1^{er} octobre 1840, *Bull. crim.* n° 292 ; Crim. 6 février 1920, *DP* 1921, 1, 67 ; Crim. 8 janvier 1921, *DP* 1921, 1, 169.

⁴ E. GARÇON, *Code pénal commenté*, Recueil Sirey, 1956, art. 380, n° 77 ; P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *op. cit.* ; W. JEANDIDIER, « Vol », art. 311-1 à 311-16, *Juris-Classeur Pénal*, 2005, n° 147 ; Y. MAYAUD, « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », in *De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p. 541 ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, coll. Manuel, 3^e éd., 2013, n° 68 ; PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuels, 4^e éd., 2013, n° 546.

⁵ La jurisprudence avait cependant étendu l'immunité de l'ancien article 380 du Code pénal au recel. Sur ce point, V. P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *op. cit.*

⁶ V. J. AMAR, « P.A.C.S. et immunités familiales », *Dr. pén.* 2000, chron. 32. L'auteur explique que cette restriction serait justifiée par la nature même du P.A.C.S. qui aurait vocation à être moins protecteur que le mariage.

⁷ Les anciennes dispositions du Code pénal étaient plus larges (P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *op. cit.*).

⁸ Art. 311-12 al. 2 CP auquel renvoient les textes pour les autres infractions. Cet alinéa vise à empêcher qu'une personne puisse être impunément privée par ses proches de pièces tels que ses documents d'identité notamment.

627. La critique du fondement de l'immunité familiale. Il a jadis été considéré que cette immunité se justifiait par une copropriété familiale¹. Par la suite, on a tenté de justifier cette immunité par la volonté de maintenir la décence² ou encore la paix des familles³. Il est cependant fort douteux qu'une famille où se mêlent vol, escroquerie, chantage ou extorsion et poursuites judiciaires subséquentes puisse être qualifiée de paisible⁴. Par ailleurs, l'immunité familiale ne s'oppose qu'à l'exercice des poursuites pénales et non à celui d'une action civile dont l'harmonie familiale risque fort de souffrir. De plus, il sera toujours possible d'exercer des poursuites pénales pour les faits intrinsèquement punissables constituant des circonstances aggravantes des appropriations frauduleuses. Dans le cas d'un vol avec violence, l'agent pourrait ainsi être poursuivi pour violences volontaires, qui plus est éventuellement aggravées par le lien familial⁵. L'immunité familiale conduit à sacrifier l'intérêt de certains membres de la famille sans pour autant paraître préserver suffisamment l'intérêt du groupe lui-même. La fonction même de l'immunité familiale la destine à n'intervenir que dans des familles dans lesquelles la paix semble déjà compromise. Par conséquent, le principe même de l'immunité familiale ne semble pas exempt de critiques, ce qui conduit à s'interroger sur la pertinence de son maintien.

628. L'impossible remplacement de l'immunité par le système de la plainte préalable. Certains auteurs ont estimé qu'en raison de ces incohérences, l'immunité familiale mériterait d'être abandonnée au profit d'un système subordonnant la poursuite de ces infractions à une plainte préalable de la victime⁶. Cette option n'apparaît cependant pas satisfaisante. En premier lieu, elle peut sembler inutile dans la mesure où une infraction intrafamiliale n'a de toute façon que fort peu de chances d'être portée à la connaissance des autorités de poursuite en l'absence d'une plainte de la victime. Ensuite, il n'est pas certain que la victime soit la mieux placée pour choisir la réponse à apporter à une situation infractionnelle à laquelle elle est partie prenante. Un tel système risquerait d'entraîner des formes pressions des auteurs sur les victimes afin de les

¹ Cette présentation a par la suite été abandonnée, chaque membre de la famille disposant d'un patrimoine distinct. V. CH. CHOUCKROUN, « L'immunité », *Rev. sc. crim.* 1959, p. 29 ; É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 367. On peut relever par ailleurs que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le copropriétaire qui s'empare d'une partie de la chose commune ne peut invoquer l'exception de propriété étant donné qu'il prive les autres copropriétaires de leurs droits (Crim. 21 avril 1964, *Bull. crim.* n° 119).

² J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 829.

³ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 282 ; É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 368.

⁴ W. JEANDIDIER, Vol, art. 311-1 à 311-16, *Juris-Classeur Pénal Code*, 2005, n° 136.

⁵ J. LARGUIER et PH. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. U, 11^e éd., 2004, n° 106. *Contra* C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n° 538. Selon cet auteur, la circonstance aggravante s'intègre totalement et irrémédiablement à l'infraction simple afin de constituer une infraction aggravée. L'immunité portant sur cette infraction aggravée et la circonstance aggravante en étant indissociable, l'impunité de l'auteur serait acquise. Bien qu'en contradiction avec la jurisprudence et la doctrine, le raisonnement est séduisant. Cependant, même si l'on admettait que l'impunité de l'auteur est acquise, cela conduirait à une autre critique de l'immunité familiale. En effet, il faudrait alors considérer que ne peuvent donner lieu à aucune poursuite des infractions d'une extrême gravité, tel que le vol avec arme (art. 311-8 CP) ou l'extorsion précédée ou accompagnée de tortures et actes de barbarie (art. 312-7 CP). En pareil cas, l'harmonie familiale ne serait qu'un rêve lointain et aucun fondement ne paraîtrait à même de justifier cette impunité.

⁶ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 369 ; W. JEANDIDIER, Vol, op. cit., n° 136.

empêcher de déposer plainte ou, inversement, des victimes sur les auteurs afin de monnayer leur pardon. Cela serait d'autant plus aisé que, par hypothèse, victime et auteur sont très proches. Le système de la plainte préalable n'est donc pas satisfaisant. Pour les infractions les plus graves, les seules qui en pratique parviendront à la connaissance des autorités, il est préférable que ce soit un magistrat du Parquet qui apprécie l'opportunité des poursuites, à charge pour lui de classer sans suite ou opter pour une alternative aux poursuites¹ dans les cas bénins. Pour le reste, aucun pseudo-intérêt de la famille n'a vocation à prévaloir sur celui de ses membres. Le droit des affaires contient des hypothèses différentes.

2) L'exception tenant au groupe de société

629. L'influence possible sur l'abus de biens sociaux. Dans l'actuel environnement économique, il est fréquent que plusieurs sociétés se regroupent. Pour autant, le groupe de société ne bénéficie pas d'une définition claire, que ce soit dans la législation², la jurisprudence ou la doctrine. Selon MM. COZIAN, VIANDIER et Mme DEBOISSY, « *il y a groupe de sociétés – groupe sociétaire – lorsqu'une société en contrôle une autre ; il y a encore groupe de sociétés – groupe personnel – lorsqu'une personne physique contrôle plusieurs sociétés* »³. Il s'agit là d'une définition générale, mais la notion est diversement appréciée en fonction de la matière concernée⁴. Elle est ainsi prise en compte dans le cadre de l'abus de biens sociaux. Celui-ci est défini comme le fait, pour les dirigeants d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société ou des pouvoirs qu'ils possèdent, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt social, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement⁵. La question s'est donc posée de savoir si cette infraction était néanmoins constituée lorsque la société favorisée appartient au même groupe que la société « victime ». Il peut en effet être de l'intérêt général du groupe que l'une des sociétés qui le composent vienne en aide à une seconde.

630. L'absence de réponse légale précise. De tels faits pourraient sembler entrer dans les prévisions de l'article 511-7, 3° du Code monétaire et financier, lequel autorise certaines

¹ Art. 40 et 40-1 CPP.

² L'article L. 233-1 du Code de commerce définit néanmoins la filiale comme la société dont une autre détient plus de la moitié du capital. Lorsque l'autre société détient entre 10 et 50 % du capital de la première, la seconde est considérée comme ayant une participation dans la première (art. L. 233-2 C. com.). Enfin, aux termes de l'article L. 233-3 du Code de commerce, une société est dite contrôlée par une autre lorsque la seconde dispose, directement ou indirectement, de la majorité des voix ou lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer les membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuels, 24^e éd., 2011, n° 1523.

⁴ Sur la notion de groupe de sociétés, V. notamment M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Ibid.*, n° 1523 et s.

⁵ Pour la société à responsabilité limitée, article L. 241-3, 4° (biens et crédits de la société) et 5° (pouvoirs) du Code de commerce. Pour la société anonyme, article L. 242-6, 3° (biens et crédits de la société) et 4° (pouvoirs) du même Code. V. également art. L. 243-1 C. com. pour les sociétés en commandite par actions et art. L. 244-1 pour les sociétés par actions simplifiées.

opérations de crédits entre sociétés d'un même groupe. Cet article précise que l'interdiction faite à toute autre personne qu'un établissement de crédit d'exercer des opérations de banque à titre habituel ne s'oppose pas à ce qu'une entreprise procède à des opérations de trésorerie avec d'autres sociétés entretenant avec elle des liens de capital. Cependant, le domaine de cet article est trop restreint pour permettre une exonération générale de responsabilité pour l'abus de biens sociaux au sein d'un groupe de sociétés. C'est donc de la jurisprudence qu'est venue la création d'un nouveau fait justificatif.

631. La consécration prétorienne de l'influence justificative du groupe en matière d'abus de biens sociaux. À la suite du Tribunal correctionnel de Paris¹, la Cour de cassation² a reconnu que l'appartenance de la société victime et de la société favorisée à un même groupe peut conduire à justifier l'infraction³, jurisprudence maintenue depuis⁴. Une société peut ainsi être mise à contribution afin d'aider une autre société à condition que ces deux sociétés appartiennent à un même groupe. Ce groupe de société doit constituer une réalité établie par des liens juridiques et surtout financiers réels, la jurisprudence étant plus réservée sur les liens personnels. Par ailleurs, le groupe doit exister au moment des faits reprochés. Lorsque le groupe est de taille modeste, il faudrait de plus que les activités des différentes sociétés soient complémentaires afin qu'on puisse parler de groupe⁵. Mais cette simple communauté d'appartenance ne suffit pas. Il faut encore que la contribution de la première société soit dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard de la politique du groupe, qu'elle ne soit pas démunie de contrepartie ou rompe l'équilibre des engagements respectifs des sociétés concernées et enfin qu'elle n'excède pas les possibilités financières de la société qui en supporte la charge. L'intérêt commun du groupe doit être clairement établi et la contribution de la société doit résulter d'une stratégie de groupe transparente et concertée⁶.

632. La nature discutée de la justification liée au groupe de sociétés. Lorsque ces conditions sont remplies, les faits ne sont plus répréhensibles car l'intérêt commun du groupe de sociétés se substitue à l'intérêt particulier de la société considérée. Cette circonstance justificative est qualifiée de fait justificatif par la doctrine et la jurisprudence⁷. Il serait cependant possible de considérer que les éléments matériel et intentionnel de l'infraction ne sont tout bonnement pas constitués. On pourrait considérer que l'usage fait des pouvoirs, des biens ou du crédit de la

¹ T. corr. Paris 16 mai 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, 886 ; *D.* 1975, p. 37.

² Crim. 4 février 1985, *Rozenblum*, *Bull. crim.* n° 54, *JCP G* 1986, II, 20585, note W. JEANDIDIER.

³ Pour une présentation détaillée de la naissance de ce fait justificatif, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 447 s. et W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2005, n° 274.

⁴ V. par ex. Crim. 13 février 1989, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 349, obs. P. BOUZAT ; Crim. 20 mars 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 590, note B. BOULOC.

⁵ Pour une étude précise et détaillée de ces diverses conditions, V. *Rev. sociétés* 2005, p. 273.

⁶ *Ibid.*

⁷ Le terme figure explicitement dans certains arrêts. V. par exemple Crim. 13 décembre 2000, n° 99.82-875.

société ne serait, sous ces conditions, pas contraire à son intérêt social. En effet, sa survie n'étant pas en péril et une contrepartie lui étant assurée, la société devrait avoir intérêt à la bonne santé financière du groupe auquel elle appartient. Quoi qu'il en soit, l'existence de cette cause justificative n'est pas douteuse, malgré le faible nombre de décisions rendues¹. L'intérêt réel du groupe prévaut alors sur l'intérêt apparent de ses membres.

Conclusion du chapitre second

633. L'autonomie du droit pénal justifiant le rassemblement de notions extra-pénales distinctes. L'autonomie du droit pénal ne s'oppose nullement à ce que celui-ci accueille en son sein des notions et concepts issus d'autres branches du droit. Cependant, en raison de cette autonomie, les distinctions qui ont cours dans les disciplines extra-pénales ne s'imposent pas nécessairement au droit répressif. Une seule norme pénale peut suffire à assurer la sanction d'atteintes à une valeur sociale essentielle qui transparaîtrait derrière diverses institutions juridiques extra-pénales. Indifférentes à l'objet de la norme répressive, ces distinctions ne justifient pas que les institutions en cause soient soumises à des régimes pénaux distincts. Naissent alors, sur la base de critères extra-pénaux, des catégories spécifiques au pénal.

634. Première illustration : les fonctions pénalement protégées. Une première manifestation de cette technique législative peut être identifiée dans la catégorie des fonctions protégées par le droit pénal. Sont ainsi notamment aggravées les atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées de mission de service public, indépendamment de la différence de définition de ces notions en droit public. Cette commune protection est également accordée aux fonctions spécifiques, telles que magistrat, officier public ou ministériel, ministre, fonctionnaire de la police nationale, des douanes ou encore de l'administration pénitentiaire. Cet état du droit se trouve justifié par le fait qu'en dépit de leur diversité, toutes ces fonctions ont en commun de ne participer non à des activités d'intérêt privé, mais à des activités d'intérêt commun, voire d'intérêt général.

635. Seconde illustration : les liens unissant l'auteur et la victime. De même, dans l'ensemble des liens susceptibles d'unir les hommes, il en est un certain nombre dont naissent des rapports de confiance entre ceux qu'ils lient. Trahir de ce lien de confiance afin de commettre

¹ V. M.-E. BOURSIER, « Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité », art. préc. L'auteur relève que sur les soixante-quinze décisions rendues en la matière par la Cour de cassation entre 1985 et 2005, seules neuf admettent de manière certaine le jeu de ce fait justificatif. L'auteur attribue cependant ce faible nombre de décisions au fait que ce fait justificatif serait justement très accepté par les juridictions du fond, ce qui les conduirait à écarter les poursuites toutes les fois qu'il paraîtrait constitué.

une infraction plus aisément appelle, pour le législateur, davantage de fermeté dans la réponse pénale. C'est pourquoi certaines infractions intrafamiliales sont aggravées, indépendamment de la diversité des relations dont se compose la famille. Cette disparité explique peut-être que d'autres infractions intrafamiliales échappent au contraire à la répression, du fait de l'immunité familiale que consacre le Code pénal. L'intérêt supérieur de la famille est supposé primer sur celui de ses membres, de la même façon que la commune appartenance de deux personnes morales à un groupe de société peut justifier certains agissements qui s'assimileraient autrement à un abus de biens sociaux. La commission d'une infraction se trouve également singulièrement facilitée lorsque l'auteur exerce une forme d'autorité sur la victime, aussi l'existence d'un lien de subordination constitue-t-elle parfois une circonstance aggravante. Des illustrations de ce point figurent en droit commun, mais également en droit pénal militaire, domaine privilégié des relations hiérarchiques. L'importance de la hiérarchie s'y traduit par la reconnaissance d'un droit de maintenir la discipline, fût-ce par l'emploi de la force. Une fois encore, la famille semble moins destinée à accueillir une institution similaire, aussi le droit de correction, reconnu essentiellement aux parents, connaît-il un salutaire déclin.

Conclusion du titre premier

636. La victime et l'autonomie du droit pénal. Comme toute branche juridique, le droit pénal émane d'un législateur, au sens large de ce terme, indépendant. Le fait que le droit criminel ait pour objet spécifique la répression des atteintes les plus importantes aux valeurs sociales les plus essentielles n'est pas de nature à lui conférer une normativité moindre que celle des autres branches, chargées de consacrer et régir des valeurs sociales. Cet objet spécifique conduit à lui reconnaître une réelle autonomie, notamment dans son appréhension de la victime, dont la référence permet l'intégration de la valeur protégée à la norme pénale. À la différence des droits de la responsabilité civile et administrative, le droit pénal ne place pas la victime dans la position de demandeur principal et n'a pas pour objet la réparation du préjudice qu'elle a subi. Il en résulte logiquement, en droit criminel, une approche distincte et autonome de l'influence de la victime.

637. Les critères spécifiques d'influence de la victime sur la gravité de la faute pénale. En premier lieu, cette autonomie se manifeste principalement par l'existence de critères spécifiquement pénaux permettant d'établir la gravité de la faute de l'agent. La référence à la victime peut être employée afin de mesurer la dangerosité de l'agent, notamment en adaptant la répression à la lâcheté dont témoigne son acte. D'où la création à cette fin de critères propres au droit pénal, tels que la référence à la particulière vulnérabilité de la victime, ou de catégories spécifiquement pénales réunissant des critères extra-pénaux. Ce dernier point peut être illustré par la mention dans les textes répressifs des différents liens de subordination ou d'appartenance à un même groupe susceptibles d'unir l'agent à sa victime. L'infraction appelle également une sanction aggravée lorsqu'elle vise à porter atteinte à l'exercice d'une activité utile à la collectivité, une activité d'intérêt commun, sinon général. Ceci explique que soient réunies au sein d'une catégorie pénale unique les différentes fonctions susceptibles de participer à l'exercice d'une telle activité.

638. Les critères spécifiques d'influence de la victime sur l'importance du dommage. En second lieu, le droit pénal manifeste également son autonomie dans la façon dont il prend en compte les conséquences de la faute pénale de l'agent. Le droit civil se focalise sur l'ampleur du préjudice, alors que le droit pénal concentre son attention sur le dommage, source de ce préjudice. L'ampleur de ce dommage est mesurée au moyen d'instruments spécifiques, tels que la référence à l'incapacité totale de travail, sur laquelle la victime n'est pas sans exercer une influence. Gravité de la faute pénale et ampleur du dommage se conjugue parfois, ainsi qu'en atteste les modes de prise en compte de la pluralité de victimes.

639. L'autonomie des critères d'influence de la victime générant leur imprécision.

Cependant, cette autonomie des critères d'influence de la victime en droit pénal se traduit par l'emploi de critères spécifiquement élaborés pour la norme répressive, laquelle est davantage construite par référence à l'auteur de l'infraction qu'à sa victime. En conséquence, l'élaboration des critères d'influence de la victime n'obéit pas toujours à une cohérence d'ensemble. Différentes techniques juridiques peuvent être employées afin de permettre la prise en compte d'un même critère. Les différents modes de prise en compte de la pluralité de victimes en constituent une excellente illustration. Par ailleurs, toujours en raison de leur autonomie, les critères d'influence pénale de la victime se concilient parfois difficilement avec les conceptions adoptées par les branches juridiques extra-pénales. Cela constitue une deuxième source d'imprécision de ces critères découlant de leur caractère autonome. L'imprécision des critères d'influence de la victime en constitue ainsi un caractère digne d'être remarqué, d'autant plus que d'autres causes peuvent contribuer à son imprécision.

TITRE SECOND

L'IMPRÉCISION DES CRITÈRES PÉNAUX D'INFLUENCE DE LA VICTIME

640. Au plan de la technique juridique, la victime constitue l'un des mécanismes permettant d'intégrer à la norme pénale la référence à la valeur qu'elle protège. Or, le droit pénal a pour objet d'assurer la sanction des atteintes jugées les plus graves aux valeurs sociales jugées les plus essentielles, ce qui implique une double appréciation de la part de l'auteur de la norme. Cette double appréciation supposant des prises de positions morales, elle est variable dans le temps et dans l'espace. Chaque organisation sociale secrète un droit pénal fondée sur sa conception des valeurs essentielles et de la gravité des atteintes qui peuvent y être portées. Par suite, les critères d'influence de la victime qui découlent de ces prises de positions sont affectés de la même instabilité. La variété des valeurs protégées conduit à certaines confusions (**Chapitre premier**), tandis que leur impermanence rend instable l'état du droit en la matière (**Chapitre second**). Ces deux vices participent de l'imprécision de l'état du droit en la matière, imprécision qui pourrait parfois être surmontée par des aménagements de la norme pénale. Cependant, cela ne saurait masquer le fait que certaines des imprécisions qui seront évoquées procèdent de la nature même d'un droit pénal construit en référence à l'auteur de l'infraction. Le droit pénal renierait sa nature en érigeant la victime en épine dorsale de sa construction. Cela n'exclut pas, encore une fois, certains aménagements susceptibles d'accroître la cohérence du droit pénal, quand bien même le législateur y rechigne car il est des imprécisions dans lesquelles se complait l'auteur de la norme. Ainsi, il convient de garder à l'esprit que les imprécisions de la norme pénale se partagent entre celles qui peuvent être corrigées auxquelles s'opposent celles que le législateur ne devrait pas corriger ou qu'il ne souhaite pas corriger.

Chapitre premier

La confusion des critères due à la variété des valeurs protégées

641. La confusion des références à la victime dans un droit pénal construit sur la référence à l'auteur de l'infraction. Le droit pénal ayant pour objet spécifique de sanctionner les atteintes les plus graves aux valeurs sociales les plus essentielles, il assure la confrontation entre l'agent et la Société. En conséquence, et à la différence de la responsabilité civile par exemple, la victime ne constitue pas le pivot de la responsabilité pénale. Droit pénal général et droit pénal spécial ont été conçus et développés par référence à l'auteur de l'infraction et non à sa victime. Il en résulte que les critères d'influence de la victime n'ont pas toujours fait l'objet d'une construction cohérente. En témoigne notamment l'absence d'une technique juridique unique et clairement définie permettant la prise en compte de la pluralité de victimes (**Section première**). Seconde illustration, il apparaît que les circonstances aggravantes de minorité et de particulière vulnérabilité de la victime sont parfois redondantes, puisqu'elles visent pareillement à tenir compte de la faiblesse de la victime (**Section seconde**).

Section première

La multiplicité des modes de prise en compte de la pluralité de victimes

642. Les différentes hypothèses de pluralité de victimes. Pour que l'étude de la pluralité de victime soit pertinente, il convient de la restreindre aux hypothèses dans lesquelles les différentes victimes peuvent être reliées entre elles à travers l'acte qui les atteint. Doivent donc être considérées les cas dans lesquels une même infraction porte atteinte à plusieurs, mais également ceux dans lesquels un même agent est l'auteur de différentes infractions, chacune commise à l'encontre d'une victime distincte. Enfin, des actes commis par différents agents à l'encontre de différentes victimes, peuvent être rapprochés lorsque leurs auteurs se sont préalablement entendus sur leur commission. Toute la question sera alors de savoir si ces actes distincts devront être envisagés comme une pluralité d'infractions liées entre elles ou comme autant d'éléments d'une infraction complexe unique.

643. Les différentes hypothèses d'influence de la pluralité de victimes. Ce dernier point intéresse cependant davantage les auteurs que leurs victimes. Du point de vue de ces dernières, il

emporte de déterminer dans quelle mesure leur pluralité peut être prise en compte par la norme pénale. Que la pluralité de victimes puisse améliorer le sort de l'auteur étant impensable, trois hypothèses peuvent alors se concevoir : soit le nombre de victimes est indifférent, soit il constitue l'élément constitutif d'une infraction simple, soit enfin il conduit à l'aggravation de la répression, notamment en tant que circonstance aggravante. Ces trois hypothèses se rencontrent en droit positif, mais sous des formes diverses. Très logiquement, l'indifférence constitue le principe dans une matière gouvernée par la légalité criminelle. Quant aux autres hypothèses, elles en constituent des exceptions, mais très disparates. Si la référence à la pluralité de victimes est ainsi relativement claire lorsqu'elle constitue l'élément constitutif d'une infraction simple (I), ce critère est employé de façon confuse lorsqu'il s'agit d'aggraver la répression d'une infraction (II).

I – LA CLARTÉ DE LA PLURALITÉ DE VICTIMES COMME ÉLÉMENT CONSTITUTIF D'UNE INFRACTION SIMPLE

644. L'hypothèse rejetée : les infractions d'habitude. En tant qu'élément constitutif, la pluralité de victimes pourrait tout d'abord vouloir être identifiée dans les infractions d'habitude. Cette catégorie regroupe, entre autres, l'exercice illégal de la médecine¹, de l'art dentaire², de la profession de sage-femme³, de géomètre expert⁴ ou encore la célébration habituelle de mariages religieux sans mariage civil préalable⁵. Celles-ci ne sont constituées que par l'itération d'un comportement donné⁶, d'où la possibilité de considérer que l'agent commet l'infraction lorsqu'il commet le même acte à l'encontre d'au moins deux⁷ victimes distinctes. Si la pluralité de victimes permet occasionnellement de constituer de telles infractions, elles ne sauraient en constituer un élément constitutif et ce pour deux raisons. La première tient au fait qu'il n'est pas certain que ces infractions causent nécessairement des victimes pénales substantielles. Les infractions d'exercice illégal d'une profession par exemple ne visent pas uniquement à protéger ceux qui s'adressent à de tels « professionnels », puisque la qualité du service offert est indifférente. La seconde, plus décisive, résulte de ce que la jurisprudence admet parfaitement que la commission renouvelée

¹ Art. L. 4161-1 CSP.

² Art. L. 4161-2 CSP.

³ Art. L. 4161-3 CSP.

⁴ Art. 7 de la Loi n° 42-942 du 7 mai 1946 instituant l'ordre des géomètres experts, *JORF* du 8 mai 1946, p. 3889.

⁵ Art. 433-21 CP.

⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 235 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 634 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 488.

⁷ V. par ex. Crim. 3 mars 1971, *Bull. crim.* n° 73. Cet arrêt traite du cas de deux prévenus, poursuivis pour exercice illégal de l'art dentaire. L'intérêt de cette décision réside notamment dans le fait que l'un des prévenus avait réalisé deux actes sur deux personnes différentes tandis que le second avait procédé à deux interventions sur la même « patiente ». Dans les deux cas, la Cour de cassation a approuvé la condamnation prononcée par les juges du fond.

d'actes sur la même personne constitue l'habitude¹. Cela figure même dans certains textes légaux. Est ainsi assimilé au proxénétisme le fait de ne pouvoir justifier de ses ressources tout en étant en relation habituelle avec une personne prostituée². La pluralité de victimes n'est donc qu'une modalité potentielle, suffisante mais non nécessaire, de l'habitude. Le nombre de victimes n'est même ici qu'un « accident », puisque seul compte la réitération du comportement décrit et non la multiplicité des dommages produits.

645. L'hypothèse certaine : les crimes contre l'humanité. Si la pluralité de victime ne saurait donc être considérée comme un élément constitutif des infractions d'habitude, il est en revanche certain qu'elle est exigée dans le cadre des crimes contre l'humanité. Comme l'a écrit Mme DELMAS-MARTY, « [l]e massacre se distingue de la violence par sa démesure »³. Les crimes contre l'humanité constituent ainsi des atteintes dirigées envers l'ensemble d'un groupe, ce qui participe de leur spécificité. Cette atteinte à l'ensemble du groupe implique celle de pluralité de victimes (A). Et s'il est possible de condamner pour crime contre l'humanité un agent qui ne s'en serait pris qu'à une seule victime, c'est à la condition que son acte ait procédé d'un plan concerté, ce qui renvoie également à l'exigence de pluralité de victime (B).

A/ L'EXIGENCE DE PLURALITÉ DE VICTIMES DANS LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

646. Une exigence incluse par nature dans la notion d'atteinte au groupe. Par définition, un groupe est constitué d'une pluralité de membres présentant un ou plusieurs points communs. Les infractions à motif discriminatoire constituent la marque d'une hostilité de l'agent envers ce critère, cette caractéristique commune aux membres du groupe⁴. Mais, alors que, dans les infractions à motif discriminatoire « classiques » cette hostilité ne s'exprime qu'à l'encontre d'un nombre restreint de membres, il existe, dans les crimes contre l'humanité, une volonté de porter atteinte à l'ensemble des membres. Par conséquent, les crimes contre l'humanité supposent nécessairement une pluralité de victimes. Cette exigence est particulièrement sensible dans l'infraction de génocide, caractérisée par la volonté de l'agent de détruire, de façon totale ou partielle, le groupe d'appartenance des victimes. Même une destruction partielle du groupe suppose un certain nombre de victimes, car il faut que celui-ci puisse être atteint de manière significative. Ainsi, l'article 6 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, définissant le

¹ V. par ex. Crim. 24 juillet 1967, *Bull. crim.* n° 235 (exercice illégal de la médecine) ; Crim. 3 mars 1971, *Bull. crim.* n° 73 (exercice illégal de l'art dentaire) ; Crim. 8 décembre 1993, *Bull. crim.* n° 379 (exercice illégal de la profession de géomètre expert).

² Art. 225-6, 3° CP.

³ M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 59.

⁴ Sur ces infractions, cf. *supra*, n° 293 et s.

génocide, ne fait référence qu'à des atteintes visant le groupe lui-même, ou des membres, au pluriel, de ce groupe. Quant aux autres crimes contre l'humanité, même si les textes n'exigent pas que l'agent ait recherché la destruction en tout ou partie du groupe, l'exigence de pluralité de victimes n'en est pas absente. Ainsi, tant l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale que l'article 212-1 du Code pénal évoquent des atteintes commises « *dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique* ». Cette pluralité de victime est nécessaire à la caractérisation des divers crimes contre l'humanité car elle est en soi signifiante de la déshumanisation des victimes.

647. La pluralité de victimes comme expression de leur déshumanisation. La déshumanisation des victimes de crimes contre l'humanité se concrétise tant par leur réduction à certaines de leurs appartenances¹ que par leur nombre. Les crimes contre l'humanité supposent un certain nombre de victimes, celles-ci perdant leur singularité aux yeux des auteurs qui ne les perçoivent que comme des représentantes indifférenciées d'un groupe qu'ils honnissent. Selon Mme DELMAS-MARTY, « *la masse (quantitative) des massacrés implique l'inhumanité (qualitative) de ceux qui les massacrent et qui, ce faisant, nient l'humanité de leurs victimes* »². Dans les autres infractions à motif discriminatoire, l'appartenance de la victime constitue « simplement » la raison qui motive l'hostilité de l'agent à son encontre. Mais dans les crimes contre l'humanité, c'est le groupe dans son ensemble qui est visé. L'individualité de chaque victime se dissout alors dans leur nombre et chacune n'est perçue par l'auteur que comme une parcelle de sa véritable cible, à savoir le groupe. La considération pour l'appartenance des victimes et leur nombre se conjuguent pour conférer aux actes du ou des auteurs leur exceptionnelle gravité et emporter la qualification de crime contre l'humanité. Cependant, il est certain qu'une telle atteinte n'est pas à la portée d'un homme seul. Comme le relève M. VERNY, « *Une entreprise criminelle dirigée contre un groupe persécuté ne peut guère être menée que par une formation dotée de moyens suffisants, en hommes et en matériels. C'est pourquoi l'ennemi d'un groupe sera un autre groupe.* »³. Cependant, par le biais de la référence à un plan concerté, le droit pénal s'est également donné les moyens de sanctionner des actes individuels sans sacrifier l'exigence de pluralité de victimes.

B/ UNE EXIGENCE LIÉE À CELLE DE PLAN CONCERTÉ

648. La signification de l'exigence de plan concerté en droit interne. Le crime contre l'humanité peut être rangé parmi les infractions de masse, celles « *dont le nombre d'auteurs et de victimes se compte parfois par milliers, voire par centaines de milliers* »⁴. Malgré les développements des technologies de l'armement, il est évident qu'un grand nombre de victimes supposera le plus

¹ Cf. *supra*, n° 305 et s. et spéc. n° 307.

² M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », op. cit.

³ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 37, 2002, n° 633.

⁴ M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacre : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », op. cit.

souvent un certain nombre d'auteurs. Pour autant, il n'est évidemment pas nécessaire que l'ensemble des auteurs ait agi simultanément au cours d'une action unique. Seule importe la commune adhésion des différents auteurs à un même projet criminel. Le Code pénal exige ainsi que les actes constitutifs des différents crimes contre l'humanité aient été perpétrés « *en exécution d'un plan concerté* »¹.

649. Une exigence partagée par le droit pénal international. Bien qu'une telle exigence ne soit pas mentionnée telle quelle dans le statut de la Cour pénale internationale, certains auteurs relèvent qu'y figure une notion voisine². Ainsi, l'article 7 de ce statut, définissant le crime contre l'humanité, évoque « une attaque généralisée ou systématique ». L'emploi du singulier évoque une attaque unique et coordonnée, quand bien même elle se traduirait concrètement par une série d'atteintes particulières. La multitude de victimes demeure donc un critère essentiel car, même si l'agent a pu ne porter atteinte qu'à un faible nombre de victime, ses actes ne seront qualifiables de crime contre l'humanité que pour autant qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une attaque plus globale, concertée, visant tout un groupe de populations.

650. L'intérêt de la référence au plan concerté. Positivement, la référence au plan concerté a permis d'assurer la sanction, sous la qualification de crime contre l'humanité, d'atteintes quantitativement moins importantes. La Cour de cassation a ainsi validé la qualification de crime contre l'humanité s'agissant de l'exécution de sept otages juifs à Rillieux-la-Pape en juin 1944³. La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon a même pu considérer que l'atteinte à une seule victime pouvait entraîner la qualification de l'acte de crime contre l'humanité, cette dernière ayant été choisie, pendant la seconde guerre mondiale en raison de sa judaïcité⁴. Négativement, exiger que l'acte de l'agent s'inscrive dans un plan concerté devrait assurer que seuls les participants effectifs à l'entreprise d'extermination seront sanctionnés, et ainsi permettre d'encadrer la répression. S'il est nécessaire, au regard du droit interne, que les agents aient tous agi en exécution d'un plan concerté, cette exigence législative se heurte aux réalités des pratiques des crimes contre l'humanité, lesquelles ne correspondent que rarement au schéma du plan concerté.

¹ Art. 211-1 al. 1^{er} CP pour le génocide, art. 212-1 al. 1^{er} CP pour les autres crimes contre l'humanité commis à l'encontre de populations civiles et art. 212-2 al. 1^{er} CP lorsque les faits sont commis en temps de guerre à l'encontre de ceux qui combattent un système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité.

² P. TRUCHE et P. BOURETZ, « Crimes contre l'humanité – Génocide – Crimes de guerre et d'agression », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, n° 43.

³ Crim. 27 novembre 1992, *Bull. crim.* n° 394 et Crim. 21 octobre 1993, *Bull. crim.* n° 307. Les otages en question avaient été choisis par Paul Touvier, sur demande de l'Einsatz-Kommando de Lyon, en raison de leur religion pour être exécutés en représailles de l'assassinat du secrétaire d'État à l'information et à la propagande de Vichy, également membre de la Milice. Le critère de choix des victimes et leur exécution à la demande d'une institution regroupant des organisations nazies déclarées criminelles par le Tribunal international militaire de Nuremberg (le 1^{er} octobre 1946) ont permis de considérer que ces exécutions avaient été commises dans le cadre de la politique hégémonique prônée par l'État nazi, et donc en exécution d'un plan concerté.

⁴ CA Lyon, ch. acc., 19 mars 1999. Pour d'autres exemples, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 467 et 468.

651. L'inconvénient de la notion de plan concerté : la nécessaire prévision des actes de l'agent. La notion de plan concerté a été préférée par le législateur¹ à la référence aux mobiles de l'agent, jugée trop subjective² et à raison. Malheureusement, cette notion est porteuse de regrettables incertitudes. Un plan concerté est un plan « *qui résulte d'une entente ou d'un calcul* »³. En droit, il « *renvoie à l'organisation de l'action qui doit être planifiée* »⁴. M. MASSE s'interroge alors : « *savoir qu'un plan concerté existe et vouloir s'y rallier suffit-il à en être considéré comme l'un des « exécutants » si la personne poursuivie n'est pas de ces maillons dont les actes ont été peu ou prou « planifiés » ?* »⁵. Si l'on interprète strictement ce texte, il en ressort que l'agent dont les actes n'ont pas été prévus dans le plan ne devrait pas pouvoir voir sa responsabilité engagée sur le fondement du crime contre l'humanité. En effet, ces actes ne peuvent constituer à proprement parler l'exécution du plan, puisqu'ils n'ont pas été prévus dans ce plan.

652. La difficulté contournée par l'emploi du mécanisme de la complicité. Pour autant, puisque ses actes participent en connaissance de cause à la production du résultat visé par les auteurs du plan, soit la destruction du groupe ciblé dans le génocide ou sa persécution systématique dans les autres crimes contre l'humanité, il faudrait considérer que l'agent se rend coupable de complicité de crime contre l'humanité. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a favorisé le recours au mécanisme de la complicité en affirmant qu'il n'était pas nécessaire que l'agent ait connu le plan dans tous ses détails⁶. Ainsi, au regard du droit français, il faudrait considérer que seuls sont auteurs de crime contre l'humanité ceux dont les actes ont été planifiés et qui agissent en stricte conformité avec ce plan. Or, il a souvent été relevé que cette conception relevait de l'artifice, l'histoire ayant montré qu'à supposer même qu'il existe bien un plan détaillé, les auteurs de tels actes adaptent leur conduite aux circonstances et aux événements⁷.

653. Proposition de remplacement de la notion de plan concerté. Par conséquent, il paraîtrait plus logique de substituer à ce critère celui d'« *attaque généralisée ou systématique* » que l'on retrouve en droit international. Ce nouveau critère permettrait tout autant d'assurer la sanction des comportements individuels qui se fondent au sein d'une hostilité générale dirigée contre un groupe donnée. Il assurerait tout autant, et avec davantage de clarté, qu'aucun holocauste ne sera « *réduit à six millions de fois un meurtre* », fût-il perpétré par six millions

¹ Sur l'adoption de ce critère, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 508 et s.

² M. MASSE, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », op. cit.

³ Dictionnaire *Le petit Larousse*, éd. Larousse, 2011, entrée « concerté ».

⁴ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 45, 2008, n° 75.

⁵ M. MASSE, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », op. cit.

⁶ Cass. Ass. plén., 11 juin 2004, *Bull. crim.* n° 1 validant le raisonnement de la Cour d'assises retenant la complicité de l'agent pour des enlèvements et séquestrations en exécution d'un plan concerté, mais pas pour complicité d'assassinat. L'Assemblée plénière relève ainsi que l'agent avait connaissance du plan visant à la persécution systématique des victimes en raison de leur appartenance, mais pas du fait que ces persécutions pouvaient conduire à leur extermination.

⁷ Pour un exposé détaillé des critiques adressées au critère du plan détaillé, notamment celles de M. DONNEDIEU DE VABRES, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 520 et s.

d'assassins. Enfin, ce critère garantira toujours que le crime contre l'humanité, degré ultime de la criminalité, se distinguera toujours des autres infractions que le droit pénal réprime plus sévèrement à raison du nombre de victimes causées.

II – L'IMPRÉCISION DE LA PLURALITÉ DE VICTIMES CAUSANT L'AGGRAVATION DE LA RÉPRESSION

654. La disparité des techniques juridiques de prise en compte de la pluralité de victimes. Le dommage, et donc les répercussions sociales d'une infraction seront, à l'évidence, d'autant plus importants qu'un grand nombre de personnes en aura été victime. Il est donc logique que le législateur prévoie que l'agent sera plus sévèrement traité à raison qu'augmente le nombre de ses victimes. Si le principe d'une telle aggravation est acquis, les modalités de sa mise en œuvre manquent de cohérence. Ainsi, s'agissant des infractions classiques, il existe différentes techniques juridiques permettant cette prise en compte (A). Il faut ajouter que, si elle ne constitue pas une condition nécessaire de la qualification d'infraction terroriste, la pluralité de victime peut être employée pour caractériser le but terroriste. Aux divers modes de prise en compte du nombre de victimes en droit commun s'ajoute donc une technique conduisant à transformer l'infraction ordinaire en infraction terroriste (B).

A/ LA DISPARITÉ DES MODES DE PRISE EN COMPTE DE LA PLURALITÉ DE VICTIMES DANS LES INFRACTIONS ORDINAIRES

655. L'étude des incriminations pénales révèle que n'y figure généralement aucune référence au nombre de victimes atteintes par l'infraction. Pourtant, la gravité des conséquences d'une infraction touchant plusieurs victimes a vocation à se répercuter sur la sanction encourue par l'agent, mais cette prise en compte ne découle qu'indirectement des textes (1). Le droit étant la science des exceptions, il arrive que la pluralité de victimes soit directement et expressément prise en compte, à titre de circonstance aggravante (2).

1) Le principe de la prise en compte indirecte par les textes de la pluralité de victimes

656. La prise en compte légale indirecte du nombre de victimes par le concours d'infractions en cas de pluralité de faits. La grande majorité des incriminations ne sont pas accompagnées d'une circonstance aggravante tenant au nombre de victimes atteintes. La loi pénale n'invite donc pas directement à prendre en compte ce nombre, mais elle la permet indirectement à travers les dispositions relatives au concours d'infractions. Si, selon Kipling, « *Les péchés que vous faites deux à deux, vous devez les payer un à un* », il n'en va pas de même des infractions

pénales. Selon l'article 132-2 du Code pénal, l'agent qui commet une infraction alors qu'il n'a pas encore été condamné pour une autre se trouve en situation de concours d'infraction. Il encourt alors l'ensemble des peines prévues pour les infractions qu'il a commises, en précisant qu'il ne peut être prononcé qu'une seule peine de chaque nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé¹. Mais, dans ce cas, l'agent a commis une pluralité d'infractions, causant éventuellement une pluralité de victimes, encore qu'il soit tout à fait envisageable qu'une série d'infractions vise une seule et même personne². Même si les actes sont similaires ou exécutés dans un temps très voisin, ils constitueront une pluralité d'infractions. On peut par exemple imaginer le cas d'un pickpocket qui, un jour de marché, commettrait en un lieu unique et durant une courte période, une série de larcins au détriment d'un grand nombre de personnes. Il y aurait alors autant de vols que de victimes, même si ces infractions seront connexes, selon la définition posée par l'article 203 du Code de procédure pénale. Au terme de ce texte, sont connexes les infractions commises en même temps par plusieurs personnes réunies ou commises par plusieurs personnes, même en des temps différents, par suite d'un concert formé par avance entre elles et qu'il existe un lien entre les infractions. Si le texte exige que ces infractions aient été commises par plusieurs individus, la jurisprudence a depuis longtemps précisé que la liste donnée par ce texte n'était pas limitative et s'étendait aux cas dans lesquels il existe entre les faits un rapport étroit, analogue à ceux prévus par la loi³. La Cour de cassation a ainsi admis le raisonnement de la Cour d'appel de Riom retenant la connexité de diverses atteintes sexuelles en raison de leur communauté de mode d'exécution et du fait qu'elles étaient reprochées au même auteur⁴.

657. La prise en compte légale indirecte du nombre de victimes d'un fait unique au titre de l'individualisation de la sanction. Par ailleurs, il est également possible qu'une seule et même action porte atteinte à un certain nombre de victimes. On peut, par exemple, imaginer une grenade qui, en explosant, blessera toutes les personnes présentes dans une pièce. C'est également le cas lorsqu'un voleur soustrait un bien placé en indivision, lésant ainsi tous les propriétaires. L'acte est unique, ce qui exclut en principe le concours réel de qualification, à moins que plusieurs valeurs n'aient été atteintes par l'acte, auquel cas la jurisprudence admet que les infractions

¹ Art. 132-3 CP. La doctrine qualifie ce cas de concours réel d'infractions. V. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus droit privé, 16^e éd., 2009, n° 296 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1407 et s.

² Auquel cas, bien que les juges seront amenés à en tenir compte lorsqu'ils fixeront la sanction, il n'existe aucune circonstance aggravante spécifique et les règles du concours d'infractions s'appliquent. Cela s'oppose à la théorie victimologique dite de la « récidive victimale » ou « revictimisation », qui affirme qu'un dommage est ressenti d'autant plus durement qu'il n'est pas le premier que la personne subit. Il conviendrait donc, d'après les victimologues, de prévoir des mesures de prévention destinées à accroître la protection de ceux qui viennent de subir une infraction. Sur cette théorie, V. R. CARIO, « Victimes d'infraction », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 57.

³ Crim. 6 décembre 1907, *Bull. crim.* n° 101.

⁴ Crim. 11 octobre 2000, n° 99-88.036

puissent se cumuler¹. Mais lorsque cette exception n'est pas applicable, le Code pénal ne prévoit en principe aucune circonstance aggravante spécifique. Il reviendra simplement aux juges de tenir compte de ces circonstances lorsqu'ils fixeront la peine² ou de donner aux faits leur plus haute acception pénale lorsque diverses qualifications sont envisageables, en cas de concours idéal de qualification. Cela pourrait s'expliquer par le fait qu'il est rare qu'un même acte puisse occasionner un grand nombre de victimes. Dans les exemples précités, la pluralité de victimes tient à des circonstances bien particulières : le pouvoir explosif de la grenade ainsi que la présence de plusieurs personnes dans la pièce dans le premier cas, la situation juridique spécifique du bien dans le second. Si le nombre de victimes pourra influencer sur la peine encourue par l'auteur d'une infraction, il n'influera en principe pas sur la qualification de son acte. Mais comme tout principe, celui-ci est assorti d'exceptions.

2) L'exception de la pluralité de victimes comme circonstance aggravante

658. L'incohérence des infractions aggravées dans le Code pénal. Le Code pénal aggrave la sanction de quelques infractions lorsqu'elles sont commises à l'égard de plusieurs personnes. Sont ainsi aggravées l'enlèvement et la séquestration³, de même que la plupart des atteintes à la dignité de la personne consistant à exploiter autrui⁴. On pourrait estimer que ces atteintes sont aggravées car la pluralité de victimes serait révélatrice d'une plus forte implication de l'agent dans l'infraction. En effet, enlever, séquestrer, ou exploiter plusieurs personnes suppose un investissement supérieur, en temps, en moyens et en efforts. À l'agent qui profite « simplement » des revenus d'une prostituée, d'un mendiant ou d'un vendeur à la sauvette, s'opposerait l'agent qui a mis en place une organisation ou un système destiné à lui permettre de profiter de plusieurs personnes. Cela permettrait également de tenir compte de la spécificité du mode de commission de ces infractions qui peuvent être commises simultanément à l'encontre de plusieurs personnes. Pourtant, un tel raisonnement serait transposable à de nombreuses autres infractions, lesquelles ne connaissent pas cette circonstance aggravante. Par ailleurs, on constate certains illogismes dans

¹ V. Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138 pour le cas du jet d'une grenade dans un café qui, ayant tué un homme et causé des dégâts matériels, fut qualifié à la fois d'assassinat et de destruction volontaire du bien d'autrui. Ainsi qu'il a été relevé (cf. *supra*, n° 309, note n° 5), il semble cependant que la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir dans un premier temps admis le cumul d'infraction tel que pratiqué par la Cour de cassation (CEDH, *irrecev.*, 4 mars 2008, n° 2529/04, *Michel Garretta c/ France*), soit en train de sonner le glas de cette jurisprudence. Elle a ainsi précisé, dans un arrêt de 2009, qu'il était impossible « de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » (CEDH, Gde Chambre, 10 février 2009, n° 14939/03, *Sergueï Zolotonkhine c/ Russie*, § 82).

² Art. 132-24 CP.

³ Art. 224-3 CP. On constatera qu'une telle circonstance aggravante n'est pas prévue lorsque l'atteinte à la liberté est le fait d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (art. 432-4 à 432-6 CP), la peine ne pouvant être aggravée qu'en raison de la durée de la détention.

⁴ Sont concernés la traite des êtres humains (art. 225-4-2, I, 1° CP), le proxénétisme (art. 225-7, 3° CP), le recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables (art. 225-12-2, 1° CP), l'exploitation de la mendicité (art. 225-12-6, 3° CP) ou de la vente à la sauvette (art. 225-12-9, 3° CP), la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine (art. 225-15, I, 1° et III, 1° CP), le travail forcé (art. 225-15, I, 2° et III, 2° CP) ainsi que la réduction en servitude (art. 225-15, I, 3° et III, 3° CP).

la situation actuelle. Ainsi, à l'inverse des autres exploitations de la personne, les infractions de réduction en esclavage¹ et d'exploitation d'une personne réduite en esclavage² ne sont étrangement pas concernées. De même, le détournement d'un aéronef³ est-il sanctionné de la même peine que la séquestration, mais, contrairement à cette dernière, n'est pas aggravé par le nombre de victimes. Or, comme le relève M. DECIMA, « le détournement d'un aéronef [...] suppose la séquestration des personnes qui l'occupent »⁴. Cet auteur poursuit en expliquant que la qualification de détournement d'aéronef rendant le plus largement et le plus adéquatement compte de l'action criminelle, elle soit être préférée à celle de séquestration. Toutes ces raisons amènent à considérer que cette circonstance aggravante devrait être soit étendue à l'ensemble des infractions, soit abandonnée afin que toutes ces situations soient traitées en vertu des règles précédemment évoquées. Une telle incohérence peut également être relevée dans les infractions prévues dans le Code du travail.

659. Le caractère dérogatoire de l'aggravation des infractions du Code du travail. Par ailleurs, plusieurs infractions relevant du droit pénal du travail sont également sanctionnées d'une peine d'amende prononcée « autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction »⁵. Lorsqu'il s'agit d'incriminations destinées à protéger le salarié, la loi module bien la gravité de la peine encourue en fonction du nombre de victimes⁶. S'agissant de peines d'amende, le cumul est prévu par l'article 132-7 du Code pénal, mais limité aux amendes contraventionnelles. Or, il s'agit ici de peines délictuelles, puisque supérieures à 3 000 euros⁷. Ces textes permettent donc de contourner les règles usuelles en matière de cumul d'infractions, sans que la justification de ce caractère dérogatoire apparaisse clairement. L'aggravation directe de la situation pénale de l'agent qui a porté atteinte à plusieurs victimes ne va donc pas sans soulever certaines difficultés. Il n'en va pas de même lorsque cette pluralité va permettre de modifier la qualification des faits en actes de terrorisme.

¹ Art. 224-1 A. CP. L'article 224-1 C. CP ne prévoit pas la pluralité de victimes parmi les circonstances aggravantes.

² Art. 224-1 B. CP. L'article 224-1 C. CP ne prévoit pas la pluralité de victimes parmi les circonstances aggravantes.

³ Art. 224-6 CP.

⁴ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 74, 2008, n° 426.

⁵ V. par ex. art. L. 8256-2 al. 5 C. trav. sanctionnant l'emploi d'un étranger sans titre de travail.

⁶ Sans prétendre à l'exhaustivité, on citera la méconnaissance des dispositions relatives à la santé et la sécurité des salariés (art. L. 4741-1 al. 3 et L. 4741-9 al. 3 C. trav.), les infractions relatives au non-respect des procédures de licenciement (art. L. 1238-2 à L. 1238-5 C. trav.), la méconnaissance des dispositions relatives à l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal ainsi qu'à l'allaitement (art. R. 1227-6 al. 3 C. trav.), le fait de payer les salariés à un salaire inférieur à celui prévu dans la convention ou l'accord collectif (art. R. 2263-3 al. 2 C. trav.), ainsi que le non-respect des dispositions relatives à la durée du travail (art. R. 3124-1 et s. C. trav.), aux congés payés (art. R. 3143-1 C. trav.) ou à la durée de travail des jeunes travailleurs (art. R. 3165-1 et 2 C. trav.).

⁷ Art 131-13 CP.

B/ LA PLURALITÉ DE VICTIMES RÉVÉLATRICE DU BUT TERRORISTE

660. Le nombre de victimes comme marque du but terroriste. Selon l'article 421-1 du Code pénal, pour recevoir la qualification d'acte de terrorisme, une infraction doit avoir été commise « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». Plusieurs auteurs relèvent l'imprécision de cette mention du trouble grave à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur¹. Comme le remarque ainsi l'un d'entre eux, le but terroriste n'est pas un but terrorisant². L'objectif final du terroriste n'est pas la terreur en elle-même, mais le trouble à l'ordre public dont la terreur n'est que le moyen. Quoiqu'il en soit, il est indéniable que le nombre de victimes touchées par une infraction augmente tant la gravité du trouble à l'ordre public causé par celle-ci que son potentiel anxiogène. Dans le langage courant, la notion d'attentat terroriste évoque classiquement l'hypothèse de l'attentat à la bombe, soit un acte unique susceptible de causer un certain nombre d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique. Les attaques subies par les États-Unis d'Amérique le 11 septembre 2001 ont bien évidemment pu modifier cette appréciation, mais là encore, il s'agissait d'actes causant une pluralité de victimes. Il serait donc envisageable que le nombre de victimes que l'agent prévoyait d'atteindre puisse être retenu afin de caractériser son objectif de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. La pluralité de victimes pourrait aussi constituer un indice permettant de déduire l'intention terroriste de l'agent des circonstances matérielles de commission de l'infraction. Ce type de raisonnement a été validé par la Cour de cassation en matière de terrorisme³. Selon Mme CARTIER, la terreur naîtrait précisément du nombre et de l'indétermination des victimes : « *personne ne peut se dire à l'abri ou se protéger* »⁴.

661. La prise en compte de la pluralité de victimes dans les infractions soumises à un régime spécial : terrorisme et crime contre l'humanité, l'hypothèse d'un concours. Alors qu'il constitue l'un des critères nécessaires à la caractérisation des crimes contre l'humanité⁵, le nombre de victimes peut donc également permettre de caractériser les infractions terroristes, encore qu'il n'en constitue pas un critère nécessaire. Cela autorise à effectuer un rapprochement entre ces deux variétés d'infractions, d'autant que, dans les deux cas, il s'agit d'infractions de droit commun soumises à un régime particulier eu égard à leur particulière gravité⁶. Le concours de qualification doit alors être envisagé dans certaines hypothèses. La difficulté naît de ce que ces deux incriminations font évoluer la qualification de certaines infractions identiques (atteintes

¹ V. par ex. J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 1 ; J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, n° 333 et s.

² J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit., n° 348.

³ Sur ce point, V. J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit., n° 392 et s.

⁴ M.-E. CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 225.

⁵ Cf. *supra*, n° 645 et s.

⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 174 et s.

volontaires à la vie ou à l'intégrité physique, enlèvements, séquestrations, etc.) dans des circonstances qui ne s'excluent pas. Si l'on considère l'exemple du génocide, on s'aperçoit que le plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe déterminé n'est en rien exclusif de l'entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur¹. Selon M. MAYAUD, la notion d'entreprise terroriste renvoie d'ailleurs à l'organisation et la préparation de l'acte², ce qui la rapproche potentiellement du plan concerté.

662. La prévalence du crime contre l'humanité en cas de concours. En pareil cas, la qualification de crime contre l'humanité aurait vocation à prévaloir. En premier lieu, le crime contre l'humanité représente indéniablement la plus haute des deux acceptions pénales que pourraient recevoir les faits³. Le crime contre l'humanité demeure le « *crime des crimes* », l'infraction négatrice de ce qui constitue le fondement ontologique de l'être humain. Par opposition, l'infraction terroriste apparaît davantage comme une atteinte à ce qui fait le fondement de l'organisation sociale. Il est d'ailleurs tout à fait significatif que les régimes politiques qui ont perpétré des crimes contre l'humanité avaient tendance à faire primer l'intérêt social sur l'intérêt des individus. Par ailleurs, de tels régimes ont toujours lutté ardemment contre ceux qui s'opposaient à eux en les qualifiant de terroristes. Ensuite, la qualification de crime contre l'humanité englobe la qualification terroriste. Il est clair que tout crime contre l'humanité causera un trouble grave à l'ordre public ainsi qu'une certaine terreur⁴. La qualification de crime contre l'humanité aurait ainsi vocation à se substituer à celle d'actes de terrorisme en matière d'« hyperterrorisme », autrement dit de violence terroriste extrême⁵. Par ailleurs, si les faits étaient commis au cours d'un conflit armé, la qualification d'infraction terroriste pourrait également entrer en conflit avec la qualification de crime de guerre. Auquel cas, *specialia generalibus derogant*, le contexte spécifique imposerait l'application du *jus in bello*⁶.

663. Bilan : la confusion des modes de prise en compte de la pluralité de victimes. Il apparaît que la grande diversité des modes de prise en compte du nombre de victimes nuit à la lisibilité du droit pénal en la matière. Sans faire l'objet d'une approche cohérente, la pluralité de victimes peut constituer un élément constitutif du crime contre l'humanité, une circonstance

¹ Et il en va de même pour le plan concerté et l'attaque ou systématique à l'encontre d'un groupe de population civile qu'exigent les autres crimes contre l'humanité (art. 212-1 et s. CP).

² Y. MAYAUD, « Terrorisme », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, n° 63.

³ Et ce même lorsque la peine encourue pour des actes de terrorisme est la réclusion criminelle à perpétuité. Le régime attaché aux crimes contre l'humanité demeure plus sévère, notamment en ce qu'il emporte l'imprescriptibilité de l'acte.

⁴ Dans le même sens, V. D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, op. cit., n° 72.

⁵ J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit., n° 651 et s.

⁶ Sur cette question, V. D. CUMIN, « Tentative de définition du terrorisme à partir du *jus in bello* », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 11 et M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 59. Cf. également *supra*, n° 309 sur l'application cumulative des qualifications de crime de guerre et de crime contre l'humanité. Sur le *jus in bello*, cf. *supra*, n° 99 et s.

aggravante légale pour un nombre restreint d'infractions, une cause indéterminée d'aggravation judiciaire de la peine pour toutes les autres, un critère d'appréciation de l'infraction terroriste, ou enfin n'être qu'une conséquence de la pluralité d'infractions commises par l'agent. Les règles pénales gagneraient probablement à être harmonisées, au moins quant au domaine de la circonstance aggravante. L'imprécision du droit criminel en la matière est probablement la rançon d'une construction progressive centrée sur l'auteur. Les modalités de prise en compte de la faiblesse de la victime en témoignent également.

Section seconde

La redondance des modes de prise en compte de la faiblesse intrinsèque de la victime

664. La diversité des modes de prise en compte de la faiblesse de la victime. La faiblesse de la victime d'une infraction pénale est prise en compte de diverses façons. Tout d'abord, la faiblesse de la victime peut être exogène, circonstancielle et résulter de la différence de situation dans lesquelles se trouvent l'agent et sa victime. Figurent notamment dans cette catégorie la victime sur laquelle l'agent exerce une forme d'autorité¹, la victime unie à l'auteur par un rapport de confiance², ou encore le consommateur opposé à un professionnel en droit pénal de la consommation. En raison de leur diversité, ces hypothèses ne sont pas redondantes et apparaissent donc justifiées. À l'opposé, la faiblesse de la victime peut résulter de facteurs endogènes, c'est-à-dire de ses caractéristiques intrinsèques, indépendantes de ses rapports au monde extérieur. Ces dernières formes de faiblesse de la victime ont toutes en commun de résider en elle et d'affecter ses capacités. C'est pourquoi il arrive qu'elles soient redondantes.

665. La dualité des modes de prise en compte de la faiblesse intrinsèque de la victime. La faiblesse intrinsèque de la victime est pénalement prise en compte au travers de deux critères, sa minorité³ et sa particulière vulnérabilité⁴. Cette dernière caractéristique peut résulter de l'état de santé ou de grossesse ou encore de l'âge de la victime. Le législateur tâche ainsi d'agrèger l'ensemble des variétés de faiblesse, faisant de la particulière vulnérabilité un critère général (I). À l'inverse, la minorité de la victime apparaît comme un critère très spécifique. Si la raison de sa prise en compte n'apparaît pas explicitement dans les textes, il semble néanmoins pouvoir être affirmé qu'elle réside dans la faiblesse découlant du jeune âge. Par conséquent, elle peut

¹ Cf. *supra*, n° 598 et s.

² Cf. *supra*, n° 610 et s.

³ Sur laquelle cf. *supra*, n° 380 et s.

⁴ Sur laquelle cf. *supra*, n° 371 et s. Cf. également *supra*, n° 432 et s. sur la présomption de connaissance par l'agent de la particulière vulnérabilité de la victime.

occasionnellement constituer une simple déclinaison particulière du critère général de particulière vulnérabilité (II).

I – LE CRITÈRE GÉNÉRAL ET PERTINENT DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ DE LA VICTIME

666. C'est à la condition de l'envisager comme un critère de prise en compte de la faiblesse de la victime que la référence à sa particulière vulnérabilité apparaît pertinente (A), d'autant que cela permet de justifier le domaine général reconnu à la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime (B).

A/ LA PERTINENCE DU CRITÈRE DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ COMME RÉFÉRENCE À LA FAIBLESSE DE LA VICTIME

667. La relative pertinence morale. Spontanément, le choix d'une victime particulièrement faible semble témoigner d'une certaine lâcheté de l'agent. Aggraver la répression d'une infraction en raison de la faiblesse de la victime paraît alors justifié puisque la responsabilité pénale doit refléter le degré d'« antisocialité » de l'agent, son degré d'hostilité aux valeurs sociales essentielles¹. Cependant, une telle appréciation est nécessairement concrète et individuelle. Par conséquent, déduire automatiquement la lâcheté de l'auteur de la faiblesse de sa victime serait une grille de lecture trop grossière pour rendre compte avec pertinence de la réalité. Il est parfaitement envisageable qu'elle soit effacée par d'autres considérations telles que la colère ou l'envie, la faiblesse de la victime n'ait pas été déterminante dans le choix de la victime. Quoi qu'il en soit, l'aggravation de la répression pourra se justifier dans la mesure où il est indéniable que la faiblesse de la victime peut simplifier la commission de l'infraction par l'agent, ainsi qu'en attestent les enseignements de la criminologie.

668. La pertinence criminologique. De nombreux criminologues affirment que la faiblesse d'une personne accroît la probabilité qu'elle soit victime d'une infraction pénale². Au terme d'une analyse économique du crime, certains s'accordent à considérer que la décision de passage à l'acte résulte d'un calcul rationnel de la part du délinquant³. Dès lors, ces auteurs sont amenés à étudier l'impact de la faiblesse de la victime sur la décision de passage à l'acte. MM. COHEN et FELSON

¹ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 1971, pp. 151 et s. et spéc. p. 153 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle*, Droit pénal général, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 589 .

² Sur ces auteurs, V. R. GASSIN, PH. BONFILS et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2011, n° 281 et n° 652 et s.

³ Sur ces théories, V. notamment R. GASSIN, PH. BONFILS et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, op. cit., n° 287 et s. ; P. MORVAN, *Criminologie*, Litec, coll. Manuel, 1^e éd., 2013, n° 122 et s.

admettent ainsi qu'une victime vulnérable réduit les risques pour l'agent, faisant d'elle une « cible intéressante » (*suitable target*)¹. De même, selon MM. CLARKE et CORNISH, auteurs de la théorie du choix rationnel (*Rational choice theory*) inspirée de la théorie utilitariste classique, la facilité de commission de l'infraction constitue un critère déterminant pour le délinquant dans sa prise de décision². C'est pourquoi M. CUSSON intègre aux mesures de « prévention situationnelle », destinées à prévenir la délinquance en influant sur la situation pré-infractionnelle, toutes les mesures permettant d'augmenter les difficultés et les risques encourus par l'agent³. Compenser la faiblesse de la victime permettrait alors de diminuer le risque de commission d'une infraction à son égard. Cette analyse semble partagée par M. LAGRANGE lorsqu'il relève que les personnes âgées, plus sensibles au « sentiment d'insécurité »⁴, auraient en conséquence tendance à demeurer chez elle, diminuant ainsi les risques de subir une infraction, faisant d'elles une catégorie moins touchée par la délinquance⁵. De là, il découle que « la peur du crime – en dépit de celle qu'elle dit d'elle-même – ne correspond pas à l'expérience de la violence du crime »⁶. Certes, d'autres études établissent que les personnes âgées subissent une certaine victimisation domestique de la part de leurs proches⁷, mais c'est encore la faiblesse de ces victimes qui explique cette situation.

669. La pertinence juridique au regard des intitulés du Code pénal. Partant, le droit pénal a vocation à prendre la faiblesse de la victime en considération et il apparaît que la référence à la particulière vulnérabilité de la victime remplit cette fonction⁸. Le démontre notamment le fait que la section six bis du chapitre trois du titre deux de la première partie du Code pénal s'intitule « *De l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse* ». Or, selon l'article 223-15-2 qui ouvre cette section, la particulière vulnérabilité de la victime constitue l'une des deux causes potentielles de sa situation de faiblesse. La seconde étant la minorité de la victime, il est par là démontré qu'il s'agit également d'une référence à la faiblesse de la victime⁹. L'analyse du régime pénal de la notion de particulière vulnérabilité confirme que ce concept constitue bel et bien un mécanisme de traduction de la faiblesse de la victime dans le langage juridique.

670. La pertinence juridique au regard du régime de la particulière vulnérabilité. L'étude du régime juridique de la particulière vulnérabilité a déjà été menée antérieurement. Il en

¹ Cités par P. MORVAN, in *Criminologie*, op. cit., n° 123. V. également R. GASSIN, PH. BONFILS et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, op. cit., n° 676 et s.

² Cités par P. MORVAN, in *Criminologie*, op. cit., n° 128 et s. V. également R. GASSIN, PH. BONFILS et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, op. cit., n° 300.

³ M. CUSSON, « Prévention situationnelle », in *Dictionnaire de criminologie en ligne*, librement accessible à l'adresse internet suivante : www.criminologie.com/article/prevention-situationnelle.

⁴ H. LAGRANGE, « Appréhension et préoccupation sécuritaire », *Déviance et Société*, 1992, vol. 1, p. 1 et spéc. pp. 8 et s.

⁵ H. LAGRANGE, « La peur à la recherche du crime », *Déviance et Société*, 1993, vol. 17, n° 4, p. 385 et spéc. pp. 386 et s.

⁶ H. LAGRANGE, « La peur à la recherche du crime », op. cit. La citation se trouve p. 385. V. déjà en ce sens H. LAGRANGE, « Perceptions de la violence et sentiment d'insécurité », *Déviance et Société*, 1984, vol. 8, n° 4, p. 321.

⁷ Sur cette question, V. R. CARIO, « Victimization des aîné(e)s et aide aux victimes », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 81.

⁸ Dans le même sens, V. F. TERRY, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, Thèse, Université de Franche-Comté – Besançon, 2007, n° 179 et s.

⁹ Cf. *infra*, n° 682 et s.

était ressorti que cette particulière vulnérabilité est un critère spécifiquement pénal¹, ayant une influence subjective², mais dont la connaissance par l'agent peut être présumée³ et surtout qu'elle devait être appréciée en fonction des éléments constitutifs de l'infraction considérée⁴. Il avait alors pu être succinctement affirmé que ces caractéristiques étaient logiques dès lors que la faiblesse de la victime transparaisait derrière sa particulière vulnérabilité. En effet, puisque la jurisprudence considère que la particulière vulnérabilité s'entend d'une incapacité significative de résister à la commission de l'infraction considérée, elle renvoie clairement à une forme de faiblesse de la victime. Une faiblesse non pas générale mais particulière, une faiblesse face à certains agissements spécifiques. L'influence subjective de la particulière vulnérabilité de la victime, bien qu'atténuée par le recours à la présomption, se justifie par la volonté d'apprécier l'état d'esprit de l'agent, d'établir sa particulière lâcheté ou, à tout le moins, qu'il avait conscience de la particulière facilité de commission de l'infraction. En compensant l'attrait de cette infraction facile à commettre par la menace d'une peine accrue, la norme pénale remplit alors sa fonction préventive⁵.

671. La pertinence juridique au regard du régime spécifique de l'aggravation des vols et destructions de bien. L'analyse est en dernier lieu confirmée par la lettre des articles 311-5, 2° et 322-3, 2° du Code pénal. Ces dispositions aggravent la peine encourue par l'auteur d'un vol ou d'une destruction, dégradation ou détérioration ne présentant pas un danger pour les personnes lorsque ces infractions ont été facilitées par la particulière vulnérabilité d'une personne. Or, ce n'est qu'en induisant une faiblesse de la personne que sa particulière vulnérabilité semble pouvoir faciliter la commission de l'infraction. Il est d'ailleurs à noter que la faiblesse de toute personne, dès lors qu'elle a rendu l'infraction plus aisée à commettre, suffit à constituer matériellement la circonstance aggravante. Cela inclut donc non seulement le propriétaire du bien visé, mais également le détenteur précaire, le possesseur, ou encore la personne chargée de surveiller le bien pour le compte de son propriétaire. Facilitée de commission induite par la faiblesse, telle semble bien être la *ratio legis* de la référence à la particulière vulnérabilité. Le domaine général de cette notion découle logiquement de ces considérations.

¹ Cf. *supra*, n° 514 et s. et spéc. n° 516 et s.

² Cf. *supra*, n° 377 et s.

³ Cf. *supra*, n° 432 et s.

⁴ Cf. *supra*, n° 533 et s.

⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e, 2011, n° 497 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 1195 et s. ; N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, Thèse, Université de Lyon III, 2006, n° 1253 et s. ; B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 42, 2007, n° 29.

B/ LA GÉNÉRALITÉ DU CRITÈRE DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ COMME RÉFÉRENCE À LA FAIBLESSE DE LA VICTIME

672. La double généralité du critère de particulière vulnérabilité de la victime. Le critère de la particulière vulnérabilité apparaît doublement général. En premier lieu, en tant que source de facilité de commission de l'infraction, son domaine est quasi-général, puisque nombreuses sont les infractions dont la commission est susceptible d'être facilitées par la particulière vulnérabilité de la victime (1). En second lieu, la particulière vulnérabilité de la victime est générale en tant que critère de référence à la faiblesse de la victime, dont elle semble recouvrir la majorité des hypothèses (2).

1) La quasi-généralité du domaine de la particulière vulnérabilité

673. Le domaine restreint de la particulière vulnérabilité en tant que condition préalable. En tant que condition préalable, la particulière vulnérabilité n'apparaît formellement que dans une poignée d'incriminations, telles que l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse¹, le recours à la prostitution de personnes particulièrement vulnérables². La simple vulnérabilité est quant à elle une condition préalable des infractions d'obtention d'un service non rémunéré³ ou de soumission de personnes dépendantes ou vulnérables à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine⁴ ainsi que l'infraction de réduction en servitude⁵, auxquelles s'ajoutent les quelques incriminations supposant chez la victime une forme de faiblesse ou d'exposition à un risque⁶. Enfin, la situation de vulnérabilité est une condition préalable potentielle de la traite des êtres humains⁷. Si la particulière vulnérabilité de la victime présente un caractère général, ce n'est donc certainement pas lorsqu'elle constitue une condition préalable, mais quand elle est prise en compte à titre de circonstance aggravante.

674. Le domaine quasi-général de la particulière vulnérabilité en tant que circonstance aggravante. La faiblesse de la victime est susceptible de faciliter la commission d'un très grand nombre d'infractions, ce dont le législateur a tenu compte. La particulière vulnérabilité peut ainsi aggraver non seulement les atteintes volontaires à la vie⁸ et à l'intégrité physique⁹, mais également

¹ Art. 223-15-2 et s. CP.

² Art. 225-12-1 et s. CP.

³ Art. 225-13 CP.

⁴ Art. 225-14 CP.

⁵ Art. 225-14-2 CP.

⁶ Sur lesquelles cf. *supra*, n° 376.

⁷ Art. 225-4-1, I, 3° CP. Sur cette infraction, cf. *infra*, n° 751.

⁸ Le meurtre (art. 221-4, 3° CP) et l'empoisonnement (art. 221-5 al. 3 CP).

⁹ Les tortures et actes de barbarie (art. 222-3, 2° CP et art. 222-4 CP pour la commission en bande organisée), les violences volontaires ayant entraîné la mort (art. 222-8, 2° CP), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, 2° CP), une incapacité totale de travail supérieure (art. 222-12, 2° CP), une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail (art. 222-13, 2° CP), ainsi que les violences

les agressions et atteintes sexuelles¹, ainsi que la réduction en esclavage et l'exploitation d'une personne réduite en esclavage², la traite des êtres humains³, le proxénétisme⁴, l'exploitation de la mendicité⁵ ou de la vente à la sauvette⁶ ou encore le bizutage⁷. Sont aussi aggravées certaines atteintes aux biens telles que le vol⁸, l'extorsion⁹, l'escroquerie¹⁰, l'abus de confiance¹¹ et les dégradations, détériorations et destructions ne présentant pas un danger pour les personnes¹². Cette incontestable variété témoigne du caractère général de cette circonstance aggravante, à tel point qu'elle apparaîtra parfois difficile à établir. Ainsi, il a été expliqué concernant l'escroquerie que le pouvoir de conviction des manœuvres frauduleuses devait en principe s'apprécier *in concreto*¹³, par référence à la crédulité d'une personne moyenne. Or, la particulière vulnérabilité s'appréciant en fonction de la nature de l'infraction considérée¹⁴, elle réside en matière d'escroquerie dans ce qui est susceptible de rendre la victime plus crédule. En conséquence, les manœuvres nécessaires à déterminer une telle personne à remettre la chose ne suffiront pas nécessairement à convaincre une personne moyenne. L'infraction ne sera alors pas constituée en raison de ce qui aurait pu en être une circonstance aggravante. L'escroquerie aggravée devra donc être délaissée au profit de l'abus de l'état de dépendance ou de faiblesse. À l'inverse, le domaine de la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité apparaît quelque fois insuffisant.

675. Les infractions étrangement exclues du domaine de la circonstance aggravante. La circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime n'est, par exemple, pas prise en compte dans le cadre des infractions de provocation au suicide¹⁵, d'enlèvement et de séquestration¹⁶ ou encore la dissimulation forcée du visage¹⁷. Pourtant, la commission de ces diverses atteintes aux personnes est incontestablement facilitée par la faiblesse de la victime. Cet état du droit est d'autant plus étrange que la minorité de la victime peut constituer une

habituelles sur une personne particulièrement vulnérable (art. 222-14 CP). L'administration de substances nuisibles est soumise au même régime (art. 222-15 CP).

¹ Le viol (art. 222-24, 3^o CP), les autres agressions sexuelles (art. 222-29 et 222-30 CP) et le harcèlement sexuel (art. 222-33, al. 4, 3^o et 4^o CP).

² Art. 224-1 C, 2^o CP.

³ Art. 225-4-2, 2^o CP.

⁴ Art. 225-7, 2^o CP.

⁵ Art. 225-12-6, 2^o CP.

⁶ Art. 225-12-9, 2^o CP.

⁷ Art. 225-16-2 CP.

⁸ Art. 311-5, 2^o CP.

⁹ Art. 312-2, 2^o CP.

¹⁰ Art. 313-2, 4^o CP.

¹¹ Art. 314-2, 4^o CP.

¹² Art. 322-3, 2^o CP.

¹³ Cf. *supra*, n^o 327.

¹⁴ Cf. *supra*, n^o 533 et s.

¹⁵ Art. 223-13 et s. CP. La minorité de la victime en constitue cependant une circonstance aggravante (art. 223-13, al. 2 CP).

¹⁶ Art. 224-1 et s. CP. Diverses circonstances aggravantes existent cependant, parmi lesquelles la minorité de quinze ans de la victime (art. 224-5 CP).

¹⁷ Art. 225-4-10 CP. La minorité de la victime en constitue une circonstance aggravante (art. 225-4-10 al. 2 CP).

circonstance aggravante des infractions considérées. Ces exceptions semblent donc aller à l'encontre de ce qui fonde la prise en compte de cette circonstance aggravante. De plus, elles vont à l'encontre du principe d'égalité devant la loi pénale, tiré de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au terme duquel la loi doit protéger également tous les citoyens¹. Pour surmonter ces difficultés, il pourrait être envisagé de généraliser la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime au moyen d'une mention générique dans la partie générale du Code pénal². La faiblesse de la victime rejoindrait alors les circonstances aggravantes générales d'usage d'un moyen de cryptologie³ ou de récidive⁴. Une telle solution soulèverait cependant quelques difficultés.

676. Les difficultés d'une généralisation de la circonstance aggravante. En raison du nombre d'infractions potentiellement facilitées par la faiblesse de la victime, généraliser la circonstance aggravante conduirait à durcir sensiblement la répression. Certaines atteintes à la vie privée, telles que la violation de domicile⁵, ne connaissent pour l'heure d'autres circonstances aggravantes que la récidive et l'usage d'un moyen de cryptologie. Ce durcissement des normes pénales pourrait être tempéré en prévoyant que l'aggravation n'est encourue qu'à la condition que la particulière vulnérabilité de la victime ait concrètement facilité la commission de l'infraction. Cette exigence pourrait s'appliquer à l'ensemble des infractions du Code pénal, incluant ainsi les atteintes à la vie et à l'intégrité physique ou sexuelle de la personne, pour lesquelles l'état de la victime suffit dès lors qu'il est connu de l'agent. En conséquence, il ne semble pas que ces difficultés constituent un obstacle insurmontable à la généralisation de la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime. La faiblesse de la victime serait alors prise en compte dans l'ensemble des infractions, d'une façon d'autant plus générale qu'il faut par ailleurs noter que la particulière vulnérabilité de la victime permet une prise en compte de la majorité des hypothèses de faiblesse de la victime.

¹ Dans le même sens, V. F. TERRY, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, Thèse, Université de Franche-Comté – Besançon, 2007, n° 494.

² V. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 920 et s. pour une contestation de l'exigence de spécialité des circonstances aggravantes.

³ L'article 132-79 du Code pénal en permet une application à l'ensemble des infractions en indiquant le barème d'augmentation de la peine. Dans le même sens, V. X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012, n° 375.

⁴ Aggravant potentiellement l'ensemble des infractions selon un barème fixé aux articles 132-8 et suivants du Code pénal. Pour une présentation de l'état de récidive comme circonstance aggravante générale, V. PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 3^e éd., 1998, n° 506 et n° 508 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 376 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 678. Pour une présentation de l'état de récidive comme une cause générale d'aggravation mais non comme une circonstance aggravante, V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 716 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1397 et s.

⁵ Art. 226-4 CP.

2) La généralité des hypothèses de faiblesse dues à la particulière vulnérabilité

677. La particulière vulnérabilité et la faiblesse physique de la victime. La particulière vulnérabilité de la victime peut à l'évidence résider dans sa faiblesse physique de la victime. Les différentes causes de particulière vulnérabilité évoquées par les textes, âge, maladie, état de santé, infirmité, déficience physique ou psychique et état de grossesse, évoquent clairement ce type de faiblesse. La jurisprudence le confirme en ayant retenu la particulière vulnérabilité d'une personne hémiplegique¹, ou en état d'ivresse ayant entraîné une déficience physique², ou endormie par l'effet d'un traitement médical³. La faiblesse physique est prise en compte de façon d'autant plus générale que l'ensemble des circonstances personnelles propres à la susciter semblent avoir été mentionnées dans le texte pénal. On peine ainsi à imaginer une circonstance propre à causer une faiblesse physique qui ne puisse être rattachée à l'une des causes mentionnées, notamment en raison du caractère très général des références aux déficiences ou à l'état de santé⁴. En raison du principe selon lequel la particulière vulnérabilité s'analyse en une incapacité particulière à résister à l'infraction concernée⁵, le domaine d'application privilégié de la faiblesse physique est constitué par les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique ou sexuelle. Ces dernières supposant un défaut de consentement, elles peuvent également être facilitées par la faiblesse psychologique de la victime.

678. La particulière vulnérabilité et la faiblesse psychologique de la victime. Si la faiblesse physique peut empêcher la victime de s'opposer physiquement à l'auteur de l'infraction, la faiblesse psychologique pourra lui en ôter jusqu'à l'envie ou le courage. Le droit pénal n'ignore pas cette réalité, aussi la particulière vulnérabilité peut-elle recouvrir une faiblesse psychologique, notamment dans le cadre des infractions supposant un défaut de consentement de la victime, telles que les atteintes sexuelles et les appropriations frauduleuses. Ceci explique que soit visée la déficience psychique dans les causes potentielles de la particulière vulnérabilité. Ainsi, une jurisprudence constante reconnaît la particulière vulnérabilité d'une personne atteinte de troubles mentaux⁶ ou d'une déficience intellectuelle⁷. La faiblesse psychologique peut également découler

¹ Crim. 11 décembre 1996, *Bull. crim.* n° 461.

² Crim. 18 décembre 1991, n° 91-85.607.

³ CA Toulouse, ch. corr., 16 mai 2006, *JCP G* 2006, IV, 3121.

⁴ V. *contra* F. TERRY, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, op. cit., n° 646 et s. L'auteur prône une uniformisation de la prise en compte de la faiblesse de la victime par l'abandon de la liste des causes de particulière vulnérabilité au profit d'une appréciation souple laissée au libre choix du juge. Étant donné que la liste actuelle paraît relativement exhaustive, il n'est pas certain que la norme pénale gagne en efficacité en supprimant la référence explicite aux causes de particulière vulnérabilité.

⁵ Principe sur lequel cf. *supra*, n° 533 et s.

⁶ V. par ex. Crim. 4 janvier 1990, *Bull. crim.* n° 1 ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 341, obs. G. LEVASSEUR ; Crim. 26 mai 2009, *Bull. crim.* n° 104 ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 594, obs. Y. MAYAUD.

⁷ V. par ex. Civ. 1^{ère} 6 novembre 1961, *Rev. sc. crim.* 1962, p. 98, obs. L. HUGUENEY ; Crim. 30 juin 1993, n° 92-85.585.

du grand âge de la victime¹, bien que celui-ci ne l'entraîne pas nécessairement². Dans l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse, incriminé aux articles 223-15-2 du Code pénal et L. 122-8 du Code de la consommation, l'ajout de l'état d'ignorance autorise à considérer comme particulièrement vulnérable une personne illettrée³, voire dont les auteurs ont pu profiter de la solitude⁴. Le législateur a prévu que cette forme de faiblesse peut également résulter l'« état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement »⁵ afin, notamment, de lutter contre les mouvements sectaires⁶. Les hypothèses de faiblesse psychologique sont donc extrêmement variées. En revanche, la détresse naissant d'une situation économique difficile constitue une hypothèse spécifique de faiblesse, qu'il convient d'étudier à part.

679. La particulière vulnérabilité et la faiblesse économique de la victime. La faiblesse économique⁷ s'apparente davantage à un état de dépendance, aussi n'est-elle prise en compte que dans le cadre de certaines infractions, notamment la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne⁸. Classiquement, ces incriminations visent à sanctionner le fait d'abuser de la faiblesse de personnes dont la présence sur le territoire français est nouvelle ou précaire, voire illicite⁹. La faiblesse économique que relève les juges en constatant l'absence de ressources de la personne¹⁰ se double alors d'une faiblesse juridique liée à la situation de l'intéressé au regard de sa résidence sur le territoire français. Pourtant, la faiblesse économique peut suffire à caractériser la vulnérabilité simple de l'agent, laquelle suffit puisque les textes n'imposent pas ici une « particulière vulnérabilité ». Après l'avoir laissé entendre dans un arrêt du 4 mars 2003¹¹, la chambre criminelle de la Cour de cassation a expressément confirmé

¹ V. par ex. Crim. 14 novembre 2000, n° 00-80.870 ; Crim. 7 novembre 2001, n° 00-85.491 ; Crim. 19 avril 2005, *Bull. crim.* n° 138 ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 325, obs. R. OTTENHOF.

² V. par ex. CA Montpellier, ch. corr., 7 décembre 2000, *JCP G* 2001, IV, 1257 ; CA Rennes, 17 octobre 2003, *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 85, obs. G. RAYMOND.

³ CA Lyon, 7^e ch. corr., 19 septembre 1990, *D.* 1991, p. 250, note F. RUELLAN.

⁴ Crim. 26 octobre 1999, *Bull. crim.* n° 232 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 614, obs. R. OTTENHOF.

⁵ Art. 223-15-2 CP.

⁶ Le second alinéa de l'article 223-15-2 du Code pénal aggrave la sanction encourue par l'auteur dirigeant un groupement de droit ou de fait poursuivant des activités ayant pour objet ou pour but de maintenir ou d'exploiter la sujétion physique ou psychologique de personnes. Cet article a par ailleurs été créé par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales (*JORF* du 13 juin 2001, p. 9337). Les anciennes dispositions de l'incrimination d'abus de faiblesse figuraient dans le livre trois du Code pénal, à l'article 313-4. Sur ce transfert, V. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 98, 2010, n° 84 ; J.-F. SEUVIC, « Chronique législative », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 840.

⁷ Laquelle ne doit pas être confondue avec le rapport d'autorité résultant de ce que l'agent est l'employeur de la victime. Une telle situation renvoie à la question des rapports d'autorité de droit ou de faits, sur lesquels cf. *supra*, n° 598 et s.

⁸ Art. 225-13 et s. CP.

⁹ V. par ex. Crim. 11 février 1998, *Bull. crim.* n° 53.

¹⁰ V. par ex. Crim. 11 décembre 2001, *Bull. crim.* n° 256 ; Crim. 13 janvier 2009, *Bull. crim.* n° 9 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 44, obs. M. VERON.

¹¹ Crim. 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 58 ; *D.* 2004, p. 181, note T. AUBERT-MONPEYSSSEN ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 561, obs. Y. MAYAUD.

qu'en raison de la situation difficile du marché de l'emploi dans un secteur géographique et d'activité donné, des employés peu qualifiés pouvaient être considérés comme vulnérables, en dépit de leur nationalité française et de l'existence de contrats de travail¹. Elle avait antérieurement adopté une approche semblable pour le cas d'apprentis et de stagiaires, contraints de complaire au maître de stage dont l'appréciation était déterminante pour l'obtention du diplôme². L'existence d'une faiblesse juridique n'est pas forcément nécessaire. L'article 225-15-1 du Code pénal pose d'ailleurs une présomption de vulnérabilité³ pour les personnes qui ont été victimes des faits incriminés à leur arrivée sur le territoire, sans distinction relative à la légalité du séjour. C'est d'ailleurs en considération de telles actes que le bénéfice de l'immunité familiale est refusé lorsque l'infraction porte sur les documents indispensables à la vie de la victime, notamment les documents d'identité ou relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger⁴. La faiblesse économique est donc consacrée de façon autonome, même si, en pratique, elle se rapproche souvent de la faiblesse juridique.

680. L'absence de prise en compte de la « faiblesse juridique » passive de la victime au titre de la particulière vulnérabilité. Il arrive que la situation juridique d'un individu lui cause une faiblesse, faiblesse reconnue par le droit. Ainsi conçue, cette « faiblesse juridique », ou faiblesse consacrée par le droit, est susceptible d'être appréciée passivement ou activement. Passivement, cette faiblesse peut résulter de ce que certaines personnes se voient reconnaître des droits particuliers à l'encontre de l'intéressé, lequel se retrouverait exposé à certaines actions spécifiques. La privation de certains moyens de défense en constituerait une seconde illustration. La faiblesse passive n'a pas vocation à constituer une forme de particulière vulnérabilité, d'abord parce que cela reviendrait à considérer que l'existence d'un droit reconnu à autrui doit être compensée. Or, lorsqu'un droit est reconnu à un individu, sa mise en œuvre ne saurait constituer une faute⁵, sauf à dégénérer en abus⁶. Ensuite, l'argument essentiel contre la prise en compte de la

¹ Crim. 23 avril 2003, *Bull. crim.* n° 85, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 789, obs. Y. MAYAUD.

² Crim. 3 décembre 2002, n° 02-81.453.

³ Laquelle ne doit pas être confondue avec la présomption de connaissance par l'agent de la particulière vulnérabilité de sa victime, c'est-à-dire la présomption de subjectivité sur laquelle cf. *supra*, n° 432 et s.

⁴ Art. 311-13, al. 4 CP. Sur l'immunité familiale, cf. *supra*, n° 625 et s.

⁵ En matière pénale, la jurisprudence a ainsi reconnu que la menace de recourir aux voies légales pour obtenir le paiement d'une dette ne saurait constituer l'infraction de chantage (art. 312-10 CP), sauf à ce qu'il s'agisse de la menace de dénoncer une irrégularité ou une faute étrangère à la cause et susceptible d'entraîner des sanctions, notamment fiscales (Crim. 5 mars 1975, *Bull. crim.* n° 72 ; Crim. 12 mars 1985, *Bull. crim.* n° 110 ; Crim. 13 mars 1990, *Bull. crim.* n° 116, *D.* 1991, p. 61, obs. G. AZIBERT).

⁶ La jurisprudence a ainsi reconnu que l'exercice d'une action en justice constitue en principe un droit et ne dégénère en abus qu'en cas de malice, de mauvaise foi, ou d'erreur grossière équipollente au dol. En ce sens, V. par ex. Com. 4 juillet 1995, *Bull. civ. IV*, n° 206 ; Civ. 1^{ère}, 18 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 323 ; Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2007, *Bull. civ. I*, n° 10 ; Civ. 3^{ème}, 10 octobre 2012, *Bull. civ. III*, n° 142. L'article 32-1 du Code de procédure civile permet la sanction des actions en justice abusives ou dilatoires. En matière pénale, plusieurs dispositions permettent de lutter contre de tels abus. L'alinéa 2 de l'article 87 du Code de procédure pénale autorise toute partie à contester une constitution de partie civile au stade de l'instruction. Lorsqu'à l'issue d'une information ouverte sur constitution de partie civile, le juge d'instruction rend une ordonnance de non-lieu, il peut condamner l'auteur d'une constitution de partie civile abusive ou dilatoire à une amende civile (art. 177-2 CPP), dont le paiement est garanti par la consignation fixée par le

faiblesse passive au titre de la particulière vulnérabilité de la victime tient à ce que cette faiblesse de la personne n'est pas générale. La victime n'est en effet vulnérable que face à ceux qui disposent de droits à faire valoir à son encontre. C'est pourquoi cette hypothèse relève davantage des liens unissant la victime à l'agent, principalement lorsque les droits reconnus à l'agent sont l'expression d'un rapport d'autorité exercé sur la victime. Ainsi, dans les hypothèses de soumissions à des conditions de travail incompatibles avec la dignité de la personne, les juges recherchent la cause de la particulière vulnérabilité des victimes dans leur situation économique et sociale, et non dans l'autorité qu'exerce sur elles l'employeur en cette qualité¹.

681. La particulière vulnérabilité et la « faiblesse juridique » active de la victime. À l'opposé, la faiblesse active de la victime découle de ce qu'elle serait privée de certains moyens juridiques de faire valoir et protéger ses droits, voire privée des droits eux-mêmes. Une telle faiblesse semble notamment caractériser la situation de la personne dont la présence sur le territoire français est illicite. N'ayant pas le droit de demeurer sur le territoire, elle se trouve en pratique découragée de solliciter la protection des autorités policières et judiciaires, aussi est-elle moins à même de résister à un agent pénal dont elle peut par ailleurs craindre la dénonciation. De nombreux arrêts des juges du fond consacrent ainsi la particulière vulnérabilité de l'étranger en situation irrégulière soumis à des conditions de travail et d'hébergement contraire à sa dignité². Cette infraction constitue le domaine privilégié de prise en compte d'une telle faiblesse, puisque celle-ci ne saurait découler de l'âge, de la maladie, de la déficience physique ou psychique, de l'infirmité ni de l'état de grossesse, c'est-à-dire des causes de particulière vulnérabilité évoquées dans les autres textes. En revanche, lorsque l'infraction suppose le défaut de consentement, il est concevable que celui-ci soit établi en démontrant que l'agent a menacé la victime de la dénoncer aux autorités. De plus, il convient d'observer que la particulière vulnérabilité peut résulter de l'âge de la victime. Or, la minorité constitue la deuxième source majeure d'une telle faiblesse. En raison de sa capacité juridique limitée, le mineur ne peut exercer par lui-même les actions destinées à protéger ses droits. Il se trouve alors dans la même situation que l'incapable majeur, troisième grande illustration des personnes frappées d'une faiblesse active juridiquement consacrée. En tant

juger que l'intéressé a du déposer au greffe lors de sa constitution de partie civile (art. 88 et 88-1 CPP). La chambre de l'instruction dispose de la même faculté (art. 212-2 CPP). Par ailleurs, en cas de constitution de partie civile abusive ou dilatoire, le juge d'instruction et la chambre de l'instruction peuvent faire échec au principe de prise en charge par l'État des frais de justice pénale (art. 800-1, al. 1^{er} CPP) et les mettre à la charge du plaignant, sauf s'il s'agit d'un crime ou d'un délit contre les personnes incriminées au livre II du Code pénal ou si la partie civile s'est vue reconnaître le bénéfice de l'aide juridictionnelle (art. 800-1, al. 2 CPP). Enfin, une amende civile dont le paiement est garanti par le dépôt d'une consignation peut également être prononcée en cas de citation directe abusive ou dilatoire devant le tribunal correctionnel (art. 392-1 CPP), le tribunal de police ou la juridiction de proximité (art. 533 CPP). De ces dispositions peuvent bien entendu être rapprochées les incriminations de dénonciation calomnieuse (art. 226-10 et s. CP) et de dénonciation mensongère (art. 434-26 CP). Sur la dénonciation calomnieuse, cf. *supra*, n° 336 et s.

¹ V. par ex. Crim. 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 58, op. cit. ; Crim. 23 avril 2003, *Bull. crim.* n° 85, op. cit.

² V. par ex. CA Paris, 11^e ch. corr., 19 janvier 1998, n° 96/06975 (*a contrario* : la Cour d'appel refuse la qualification de personne vulnérable en arguant du fait que les personnes visées étaient en situation régulière) ; CA Paris, 12^e ch. corr., 21 mai 2001, n° 00/07232 ; CA Grenoble, ch. corr., 17 mai 2002, n° 01/00940.

qu'elle permet la prise en compte de cette faiblesse, la minorité aurait donc parfaitement sa place dans la norme pénale. Malheureusement, les références à la minorité de la victime y manquent parfois de pertinence aussi bien que de cohérence.

II – LE CRITÈRE SPÉCIFIQUE ET PARTIELLEMENT SURABONDANT DE LA MINORITÉ DE LA VICTIME

682. La double faiblesse du mineur. La minorité, critère spécifique aux personnes physiques, désigne la situation de « *l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* »¹. Adulte en devenir, le mineur n'a achevé ni sa croissance physique, ni le développement de sa personnalité et son statut pénal tâche de traduire cette double réalité. C'est ainsi en raison de sa faiblesse qu'il est spécialement protégé par le droit pénal². Le mineur n'ayant ni la maturité, ni l'expérience d'un adulte, sa capacité juridique est restreinte par la loi civile et le droit pénal le considère en situation de faiblesse active juridiquement consacrée. La norme pénale est alors logiquement adaptée en conséquence (A). De façon similaire, le droit pénal aggrave certaines atteintes au mineur en considération du fait que, n'ayant pas encore acquis la constitution physique de l'adulte qu'il deviendra, il se trouve physiquement plus faible. Une telle aggravation n'est cependant justifiée qu'en apparence car, lorsqu'elle n'est pas pure supposition, la faiblesse physique du mineur pourrait parfaitement être prise en compte au titre de la particulière vulnérabilité (B).

A/ LA MINORITÉ PERTINENTE POUR RENDRE COMPTE DE LA FAIBLESSE JURIDIQUE DE LA VICTIME

683. La spécificité de la faiblesse juridiquement consacrée du mineur. La faiblesse du mineur découle des dispositions légales qui régissent sa situation. Le jugeant immature, la loi place elle-même le mineur en situation de faiblesse en restreignant sa capacité juridique, ce qu'elle compense en lui assurant un régime plus protecteur, notamment sur le plan pénal. Cette protection peut n'être qu'indirecte. Par exemple, l'aggravation de la peine encourue par l'auteur majeur d'une infraction qui s'est fait aider par un ou plusieurs mineurs pour la commettre³ est

¹ Art. 388 C. civ.

² Dans le même sens, V. F. TERRY, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, Thèse, Université de Franche-Comté – Besançon, 2007, n°164 et s.

³ Cette circonstance aggravante est applicable aux violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours (art. 222-12, 12° CP), ou une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou aucune incapacité totale de travail (art. 222-13, 12° CP), ainsi qu'au vol (art. 311-4-1 CP). Les autres hypothèses de violences ne sont pas concernées, ce que M. SEUVIC explique par le fait qu'elles sont déjà lourdement réprimées, ce qui laisse toute latitude au juge de fixer la peine qui convient, in J.-F. SEUVIC, « Chronique législative – Violences aggravées (art. 222-12 et 222-13 c. pén.) », *Rev. sc. crim.* 2002, p 855. Cette circonstance aggravante a été créée par la loi

destinée à empêcher qu'un adulte ne profite de l'immaturation de mineurs pour leur faire adopter des comportements dont ils ne perçoivent pas la gravité¹. Tout mineur non émancipé se voit reconnaître une capacité juridique réduite donc découle une faiblesse dont le droit pénal tient compte (1). Par ailleurs, le droit français consacre la « majorité sexuelle » à l'âge de quinze ans, d'où la pertinence de la référence à ce seuil dans les infractions sexuelles (2).

1) La capacité juridique réduite du mineur de dix-huit ans

684. L'indéniable inaptitude du mineur à employer les moyens du droit pour défendre ses intérêts conduit le législateur à créer tout un régime répressif spécifique destiné à protéger cette victime particulière. La « faiblesse juridique » du mineur constitue donc non seulement la *ratio legis* de la protection pénale étendue par certaines incriminations (a), mais également celle d'aménagements des normes de pénalités et des normes formelles (b).

a) L'adaptation des textes d'incrimination à la faiblesse du mineur

685. L'existence d'une capacité juridique restreinte du mineur. À l'instar de tout être humain, le mineur est un sujet de droit doté d'une capacité de jouissance². Si, *stricto sensu*, le mineur n'est pas un incapable, sa capacité juridique est néanmoins restreinte. C'est pourquoi les parents exercent en principe l'autorité parentale sur leur enfant mineur³, autorité parentale qui emporte la qualité d'administrateurs légaux des affaires du mineur⁴. Une tutelle, en principe exercée par le conseil de famille⁵, est envisageable lorsque les parents sont décédés, privés de l'autorité parentale ou qu'aucune filiation n'a été établie⁶. Ce survol météorique du régime civil de la minorité doit être complété en précisant que le mineur peut être émancipé⁷, ce qui lui rend pleine capacité juridique⁸ et le soustrait à l'autorité de ses parents⁹. Les considérations qui ont amené à la création de ce statut civil du mineur transparaissent à l'alinéa 2 de l'article 371-1 du Code civil. Cette disposition prévoit que l'autorité parentale est destinée à protéger la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant, à assurer son éducation et à permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Volonté de protéger un adulte en devenir et d'accompagner son

n° 2002-1138 du 9 septembre 2000 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002, p. 14934, sur laquelle V. J. CASTAIGNEDE, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D.* 2003, p. 779.

¹ Mme RASSAT semble partager cette opinion lorsqu'elle écrit que le fait de s'entourer de mineurs pour commettre une infraction est l'indice d'une culpabilité et d'une dangerosité plus grande. V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 57.

² I. CORPART, « Minorité – Majorité », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 20 s.

³ Art. 371-1 et s. C. civ.

⁴ Art. 389 et s. C. civ.

⁵ Art. 398 C. civ.

⁶ Art. 390 C. civ.

⁷ Art. 413-1 et s. C. civ.

⁸ Art. 413-6 C. civ. Ce texte prévoit cependant des exceptions lorsque le mineur veut se marier ou être adopté.

⁹ Art. 413-7 C. civ.

développement ont déterminé le statut civil du mineur. Ces mêmes considérations ont également présidé à l'instauration de la protection pénale qui lui est reconnue.

686. Capacité juridique réduite et nécessité de soin du mineur. En raison de sa capacité juridique restreinte et du fait que son développement n'est pas achevé, le mineur nécessite protection et assistance, lesquelles sont en principe assurées par ses parents titulaires de l'autorité parentale. Le droit pénal n'a évidemment pas pour rôle d'imposer un modèle strict de conduite parentale, mais il entre certainement dans sa fonction de sanctionner les comportements les plus dysfonctionnels¹, notamment par l'aggravation de certaines infractions commises par un ascendant ou une personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait². L'article 227-17 du Code pénal incrimine ainsi le fait pour l'un des parents de se soustraire sans motif légitime à ses obligations au point de compromettre gravement la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur. De même, le refus d'exécuter une décision de justice imposant le versement de subsides ou d'une prestation quelconque au mineur est constitutif d'abandon de famille³. Enfin, les différentes atteintes à l'exercice de l'autorité parentale, décrites aux articles 227-5 et suivants du Code pénal, visent certes à protéger le titulaire de cette autorité, mais également le mineur lui-même. M. BONFILS relève par exemple que l'incrimination de la non-représentation d'enfant⁴ protège « *du point de vue de l'enfant, le maintien de liens avec ses représentants légaux* »⁵.

687. Protection du mineur contre l'exploitation de sa capacité juridique restreinte. Cette faiblesse du mineur a également justifié que soient aggravées certaines infractions dont les éléments constitutifs consistent à exploiter l'activité d'autrui. La minorité de la victime constitue une circonstance aggravante de la réduction en esclavage et de l'exploitation d'une personne réduite en esclavage⁶, de la traite des êtres humains⁷, du proxénétisme⁸, de l'exploitation de la mendicité⁹ ou de la vente à la sauvette¹⁰ et des infractions d'obtention d'un service sans rémunération, de soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité de la personne, de travail forcé et de réduction en servitude¹¹. L'aggravation se conçoit en raison

¹ Pour une présentation des infractions concernées, V. A. GOUTTENOIRE, « Enfance », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 11 et s. et spéc. n° 51 et s. ; C. AMBROISE-CASTEROT, « Les infractions parentales », *D.* 2013, p. 1846. Cf. également *supra*, n° 383 et *infra* n° 729 et s.

² Infractions sur lesquelles cf. *supra*, n° 598 et s.

³ Art. 227-3 CP.

⁴ Art. 227-5 CP.

⁵ PH. BONFILS, « Atteintes à l'exercice de l'autorité parentale », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 227-5 à 227-11, fasc. 20, n° 5.

⁶ Art. 224-1 C, 1° CP.

⁷ Art. 225-4-1, II CP.

⁸ Art. 225-7, 1° CP.

⁹ Art. 225-12-6, 1° CP.

¹⁰ Art. 225-12-9, 1° CP.

¹¹ Art. 225-15, II CP. V. également art. 225-15, III CP pour la commission à l'égard de plusieurs personnes dont au moins un mineur.

du fait que le mineur, incapable d'effectuer un certain nombre de démarches sans être représenté, sera moins à même de résister à l'agent. Il pourra également être tenté de participer à une telle activité, génératrice de revenus pour lui-même et dont il ne percevra pas nécessairement que l'essentiel sera capté par l'agent. S'agissant du proxénétisme, l'aggravation est d'autant plus justifiée que, par son comportement, l'agent permet la commission d'une seconde infraction par des tiers, le recours à la prostitution de mineurs¹.

688. Capacité juridique restreinte et impossible exercice de la prostitution ou de la pornographie. Le législateur n'estime pas que le mineur soit assez mûr pour décider valablement de se livrer à certaines activités telles que la prostitution ou la pornographie. Dans un souci de protection, la loi ne sanctionne pas le mineur lui-même, mais celui qui a bénéficié de l'activité que la capacité juridique restreinte du mineur ne lui permet pas d'exercer. Ceci explique que le recours à la prostitution de mineurs soit incriminé aux articles 225-12-1 et suivants du Code pénal, tandis que les alinéas 1 à 3 de l'article 227-23 du même ouvrage sanctionnent la création à des fins de diffusion, la mise en circulation et la diffusion d'images ou de représentations à caractère pornographique² du mineur. La nouvelle rédaction de l'incrimination, issue de la loi du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France³, prévoit que l'enregistrement, la fixation ou la transmission de l'image ou de la représentation à caractère pornographique d'un mineur de quinze ans peut être sanctionnée quand bien même l'acte n'aurait pas été réalisé en vue de la diffusion de l'image ou de la représentation⁴. La consultation habituelle d'un site de communication au public mettant à disposition de telles images ou représentations et la simple détention de l'une de ces images ou représentations sont également réprimées, quoique plus légèrement⁵. Cette dernière disposition semble permettre la poursuite de celui qui fabrique une telle image d'un mineur de quinze à dix-huit ans mais sans chercher à la

¹ Art. 225-12-1 et s. CP.

² La notion de pornographie n'a pas été définie par les textes et la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point (Crim. 6 juin 2012, n° 12-90.016), estimant qu'il appartient au juge d'interpréter cette notion. L'étude de la jurisprudence (sur laquelle V. M.-L. RASSAT, « Mise en péril des mineurs – Exploitation à caractère pornographique de l'image d'un mineur – Détention de matériel pornographique réalisé avec des mineurs – Consultation de sites de pornographie infantile – Diffusion de messages à caractère violent ou pornographique susceptibles d'être perçus par un mineur », *JurisClassseur Pénal Code*, art. 227-23 et 227-24, fasc. 20, n° 6) paraît indiquer que le caractère pornographique réside dans la représentation de relations sexuelles. Deux décisions du Conseil d'État semblent plaider en ce sens. Dans la première espèce (CE, 30 juin 2000, *D.* 2001, p. 590), la Haute juridiction administrative a sanctionné le refus d'inscrire sur la liste des films pornographiques une œuvre contenant des scènes de sexe non simulées. Dans la seconde au contraire, l'interdiction au moins de seize ans d'un film fut validée au motif que les scènes de sexe y étaient simulées (CE, 2^e et 1^e s.-sect. Réun., 4 octobre 2000, *D.* 2000, p. 265).

³ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338. La modification de l'incrimination est contenue dans l'article 5 de cette loi.

⁴ Art. 227-23 al. 1^{er} CP.

⁵ Art. 227-23 al. 4 CP.

diffuser¹, un tel fait n'entrant pas dans les prévisions du premier alinéa, lequel exige que cette fabrication soit réalisée à « *en vue de sa diffusion* ».

689. Personnalité en formation et nécessité de protéger le mineur d'influences néfastes.

Si de telles activités pourront licitement être pratiquées une fois sa majorité atteinte, il importe que le mineur ne soit pas privé de sa liberté de choix par une influence précoce. La capacité juridique restreinte du mineur s'explique notamment par le fait que celui-ci est encore influençable. Le développement de sa personnalité ne doit pas être contrarié, ni canalisé dans des directions impropres à assurer son équilibre futur. Ces considérations expliquent que le fait de favoriser ou tenter de favoriser la corruption d'un mineur soit pénalement incriminé². Est également sanctionnée la provocation d'un mineur à la commission d'un crime ou d'un délit³. La peine encourue pour ce délit est aggravée lorsque l'infraction provoquée est la détention, le transport, l'offre ou l'achat de stupéfiants⁴. La loi pénale se soucie également de garantir le mineur contre certains comportements à risque, aussi érige-t-elle en délits le fait de provoquer un mineur à la consommation de produits stupéfiants⁵ ou à une consommation habituelle et excessive d'alcool⁶. Parallèlement, la dissimulation forcée du visage est aggravée lorsqu'elle est commise envers un mineur⁷, de façon à éviter que de tels faits ne soient commis à un âge où les convictions de l'enfant peuvent encore être influencées. À l'extrême, la loi sanctionne le fait de faire à un mineur des offres, promesses ou propositions ou de faire pression sur lui en vue de lui faire accepter une mutilation sexuelle⁸

690. Personnalité en formation et nécessité d'éduquer le mineur. Face à l'ensemble des risques affrontés par l'enfant dans le développement de sa personnalité, l'éducation fait figure de boussole, de phare dans la nuit. C'est par elle que le mineur doit, ou devrait, être en mesure de distinguer le bien du mal et surtout de se préparer à la vie professionnelle qu'il entendra mener à l'âge adulte. Si le droit pénal n'intervient pas particulièrement quant à la qualité de l'éducation

¹ V. *Contra* M.-L. RASSAT, « Mise en péril des mineurs – ... », art. préc., n° 24. L'auteur estime que la notion de détention n'est pas sans évoquer celle de recel. Or, la jurisprudence refuse de considérer qu'est un receleur celui qui a commis l'acte initial. Par conséquent, le créateur de l'image ou de la représentation n'en pourrait être détenteur. Ce raisonnement n'emporte pas l'adhésion dans la mesure où il repose sur un raisonnement par analogie, fût-ce *in favorem*.

² Art. 227-22 CP. Cette infraction constitue la forme actuelle de l'ancienne excitation d'un mineur à la débauche (art. 334-2 des anciennes dispositions du Code pénal). Pour cette raison, la Cour de cassation a estimé que le délit ne souffrait pas d'une définition imprécise et a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point (Crim. 20 février 2013, n° 12-90.074). La corruption de mineur doit donc, semble-t-il, être comprise comme l'accomplissement d'un acte obscène en présence d'un mineur ou imposée à un mineur. Pour une présentation de la jurisprudence sur la question, V. M.-L. RASSAT, « Fait de favoriser la corruption d'un mineur », *JurisClasser Pénal Code*, art. 227-22, fasc. 20, n° 13.

³ Art. 227-21 CP.

⁴ Art. 227-18-1 CP.

⁵ Art. 227-18 CP.

⁶ Art. 227-19 CP.

⁷ Art. 225-4-10 al. 2 CP.

⁸ Art. 227-24-1 CP.

reçue par le mineur, il tâche néanmoins de garantir qu'il en reçoive effectivement une. Le fait, pour les titulaires de l'autorité parentale ou ceux qui exercent une autorité de fait continue sur le mineur, de ne pas veiller à ce que celui-ci soit proprement inscrit dans un établissement d'enseignement en dépit d'une mise en demeure de l'État compétent en matière d'éducation constitue un délit¹. Selon l'article L. 131-1 du Code de l'éducation l'obligation scolaire s'impose à tous les enfants entre six et seize ans. Lorsque l'enfant est soumis à une telle obligation, les titulaires de l'autorité parentale et personne exerçant sur lui une autorité de fait continue doivent lui imposer l'obligation d'assiduité scolaire. Faute de quoi, après avertissement du directeur académique des services de l'éducation nationale agissant sur délégation du recteur d'académie, les faits seront constitutifs d'une contravention². Dans un tout autre registre, la peine encourue pour travail dissimulé, comportement interdit par l'article L. 8221-1 du Code du travail et pénalement sanctionné par l'article L. 8224-1 du même Code, est aggravée lorsque le travailleur en question est un mineur soumis à l'obligation scolaire³. Ainsi, le fondement des multiples infractions et circonstances aggravantes tenant compte de la minorité de la victime semble bien pouvoir être trouvé dans les mêmes considérations que celles qui justifient la faiblesse du mineur, quand ce n'est pas dans cette faiblesse elle-même. Afin que la restriction de sa capacité juridique ne fasse pas obstacle à la protection qui lui est reconnue en conséquence, le mineur victime d'infraction bénéficie d'une adaptation de l'ensemble du système pénal.

b) L'adaptation des normes de pénalité et de procédure à la faiblesse du mineur

691. Faiblesse du mineur et report du point de départ du délai de prescription de l'action publique. Le régime répressif spécifiquement prévu pour les mineurs victimes se traduit par des adaptations, procédurales et substantielles, d'une grande diversité⁴. La première d'entre elles concerne le mécanisme de prescription de l'action publique. Un mineur pourra être moins à même qu'un majeur de dénoncer certains faits aux autorités de poursuite, notamment lorsque l'auteur est un proche de la victime. C'est pourquoi le Code de procédure pénale, en ses articles 7 et 8, opère un report du point de départ de la prescription de l'action publique pour les infractions les plus graves, visées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale⁵, auxquelles il faut rajouter les violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente⁶ et les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours⁷. Le délai

¹ Art. 227-17-1 CP.

² Art. R. 624-7 CP.

³ Art. L. 8224-2 C. trav.

⁴ Pour une présentation approfondie des aménagements procédurales, V. A. GOUTTENOIRE, « Enfance », op. cit., n° 115 et s.

⁵ Meurtre ou assassinat commis en état de récidive légale, ou avec tortures ou actes de barbarie, ou suivi ou accompagné d'un viol, crime de torture ou actes de barbarie, viol et autres agressions sexuelles, atteintes sexuelles, proxénétisme et recours à la prostitution d'un mineur.

⁶ Art. 7 CPP.

⁷ Art. 8 CPP.

de prescription est alors allongé¹ et ne commence à courir qu'à compter de la majorité de la victime. L'objectif est de permettre à celle-ci d'exercer l'action personnellement, sans avoir à la faire exercer par ses représentants légaux qui peuvent être les auteurs de l'infraction et sans craindre d'éventuelles pressions si l'auteur exerce sur elle une quelconque autorité². Par ailleurs, l'article 2226 du Code civil prévoit que, lorsque la victime est mineure, le délai de prescription de l'action civile pour les tortures et actes de barbarie, les violences et agressions sexuelles est allongé à vingt ans.

692. Faiblesse et accompagnement du mineur au cours de la procédure. Lorsqu'un mineur est victime de l'une des infractions visées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, certaines dispositions assurent qu'il soit assisté au cours de la procédure. Ainsi qu'il a été affirmé³, le droit civil prévoit que le mineur est en principe représenté par ses parents, administrateurs légaux, sauf pour les actions qu'il peut légalement exercer lui-même⁴. Cependant, lorsque les intérêts des administrateurs légaux du mineur apparaissent en contradiction avec les siens, un administrateur *ad hoc* peut être désigné par le juge des tutelles⁵. Cette disposition civile est reprise par l'article 706-50 du Code de procédure pénale, l'administrateur *ad hoc* étant alors désigné par le procureur de la République ou le juge d'instruction, selon les conditions fixées aux articles R. 53 et suivants du même Code⁶. Éminemment nécessaire lorsque l'administrateur légal du mineur est soupçonné d'avoir commis l'infraction ou lié à la personne soupçonnée, la désignation d'un administrateur *ad hoc* était même imposée lorsque l'infraction était qualifiée d'incestueuse⁷. Par ailleurs, le juge d'instruction ou le juge de l'enfance se doivent de prévenir le juge des enfants de l'existence de la procédure⁸. De plus, le mineur peut faire l'objet d'une expertise médico-psychologique destinée à établir la nature et l'importance du préjudice subi, ainsi qu'à établir les soins que requiert son état⁹. Enfin, en plus de pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat lors

¹ Passant de dix à vingt ans pour les crimes (art. 7 CPP) et de trois à dix ans pour les délits (art. 8 CPP, à l'exception des délits de violences volontaires, d'agressions et d'atteintes sexuelles sur mineur de quinze ans lorsqu'il existe l'une des circonstances aggravantes prévues aux articles 222-30 et 227-26 du Code pénal, le délai passant également à vingt ans).

² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 52. L'auteur relève que, contrairement à l'état antérieur du droit, le report du point de départ du délai est désormais acquis dans tous les cas, même lorsque l'auteur de l'infraction n'exerce aucune autorité sur le mineur.

³ Cf. *supra*, n° 685.

⁴ Art. 389-3 al. 1^{er} C. civ.

⁵ Art. 389-3 al. 2 C. civ.

⁶ Sur l'administrateur *ad hoc*, V. A. GOUTTENORE, « Enfance », op. cit., n° 126 et s. Pour une critique des textes pénaux sur l'administrateur *ad hoc*, V. C. NEIRINCK, « La dualité du régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP G* 2000, I, 228.

⁷ Si le comportement demeure incriminé, la qualification d'inceste des atteintes sexuelles au mineur a été effacée du Code pénal par la décision n° 2001-163 QPC du 16 septembre 2011 du Conseil constitutionnel. Sur la qualification d'inceste, V. not. A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, 335 ; O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.* 2010, étude 7 ; ainsi que les références citées *supra*, n° 606, note 2.

⁸ Art. 706-49 CPP.

⁹ Art. 706-48 CPP.

de toute audition par le juge d'instruction¹, le mineur peut être accompagné d'un tiers². Ce dernier peut être un professionnel apte à apporter une assistance aux enquêteurs³ ou un proche du mineur susceptible de le rassurer et de lui apporter son soutien⁴. Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation a précisé que cette disposition était édictée dans l'intérêt du mineur⁵, intérêt qui doit donc guider le choix du tiers, de la même façon qu'il doit être pris en compte dans le choix de la sanction prononcée à l'encontre de l'auteur de l'infraction.

693. L'adaptation des peines et des mesures de sûreté encourues. Afin d'assurer une meilleure protection des mineurs, le droit pénal prévoit une série de peines complémentaires ou de mesures de sûreté applicables aux auteurs d'infractions visant des mineurs. Il s'agit alors non pas de protéger la victime de l'infraction sanctionnée, mais d'assurer que l'agent ne pourra s'en prendre à d'autres mineurs par la suite. Il s'agit donc de mesures dont le principe est assez discutable, étant donné qu'elles ne visent pas toujours directement à sanctionner une infraction, mais à en prévenir le renouvellement en encadrant les tendances perverses de l'agent. L'objectif est en soi fort louable, mais il n'est pas certain qu'il relève véritablement de la mission première du droit pénal. Celui-ci s'adresse traditionnellement à un agent idéalisé, supposé maître de son destin, de ses choix et de ses actions. L'agent régi par ses pulsions semble davantage relever du domaine de la santé, mais il s'agit là d'un débat trop vaste pour être traité ici. Devant la densité de la matière, on se limitera à en citer quelques exemples. Pour certaines infractions, le Code pénal prévoit à titre de peine complémentaire l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs⁶. L'interdiction de quitter le territoire de la République peut également être prononcée en cas de viol ou d'agression sexuelle d'un mineur⁷. De son côté, le Code de procédure pénale précise que les auteurs des infractions prévues à l'article 706-47⁸ peuvent se voir imposer une injonction de soin lors de la condamnation ou dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire⁹ ou faire l'objet d'une rétention¹ et d'une surveillance de

¹ Art. 706-51-1 CPP.

² Art. 706-53 CPP. Ce texte établit une liste de tiers possibles. Il peut s'agir d'un psychologue, d'un médecin spécialiste de l'enfance, d'un membre de la famille, de l'administrateur *ad hoc* ou d'une personne chargée d'un mandat du juge des enfants.

³ En ce sens, V. C. CATHALA et M. REDON, « L'article 706-53 du Code de procédure pénale et l'audition du mineur victime », *D.* 2000, p. 534. Les auteurs recommandent une professionnalisation de l'enquête. En conséquence, ils considèrent que le choix du tiers doit en priorité s'orienter vers les professionnels évoqués plutôt que vers les proches du mineur.

⁴ En ce sens, V. A. GOUTTENOIRE, « Enfance », *op. cit.*, n° 146 et s.

⁵ *Crim.* 3 octobre 2001, *Bull. crim.* n° 199.

⁶ V. par ex. art. 222-45 CP (atteintes à l'intégrité physique, agressions sexuelles et trafic de stupéfiants), art. 225-20 CP (traite des êtres humains, proxénétisme, recours à la prostitution de mineurs, exploitation de la mendicité ou de la vente à la sauvette). L'interdiction peut être prononcée à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus.

⁷ Art. 222-47 al. 2 CP. La durée maximale de l'interdiction est de cinq ans.

⁸ Meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, agression ou atteintes sexuelles ou proxénétisme à l'égard d'un mineur, recours à la prostitution d'un mineur, infractions prévues par les articles 222-23 à 222-31, 225-7 (1°), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du Code pénal.

⁹ Art. 706-47-1 CP tel qu'issu de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, *JORF* du 11 mars 2010, p. 4808. Pour une

sûreté². Ces différentes mesures concernent un certain nombre d'infractions, parmi lesquelles des atteintes sexuelles. Celles-ci présentent la particularité de n'être constituées ou aggravées que par la minorité de quinze ans de la victime.

2) L'immatunité sexuelle du mineur de quinze ans

694. L'affirmation de l'immatunité sexuelle du mineur de quinze ans par le droit pénal.

En droit français, l'âge de quinze ans marque ce qu'il est convenu d'appeler la « majorité sexuelle », c'est-à-dire l'âge à compter duquel les relations sexuelles librement consenties n'entrent plus dans les prévisions du droit. Elles sont alors autorisées en vertu du principe libéral posé à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Bel exemple du caractère expressif et normatif du droit pénal, ce seuil est déterminé, quoiqu'implicitement, par l'article 227-25 du Code pénal. Ce texte sanctionne les atteintes sexuelles exercées par un majeur sur un mineur de quinze ans sans violence, contrainte, menace ni surprise, ce dont il découle que relations ou simples actes sexuels consentis peuvent être sanctionnés. À l'inverse, les relations sexuelles ou actes sexuels commis par un majeur sur un mineur âgé de plus de quinze ans ne sont qualifiées d'atteintes sexuelles que lorsque ces faits sont commis par un ascendant, une personne dotée d'une autorité de droit ou de fait sur le mineur ou une personne abusant de l'autorité que lui confère ses fonctions³. Par ailleurs, l'article 227-22-1 du Code pénal crée en la matière une incrimination de prévention⁴ en sanctionnant le simple fait de faire des propositions de nature sexuelle à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique. Le concept de « minorité sexuelle », clairement posé en droit pénal, ne figure pas dans d'autres branches du droit. Certes, l'article 144 du Code civil disposait jusqu'en 2006 que la femme pouvait contracter mariage dès quinze ans. Cependant, outre que cette référence a été modifiée⁵, elle ne concerne que l'institution du mariage et ne règle nullement le sort des relations sexuelles. Seul le droit pénal édicte donc une interdiction faite au majeur d'entretenir des relations de nature sexuelle avec un mineur de quinze ans.

695. La référence à la minorité de quinze ans omniprésente dans les atteintes sexuelles.

En conséquence, la minorité de quinze ans constitue une circonstance aggravante du viol⁶ et des

présentation de cette loi et des critiques qu'elle appelle, V. M. HERZOG-EVANS, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *D.* 2010, p. 1428.

¹ Art. 706-53-13 et s. CPP.

² Art. 706-53-19 et s. CPP.

³ Art. 227-27 CP.

⁴ En l'occurrence une infraction formelle, le simple fait de faire une telle proposition suffit à constituer l'infraction et la peine est aggravée lorsque cette proposition a été suivie d'une rencontre.

⁵ Par l'article 1^{er} de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* du 5 avril 2006, p. 5097. Désormais, l'article 144 du Code civil fixe à dix-huit ans l'âge auquel le mariage peut être contracté, sauf dispense accordée par le procureur de la République du lieu de célébration du mariage (art. 145 C. civ.).

⁶ Art. 222-24, 2° CP.

autres agressions sexuelles¹, du harcèlement sexuel² et de la non-dénonciation de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles à un mineur de quinze ans³. La minorité de quinze ans de la victime permet même d'aggraver la corruption de mineur⁴ et le recours à la prostitution de mineur ou de personne particulièrement vulnérable⁵, dont la minorité de la victime constitue déjà un élément constitutif et d'aggraver plus encore le proxénétisme déjà aggravés par la minorité de la victime⁶. Enfin, depuis la loi du 5 août 2013⁷, le régime de l'infraction de création et de diffusion d'une image ou d'une représentation pornographique d'un mineur a été durci lorsque la victime est un mineur de quinze ans⁸. Seule exception à ce principe, l'infraction de fabrication ou diffusion d'un message à caractère violent, pornographique ou de nature à attenter gravement à la dignité humaine susceptible d'être perçu par un mineur⁹ n'est pas aggravée par la minorité de quinze ans de la victime, bien que cela eût été logique.

696. La valeur de la référence à la minorité de quinze ans dans les atteintes sexuelles.

Ainsi, la minorité de quinze ans constitue une référence naturelle dans les diverses infractions de nature sexuelles que contient le droit pénal français. Cette référence témoigne de ce que le mineur de quinze ans est, en droit français, irréfragablement présumé trop immature pour adopter à certains comportements sexuels. Mme KOERING-JOULIN regrette que le droit pénal n'aille pas jusqu'à poser une présomption irréfragable d'absence de consentement de la victime, puisque sont toujours distinguées les agressions sexuelles des atteintes sexuelles consenties¹⁰. Elle suggère également l'abaissement du seuil à dix ans. Quel que soit le seuil légalement retenu, le recours à un tel mécanisme pourrait apparaître arbitraire, mais semble s'imposer eu égard à la dimension éminemment subjective du sujet. Charger un juge d'apprécier *in concreto* le degré de maturité sexuelle de la victime obligerait ce magistrat à devoir mener une investigation psychologique extrêmement poussée et intrusive dans un domaine sensible où la personnalité du mineur est encore en formation. De plus, les critères et solutions retenus seraient probablement fluctuants et imprécis, ce qui nuirait à la prévisibilité du texte pénal. La détermination légale *ab initio* d'un seuil

¹ Art. 222-29-1 CP.

² Art. 222-33, III, 2° CP.

³ Art. 434-3 CP.

⁴ Art. 227-22 al. 3 CP. La peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement de 75 000 euros d'amende lorsque la victime est un mineur et passe à dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende lorsqu'elle est âgée de moins de quinze ans.

⁵ Art. 225-12-2 al. 6 CP.

⁶ Le proxénétisme, déjà aggravé par la minorité (art. 225-7, 1° CP), accède à la catégorie des crimes lorsqu'il est commis à l'égard d'un mineur de quinze ans (art. 225-7-1 CP).

⁷ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338.

⁸ Art. 227-23 al. 1^{er} CP. Lorsque la victime est un mineur de quinze ans, il suffit que l'image ait été fixée, enregistrée ou transmise pour que l'auteur puisse être réprimé. Il n'est donc plus nécessaire qu'elle l'ait été en vue de sa diffusion.

⁹ Art. 227-24 CP.

¹⁰ R. KOERING-JOULIN, « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 389.

de maturité sexuelle, c'est-à-dire d'un seuil en dessous duquel l'enfant serait présumé ne pas avoir consenti aux relations sexuelles avec un majeur, emporte donc l'adhésion. Ce seuil pourrait être fixé à dix ou treize ans, selon l'appréciation du législateur. Dans le même sens, Mme TERRYN, bien qu'elle prône l'abandon du critère de minorité de quinze ans et l'aggravation de toutes les infractions jusqu'à l'âge de dix-huit ans¹, suggère néanmoins de conserver ce critère comme condition préalable ou circonstance aggravante des infractions sexuelles². Si ces dernières constituent un domaine où la référence à la minorité de quinze ans de la victime apparaît sensée, il n'en va pas de même des autres incriminations dans lesquelles elle figure.

B/ LA MINORITÉ DE QUINZE ANS REDONDANTE POUR RENDRE COMPTE DE LA FAIBLESSE PHYSIQUE DE LA VICTIME

697. Les hypothèses de minorité de quinze ans comme référence à la faiblesse physique de la victime. La minorité de quinze ans de la victime est un élément nécessaire à la constitution de délaissement de mineur³ et de la privation de soins ou d'aliments par un ascendant ou toute personne ayant autorité sur le mineur⁴. Par ailleurs, le fait de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives d'une disparition n'est une infraction que si la personne disparue est un mineur de quinze ans⁵. L'article 461-7 du Code pénal prévoit que l'incrimination de l'enrôlement de mineurs dans les forces armées ou des groupes armés ne fait pas obstacle à l'enrôlement volontaire de mineurs âgés de plus de quinze ans. Il faut en déduire que l'enrôlement de mineurs de quinze ans emporte nécessairement la qualification de crimes de guerre. La minorité de quinze ans de la victime constitue enfin une circonstance aggravante des différentes atteintes à la vie⁶ et à l'intégrité physique⁷, de la provocation au suicide⁸, des

¹ F. TERRYN, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, op. cit., n° 655.

² *Ibid.*, n° 659.

³ Art. 227-1 CP. Cette infraction consiste à délaisser un mineur de quinze ans en un lieu quelconque sans que les circonstances aient permis de garantir sa sécurité. Les peines sont aggravées si le délaissement a entraîné une mutilation, une infirmité permanente ou la mort du mineur (art. 227-2 CP).

⁴ Art. 227-15 CP.

⁵ Art. 434-4-1 CP. L'infraction suppose également que l'omission d'informer les autorités ait visé à empêcher ou retarder la mise en œuvre des procédures de recherche.

⁶ Le meurtre (art. 221-4, 1° CP) et l'empoisonnement (art. 221-5, al. 3 CP).

⁷ Les tortures et actes de barbaries (art. 222-3, 1° CP et art. 222-4 Cp pour la commission en bande organisée ou habituelle), les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner (art. 222-8, 1° CP, la peine étant encore aggravée lorsque les faits sont commis par un ascendant ou une personne ayant autorité sur le mineur par l'alinéa 17), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, 1° CP et alinéa 17 pour la commission par un ascendant ou une personne ayant autorité), une incapacité totale de travail supérieure à huit jours (art. 222-12, 1° CP et alinéa 22 pour la commission par un ascendant ou une personne ayant autorité), une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant pas entraîné d'incapacité totale de travail (art. 222-13, 1° CP et alinéa 22 pour la commission par un ascendant ou une personne ayant autorité). La peine encourue pour les violences volontaires est encore aggravée lorsque les faits sont commis de façon habituelle (art. 222-14 CP). Enfin, l'administration de substances nuisibles connaît les mêmes circonstances aggravantes (art. 222-15 CP).

⁸ Art. 223-13 al. 2 CP.

différentes formes d'enlèvement ou de séquestration¹ et des provocations de mineur à des comportements à risques ou illicites².

698. L'affirmation de la référence à la faiblesse physique de la victime. Lorsque ces incriminations ne sont pas directement des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, elles constituent des incriminations de prévention, destinées à sanctionner un acte ou une abstention dont il pourrait résulter une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de la victime. Il importe de préciser néanmoins que l'enlèvement et la séquestration constituent avant tout des atteintes à la liberté. Pour autant, atteintes à la liberté et atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont pareillement facilitées par la faiblesse physique de la victime³. La faiblesse psychologique⁴ peut également être considérée en ce qu'elle faciliterait la commission des infractions de provocation à un comportement illicite ou dangereux. Ce n'est pas en considération de la faiblesse juridique du mineur, laquelle perdure jusqu'à ses dix-huit ans, que ces infractions sont constituées ou aggravées, mais bien à raison de sa faiblesse physique. Le raisonnement législatif sous-jacent à ces dispositions consiste donc à considérer que, n'ayant pas achevé sa croissance, le mineur de quinze ans n'a pas encore la force et la condition physique de l'adulte qu'il pourra devenir. Étant encore dans une phase d'enfance, de préadolescence ou de début d'adolescence, le mineur de quinze ans n'a que peu de chance de triompher en cas de confrontation physique avec l'agent.

699. Le caractère trop spécifique de la minorité de quinze ans comme référence à la faiblesse physique. Dès lors qu'il est établi que le législateur a entendu se référer à la faiblesse physique, il est permis de s'étonner qu'il ait choisi de le faire au moyen de la minorité de quinze ans et non de la particulière vulnérabilité de la victime. Cette dernière notion présente l'indéniable avantage de permettre une approche générale⁵ des hypothèses de faiblesse de la victime, parmi lesquelles celle qui découlerait de son jeune âge. Si la faiblesse physique de la victime doit constituer le critère rendant l'incrimination ou l'aggravation nécessaire au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶, aucune raison ne semble devoir justifier que seule la faiblesse physique résultant de la minorité de quinze ans soit prise en compte. Toute circonstance susceptible de générer une faiblesse physique devrait pouvoir conduire à la constitution de l'infraction simple ou aggravée.

¹ Art. 224-5 CP.

² La provocation à l'usage illicite de stupéfiants (art. 227-18 al. 2 CP), au transport, à la détention, l'offre ou la cession de stupéfiants (art. 227-18-1 al. 2 CP), à la consommation habituelle et excessive d'alcool (art. 227-19 al. 2 CP) ou à la commission d'un crime ou d'un délit (art. 227-21 al. 2 CP).

³ Sur laquelle cf. *supra*, n° 677.

⁴ Sur laquelle cf. *supra*, n° 678.

⁵ Sur ce point, cf. *supra*, n° 672.

⁶ Sur la nécessité des incriminations pénales, V. E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, Lexis Nexis, 2012, p. 247 et spéc. pp. 249 et s.

700. Le caractère trop incertain de la minorité de quinze ans comme référence à la faiblesse physique. La particulière vulnérabilité de la victime doit être démontrée au regard de la nature de l'infraction considérée¹, tandis que la minorité de la victime se constate objectivement, en considérant l'âge de la victime au moment des faits², la Cour de cassation ayant précisé que « l'âge d'une personne est déterminé par le temps écoulé depuis sa naissance, calculé d'heure à heure. »³. Contrairement à la personne particulièrement vulnérable, il est indifférent que le mineur de quinze ans soit concrètement faible. Il est envisageable qu'un mineur de quinze ans ne soit pas particulièrement vulnérable⁴. Dès lors, la référence à la minorité de quinze ans de la victime simplifie la charge de la preuve, mais au détriment du degré de certitude de cette faiblesse physique, pourtant au fondement de l'incrimination. Même si, en pratique, il apparaît certain que l'écrasante majorité des mineurs de quinze ans pourra être considérée comme faible physiquement, présumer irréfragablement cette faiblesse semble discutable.

701. Proposition de suppression des références à la minorité de quinze ans en dehors des infractions sexuelles. Considérant les atteintes au mineur comme des atteintes à l'avenir de l'humanité, Mme TERRYN est amenée à prôner l'extension systématique de la protection pénale spécifique des mineurs de quinze ans aux mineurs de dix-huit ans⁵, à l'exception des atteintes sexuelles pour lesquelles le seuil demeurerait à quinze ans⁶. Si la suppression du seuil de minorité de quinze ans peut être approuvée, il n'est pas certain qu'une telle extension de la protection pénale doive l'accompagner. La norme pénale pourrait avantageusement être simplifiée et harmonisée, en substituant la référence à la particulière vulnérabilité de la victime à l'évocation de sa minorité de quinze ans. Lorsqu'il apparaît que la minorité de la victime constitue déjà un élément constitutif de l'infraction, la simple suppression de la circonstance aggravante de minorité de quinze ans suffira au toilettage du texte. Quant aux infractions constituées par la minorité de quinze ans, il appartiendra au législateur de déterminer s'il est opportun d'en limiter l'application aux mineurs de dix-huit ans ou d'en ouvrir l'application à l'ensemble des personnes particulièrement vulnérables. Lorsque la particulière vulnérabilité constitue un élément constitutif alternatif de la minorité de quinze ans, cette dernière pourra être simplement supprimée. Le

¹ Sur ce point, cf. *supra*, n° 533 et s.

² Crim. 21 mars 1957, *Bull. crim.* n° 281.

³ Crim. 3 septembre 1985, *Bull. crim.* n° 283.

⁴ La jurisprudence illustrative sur ce point fait défaut, les juridictions du fond n'ayant pas besoin de qualifier les mineurs de quinze ans de personne particulièrement vulnérables en raison de leur âge pour retenir une circonstance aggravante. Dans une affaire de viol, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Caen avait cru pouvoir retenir cumulativement les deux circonstances aggravantes, mais son raisonnement fut censuré par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt rappelant le principe selon lequel un même fait ne peut constituer deux circonstances aggravantes distinctes (Crim. 4 février 1998, *Bull. crim.* n° 44). Néanmoins, la thèse selon laquelle une personne pourrait fort bien être mineur de quinze ans sans présenter pour autant une particulière vulnérabilité pourrait être défendue en observant que la jurisprudence a déjà précisé que le grand âge n'entraînait pas *ipso facto* de particulière vulnérabilité. V. par ex. CA Montpellier, ch. corr., 7 décembre 2000, *JCP G* 2002, IV, 1257 ; Crim. 8 juin 2010, *Bull. crim.* n° 102 ; *D.* 2010, p. 2888, note H. HASNAOUI ; *AJ Pén.* 2010, p. 444, obs. G. ROUSSEL.

⁵ F. TERRYN, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, op. cit., n° 655 et s.

⁶ *Ibid.*, n° 659.

délaissement de mineurs pourrait par exemple être supprimé, les faits incriminés ne seront alors plus réprimés que sous la qualification de délaissement d'une personne hors d'état de se protéger¹. La minorité de quinze ans ne constituera alors plus qu'un critère de constitution ou d'aggravation des infractions sexuelles, seules atteintes pour lesquelles sa prise en compte est rationnellement fondée.

Conclusion du chapitre premier

702. La confusion due à l'emploi d'un critère unique pour traduire différentes valeurs protégées. Le droit pénal est essentiellement construit en référence à l'auteur de l'infraction, à la gravité de sa faute et à l'ampleur de l'atteinte aux valeurs sociales résultant de son comportement. C'est pourquoi les références à la victime au sein de la norme pénale, censées y traduire la référence à la valeur sociale protégée, sont très diverses voire occasionnellement confuses. En premier lieu, différentes valeurs sociales pourront être transcrites grâce à un même critère. La particulière vulnérabilité de la victime en constitue un bon exemple. En raison de son mode d'appréciation, ce critère permet d'adapter la répression pénale aussi bien à l'état de faiblesse physique, psychologique, ou encore économique et sociale de la victime. Il en va de même du critère de pluralité de victimes. Appréhendée comme élément constitutif à travers les exigences de groupe et de plan concerté, elle permet de traduire la volonté des auteurs de crimes contre l'humanité de porter atteinte à tout un groupe arbitrairement choisi et, partant, à l'humanité dans son ensemble. Toujours appréhendée comme élément constitutif, mais facultatif, la pluralité de victimes constitue l'un des moyens d'établir le but terroriste de l'agent. Plus élevé est le nombre de victimes, plus importantes seront la terreur et l'atteinte à l'ordre public. Concernant les autres infractions, la pluralité de victimes permet simplement d'établir l'ampleur du dommage en résultant. Pourtant, il existe encore différentes modalités de prise en compte de ce point.

703. La confusion due à l'emploi de critères différents pour traduire une unique valeur protégée. Par principe, le nombre de victimes atteintes par l'infraction ne fait pas l'objet d'une considération particulière, mais a simplement vocation à être appréhendé au travers des règles gouvernant le concours d'infraction ou l'individualisation de la sanction. Cependant, la pluralité de victimes est également une circonstance aggravante d'un petit nombre d'infractions, sans toutefois qu'une raison logique en explique le choix. L'emploi de différents critères permettant l'appréhension d'une unique valeur sociale peut également être illustré par les hypothèses de faiblesse physique de la victime. L'ensemble des circonstances pouvant conduire à créer une

¹Art. 223-3 et 223-4 CP.

faiblesse physique chez une personne est pris en compte au moyen du critère de particulière vulnérabilité de la victime. Dès lors, la minorité de quinze ans apparaît comme un critère redondant, et qui plus trop spécifique, d'appréhender la faiblesse physique de la victime. La minorité de quinze ans ne s'impose que pour constituer ou aggraver les infractions de nature sexuelles. Quant à la minorité de dix-huit ans, elle constitue un critère général et satisfaisant d'adaptation de la norme pénale à la faiblesse juridique de la victime, laquelle découle d'une restriction générale ou spéciale de la capacité juridique d'une personne. Ceci explique que nombre d'infractions soient constituées ou aggravées par la minorité de la victime. Il existe d'ailleurs une longue tradition juridique de considération pour la minorité de la victime, ce dont d'autres critères ne sauraient s'enorgueillir. Les critères d'influence de la victime évoluent dans le temps et dans l'espace, reflétant l'évolution des valeurs qu'une société estime devoir protéger.

Chapitre second

L'impermanence des critères due à l'évolution des valeurs protégées

704. Évolution des valeurs sociales protégées et adaptation des critères d'influence de la victime. Il revient au législateur¹ de déterminer quelles sont les valeurs sociales dont il entend assurer la protection par le droit pénal². Cette détermination est fonction de nombreux critères et dépend notamment des conceptions morales, philosophiques, religieuses ou scientifiques admises dans la société que le législateur doit régir. C'est pourquoi la protection pénale reconnue aux valeurs sociales jugées essentielles est variable dans le temps et dans l'espace. Or, la référence à la victime de l'infraction constitue l'une des techniques juridiques permettant d'intégrer une référence à la valeur protégée à la norme pénale. Ainsi, l'évolution du regard porté par le législateur sur les valeurs sociales s'exprime notamment par une évolution des critères d'influence de la victime en droit pénal substantiel. En conséquence, les variations temporelles et spatiales des critères d'influence de la victime (**Section première**) sont dotées d'une importante signification puisqu'elles traduisent plus profondément une évolution des valeurs protégées par le droit pénal (**Section seconde**).

Section première

Les manifestations de l'évolution des critères d'influence de la victime

705. Les deux formes d'évolution des critères d'influence de la victime. Vouloir présenter l'ensemble des évolutions des critères d'influence de la victime à travers le temps et les âges serait à l'évidence une gageure. Si chacun des critères déjà évoqués au cours de cette étude devait faire l'objet d'une présentation historique complète et d'une approche de droit comparé exhaustive, l'activité commerciale de toute l'industrie papetière s'en trouverait certainement relancée, mais l'écologie en souffrirait peut-être. Toutefois, il semble que certains traits communs de ces évolutions puissent être dégagés et présentés au travers de quelques exemples. Ainsi, il semble que la modification des critères par lesquels la victime exerce une influence sur l'existence et la gravité de l'infraction pénale puisse prendre deux formes distinctes. En premier lieu, ce qui,

¹ Entendu au sens large comme l'auteur de la norme. Ce peut être le titulaire du pouvoir réglementaire.

² Dans le même sens, V. F. TERRY, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, Thèse, Université de Franche-Comté – Besançon, 2007, n° 556 : « Il ne nous appartient certes pas, dans le cadre de cette étude, de nous improviser législateur et de définir les qualités de la victime qui devraient être prises en considération et celles qui ne le devraient pas. ».

dans un système juridique donné, peut conduire à une adaptation de la répression pénale, sera peut-être indifférent dans un système différent. L'évolution concerne alors le choix du critère (I). En second lieu, le fait que deux systèmes juridiques distincts se réfèrent à un même critère n'implique pas nécessairement qu'ils lui fassent produire le même effet. Il est même envisageable que, sur la base d'une même circonstance concernant la victime, deux droits pénaux aboutissent à des solutions opposées parce qu'ils n'accordent pas le même rôle au critère considéré (II).

I – L'ÉVOLUTION DU CHOIX DES CRITÈRES RETENUS

706. Évolution du choix du critère et évolution du choix dans le critère. L'évolution du choix des critères retenus est tout d'abord illustrée par le fait que certains critères sont consacrés dans certains ordres juridiques alors qu'ils sont indifférents dans d'autres. Le critère de l'importance du préjudice économique subi par la victime d'une atteinte aux biens en constitue un excellent exemple (A). Plus subtilement, nombre de critères d'influence de la victime sont connus dans divers systèmes juridiques, mais s'y voient assigner des contenus différents. Ainsi, la plupart des droits pénaux aggravent les atteintes portées aux personnages importants, à ceux qui exercent une fonction essentielle. Seulement, chaque système juridique est porteur d'une conception propre de ce qu'est une fonction essentielle (B).

A/ L'ÉVOLUTION DU CRITÈRE DE GRAVITÉ MATÉRIELLE DES ATTEINTES AUX BIENS

707. La gravité matérielle des atteintes aux biens, c'est-à-dire l'importance de la perte économique subie par la victime, constitue un critère consacré dans certains droits étrangers (1) alors qu'il est généralement ignoré en droit pénal français (2).

1) L'impact de la gravité matérielle des atteintes aux biens dans certains droits étrangers

708. L'intérêt d'une prise en compte de la gravité matérielle des atteintes aux biens. Prendre en compte la valeur du bien que l'agent s'est approprié ou qu'il a détruit permet d'adapter la réponse pénale à l'importance du préjudice économique subi par la victime. Or, l'importance de ce préjudice peut éventuellement avoir une répercussion sur l'ampleur du trouble à l'ordre social causé par l'infraction, lequel justifie la répression pénale. Enfin, il n'est pas impossible d'estimer que, dès lors qu'elle est connue de l'agent, la valeur du bien faisant l'objet de l'infraction constitue un indice de ses « ambitions criminelles », donc de son degré d'antisocialité. Pour toutes ces raisons, certains droits étrangers font varier la gravité des infractions contre les

biens en fonction de la valeur du bien objet de l'infraction¹. Diverses techniques juridiques sont employées à cette fin, techniques qui pourront être illustrées au travers de trois exemples, tous concernant l'infraction de vol.

709. La détermination légale d'un seuil de gravité : l'exemple canadien. Dans le droit pénal fédéral canadien, les peines applicables à l'infraction générale de vol² sont prévues à l'article 334 du Code criminel. Ce texte instaure une distinction selon la valeur du bien soustrait. Ainsi, lorsque le bien volé est un titre testamentaire³ ou a une valeur supérieure à cinq mille dollars, le vol est qualifié d'acte criminel et la peine peut atteindre les dix années d'emprisonnement⁴. À l'inverse, le vol d'un bien d'une valeur inférieure ou égale à cinq mille dollars n'est passible que d'un emprisonnement de deux ans lorsqu'il est qualifié d'acte criminel⁵, et peut même être qualifié de simple infraction punissable sur déclaration de culpabilité sur procédure sommaire⁶. La peine encourue est alors d'un emprisonnement d'une durée maximale de six mois et d'une amende d'un montant maximal de cinq mille dollars ou d'une seule de ces deux peines⁷. La technique employée outre-Atlantique est marquée présente l'avantage d'assurer une certaine prévisibilité, puisque ce n'est pas le juge qui détermine la valeur à partir de laquelle les conséquences pénales doivent varier. Son inconvénient réside dans la rigidité du mécanisme, inconvénient que le système italien a tenté d'éviter.

710. L'emploi de circonstances aggravantes et atténuantes : l'exemple italien. Le *Codice Penale*, Code pénal italien, contient, dans son Livre premier *Dei reati in generale* (Des infractions en général), un article 61 relatif aux circonstances aggravantes générales (*Circostanze aggravanti comuni*). Cet article érige en circonstance aggravante des infractions contre les biens et des infractions commises pour le profit le fait que l'infraction ait causé un dommage financier particulièrement grave (*un danno patrimoniale di rilevante gravità*)⁸. À l'inverse, lorsque le dommage financier causé par une infraction contre les biens a été spécialement tenu (*cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità*) ou que l'infraction commise dans un but lucratif n'a rapporté à l'agent qu'un profit particulièrement faible (*l'averne comunque conseguito un lucro di speciale tenuità*), l'agent bénéficie de l'une des circonstances atténuantes générales (*Circostanze attenuanti comuni*) prévues à l'article 62 du *Codice penale*. Cette circonstance atténuante produit son

¹ Pour d'autres exemples de ce phénomène, V. S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, PUAM, 2011, n° 194.

² Certains vols spéciaux, tels que le vol d'un véhicule à moteur (art. 333.1 du Code criminel) font encourir à leur auteur des peines différentes.

³ L'article 2 du Code criminel définit l'acte testamentaire comme « Tout testament, codicille ou autre écrit ou disposition testamentaire, soit du vivant du testateur dont il est censé exprimer les dernières volontés, soit après son décès, qu'il ait trait à des biens meubles ou immeubles, ou à des biens des deux catégories. ».

⁴ Art. 334, a du Code criminel.

⁵ Art. 334, b, (i) du Code criminel.

⁶ Art. 334, b, (ii) du Code criminel.

⁷ Art. 787, 1 du Code criminel.

⁸ Art. 61, (7) du *Codice penale*.

effet même si le fait dommageable est dangereux (*quando anche l'evento dannoso e pericoloso*)¹. D'un emploi plus souple, cette technique juridique repose sur l'appréciation du juge quant à la question de savoir ce qui constitue un « dommage financier particulièrement important » ou à l'inverse « particulièrement tenu ».

711. La mansuétude légale dans les cas mineurs : l'exemple bulgare. Afin que cette incertitude ne préjudicie pas à la personne poursuivie, le droit pénal bulgare ne prévoit pas d'aggravation de l'infraction en cas de dommage financier important, mais une simple mansuétude légale dans les cas les plus bénins. L'alinéa premier de l'article 194 du Code pénal bulgare prévoit pour le vol une peine d'emprisonnement d'une durée de huit ans au plus, peine que le troisième alinéa du même article abaisse à un an d'emprisonnement dans les cas qualifiés de mineurs. Cette approche légale de la gravité du dommage matériel n'est pas sans évoquer celle retenue par le droit français en matière de destruction de biens², approche exceptionnelle car le principe est celui de l'indifférence de la valeur du bien objet de l'infraction.

2) L'indifférence légale de la gravité matérielle des atteintes aux biens en droit français

712. L'indifférence légale de la gravité matérielle des atteintes aux biens fait figure de principe (a) à deux exceptions près néanmoins (b).

a) Le principe d'indifférence légale de la valeur du bien sur lequel porte l'infraction

713. L'affirmation du principe d'indifférence légale de la valeur du bien sur lequel porte l'infraction. Le droit pénal français ne connaît en principe aucune adaptation de la répression pénale en fonction de la gravité matérielle de l'atteinte aux biens réalisée par l'agent. La valeur du bien sur lequel porte l'infraction est sans influence sur sa qualification et ne constitue ni une circonstance aggravante, ni une cause légale de diminution ou d'exonération de peine. Les circonstances aggravantes des atteintes aux biens consacrées en droit pénal français peuvent être relatives au bien, mais elles portent alors sur le lieu dans lequel il se trouve³, sur son affectation⁴,

¹ Art. 62, (4) du *Codice penale*.

² Cf. *infra*, n° 718.

³ V. par ex. art. 311-4, 6°, 311-5, 3° et 322-3, 5° CP pour l'aggravation du vol ou de la destruction de biens commis dans un local d'habitation ou dans un lieu utilisé ou destiné à l'entrepôt de fonds, valeurs, marchandises ou matériels. V. également art. 311-4, 7° CP pour l'aggravation du vol commis dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs. V. enfin art. 311-4-2, 3° et 322-3-1, 3° pour l'aggravation du vol ou de la destruction d'un bien exposé, conservé ou déposé dans un musée de France, une bibliothèque, une médiathèque, un service d'archives, un lieu dépendant d'une personne publique ou d'une personne privée assurant une mission de service public, ou un édifice affecté au culte.

⁴ V. par ex. art. 322-3, 8° CP pour l'aggravation de la destruction d'un bien destiné à l'utilité ou à la décoration publique et appartenant à une personne publique ou chargée d'une mission de service public.

voire sur sa nature¹, mais non à sa valeur. Pénalement, un collier de diamants n'est pas davantage protégé qu'une cuillère en inox. À l'inverse des atteintes à l'intégrité physique dont la gravité est quantifiée au moyen des références à la mutilation ou l'infirmité permanente et à l'incapacité totale de travail², des atteintes sexuelles dont la répression dépend du point de savoir s'il y a eu pénétration ou non³, les atteintes au patrimoine ne requièrent que leur gravité soit mesurée pour permettre l'application du texte pénal. Même les atteintes morales pourraient être considérées comme quantifiées par le biais des aggravations des injures et diffamations à motifs racistes⁴. Les atteintes matérielles font donc figure d'exception, bien que l'ampleur du dommage matériellement causé par l'agent rentre assurément dans les critères mis en œuvre par le juge lorsqu'il détermine la peine prononcée en vertu de l'article 132-24 du Code pénal. Reste que la valeur du bien sur lequel porte l'infraction est légalement indifférente, qu'elle soit colossale ou dérisoire.

714. Illustration : l'indifférence du montant important de la perte subie par la victime.

Ainsi, dans une affaire extrêmement médiatisée, un opérateur de marché financier, salarié d'une banque, avait employé les moyens techniques mis à sa disposition par son employeur pour passer des ordres risqués et dépassant de très loin les capacités financières de la banque. Afin de dissimuler ces actes, il avait également effacé certaines de ces opérations du serveur informatique de la banque pour les remplacer par des opérations fictives et créé des faux courriels destinés à donner une apparence de régularité à ses ordres passés. La découverte des faits par la banque conduisit celle-ci à liquider en urgence les opérations en cause. L'opérateur de marché fut alors poursuivi des chefs d'abus de confiance⁵, d'introduction frauduleuse de données dans un système de traitement automatisé de données⁶ et de faux et usage de faux⁷. Le Tribunal de grande instance de Paris⁸ et la Cour d'appel de Paris⁹ ont successivement apprécié le préjudice pour la banque à 4 915 610 154 euros. En dépit du caractère astronomique de cette somme, les peines encourues par l'agent demeuraient celles imposées par les règles gouvernant le cumul d'infractions, à savoir cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

715. Illustration : l'indifférence du montant modique de la perte subie par la victime. À

l'inverse, le fait qu'un bien n'ait qu'une valeur marchande insignifiante n'exclut pas qu'il puisse

¹ V. par ex. art. 311-4-2, 1° et 322-3-1, 1° CP pour l'aggravation du vol ou de la destruction d'un bien classé ou inscrit en application des dispositions du Code du patrimoine. V. également art. 311-4-2, 2° et 322-3-1, 2° CP pour l'aggravation du vol ou de la destruction d'une découverte archéologique.

² Sur laquelle cf. *supra*, n° 544 et s.

³ En cas de pénétration, la qualification de viol (art. 222-23 CP) est applicable. En l'absence de pénétration, les faits ne pourront être qualifiés que d'agressions sexuelles (art. 222-27 et s. CP).

⁴ Sur lesquelles cf. *supra*, n° 293 et s. (incriminations), n° 405 et s. (preuve du motif raciste), n° 423 et s. (preuve du motif raciste) et n° 437 et s. (présomption du motif raciste).

⁵ Art. 314-1 CP.

⁶ Art. 323-3 CP.

⁷ Art. 441-1 CP.

⁸ TGI Paris, 5 octobre 2010, n° 0802492011 ; *Juris-Data* : 2010-026766.

⁹ CA Paris, Pôle 5, 12^e ch., 24 octobre 2012, n° 1, 11/00404 ; *Juris-Data* : 2012-023684.

faire l'objet d'un vol¹ par exemple. La jurisprudence a ainsi retenu la qualification de vol en cas de soustraction d'un vase et de fleurs disposées sur un tombeau², de copies d'examens³, d'un courrier⁴, de dossiers appartenant à un hôpital⁵ ou encore de biscuits de supermarché déjà destinés à la destruction après que les paquets en aient été ouverts par des clients⁶. La solution est également transposable à d'autres infractions telles que l'abus de confiance⁷. Le détournement d'une simple lettre⁸ ou de l'écrit constatant un contrat⁹ a pu être sanctionné sous cette qualification. L'indifférence du préjudice économique de la victime est bien admise et ne semble pas devoir être remise en cause.

716. La première exception apparente : l'adaptation des peines d'amende du recel et du blanchiment. Le recel¹⁰ et le blanchiment¹¹ ont en commun d'être des infractions de conséquence¹², ainsi que d'être sanctionnés d'une amende dont le montant peut être élevé jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés¹³ ou des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment¹⁴. Dans ce cas précis, la loi tient indéniablement compte de la valeur des biens sur lesquels a porté l'infraction, puisqu'elle permet d'adapter la peine d'amende encourue en conséquence, à condition que la peine initiale soit inférieure à la moitié de la valeur du ou des biens concernés. Néanmoins, ces deux infractions ne causent pas de victime pénale substantielle. Elles visent à sanctionner ceux qui apportent, en connaissance de cause, une assistance postérieure aux auteurs d'une infraction initiale. Ces incriminations proviennent de l'idée, déjà mise en avant par d'anciens adages germaniques, selon laquelle « le receleur vaut le voleur » (*Der Hebler ist so gut als der Stebler*) et « cacher une trouvaille est aussi bien que voler » (*Einen Fund verhehlen ist so gut wie stehlen*)¹⁵. Ces incriminations participent également à une lutte préventive contre la délinquance, reposant sur le fait que peu de voleurs passeraient à l'acte sans la certitude de pouvoir tirer un bénéfice économique de leur larcin. Il n'y aurait donc pas de voleur sans

¹ W. JEANDIDIER, « Vol », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 311-1 à 311-16, fasc. 20, n° 19.

² Crim. 8 février 1977, *Bull. crim.* n° 52.

³ CA Paris, 24 juin 1965, *JCP G* 1966, II, 14700. Nombre d'étudiants contesteraient probablement le peu de valeur de leurs œuvres.

⁴ Crim. 18 juin 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 660.

⁵ Crim. 3 mai 2001, n° 00-84.301.

⁶ CA Aix-en-Provence, 13^e ch. corr., 26 septembre 2001, n° 1464/D/2001AV, *Juris-Data* : 2001-161066.

⁷ Sur ce point, V. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, n° 632 et 633.

⁸ Crim. 27 janvier 1837, *S.* 1838, 1, 334.

⁹ Crim. 1^{er} décembre 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. 29, obs. M. VERON.

¹⁰ Art. 321-1 et s. CP.

¹¹ Art. 324-1 et s. CP.

¹² En ce sens, V. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, coll. Manuel, 3^e éd., 2013, n° 365 et s.

¹³ Art. 321-3 CP.

¹⁴ Art. 324-3 CP.

¹⁵ Adages cités par A. LAINGUI, in « Les adages du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1986, p.46, spéc. pp. 57-58.

recéleur¹. Par conséquent, ces incriminations ne s'attachent pas véritablement à la protection d'une valeur sociale dont une personne déterminée serait titulaire. Il est donc exclu de considérer que ces dispositions permettent une adaptation de la répression pénale à l'ampleur du dommage économique touchant la victime.

717. La seconde exception apparente : l'adaptation des peines d'amende de certaines infractions boursières. De la même façon, la peine encourue par l'auteur d'une atteinte à la transparence des marchés financiers peut être modulée en fonction de la valeur du produit de l'infraction. Le montant de l'amende encourue peut être porté jusqu'au décuple du profit éventuellement réalisé par l'auteur d'un délit d'initié², d'une manipulation de cours³ ou d'une fausse information du marché⁴. En vertu de l'article L. 621-15, III du Code monétaire et financier, le même mécanisme s'applique par ailleurs aux sanctions que peut prononcer l'Autorité des marchés financiers en cas de manquement administratif d'initié, de manipulation de cours ou de fausse information des marchés. Cependant, les délits boursiers ne sont pas de simples appropriations frauduleuses dans lesquelles le gain obtenu par l'agent correspond à la perte subie par la victime. Si la peine d'amende est bien modifiée en fonction du profit que l'agent a retiré de la commission de l'infraction, il faut observer que ce profit ne correspond pas nécessairement à l'appauvrissement de la victime. La valeur protégée par ces différentes incriminations est le bon fonctionnement du marché et la confiance que les acteurs doivent pouvoir placer dans les informations qui leur parviennent sur l'état du marché. M. CONTE évoque en ce sens des incriminations destinées à assurer l'égalité des investisseurs en leur assurant un égal accès à l'information⁵. Ces infractions peuvent causer plus spécifiquement un préjudice à une société particulière et à ses actionnaires, mais il s'agira alors d'un préjudice résultant de faits constitutifs d'une infraction pénale, donc réparable par la voie de l'action civile⁶. De plus, quand bien même considèrerait-on que ces personnes sont victimes pénales de l'infraction, il n'en demeure pas moins que leur préjudice est autonome et n'est aucunement le décalque du gain obtenu par

¹ En ce sens, M. CLARKE observe que la plupart des voleurs se concentrent sur un petit nombre d'objets cibles, les *hot products*, c'est-à-dire ceux que leur valeur, leur accessibilité, leur disponibilité, leur aptitude à être dissimulés ou déplacé rendent les plus susceptibles d'intéresser les recéleurs (cité par P. MORVAN, in *Criminologie*, Litec, coll. Manuel, 1^e éd., 2013, n° 130).

² Art. L. 465-1 al. 1^{er} (initiés primaires), al. 2 (initiés secondaires) et al. 3 (initiés tertiaires) CMF. Sur le délit d'initié et les différentes catégories d'initié, V. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 929 et s.

³ Art. L. 465-2 al. 1^{er} CMF. Sur ce délit, V. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 974 et s.

⁴ Art. L. 465-2 al. 2nd CMF. Sur ce délit, V. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 962 et s.

⁵ PH. CONTE, « Bourses – Activité des marchés d'instruments financiers », *JurisClasseur Pénal des Affaires*, fasc. 20, n° 2 et n° 46.

⁶ V. par ex. Crim. 11 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 224, *RTD Com.* 2003, p. 336, note N. RONTCHEVSKY. Dans cet arrêt remarqué par la doctrine, la Cour de cassation a admis la constitution de partie civile d'un actionnaire du chef de délit d'initié commis par les administrateurs de la société. S'agissant de l'infraction de fausse information du marché, V. par ex. Crim. 15 mars 1993, *Bull. crim.* n° 113 (constitution de partie civile de porteurs des titres de la société concernée par les fausses informations).

l'agent. Dans le cadre des infractions boursières, l'adaptation de la répression pénale n'est donc pas fonction du dommage matériel subi par la victime pénale substantielle, mais de l'éventuel profit retiré de l'infraction par son auteur. Si le principe d'indifférence de la gravité matérielle de l'atteinte aux biens subie par la victime est ici sauf, ce dernier n'est pas absolu pour autant.

b) Les exceptions au principe d'indifférence légale de la gravité matérielle des atteintes aux biens

718. La première exception réelle : la référence au dommage léger en matière de destructions, dégradations et détériorations de biens. À l'indifférence de principe de la gravité du dommage matérielle, il semble toutefois pouvoir être trouvé une exception. La classe de l'infraction de destruction, dégradation et détérioration de biens varie selon l'ampleur du dommage causé. Simple contravention lorsque le dommage causé au bien est léger¹, les faits accèdent à la qualification délictuelle lorsque le dommage est plus important², ou que ce dommage résulte de l'apposition d'inscriptions, de signes ou de dessins sur une façade, un véhicule, une voie publique ou un élément du mobilier urbain³. Certes, l'admission de la distinction entre dommage et préjudice⁴ devrait conduire à considérer que le dommage auquel fait référence le texte pénal ne se confond pas avec le préjudice économique subi par la victime⁵. Pourtant, si le dommage doit être compris comme la lésion brute, alors il ne résulte pas de la destruction, la dégradation ou la détérioration, mais réside dans ces atteintes elles-mêmes. Par conséquent, il semble qu'il y ait en la matière un exemple d'emploi par le législateur du terme « dommage » pour désigner ce que la doctrine qualifie de « préjudice »⁶. Cette analyse paraît confirmée par le fait que le texte contraventionnel réprime également la destruction du bien⁷, ce qui devrait conduire à considérer que le caractère léger du dommage ne renvoie pas uniquement à l'ampleur des dégâts subis par le bien⁸. Il pourrait alors également découler de la faible valeur du

¹ Art. R. 635-1 CP.

² Art. 322-1 al. 1^{er} CP.

³ Art. 322-1 al. 2nd CP.

⁴ Sur laquelle cf. *supra*, n° 10.

⁵ En ce sens, V. E. GARÇON et R. OLLARD, « Destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas un danger pour les personnes », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 322-1 à 322-4-1, fasc. unique, n° 79 et s.

⁶ Un autre exemple peut être trouvé dans l'article 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à améliorer la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Le troisième alinéa de ce texte fait référence aux « dommages résultant des atteintes à sa personne », expression dans laquelle la doctrine reconnaît la définition du préjudice corporel.

⁷ L'ancien article 434 al. 1^{er} du Code pénal de 1810 (dans sa rédaction issue de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* du 3 février 1981, p. 415) réprimant les destructions et dégradations correctionnelles prévoyait que la qualification délictuelle était encourue « *sauf s'il s'agit de détériorations légères* ». *A contrario*, il faut en déduire que la destruction du bien ne pouvait être considérée comme légère.

⁸ Il s'agit là de la position classique de la jurisprudence. Ainsi, le fait de maculer de peinture un bien appartenant à autrui pourra être qualifié d'atteinte contraventionnelle lorsque la peinture peut être enlevée facilement, sans dégradation du support (en ce sens *a contrario*, V. CE, 7^{ème} et 10^{ème} ss-sect. réunies, 6 décembre 1999, n° 192795) ou d'atteinte délictuelle lorsque la peinture a atteint et détérioré le support (en ce sens, V. Crim. 1^{er} juin 1994, n° 93-84.966).

bien, ainsi que semble l'illustrer un jugement du 24 décembre 1952¹. En l'espèce, l'agent avait volontairement brûlé une feuille de papier, la détruisant donc totalement. Si la qualification contraventionnelle² avait pu être retenue, ce n'est pas en raison de la ténuité du dommage, puisque le bien n'aurait pu subir une atteinte plus importante, mais bien en raison de la faible valeur du bien lui-même³, même si force est de reconnaître le peu de poids de cette décision. De plus, cette solution s'accorde mal avec la distinction doctrinale du dommage et du préjudice. La référence au préjudice devrait se substituer dans le texte à la référence au dommage. À défaut, le dommage léger devrait s'entendre de la simple détérioration sans gravité et l'hypothèse contraventionnelle mériterait d'être limitée en conséquence.

719. La seconde exception réelle : la modulation du montant de l'amende de destruction d'un bien culturel. Par ailleurs, lorsque la destruction porte sur un bien classé ou inscrit au patrimoine historique, une découverte archéologique, un édifice affecté au culte, un bien culturel, un bien exposé, conservé ou déposé dans un musée, une bibliothèque, une médiathèque ou un service d'archives, un bien détenu par une personne publique ou chargée d'une mission d'intérêt général ou un bien affecté au culte, l'alinéa 6 de l'article 322-3-1 permet d'augmenter le montant de l'amende encourue jusqu'à la moitié de la valeur du bien visé. Si la rivière de diamants n'est pas plus protégée que la cuillère en inox, dégrader la Joconde pourra coûter infiniment plus cher à l'auteur de cet acte que déchirer l'ouvrage qu'il aura emprunté à la bibliothèque de son quartier.

720. L'existence d'une évolution spatiale et transdisciplinaire. En dehors de ces deux exceptions, limitées à une infraction particulière, la valeur du bien sur lequel porte l'infraction est sans influence sur la peine encourue par l'auteur. La valeur du bien sera en revanche prise en compte au titre de l'action civile afin de déterminer le montant de la réparation à laquelle pourra prétendre la victime. Il faut donc constater que le critère de gravité matérielle des atteintes aux biens, est indifférent en droit pénal français alors qu'il est employé par certains droits pénaux étrangers et par certaines branches extra-pénales du droit français. La signification de cette exclusion sera présentée ultérieurement⁴, ce qui importe ici est de constater une évolution dans l'espace et au sein des disciplines juridiques. Les critères d'influence pénale de la victime subissent également des évolutions temporelles, telles que l'évolution des fonctions et activités sociales particulièrement protégées.

¹ T. corr. Saint-Mihiel, 24 décembre 1952, *D.* 1953, jur. p. 88.

² Art. R. 38-6 des anciennes dispositions du Code pénal.

³ V. cependant *contra* PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 4^e éd., 2013, n° 660.

⁴ Cf. *infra*, n° 766 et s. et spéc. n° 768.

B/ L'ÉVOLUTION DU CRITÈRE DES FONCTIONS ET ACTIVITÉS SOCIALES PARTICULIÈREMENT PROTÉGÉES

721. Constantes et évolutions des critères tenant aux fonctions protégées. Toute société se caractérise par une forme d'organisation sociale, ce qui implique que certaines personnes soient chargées de prendre part à cette organisation car, comme l'écrivit MONTESQUIEU, « *une société ne saurait subsister sans un gouvernement* »¹. La hiérarchie sociale, quoique différente selon les époques et les systèmes, a toujours bénéficié d'une forme de protection pénale (1). En revanche, les valeurs que chaque organisation sociale entend promouvoir et protéger sont relativement diverses. Les exemples en sont trop nombreux pour faire l'objet d'une présentation exhaustive, car chacun mériterait une étude en soi. C'est pourquoi il ne sera donné qu'un bref aperçu de l'une d'entre elles, la sanction pénale des atteintes à la religion (2).

1) Les évolutions des atteintes aux hautes autorités de l'État

722. Sous l'Antiquité romaine. Les autorités² ont bénéficié d'une protection pénale renforcée à travers les âges, mais le choix des autorités a varié. Déjà dans le droit pénal de l'Antiquité romaine, les infractions visant des hauts personnages de l'État étaient plus sévèrement sanctionnées³. Il en allait ainsi des atteintes aux patriciens (*perduellio*), auxquelles on adjoignit les atteintes aux magistrats plébéiens (*majestas*). Au cours du temps, la notion de *majestas* a évolué, sans être clairement définie, ce qui a permis une certaine souplesse et même des abus dans l'application de l'incrimination. Alors qu'elle ne concernait sous le Principat (-27 à 285 ap. J.-C.) que le *princeps Senatus*, littéralement « le premier du Sénat », titre porté par les empereurs romains sous cette période, elle fut étendue aux membres de la famille impériale sous le Dominat (285 à 476 ap. J.-C.).

723. Sous l'Ancien Régime. Dans l'Ancien Droit, l'infraction visant les plus hauts personnages est le célèbre crime de lèse-majesté, ou *crimen majestatis*⁴. Précisons que, si l'appellation de « Majesté » était réservée au roi, la qualification de crime de lèse-majesté a également pu être appliquée aux proches du roi, aux membres des Parlements puis, sous l'impulsion du cardinal de Richelieu, aux ministres, aux chefs militaires ainsi qu'aux gouverneurs des provinces. La répression de tels actes était sévèrement aggravée. Outre une amende et une mise à mort par écartèlement précédée de tortures diverses et variées, le condamné pouvait

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I, I, III, Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008 [1748], p. 66.

² On désigne ici non le pouvoir de commander reconnu aux organes et agents publics, mais les personnes et organes investis de ce pouvoir (G. CORNU (dir.) – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, entrée « autorité »).

³ Sur la question, V. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 25.

⁴ Sur lequel V. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 171.

également voir sa demeure rasée et sa famille condamnée au bannissement perpétuel. Quant aux modalités de poursuite, notons que la dénonciation de l'infraction était obligatoire et qu'aucune excuse ne pouvait être invoquée. Il était donc possible de sanctionner le dément, ce qui démontrait une volonté d'assurer une protection absolue aux plus hauts personnages de l'État via une conception purement objective de l'infraction. Sous ces hauts personnages se déroulait toute une hiérarchie sociale et la gravité des infractions décroissait à mesure qu'on y descendait. M. CARBASSE rapporte ainsi que les usages issus de la loi germanique avaient conduit à une échelle de valeur du *Wergeld*, ou « prix du sang » destiné à racheter la commission d'un meurtre : six onces d'or pour le meurtre d'un paysan, douze pour celui d'un chevalier, soixante pour celui d'un petit seigneur ayant cinq chevaliers et le montant croît ensuite avec le nombre de chevaliers¹.

724. Dans l'actuel droit pénal. Une telle conception serait inenvisageable de nos jours, ce qui n'empêche nullement de tenir semblablement compte de la fonction exercée par la victime. Les textes actuels en la matière ont déjà été présentés à l'occasion de cette étude². Il suffira de rappeler que la protection pénale accrue est davantage associée à la fonction elle-même qu'à la personne de son titulaire. Elle est semblablement reconnue à l'ensemble des personnes incarnant et agissant au nom de l'État, depuis le Président de la République jusqu'aux simples personnes chargées d'une mission de service public. Seuls quelques acteurs sociaux privés voient les atteintes qu'ils subissent aggravées et les ministres d'un culte n'en font pas partie, à l'inverse de ce qui s'est longtemps pratiqué.

2) L'évolution des atteintes à la religion

725. Le traitement passé des atteintes à la religion. Si l'on admet que « le crime consiste à offenser certains sentiments ou certaines croyances auxquels une collectivité est particulièrement attachée à un moment donné »³, il en résulte nécessairement qu'un même comportement sera différemment sanctionné dans le temps et dans l'espace. Ainsi par exemple, le droit pénal a longtemps été lié au phénomène religieux, ce qui explique que les infractions contre la religion aient été considérées comme des crimes majeurs⁴. Le droit pénal romain connaissait ainsi le *sacrilegium*, sacrilège au sens propre, c'est-à-dire le vol d'une chose appartenant à un temple, plus sévèrement sanctionné que le vol ordinaire⁵. Selon CICERON, le vol d'un objet de culte ou même d'un objet confié au dépôt d'un temple devait conduire à qualifier son auteur de parricide⁶.

¹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 53.

² Cf. *supra*, n° 270 et s. (incriminations), n° 408 et s. (motif de commission de l'infraction), n° 432 et s. (présomption de connaissance des fonctions) et n° 570 et s. (nature des fonctions protégées).

³ A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 1985, p. 4.

⁴ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 5.

⁵ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 25.

⁶ CICERON, *Des lois*, II, IX, traduit par CH. APPUHN, GF Garnier-Flammarion, 1965, p. 157.

« Quant au parjure, les dieux le punissent par la mort, les hommes par l'infamie »¹. Sous l'Ancien Régime, les atteintes aux personnes qui se consacraient à la religion tombaient sous la qualification de profanation et leur répression était aggravée en conséquence². En effet, ces atteintes étaient perçues non seulement comme des atteintes à l'intégrité physique de la victime, mais également comme l'expression d'un mépris public envers la religion³. Le vol d'une chose sacrée faisait l'objet d'une répression aggravée et la notion même de sacrilège a été étendue. Ainsi, à partir du XVII^e siècle, le sacrilège ne s'entendait plus uniquement du vol d'un objet sacré, mais aussi du vol d'une chose profane dans un lieu sacré⁴, ce qui incluait donc les biens personnels des ecclésiastiques. La notion se rapprocha alors de celle de profanation. Au plan ecclésiastique, un canon du Décret de Gratien avait déjà considéré qu'une atteinte physique, morale ou patrimoniale envers un clerc pouvait être qualifiée de sacrilège et son auteur excommunié⁵. Était également sanctionné le blasphème⁶, entendu comme toutes les « imprécations verbales faites non seulement contre l'honneur de Dieu, mais encore contre l'honneur de la Sainte Vierge et de tous les saints et saintes du paradis. »⁷. Plus indirectement, on peut relever que les homicides étaient également perçus comme des atteintes à Dieu supposé à l'origine de cette vie⁸. Cela explique notamment que le suicide était sanctionné comme un homicide de soi-même⁹.

726. Fondements de la sanction des atteintes à la religion. Ce trop bref survol de l'histoire nous montre que la religion a fait l'objet d'une protection pénale particulière durant une longue période, celle-ci n'ayant cessé qu'à la Révolution française, date à laquelle le trouble à l'ordre social serait devenu le seul critère de l'infraction¹⁰. Couplée à l'idée que le droit pénal sanctionne les atteintes aux valeurs sociales essentielles¹¹, la sanction des atteintes à la religion amène à considérer que le respect de celle-ci a été perçu comme une valeur essentielle. Les atteintes portées aux personnes qui se consacraient à la religion, à leurs biens ou à ceux consacrés au culte étaient aggravées et seule la considération de l'importance de la religion paraît à même d'expliquer et justifier cette aggravation. L'atteinte au culte était perçue comme une atteinte à la divinité, or la société était, en partie au moins, instaurée par la divinité et fondée sur le respect qui lui serait dû. Il serait donc parfaitement possible de considérer que le droit pénal de l'Ancien Droit se

¹ *Ibid.*

² J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 176.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.* V. également « Sacrilège » in Y. JEANCLOS, *Dictionnaire de droit criminel et pénal – Dimension historique*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2011, p. 136

⁵ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français. Des origines à la Révolution*, CNRS éditions, 3^e éd., 2010 [1948], n° 179.

⁶ Sur lequel V. « Blasphème » in Y. JEANCLOS, *Dictionnaire de droit criminel et pénal*, op. cit., p. 24.

⁷ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 172.

⁸ A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, op. cit., p. 83.

⁹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 175.

¹⁰ A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, op. cit., p. 116.

¹¹ Cf. *supra*, n° 12 et s. et n° 35 et s. pour l'influence de ce rôle sur la conception pénale du résultat.

préoccupait tout autant du trouble à l'ordre public. Simplement, cette dernière notion revêtait un aspect différent de celui qui est le sien aujourd'hui puisqu'il s'agirait d'une notion évolutive¹.

727. De la protection pénale de la religion à la protection de l'appartenance religieuse

La liberté d'opinion, posée à l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et dont découle la liberté de culte s'opposerait ainsi dorénavant à ce qu'une religion bénéficie d'une protection pénale plus importante qu'une autre. De même, puisque religions et athéisme doivent bénéficier d'une égale considération, aucune religion ne devrait bénéficier d'un statut par principe plus protecteur. Si les religions ne sont plus protégées en tant qu'institutions, cela n'empêche pas que le droit pénal tienne compte de l'aspect religieux. Ainsi, les destructions de biens ne présentant pas un danger pour les personnes sont aggravées lorsqu'elles sont commises sur un édifice affecté au culte ou dans un tel lieu². De même, sont aggravées certaines infractions dont la victime a été choisie en se fondant sur des critères religieux³ ou encore la diffamation ou l'injure commise à l'encontre d'un ministre de l'un des cultes salariés par l'État⁴. Reste que si la religion est toujours une réalité sociale dont le législateur peut tenir compte, elle n'est plus l'un des fondements de l'organisation sociale⁵, méritant en tant que tel une protection spécifique. Ce n'est donc qu'au travers des individus qui choisissent d'y adhérer qu'une religion bénéficiera de la protection pénale. L'évolution de la société a conduit à ce que la religion en elle-même soit relativement délaissée, de la même manière qu'elle a conduit à ce que le rôle de certains critères soit modifié.

II – L'ÉVOLUTION DU RÔLE DES CRITÈRES RETENUS

728. La multiplicité des évolutions du rôle des critères. Certains critères d'influence de la victime ont toujours été pris en compte et d'une façon cohérente. Le comportement infractionnel agressif de la victime a par exemple toujours justifié un droit de légitime défense⁶. D'autres critères, s'ils ont également été pris en compte avec constance à travers les époques, l'ont été afin de justifier des solutions différentes. Ainsi, le lien familial existant entre l'auteur et la victime, source d'aggravation de l'infraction, a également pu, à certaines époques, légitimer la commission

¹ V. PH. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 141.

² Art. 322-3-1, 2° et 3° CP.

³ Encore qu'en raison de l'appréciation subjective, il faille considérer que seule importe le motif ayant inspiré l'auteur de l'infraction, l'appartenance ou la non-appartenance religieuse de la victime étant secondaire. Sur ce point, cf. *infra*, n° 298 et s.

⁴ L. 29 juillet 1881, art. 31 pour la diffamation, art. 33 pour l'injure.

⁵ Sur la dissociation entre religion et politique dans les sociétés occidentales contemporaines, V. P. COLIN, « La religion et la démocratie moderne », in *Dictionnaire de philosophie politique*, ss la direction de PH. RAYNAUD et S. RIALS, PUF, coll. Quadrige, 3^e éd., 2008, entrée « Religion ».

⁶ Cf. *supra*, n° 95.

Seconde partie – Titre second – Chapitre second : L'impermanence des critères due à l'évolution des valeurs protégées

de certaines atteintes (A). Le paroxysme de cette évolution du rôle dévolu à un critère est atteint lorsqu'une même circonstance justifie des solutions résolument opposées à des époques différentes. Une illustration extrême en est donnée par la loi spartiate, instaurée par Lycurgue et rapportée par PLUTARQUE, selon laquelle le nouveau-né atteint d'une malformation ou doté d'une faible constitution devait être abandonné, voire projeté dans le gouffre des Apothètes¹. CICERON mentionne une disposition semblable dans la Loi des Douze Tables². La vulnérabilité physique justifiait alors le meurtre, tandis qu'elle en constituerait aujourd'hui une circonstance aggravante³, de la même façon qu'elle constituerait la condition préalable à l'infraction de délaissement d'une personne hors d'état de se protéger⁴. D'une portée plus importante encore est l'esclavage, passé de statut juridiquement consacré et limitatif du droit à la protection pénale à infraction pénalement réprimée (B).

A/ L'ÉVOLUTION DU RÔLE DU CRITÈRE DU LIEN FAMILIAL UNISSANT L'AGENT À SA VICTIME

729. L'existence de liens familiaux entre l'auteur et la victime a toujours justifié une certaine sévérité de la loi pénale, en raison de la trahison du lien de confiance dont témoigne l'infraction (1). Toutefois, les liens familiaux ont également pu, par le passé, justifier la commission de certains actes que le droit pénal actuel aggrave au contraire (2).

1) L'égle sévérité de principe à l'égard des infractions intrafamiliales

730. La sévérité historique envers les atteintes intrafamiliales. À l'origine, cette prise en considération des liens familiaux entre auteur et victime s'exprimait notamment par l'existence d'incriminations spécifiques, telles que l'infanticide ou le parricide. Dans le droit pénal romain, la *lex Pompeia de paricidiis* a étendu la qualification de parricide à l'ensemble des meurtres commis au sein de la famille⁵. Dans l'Ancien droit, le parricide et les autres « homicides de trahison » constituaient des crimes atroces, auxquels le supplice de la roue était, en pratique, réservé⁶. De manière générale, l'arbitraire des juges leur permettait de tenir compte des liens unissant l'auteur à sa victime⁷. Le rapport de confiance antérieur à la commission de l'infraction était également pris

¹ PLUTARQUE, *Vie des hommes illustres*, T. I, « Vie de Lycurgue », XXV, trad. par D. RICARD, 1830.

² CICERON, *Des lois*, Livre III, VIII, trad. par CH. APPUHN, Garnier-Flammarion, 1965, p. 187.

³ Art. 221-4, 1° (le nouveau-né étant un mineur de quinze ans) et 3° CP.

⁴ Art. 223-3 et 223-4 (le délaissement ayant de fortes chances d'entraîner la mort) CP. Le Code pénal prévoit cependant une incrimination spécifique de délaissement du mineur de quinze ans, catégorie à laquelle appartient le nouveau-né, et plus lourdement sanctionnée (art. 227-1 et 227-2 CP).

⁵ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 24. La qualification de parricide pouvait ainsi être appliquée au meurtre de tout ascendant, mais également de tout descendant, du frère ou de la sœur, de l'oncle ou la tante, du cousin germain, du conjoint et même du patron.

⁶ *Ibid.*, n° 128.

⁷ *Ibid.*, n° 117 et s.

en considérations dans les atteintes aux biens¹. Par la suite, le Code pénal de 1810 aggrava les blessures volontaires commises envers un ascendant ou un descendant², mais surtout il réserva des dispositions spéciales au parricide, défini comme « *le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs ou de tout autre ascendant légitime* »³ et à l'infanticide, entendu comme « *le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né* »⁴. De cette brève présentation⁵, il ressort que, dans ses états antérieurs, le droit pénal traitait avec sévérité essentiellement les atteintes dirigées contre le père de famille et l'autorité qu'il représentait, ou plus généralement les atteintes aux aînés auquel est dû un respect particulier. Les textes de l'actuel Code pénal visent de plus nombreuses hypothèses.

731. L'actuelle aggravation des infractions intrafamiliales. Les actuelles dispositions du Code pénal ont globalement abandonné l'emploi d'incriminations spécifiques pour retenir l'usage de la circonstance aggravante. L'état du droit en la matière ayant déjà été présenté lors de cette étude⁶, il suffira d'en rappeler les principaux aspects. Le Code pénal aggrave les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité physique lorsqu'elles sont commises sur un ascendant légitime ou naturel, sur les père ou mère adoptifs ou sur le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à l'auteur de l'infraction par un pacte de solidarité⁷. Les atteintes volontaires à l'intégrité physique sont par ailleurs aggravées lorsque la victime est un mineur de quinze ans et surtout sur-aggravées lorsque l'agent est un ascendant légitime, naturel ou adoptif du mineur de quinze ans, ou a sur ce mineur une autorité de droit ou de fait⁸. Seule la minorité de quinze ans peut aggraver les atteintes volontaires à la vie⁹, ce qui permet toujours d'aggraver la peine de l'infanticide. Enfin les agressions sexuelles¹⁰, l'atteinte sexuelle sans violence, contrainte ou menace sur un mineur¹¹, la

¹ *Ibid.*, n° 190. Le vol commis par un vassal au préjudice de son suzerain était ainsi qualifié de trahison. Postérieurement, le rapport de confiance a pu être pris en considération pour aggraver le vol commis au détriment d'un hôte ou par un domestique au détriment de son maître.

² Art. 312 ACP.

³ Art. 299 ACP. Le parricide présentait notamment la particularité de n'être jamais excusable (art. 323 ACP).

⁴ Art. 300 ACP.

⁵ Pour une présentation plus détaillée de l'évolution des infractions intrafamiliales, V. P. COUVROT, « Le droit pénal de la famille », *Rev. sc. crim.* 1969, p. 807 ; A. LAINGUI, « Le retour du bon sauvage », in *Une certaine idée du droit Mélanges offerts à André DECOCCO*, Litec, 2004, p. 385 et F. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 539.

⁶ Cf. *supra*, n° 597 et s. (incriminations), n° 620 et s. (droit de correction) et n° 625 et s. (immunité familiale).

⁷ Sont visés le meurtre (art. 221-4, 2° et 9° CP), l'empoisonnement (art. 221-5 al. 3 CP), les tortures et actes de barbaries (art. 222-3, 3° et 6° CP), les violences volontaires ayant entraîné la mort de la victime sans intention de la donner (art. 222-8, 3° et 6° CP), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, 3° et 6° CP), une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours (art. 222-12, 3° et 6° CP), une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail (art. 222-13, 3° et 6° CP) et l'administration de substances nuisibles (art. 222-15 CP).

⁸ Sont visées les tortures et actes de barbaries (art. 222-3, al. 18 CP), les violences volontaires ayant entraîné la mort de la victime sans intention de la donner (art. 222-8, al. 17 CP), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, al. 17 CP), une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours (art. 222-12, al. 22 CP), une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail (art. 222-13, al. 22 CP) et l'administration de substances nuisibles (art. 222-15 CP).

⁹ Art. 221-4, 1° CP pour le meurtre et art. 221-5 al. 3 CP.

¹⁰ Cela concerne le viol (art. 222-24, 4° CP) et les autres agressions sexuelles (art. 222-28, 2° CP).

¹¹ Art. 227-26, 1° CP pour le mineur de quinze ans et art. 227-27, 1° CP pour le mineur âgé de plus de quinze ans.

traite des êtres humains¹, le proxénétisme² et l'exploitation de la mendicité³ ou de la vente à sauvette⁴ sont aggravées lorsque ces infractions sont commises par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de la victime ou par toute personne ayant sur elle une autorité de droit ou de fait. Si la circonstance aggravante constitue la technique juridique principale d'adaptation de la répression à la gravité des atteintes intrafamiliales, certaines infractions spécifiques existent également.

732. Les actuelles infractions intrafamiliales spécifiques protégeant le mineur. Lorsque le Code pénal prévoit des incriminations intrafamiliales spécifiques, elles sont essentiellement destinées à protéger le mineur. Sont sanctionnés les comportements inadmissibles de ses parents, notamment leurs manquements à leur devoir d'éducation⁵. Ainsi, seuls les parents de la victime ou les personnes sur elle exerçant l'autorité parentale sont susceptibles d'être pénalement sanctionnés pour avoir privé de soins ou d'aliments un mineur de quinze ans au point de compromettre gravement sa santé⁶, de manquer à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur⁷ ou de ne pas l'inscrire dans un établissement d'enseignement⁸. En revanche, le texte de l'article 227-1 du Code pénal relatif au délaissement de mineur de quinze ans ne fait mention d'aucun lien entre l'auteur et la victime⁹, pas plus que les articles 349 et 352 du Code pénal de 1810¹⁰. L'existence d'un lien familial entre l'auteur et la victime n'a donc jamais constitué une condition préalable de cette infraction¹¹. Enfin, l'abandon de famille suppose que l'agent se soit vu judiciairement imposé le versement d'une pension, d'une contribution ou de subsides au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou d'un conjoint. Pour le droit pénal, la famille est donc loin d'être une *terra incognita* où les individus seraient laissés libres de régler eux-mêmes les dissensions. Pourtant, tel fût longtemps l'état du droit.

¹ Art. 225-4-2, I CP. L'aggravation suppose néanmoins que soit également constatée l'une des autres circonstances prévues à l'article 225-4-1, I du Code pénal. À défaut le lien unissant l'auteur à sa victime n'est qu'un élément constitutif potentiel de l'infraction.

² Art. 225-7, 5° CP.

³ Art. 225-12-6, 5° CP.

⁴ Art. 225-12-9, 5° CP.

⁵ Sur ces incriminations, cf. *supra*, n° 383 et n° 685 et s.

⁶ Art. 227-15 CP. Selon ce texte, la commission de cette infraction peut également être reprochée aux ascendants.

⁷ Art. 227-17 CP.

⁸ Art. 227-17-1 CP.

⁹ Sur l'application pratique de cette disposition, Mme AMBROISE-CASTEROT s'interroge cependant : « *Qui pourrait bien, à part un parent, délaisser un mineur dans un lieu quelconque ?* » : C. AMBROISE-CASTEROT, « Les infractions parentales », *D.* 2013, p. 1846. La citation se trouve p. 1849.

¹⁰ La qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité sur la victime constituait cependant une circonstance aggravante (art. 350 et 352 al. 2 ACP). GARÇON relevait déjà qu'en pratique, peu nombreux seront les cas dans lesquels l'auteur n'aura pas été un parent ou une personne ayant autorité sur la victime : E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1952, art. 349 à 353, n° 58 et s.).

¹¹ Dans le même sens, V. A. GOUTTENoire, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 28.

2) La disparition des infractions justifiées par l'autorité du père de famille

733. La toute puissance du pater familias dans le droit antique. Longtemps, la famille a été conçue comme une entité restreinte et autonome, placée sous la complète autorité d'un père de famille tout puissant. Ainsi, selon MM. LEVY et CASTALDO, la famille de la Rome primitive, ou *domus*, s'apparente à « une petite monarchie avec, à sa tête, un maître absolu »¹, le *paterfamilias*. Les femmes, déjà « exclues de la cité antique »², ne se voient pas reconnaître davantage de pouvoir au sein du groupe familial, au moins jusqu'à l'Antiquité tardive³. Seule personne pleinement capable, au sens juridique, le *paterfamilias* exerçait une autorité absolue sur le reste de la famille, emportant notamment droit de vie et de mort, tout comme droit de vendre ou d'exclure les membres de la cellule familiale⁴. La législation impériale viendra ensuite limiter cette toute-puissance paternelle et maritale⁵ et le relâchement des mœurs qui accompagna la fin de la République conduisit à alléger les sanctions de l'adultère féminin, ne laissant au mari que la possibilité de demander le divorce à des conditions avantageuses⁶. Sur ce dernier point toutefois, la législation du Bas-Empire (à partir du III^{ème} siècle ap. J.C.), notamment une constitution adoptée par l'empereur Constantin, réintroduisit la peine capitale pour la femme adultère, l'accusation étant strictement réservée au mari⁷. Ainsi, grâce à cette orientation générale du droit romain, nombreux étaient les comportements que le *paterfamilias* pouvait légalement adopter, tandis qu'ils auraient entraîné la condamnation d'un autre membre de la famille.

734. La puissance du père de famille dans le droit médiéval. L'Ancien droit, et tout particulièrement le droit médiéval, ne s'est pas montré beaucoup plus restrictif à l'endroit du mari et père de famille. Les coutumes consacrent la puissance maritale et l'époux est qualifié par les coutumiers de « baron de la femme »⁸, ou de « maître et seigneur de la communauté »⁹. En conséquence, si les époux délibèrent ensemble sur la conduite du ménage et l'éducation des enfants, la décision finale revient systématiquement au mari. L'autorité de ce dernier doit alors être assurée, au besoin par la violence. Aussi lui est-il reconnu un droit de correction sur sa femme, droit toutefois limitée par le fait qu'il doit s'exercer *secundum modum conjugalem*, c'est-à-dire avec modération, faute de quoi il dégénère en mauvais traitement¹⁰. Un texte normand du XIII^{ème}

¹ J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2010, n° 58.

² M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2011, n° 16 et s.

³ J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 106.

⁴ P. COUVRAT, « Le droit pénal et la famille », *Rev. sc. crim.* 1969, p. 807 et spéc. p. 809.

⁵ J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 64.

⁶ En cas de divorce motivé par l'adultère de la femme, celle-ci perdait un sixième de sa dot. V. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 26.

⁷ *Ibid.*

⁸ Notamment BEAUMANOIR, cité par J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 108.

⁹ Notamment LOISEL, cité par F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français. Des origines à la Révolution*, CNRS éditions, 3^e éd., 2010 [1948], n° 490.

¹⁰ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français. Des origines à la Révolution*, op. cit., n° 201. Dans le même sens, V. J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 108.

siècle invite ainsi la justice à ne pas inquiéter le chef de famille pour les coups qu'il peut donner à sa femme, ses enfants ou ses domestiques, dès lors qu'ils n'ont pas de conséquences importantes¹. Par ailleurs, seul l'adultère de la femme est réprimé, l'action étant réservée au mari², lequel bénéficiait d'une excuse de provocation, voire de l'impunité³. Cette même impunité était plus généralement reconnue, notamment à partir du XVI^{ème} siècle, aux pères et maris ayant réagi violemment à l'inconduite de leur fille ou de leur épouse⁴. Quant aux enfants, l'autorité du père comporte le même droit de correction. À la fin de l'Ancien Régime, les lettres de cachet seront notamment employées à cet escient⁵ et constitueront, à la veille de la Révolution, un reproche récurrent dans les cahiers de doléances.

735. La disparition progressive des prérogatives réservées au père de famille dans le Code pénal de 1810 : la sanction du meurtre d'honneur. À l'issue de la Révolution, la législation napoléonienne tente la conciliation des principes des Lumières et de ceux de l'Ancien Droit. Dans une formule proche des coutumes antérieures⁶, l'article 213 du Code civil prévoyait ainsi que le mari doit protection à sa femme et que celle-ci doit obéissance à son époux. Aussi, certains des aspects précédemment évoqués du droit pénal ont pareillement été intégrés au Code pénal de 1810. Le second alinéa de l'article 324 de ce Code excuse le meurtre commis par l'époux sur l'épouse adultère lorsqu'il la surprend avec son amant dans la maison conjugale. Cette disposition sera toutefois abrogée par l'article 17 de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce⁷. La peine encourue pour les différentes formes d'atteintes volontaires à la vie a même été aggravée lorsque l'auteur et la victime sont concubins, unis par un pacte civil de solidarité ou *a fortiori* mariés⁸.

736. La disparition progressive des prérogatives réservées au père de famille dans le Code pénal de 1810 : la répression du viol entre époux. Parallèlement, l'article 331 du Code pénal réprimait le viol, mais sans en donner la définition. La doctrine y avait remédié en proposant de définir le viol comme « *le coït illicite avec une femme qu'on sait n'y point consentir* »⁹,

¹ Ce texte est la *Summa de legibus Normannie*, citée par J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 108.

² J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 179.

³ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 127.

⁴ *Ibid.*

⁵ Sur la question, V. M.-Y. CREPIN, « La correction des enfants à travers les lettres de cachet », *Mémoires de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Bretagne*, 1997, p. 85 ; M.-Y. CREPIN, « Les « victimes » des lettres de cachet », in *La victime, T. 1, Définitions et statut*, textes réunis par J. HOAREAU-DODINAU, G. METAIRIE et P. TEXIER, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, n° 19, PULIM, 2008, p. 97 et spéc. pp. 104-107.

⁶ V. en ce sens F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français. Des origines à la Révolution*, op. cit., n° 201.

⁷ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* du 12 juillet 1975, p. 7171. L'article 17 se trouve p. 7177.

⁸ Art. 221-4, 9° CP pour le meurtre et, par renvoi, art. 221-5 al. 3 CP pour l'empoisonnement. Sur cette circonstance aggravante, cf. *supra*, n° 611 et s. et n° 615 et s.

⁹ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1956, art. 331 à 333, n° 15. Pour un bref historique des conceptions du viol et des peines le sanctionnant, V. Y. JEANCLOS, *Dictionnaire de droit criminel et pénal. Dimension historique*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2011, n° 153, entrée « Viol ».

Seconde partie – Titre second – Chapitre second : L'impermanence des critères due à l'évolution des valeurs protégées

définition dont il résultait d'abord que seule la femme pouvait en être victime¹ et ensuite que ne pouvait être sanctionnées les relations sexuelles imposées par le mari à son épouse² car celles-ci étaient licites au regard de l'article 214 du Code civil imposant, à l'époque³, la communauté de vie entre époux⁴. Les mentalités évoluant et la loi du 23 décembre 1980 ayant donné une nouvelle définition de l'incrimination de viol plus axée sur le défaut de consentement de la victime⁵, la jurisprudence évolua également. Un premier arrêt rendu en 1990 avait semblé amorcer un revirement mais son sens a été discuté par certains auteurs car, en l'espèce, les époux avaient été autorisés à résider séparément et la pénétration sexuelle avait été accompagnée de tortures et actes de barbaries⁶. Quoi qu'il en soit, la chambre criminelle de la Cour de cassation a par la suite clairement confirmé, dans un arrêt du 11 juin 1992⁷, que « *la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire* ». Cette nouvelle orientation, dont l'esprit a été approuvé par la Cour européenne des droits de l'homme⁸, a également été codifiée par la loi du 4 avril 2006⁹. L'alinéa 2 de l'article 222-22 du Code pénal prévoit désormais que les viols et autres agressions sexuelles peuvent être constitués même lorsque l'auteur et la victime sont unis par les liens du mariage¹⁰. De plus, la qualité de conjoint ou

¹ É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., n° 21.

² Crim. 19 mars 1910, *Bull. crim.* n° 153.

³ L'article 215 a depuis remplacé son prédécesseur immédiat. Ce changement s'est accompagné d'une modification de contenu, car l'article 215 du Code civil se contente de prévoir que les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie, alors que l'ancien article 214 imposait à la femme de résider là où son époux choisissait de résider et à ce dernier de recevoir sa femme dans le domicile conjugal.

⁴ É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., n° 23.

⁵ Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats à la pudeur, *JORF* du 24 décembre 1980, p. 328. L'article 1^{er} de cette loi portait une nouvelle rédaction de l'article 332 du Code pénal, au terme de laquelle le viol se définissait comme « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise* ».

⁶ Crim. 5 septembre 1990, *Bull. crim.* n° 313, *D.* 1991, p. 13, note H. ANGEVIN ; *JCP G* 1991, II, 21629, note M.-L. RASSAT. Illustration des débats suscités par cette décision, Mme RASSAT estime dans sa note que l'arrêt se refuse à trancher clairement la question du viol entre époux (dans le même sens, V. A. DARSONVILLE, « Viol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 38), tandis que M. ANGEVIN considère que l'arrêt a clairement tranché en faveur de la répression du viol entre époux. Il semble qu'il faille abonder dans le sens de ce dernier, au vu de l'attendu de l'arrêt selon lequel « *l'article 332 du Code pénal, en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte* ».

⁷ Crim. 11 juin 1992, *Bull. crim.* n° 232, *JCP G* 1993, II, 22043, note TH. GARE ; *D.* 1993, p. 117, note M.-L. RASSAT.

⁸ V. CEDH, 22 novembre 1995, *C.R. et S.W. c/ Royaume-Uni*, n° 335-B et n° 335-C (2 arrêts), *Rev. sc. crim.* 1996, p. 473, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RTD Civ.* 1996, p. 512, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein des couples ou commises contre les mineurs, *JORF* du 5 avril 2006, p. 5097. La modification est contenue dans l'article 11 du texte. Sur cette loi, V. D. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commise contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350.

¹⁰ Dans sa rédaction issue de la loi de 2006, cet alinéa comportait une seconde phrase mentionnant l'existence d'une présomption simple de consentement des époux aux relations sexuelles. Cette seconde phrase a par la suite été abrogée par l'article 36 de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* du 10 juillet 2010, p. 12762, loi sur laquelle V. A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 911.

concubin de la victime ou partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité en circonstance aggravante du viol¹ et des autres agressions sexuelles².

737. L'affaiblissement du pouvoir de correction des mineurs. Ainsi, ces différents comportements que les dispositions antérieures toléraient lorsqu'ils étaient commis par le père ou l'époux, sont désormais sanctionnés, et plus durement encore lorsque l'auteur en est le père ou l'époux. Toutes n'ont pas entièrement disparu, ainsi qu'en témoigne la persistance du pouvoir de correction des mineurs³. Issu de la coutume, mais parfois présenté comme une permission implicite de la loi⁴, le droit de correction est reconnu principalement aux parents⁵ et accessoirement aux enseignants⁶. Ce droit n'est donc plus l'apanage du père de famille tel qu'il le fût dans la Rome antique. De plus, ce droit tend à disparaître du fait de l'évolution des mentalités dans le sens d'une moindre tolérance envers l'emploi de la violence⁷. En témoigne l'article 19 § 1 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, lequel prohibe « toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation ». La jurisprudence n'admet désormais la justification que des corrections inoffensives⁸ et conformes à la dignité de l'enfant⁹. Il est donc probable que cette prérogative ira en déclinant. Seule l'immunité familiale constituera alors une justification spécifique des infractions intrafamiliales.

738. Le maintien d'une immunité familiale en matière d'atteintes aux biens. L'immunité familiale¹⁰ exclut que soient poursuivies les différentes appropriations frauduleuses¹¹ commises par un ascendant, un descendant ou l'époux de la victime, dès lors que les époux n'ont pas été autorisés à résider séparément. Cette institution pénale, si elle ne fait pas disparaître l'infraction¹², assure néanmoins l'impunité de son auteur, qui peut être aussi bien le mari que la femme, le parent que l'enfant. L'immunité familiale ne saurait donc être perçue comme la marque

¹ Art. 222-24, 11° CP.

² Art. 222-28, 7° CP.

³ Sur lequel cf. *supra*, n° 620 et s.

⁴ En ce sens, T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.* 1982, jur. p. 182, note D. MAYER.

⁵ V. par ex. Crim. 21 février 1990, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 785, obs. G. LEVASSEUR ; CA Angers, Ch. corr., 23 mars 2006, *JCP G* 2006, IV, 2905.

⁶ V. par ex. Crim. 31 janvier 1995, *Bull. crim.* n° 38, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 814, note Y. MAYAUD (*a contrario*) ; CA Versailles, 16 juin 2003, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 87, obs. Y. MAYAUD.

⁷ En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 1160 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^e éd., 2009, n° 320.

⁸ V. ainsi T. pol. Bordeaux, préc. (justification de la gifle donné par un enseignant dès lors que la santé de l'enfant n'a pas été compromise) ; Crim. 3 mai 1984, *Bull. crim.* n° 154 (exagération et multiplication des punitions ayant entraîné de nombreuses ecchymoses) ; Crim. 31 janvier 1995, préc. (évoque un droit de correction de l'éducateur qui doit s'exercer « de manière inoffensive »).

⁹ Sur ce critère, son appréciation et sa conciliation avec celui du caractère inoffensif des mesures de correction, cf. *supra*, n° 621.

¹⁰ Sur laquelle cf. *supra* n° 625 et s.

¹¹ L'immunité familiale est applicable au vol (art. 311-12 CP), à l'extorsion (art. 312-9 CP), au chantage (art. 312-12 CP), à l'escroquerie (art. 313-3 CP) et à l'abus de confiance (art. 314-4 CP).

¹² P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 291.

persistante d'une quelconque prérogative paternelle, mais comme la survivance d'une technique juridique destinée à préserver la paix des familles¹. De plus, le législateur a décidé de restreindre le domaine de cette immunité. L'article 9 de la loi du 4 avril 2006² a modifié le Code pénal afin d'exclure du bénéfice de l'immunité familiale les appropriations frauduleuses portant sur des objets ou des documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que documents d'identité, documents relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger ou encore moyens de paiement. Quoique maintenue dans son principe, l'immunité familiale s'en trouve restreinte, ce qui ne saurait décevoir étant donné les critiques qu'appelle cette institution pénale³. Les évolutions du rôle du critère tenant au caractère intrafamilial de l'infraction ont fréquemment conduit à renverser le sens de l'influence des liens familiaux unissant l'auteur à sa victime. Cela est encore plus évident s'agissant du critère tenant à la situation d'esclave de la victime.

B/ L'ÉVOLUTION DU RÔLE DU CRITÈRE TENANT À L'ESCLAVAGE DE LA VICTIME

739. L'esclavage emportant par nature restriction de la protection pénale. L'esclavage consiste à réifier un être humain, le transformer en objet d'un droit de propriété, objet que le propriétaire peut alors utiliser, céder ou échanger selon son bon vouloir⁴. Lorsque ce statut était juridiquement consacré, la commission d'un certain nombre d'atteintes envers l'esclave s'en trouvait légitimée (1). Gravement incompatibles avec le principe de dignité humaine, ces atteintes et le fait même de traiter autrui en esclave se trouvent désormais sévèrement réprimés (2).

1) La consécration historique du statut pénal inférieur de l'esclave

740. Déjà dans l'Antiquité et jusqu'à la II^{ème} République en France, l'esclave ne bénéficiait au mieux que d'une parodie de protection pénale (a), bien que la disparition de ce statut ait été précédée d'une relative amélioration aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles (b).

a) Le statut extrêmement défavorable de l'esclave au regard du droit pénal

741. La variété des statuts d'esclave dans les droits antiques. L'esclavage a existé dans la plupart des civilisations antiques et y a suscité des réactions diverses. Dans le cadre européen, on

¹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 282 ; É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, T. 37, 2002, n° 368. V. également J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 829. Ces auteurs estiment que l'immunité familiale repose sur un impératif de décence.

² Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein des couples ou commises contre les mineurs, *JORF* du 5 avril 2006, p. 5097.

³ Critiques sur lesquelles cf. *supra* n° 617 et n° 626 et s.

⁴ Y. JEANCLOS, *Dictionnaire de droit criminel et pénal. Dimension historique*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2011, n° 147, entrée « Traite ».

retiendra surtout les expériences grecques et romaines. Le droit hellène en la matière n'est pas évident à synthétiser, car l'esclavage y a recouvert des réalités bien diverses. À Athènes par exemple, l'esclave a d'abord été perçu comme un domestique (*oikétés*) inséré dans le groupe familial (*oikos*), avant d'être totalement réifié afin de répondre aux besoins suscités par l'exploitation des mines d'argent du Laurion¹. Par ailleurs, la situation de l'esclave athénien n'est pas celle de l'Ilote spartiate, lequel possède une famille et des biens². Chargé notamment de labourer la terre pour les Spartiates et d'accompagner les Hoplites au combat³, l'Ilote et s'apparente donc davantage à un serf au service de l'État. L'esclavage grec intéresse essentiellement par la défense qu'en en proposée les philosophes. PLATON fait ainsi s'interroger SOCRATE : « *Y a-t-il un semblant de justice dans le fait que les Grecs soient réduits en esclavage par des cités grecques ? Il faudrait même en dénier le droit, si possible, aux autres cités, en créant l'habitude de respecter la race grecque, ayant assez à faire pour éviter d'être esclave chez les Barbares.* »⁴. ARISTOTE⁵ estime quant à lui que « *le Grec au Barbare a droit de commander, puisque la nature a voulu que Barbare et esclave ce fût tout un* »⁶. Ces deux auteurs s'accordent donc à considérer que l'esclavage, s'il ne saurait être justifié entre Grecs, constitue la vocation naturelle des non-Grecs qualifiés de Barbares. ARISTOTE précise à ce titre qu'« *il est évident que les uns sont naturellement libres et les autres naturellement esclaves, et que, pour ces derniers, l'esclavage est utile autant qu'il est juste* »⁷. Reste cependant que, dans ses développements ultérieurs, l'auteur se montre relativement évasif sur ce qui permettrait d'identifier l'esclave par nature. Il refuse ainsi, à l'inverse des mœurs de l'époque, de considérer que le prisonnier de guerre puisse être esclave par nature⁸. À l'inverse, les Romains n'ont pas réellement cherché à justifier l'esclavage sur un plan théorique. Ceci s'explique notamment par le fait que, conscients des contradictions dont le statut de l'esclave est porteur⁹, les juristes romains n'ont jamais poussé à son terme la réflexion sur la *persona*¹⁰.

742. La réification de l'esclave de la Rome antique. En droit romain, l'esclave n'était initialement qu'une chose, classée jusqu'à Justinien parmi les *res mancipi*, celles dont l'importance est cause que la propriété n'en puisse être transférée que par un procédé formaliste¹¹. Le sort de

¹ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2011, n° 29.

² M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, op. cit., n° 82.

³ PLUTARQUE, *Vie des hommes illustres*, T. I, « Vie de Lycurgue », XXXV, trad. par D. RICARD, 1830.

⁴ PLATON, *La République*, § 469, trad. par J. CAZEAUX, Le livre de Poche, coll. Classiques de la philosophie, 1995, p. 231.

⁵ Pour une présentation approfondie de la position de ce philosophe, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, T. 37, 2002, n° 92 et s. ; M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, op. cit., n° 32. Ce dernier considère que la pensée d'ARISTOTE est subversive en ce que, paraissant approuver l'esclavage, elle remettrait en réalité en cause la conception de l'esclavage en vigueur dans la cité grecque.

⁶ ARISTOTE, *Politique*, Livre I, 1252b, § 5, trad. par J. BARTHELEMY-SAINT-HILAIRE, Librairie philosophique de Ladrange, 3^e éd., 1874.

⁷ ARISTOTE, *Politique*, op. cit., Livre I, 1255a, § 15.

⁸ ARISTOTE, *Politique*, op. cit., Livre I, 1255a, § 18.

⁹ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 85.

¹⁰ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, op. cit., n° 31.

¹¹ J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit privé*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2010, n° 212.

L'esclave a largement évolué au cours de l'Antiquité romaine. Dans la Rome primitive, l'esclave est inséré au groupe familial, la *domus*, où il subit la domination du *paterfamilias*¹ au même titre que les autres membres. À la fin de la République, en raison des nouvelles conquêtes et du développement de la piraterie, le nombre d'esclaves a explosé et leur statut s'est dégradé en conséquence, entraînant révoltes, puis la première guerre servile entre -135 et -131, suivie de la révolte de Spartacus entre -73 et -71². La Rome impériale produira une législation plus favorable aux esclaves, dont le nombre a décliné. Considéré comme une *persona* et plus uniquement comme un bien, l'esclave dispose d'un patrimoine de fait³. L'empereur Hadrien (117-138) adoptera notamment une législation sanctionnant les mauvais traitements injustifiés du maître sur l'esclave⁴. Sous Constantin (306-337), la mise à mort de l'esclave ne sera justifiée que si elle a été précédée d'une condamnation à mort de l'esclave par le Tribunal domestique⁵. Cependant, il faut relever que, parallèlement à cette évolution, la condition des salariés agricoles tend à se détériorer pour se rapprocher de celle des esclaves⁶, annonçant ainsi le colonat, ancêtre du servage⁷.

743. Le statut défavorable du serf moyenâgeux. Alors que l'Empire romain, miné par les invasions barbares, s'étiolait et cédait progressivement la place aux royaumes barbares, notamment aux royaumes Francs, l'esclavage antique s'effaça également. La dynastie carolingienne vit sa réapparition sous une forme spécifique, le servage. Le terme de « serf », dérivé de *servi*, désignait l'état de paysans non libres, attachés à une tenure et propriétés d'un seigneur. L'influence chrétienne exclut que la qualité de personne humaine puisse être déniée aux serfs⁸. L'Église acceptait donc par exemple que les serfs puissent se marier⁹, avec toutefois l'autorisation des seigneurs lorsque les futurs conjoints dépendent de seigneurs différents ou que l'un est un homme ou une femme libre¹⁰. Le statut servile emportait néanmoins d'importante restriction de la capacité juridique¹¹. Le serf dit « de corps et de poursuite » ne pouvait quitter la seigneurie sans autorisation du seigneur, faute de quoi ce dernier pouvait le traquer afin de l'y ramener au besoin par la force¹². Le serf n'était pas autorisé à témoigner contre un homme libre, en vertu du principe selon lequel l'honneur d'un homme libre ne saurait être terni que par le

¹ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, op. cit., n° 29.

² M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, op. cit., n° 388.

³ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, op. cit., n° 488.

⁴ *Ibid.*

⁵ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 90.

⁶ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, op. cit., n° 488.

⁷ Le colonat se caractérisait par le fait que le colon, en théorie libre, vit en réalité dans une quasi-servitude car il se trouve fixé de façon perpétuelle et héréditaire sur la terre qu'il a pour tâche d'exploiter. Sur le colonat, V. M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, op. cit., n° 570.

⁸ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 97.

⁹ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, CNRS éditions, 3^e éd., 2010 [1948], n° 184.

¹⁰ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, op. cit., n° 186.

¹¹ V. F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, op. cit., n° 186 et s.. V. également J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit privé*, op. cit., n° 869 pour l'incapacité testamentaire.

¹² F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, op. cit., n° 185.

témoignage d'un autre homme libre¹. À partir des XII^{ème} et XIII^{ème} siècles, le servage adopte sa forme définitive, mais entamera son déclin sous l'effet conjugué de la pression de l'Église en faveur de la liberté et des affranchissements collectifs, de l'amélioration de la situation économique et du développement des villes franches dont les chartes garantissaient la liberté aux serfs qui venaient s'y établir².

744. La réification de l'esclave des colonies. En parallèle du servage, l'esclavage au sens antique fit sa réapparition au XIII^{ème} siècle, dans le Midi de la France, sous l'influence de l'exemple des voisins Arabes. C'est cependant essentiellement suite à la découverte des Amériques que l'esclavage fut réintroduit dans un droit français désormais unifié par le pouvoir royal. Le « Code noir », en réalité *Édit du Roi touchant la Discipline des esclaves nègres des Isles de l'Amérique française* datant de mars 1685 et complété en mars 1724 par l'*Édit du Roi touchant l'État et la Discipline des esclaves nègres de la Louisiane*³, prévoit un statut extrêmement dur pour les esclaves. Ceux-ci sont explicitement réifiés par les articles 44 de l'Édit de 1685 et 40 de celui de 1724, lesquels les proclament biens meubles. Diverses peines sanctionnent sévèrement les infractions commises par les esclaves⁴. De plus, les articles 42 de l'Édit de 1685 et 38 de l'Édit de 1724 autorisent leurs maîtres à les faire enchaîner et battre de verges et des cordes « lorsqu'ils croiront que leurs esclaves l'auront mérité ». Le statut de l'esclave n'était donc guère enviable et semblait de plus incompatible avec l'humanité que ce « Code noir » lui reconnaissait en imposant qu'il soit baptisé et instruit dans la religion catholique, apostolique et romaine⁵, en permettant son mariage avec l'autorisation de son maître⁶ et en imposant que les esclaves baptisés soient enterrés en terre consacrée, dans les cimetières destinés à cet effet⁷. Cette législation ne pouvant nier l'humanité de ceux qu'elle réifiait pourtant, elle prévoyait certaines dispositions destinées à protéger les esclaves contre les excès de cruauté de leurs maîtres.

¹ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, op. cit., n° 186.

² F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, op. cit., n° 189.

³ Pour le texte de ces Édits, V. *Le Code noir et autres textes de lois sur l'esclavage*, Éditions Sèpia, 2006, pp. 11 et s.

⁴ Le port d'arme offensive ou d'un gros bâton par l'esclave pouvait être puni du fouet (art. 15 de l'Édit de 1685 ; art. 12 de l'Édit de 1724), de même que l'attroupement d'esclaves appartenant à différents maîtres est puni d'une peine corporelle « qui ne pourra être moindre que du fouet et de la fleur de lys » (art. 16 de l'Édit de 1685 ; art. 13 de l'Édit de 1724). Le maître qui aurait toléré une telle réunion n'était quant à lui passible que d'une amende. La mort venait sanctionner l'esclave reconnu coupable de coups et blessures sur son maître, la femme de son maître, sa maîtresse ou leurs enfants (art. 33 de l'Édit de 1685 ; art. 27 de l'Édit de 1724), voire de toute autre personne libre (art. 34 de l'Édit de 1685 ; art. 28 de l'Édit de 1724). Les vols commis par l'esclave étaient punis de peines afflictives et notamment du marquage (art. 35 et s. de l'Édit de 1685 ; art. 29 et s. de l'Édit de 1724). Quand un esclave prenait la fuite, il s'exposait à avoir les oreilles coupées et une fleur de lys marquée sur l'épaule, le jarret coupé et une seconde marque en cas de récidive, la mort venant sanctionner la troisième tentative d'évasion (art. 38 de l'Édit de 1685 ; art. 32 de l'Édit de 1724). Si les esclaves pouvaient être poursuivis pénalement (art. 32 de l'Édit de 1685 ; art. 26 de l'Édit de 1724), ils ne pouvaient en revanche être parties à un jugement civil, ni parties civiles à une instance pénale (art. 31 de l'Édit de 1685 ; art. 25 de l'Édit de 1724).

⁵ Art. 2 de l'Édit de 1685 ; art. 2 de l'Édit de 1724.

⁶ Art. 10 et 11 de l'Édit de 1685 ; art. 7 et 8 de l'Édit de 1724.

⁷ Art. 14 de l'Édit de 1685 ; art. 11 de l'Édit de 1724.

b) La reconnaissance progressive du caractère inacceptable du statut d'esclave

745. Le « Code noir » comme tentative d'encadrement des pratiques. Les deux Édits royaux contiennent certaines dispositions assurant une protection légale aux esclaves. Les articles 42 de l'Édit de 1685 et 38 de l'Édit de 1724, s'ils permettent aux maîtres de faire battre leurs esclaves, prohibent néanmoins les tortures et mutilations. Ces dispositions s'ajoutent aux rares protections que le « Code noir » garantissait aux esclaves¹, telles que l'interdiction des « *traitements barbares et inhumains* »² ou encore la sanction du meurtre de l'esclave par son maître³. Ainsi, tout en consacrant l'esclavage, ces textes constituaient également une tentative d'encadrer l'arbitraire des maîtres à l'égard de leurs esclaves. Cependant, outre que cette protection légale était limitée, elle demeurait souvent théorique⁴. Le grand principe révolutionnaire d'égalité entre les hommes aurait logiquement du sonner le glas de l'esclavage.

746. La tentative avortée d'abolition de l'esclavage. À la suite de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'esclavage fut aboli le 4 février 1794 par le Décret de la Convention nationale du 16 Pluviôse an II de la République *Qui abolit l'Esclavage des Nègres dans les Colonies*⁵. Ce texte prévoyait « *que les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français, et jouiront de tous les droits assurés par la Constitution* ». Cette prohibition de l'esclavage sur le sol français ne survécut pas au Consulat et l'esclavage fut réintroduit le 20 mai 1802 par la Loi du 30 Floréal an X de la République *relative à la traite des Noirs et au régime des colonies*⁶. Cette loi n'établissait aucun statut nouveau pour les esclaves mais remettait en vigueur dans toutes les colonies les lois et règlements antérieurs à 1789. L'esclavage ne sera alors pas remis en cause avant la II^{ème} République.

747. La contribution de la Cour de cassation à la protection des esclaves. Néanmoins, bien que maintenu, l'esclavage n'en demeurait pas moins en contradiction avec certains des principes mentionnés dans le Code civil de 1804 ou le Code pénal de 1810. Cependant, la promulgation du Code de procédure civile dans les colonies en 1828 permit à la Cour de

¹ Les maîtres ne pouvaient marier leurs esclaves contre leur gré (art. 11 de l'Édit de 1685 ; art. 8 de l'Édit de 1724). Les hommes libres avaient interdiction de travailler ou de faire travailler leurs esclaves les dimanches et les jours de fêtes (art. 6 de l'Édit de 1685 ; art. 5 de l'Édit de 1724). Les maîtres étaient par ailleurs tenus de fournir une ration minimum (dont le détail était fixé à l'article 22 de l'Édit de 1685 ; art.18 et 20 de l'Édit de 1724) ainsi que des vêtements (art. 25 de l'Édit de 1685 ; art. 18 et 20 de l'Édit de 1724) aux esclaves, sans pouvoir laisser ceux-ci assurer seuls leur subsistance (art. 23 et s. de l'Édit de 1685 ; art. 19 de l'Édit de 1724). Les esclaves infirmes par vieillesse ou maladie devaient être nourris et entretenus par leur maître (art. 27 de l'Édit de 1685 ; art. 21 de l'Édit de 1724). Enfin, le « Code noir » interdisait que puissent être saisis et vendus séparément le mari et la femme et leurs enfants impubères (art. 47 de l'Édit de 1685 ; art. 43 de l'Édit de 1724).

² Art. 26 de l'Édit de 1685 ; art. 20 de l'Édit de 1724.

³ Art. 43 de l'Édit de 1685 ; art. 39 de l'Édit de 1724.

⁴ É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 98.

⁵ *Le Code noir et autres textes de lois sur l'esclavage*, op. cit., pp. 69 et s.

⁶ *Le Code noir et autres textes de lois sur l'esclavage*, op. cit., pp. 73 et s.

cassation d'opérer un contrôle effectif sur les décisions des juridictions coloniales¹, quoique ses possibilités soient limitées par le fait que les esclaves ne pouvaient être parties à un jugement civil ou parties civiles à un jugement pénal². Ils ne pouvaient donc former de pourvoi en cassation et seul le pourvoi formé par une personne libre ou par le procureur dans l'intérêt de la loi permettait de porter l'affaire devant la Cour de cassation³. L'arrêt Antoine rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 17 août 1838⁴ permit de contourner en partie cette restriction en considérant que le pourvoi formé par un homme libre permet à la Cour de cassation de contrôler la décision rendue à l'égard des esclaves reconnus coauteurs ou complices de l'auteur du pourvoi. Par ailleurs, la Cour de cassation eut l'occasion de préciser que l'esclave ne devait pas être considéré comme une marchandise mais comme une personne non-libre⁵. De même, plusieurs arrêts de la chambre criminelle veillèrent à imposer aux juges coloniaux le respect des textes nouveaux⁶, notamment l'Ordonnance royale du 4 juin 1846 sur le régime disciplinaire des esclaves dont, par exemple, l'article 4 prohibait le recours aux châtiments corporels à l'encontre des esclaves de sexe féminin⁷. La législation avait également évolué au cours de cette première moitié du XIX^{ème} siècle, le législateur ayant également considéré le caractère inacceptable de l'esclavage, préparant ainsi son abolition en 1848.

2) La sanction actuelle de la réduction en esclavage

748. De l'esclavage consacré à l'esclavage réprimé. Le 27 avril 1848, le Gouvernement provisoire de la II^{ème} République adoptera le Décret portant abolition de l'esclavage dans les colonies⁸ aux motifs « *que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ; [...] qu'il est une violation flagrante du dogme républicain : Liberté, Égalité, Fraternité* ». Non seulement ce texte abolissait l'esclavage, mais encore son article 7 établissait-il que le sol de la France affranchissait l'esclave qui le touche. L'article 8 interdisait également à tout Français la possession, l'achat ou la vente d'esclaves, même à l'étranger. La France a par la suite confirmé son refus de l'esclavage en figurant parmi les États adhérents à la Convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926,

¹ M. TANGER, *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation. Essai de contribution de la Cour de cassation à l'émergence des droits civil des Noirs dans les colonies françaises d'Amérique de 1828 à 1848*, Economica, 2007, pp. 11-12.

² Art. 31 de l'Édit de 1685 et 25 de l'Édit de 1724.

³ V. M. TANGER, *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation (1828-1848)*, op. cit., p. 17.

⁴ Crim. 17 août 1838, *Bull. crim.* n° 43. Sur cet arrêt, V. M. TANGER, *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation (1828-1848)*, op. cit., p. 45.

⁵ Crim. 8 février 1839, *Bull. crim.* n° 5. Sur cet arrêt, V. M. TANGER, *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation (1828-1848)*, op. cit., p. 27. La Cour de cassation fonda son appréciation sur le fait que le « Code noir », quoique considérant les esclaves comme des meubles, leur reconnaissait le droit au baptême, au mariage et à l'enterrement religieux, ce dont il fallait déduire que le législateur avait entendu les classer parmi les personnes et non les choses.

⁶ Sur ces arrêts, V. M. TANGER, *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation (1828-1848)*, op. cit., pp. 103 et s.

⁷ M. TANGER, *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation (1828-1848)*, op. cit., p. 116.

⁸ *Le Code noir et autres textes de lois sur l'esclavage*, op. cit., pp. 77 et s.

complétée par le protocole du 7 décembre 1953 et la Convention du 7 septembre 1956¹. De même, l'article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « *[n]ul ne sera tenu en esclavage ni en servitude ; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes* ». Esclavage, servitude et travail forcé sont également interdits par l'article 8 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 et l'article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales². L'esclavage autrefois consacré est désormais prohibé par de nombreuses dispositions que le droit pénal tâche de renforcer.

749. La répression implicite de l'esclavage par les incriminations de soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité de la personne. Pendant fort longtemps, le Code pénal n'a pas contenu d'incrimination réprimant spécifiquement la réduction d'autrui en esclavage³. Cependant, l'article 225-13 incrimine l'obtention de services non rétribués ou en échange d'une rémunération dérisoire d'une personne vulnérable ou en état de dépendance. L'article 225-14 sanctionne quant à lui le fait de soumettre une personne dépendante ou vulnérable à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine. Si ces incriminations ne contiennent pas de référence explicite à l'esclavage, elles n'en demeurent pas moins susceptibles de sanctionner certains des comportements qu'adoptaient les maîtres à l'égard de leurs esclaves, tels que le fait de les faire travailler dans des conditions indignes et sans les rémunérer⁴. Cette dernière hypothèse pourrait également être qualifiée de travail forcé.

750. La répression implicite de l'esclavage par les incriminations de travail forcé et de la réduction en servitude. La loi du 5 août 2013⁵ a complété la section du Code pénal relative à la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité de la personne en y adjoignant les incriminations de travail forcé et de réduction en servitude. L'article 225-14-1 du Code pénal définit le travail forcé comme le fait, par menace ou violence, de contraindre une personne à effectuer un travail sans être rémunéré ou en échange d'une rémunération manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli. La réduction en servitude s'entend alors du fait de faire subir de façon habituelle un tel comportement à une personne

¹ Dont la ratification a été autorisée par la Loi n° 63-811 du 6 août 1963 autorisant la ratification de la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage signée le 7 septembre 1956, *JORF* du 8 août 1963, p. 7354.

² Pour d'autres exemples, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 102 et s. et n° 342 et s.

³ C. WILLMANN, « Esclavage – Travail forcé – Traite des êtres humains », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 34.

⁴ V. C. WILLMANN, « Esclavage – Travail forcé – Traite des êtres humains », op. cit., n° 43 et s. L'auteur évoque une forme d'« esclavage économique ».

⁵ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338

vulnérable ou en état de dépendance¹. Cette réduction en servitude, si elle n'exprime pas nécessairement une réification totale de la victime, s'en rapproche néanmoins fortement. Cette incrimination permet ainsi de sanctionner une fraction du comportement esclavagiste, de la même façon que l'incrimination de traite des êtres humains.

751. La répression implicite de l'esclavage par l'incrimination de traite des êtres humains. Les articles 225-4-1 et suivants du Code pénal incriminent la traite des êtres humains, définie comme « *le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation* », l'exploitation s'entendant du « *fait de mettre à sa disposition ou à disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre la victime des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, de réduction en esclavage, de soumission à du travail ou des services forcés, de réduction en servitude, de prélèvement d'un de ses organes, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre la victime à commettre tout crime ou délit* »². La constitution de l'infraction requiert que l'agent ait recruté, transporté, transféré, hébergé ou accueilli la victime soit en la menaçant elle ou ses proches de violences, soit en usant d'une autorité sur la victime, soit en abusant de sa vulnérabilité, soit en échange d'une rémunération, de l'octroi d'une compensation ou de la promesse d'une telle rémunération ou compensation³. Ces conditions ne sont cependant pas nécessaires lorsque la victime est un mineur⁴. Même lorsque l'exploitation n'aboutira pas à une réduction en esclavage *stricto sensu*, il n'en reste pas moins que cette infraction suppose qu'une personne fasse l'objet d'une sorte de convention délictuelle par laquelle l'auteur de l'infraction de traite s'engage « mettre la victime à disposition » d'un tiers. La victime n'est donc pas loin d'être traitée comme si elle faisait l'objet d'un droit de propriété, ce qui est la définition que l'article 1, 1^o de la Convention du 25 septembre 1926 donne de l'esclavage⁵. Ceci explique que M. WILLMANN considère que la traite des êtres humains appartient à ces pratiques « *qui mettent l'homme dans une condition proche de l'esclavage, même si elles ne le réifient pas* »⁶ et constituent donc de nouvelles formes d'esclavage.

752. Les références explicites à l'esclavage dans le Code pénal. Enfin, l'esclavage *stricto sensu* n'est pas absent du Code pénal. L'article 212-1, 3^o dispose que la réduction en esclavage

¹ Art. 225-14-2 CP.

² Art. 225-4-1, I CP.

³ *Ibid.*

⁴ Art. 225-4-1, II CP.

⁵ Ce paragraphe dispose « *L'esclavage est l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exerce les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux.* ». Le 2^o de l'article 1 précise également que la traite des esclaves comprend « *tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de le réduire en esclavage, tout acte d'acquisition d'un esclave en vue de le vendre ou de l'échanger, tout acte de cession par vente ou échange d'un esclave acquis en vue d'être vendu ou échangé, ainsi qu'en général, tout acte de commerce ou de transport d'esclaves* ». On retrouve là quelques éléments proches de ceux de l'incrimination de traite des êtres humains.

⁶ C. WILLMANN, « Esclavage – Travail forcé – Traite des êtres humains », op. cit., n^o 99.

constitue l'une des modalités de commission du crime contre l'humanité¹. La loi du 21 mai 2001² a affirmé que la République française reconnaissait que la traite négrière et l'esclavage tels qu'ils avaient été perpétrés dans les colonies à partir du XV^{ème} siècle ont constitué des crimes contre l'humanité. Cette reconnaissance, quoique purement déclarative et donc privée de valeur normative³, confirme l'orientation du droit français tendant à considérer que la réduction en esclavage à grande échelle et organisée constitue un crime contre l'humanité. Le crime contre l'humanité est cependant une infraction d'une exceptionnelle gravité, aussi ne saurait-il convenir à la répression de tous les faits de réduction en esclavage. C'est pourquoi le législateur, soucieux d'adapter le droit pénal français aux textes internationaux réprimant l'esclavage et plus particulièrement au droit communautaire, a créé une double incrimination spécifique de réduction en esclavage et d'exploitation d'une personne réduite en esclavage⁴. Constituent désormais des crimes la réduction en esclavage définie comme « *le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété* »⁵ et l'exploitation d'une personne réduite en esclavage résidant dans « *le fait de commettre à l'encontre d'une personne dont la réduction en esclavage est apparente ou connue de l'auteur une agression sexuelle, de la séquestrer ou de la soumettre à du travail forcé ou du service forcé* »⁶. La création de ces incriminations consacre le terme de l'évolution qui aura emmené le droit d'un état dans lequel l'esclavage est consacré et autorise des comportements attentatoires à l'intégrité physique et morale de l'esclave, jusqu'à l'état inverse dans lequel le fait de réduire autrui en esclavage constitue une infraction sévèrement réprimée. De telles évolutions doivent être relevées car elles ne sont pas sans signification.

Section seconde

La signification de l'évolution des critères d'influence de la victime

753. L'importance d'une étude de la signification des évolutions des critères pénaux d'influence de la victime. Qu'elles émanent du législateur ou de la jurisprudence, les évolutions des critères pénaux d'influence de la victime sont potentiellement lourdes de signification. Elles

¹ Sur la question, V. É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, op. cit., n° 345 et s.

² Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, *JORF* du 23 mai 2001, p. 8175.

³ Crim. 5 février 2013, à paraître au Bulletin, *AJ Pénal* 2013, p. 218, obs. O. DECIMA ; *Rev. sc. crim.* 2013, p. 79, obs. Y. MAYAUD ; *Ibid.*, p. 99, note J. FRANCILLON. Cf. également *supra*, n° 488.

⁴ Cette création est l'objet de l'article 3 de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338.

⁵ Art. 224-1 ACP. Cette disposition reprend la définition posée à l'article 1, 1° de la Convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926.

⁶ Art. 224-1 B. CP.

peuvent signaler soit une évolution des valeurs sociales dont le législateur entend faire assurer la protection par le droit pénal, soit. une évolution dans la façon dont ces valeurs sont appréhendées. Si donc est admis que la norme pénale a pour fonction d'assurer la sanction des atteintes les plus importantes aux valeurs jugées les plus essentielles¹ et que la victime pénale substantielle constitue une référence à ces valeurs sociales², alors il faut considérer que les évolutions des critères pénaux d'influence de la victime conduisent à une évolution du rôle ou du domaine de la norme pénale. L'étude de ces évolutions des critères révèle qu'elles semblent pas anarchiques mais présentent au contraire certains caractères communs (I) dont il conviendra d'apprécier la valeur (II).

I – LES CARACTÈRES DE L'ÉVOLUTION DES CRITÈRES

754. Les différentes évolutions qui ont pu être relevées au cours de cette étude semblent participer d'une évolution cohérente de la norme pénale. Celle-ci tend de plus en plus à protéger des individus considérés comme égaux (A) atteints dans leurs droits plus que dans les éléments matériels de leurs personnes (B).

A/ INDIVIDUALISATION ET INDIFFÉRENCIATION DE LA PROTECTION PÉNALE

755. Les normes pénales ont toujours sanctionnés les atteintes aux individus. Cependant, ces atteintes ont jadis pu être réprimées autant pour la protection de l'individu lui-même que du groupe ou de l'entité sociale à laquelle il appartenait, tandis que la protection de l'individu (1), de tout individu (2), tend à devenir l'unique *ratio legis* des incriminations pénales.

1) L'individualisation de la protection pénale

756. La conception de l'intérêt général comme somme d'intérêts privés. Il est admis en doctrine que l'objectif de l'action publique est la répression de l'infraction en raison du trouble à l'ordre public dont elle est la cause³. En conséquence, l'infraction pénale devrait être appréhendée avant tout comme une atteinte à un intérêt général, à une valeur sociale, davantage que comme une atteinte à un intérêt privé. Pourtant, M. CONTE relève que le droit pénal contemporain semble marquer une évolution vers une nouvelle conception de l'ordre public faisant la part belle

¹ Cf. *supra*, n° 12 et s.

² Cf. *supra*, n° 18.

³ B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2012, n° 4 et n° 155 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 8^e éd., 2012, n° 3 et n° 1122 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 6 ; É. VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Cours, 3^e éd., 2012, n° 155.

aux intérêts privés¹. Le droit pénal ne cesse nullement d'assurer la protection de l'ordre public, mais l'évolution des normes pénales conduit à ce que les intérêts privés occupent une place de plus en plus significative dans la conception de l'ordre public que ces normes protègent. Ceci s'explique peut-être par le fait que l'ordre public est par nature une notion plastique, dont les contours sont extrêmement difficiles à identifier², tandis que les intérêts privés peuvent être isolés, catégorisés et se prêtent donc davantage à la définition. Une autre explication pourrait être que, dans les systèmes libéraux, l'ordre social ayant été érigé pour le bénéfice des individus et non l'inverse³, il est normal que l'ordre public inclue la protection d'intérêts privés. M. TZITZIS note à ce propos que la personne humaine constitue, en droit pénal moderne, une « *valeur par-delà les valeurs* » par opposition aux droits des « Anciens » pour lesquels la notion même personnalité aurait été inconnue⁴. L'ordre public est certainement atteint par l'atteinte à un intérêt privé, mais il était de nombreuses incriminations sanctionnant des atteintes aux personnes et dont la *ratio legis* était pourtant à chercher dans la volonté de protéger un intérêt collectif, sinon général.

757. L'essor de la protection d'intérêts privés par les incriminations pénales. Or, les incriminations correspondantes composant le droit pénal actuel semblent parfois exclusivement destinées à protéger l'intérêt privé de la personne visée. L'individualisation de la protection pénale se manifeste alors par la substitution de la protection d'individus à la protection de groupes, d'entités ou de valeurs abstraites⁵. M. CONTE écrit ainsi que « *[n]ombbreuses sont les incriminations qui rattachées, naguère encore, à la lésion d'un intérêt supérieur, sont aujourd'hui justifiées au nom de la préservation d'une liberté de la victime, si bien que leur visage en a été redessiné* »⁶. Symboliquement, cette évolution du droit français peut être illustrée par la modification du plan du Code pénal lors de sa réforme en 1992. Alors que les anciennes dispositions plaçaient en premier les crimes et délits contre la chose publique, la nouvelle organisation du Code pénal met en avant les atteintes aux personnes. Techniquement, diverses incriminations témoignent d'une telle évolution des paradigmes pénaux. En premier lieu, la catégorie des infractions dites « d'intérêt général », celles qui ne devraient pouvoir donner lieu à constitution de partie civile⁷, se restreint parallèlement à l'extension de la

¹ PH. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 141.

² V. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 1 et s.

³ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7^e éd. 2004, n° 29.

⁴ S. TZITZIS, « La personne humaine entre l'être et l'avoir en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 833. L'expression citée se trouve p. 843.

⁵ V. cependant J.-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 59. L'auteur définit l'individualisation comme « *l'adaptation, non plus de la seule peine, mais des règles du droit criminel dans leur ensemble, au phénomène délictuel et à ceux qui en sont les acteurs* ». Il identifie en conséquence l'individualisation notamment dans les incriminations catégorielles, celles qui ne s'appliquent qu'à certaines catégories d'auteurs ou de victimes. L'individualisation du droit criminel ne se confond donc pas avec ce que l'on nomme ici individualisation de la protection pénale, phénomène consistant à substituer la protection d'individus à celles de groupes, d'entités ou de valeurs abstraites.

⁶ PH. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », op. cit., p. 144.

⁷ Sur cette catégorie, V. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1183 et n° 1239 et s.

notion de victime pénale processuelle¹. MM. GUINCHARD et BUISSON ont ainsi annoncé une abolition de cette théorie² tandis que M. DETRAZ a pu s'interroger sur son caractère moribond³. M. CONTE illustre notamment son raisonnement par la comparaison de l'ancienne incrimination d'outrage public à la pudeur⁴ et de l'actuelle incrimination d'exhibition sexuelle⁵. Alors que l'outrage public à la pudeur permettait de « *blâmer le scandale public d'une impudicité qui s'affiche* »⁶, l'exhibition sexuelle n'est réprimée que lorsqu'elle est « *imposée à la vue d'autrui* », ce qui signifie que l'incrimination vise simplement à garantir les individus la liberté de choisir les spectacles auxquels ils souhaitent assister. Cette analyse se trouve corroborée par une décision de la Cour d'appel de Paris ayant retenu qu'en raison de cette exigence supplémentaire, l'incrimination d'exhibition sexuelle est plus douce que celle d'outrage public à la pudeur⁷. D'autres incriminations semblent avoir connu semblable évolution et certaines d'entre elles ont été présentées au cours de cette étude.

758. La protection de la famille effacée par la protection de ses membres. L'évolution des infractions intrafamiliales a ainsi révélé que l'intérêt de la famille ne saurait prévaloir sur ceux de ses membres. La qualité de père de famille ne porte plus en elle la puissance de commettre des infractions à l'encontre des autres membres de la cellule familiale⁸. Cela signifie qu'au fil du temps, le père de famille s'est vu dénier le pouvoir de déterminer seul l'intérêt de la famille et d'agir afin de garantir cet intérêt. L'intérêt de chacun des membres de la famille doit être protégé, au besoin contre les atteintes des autres membres. La reconnaissance du viol entre époux⁹ témoigne de ce que le droit pénal n'entend désormais plus faire primer l'une des finalités du mariage sur l'intérêt des membres du couple. La disparition de l'incrimination de l'adultère féminin peut également être replacée dans cette évolution du droit pénal. La sanction plus élevée de l'adultère féminin trouvait son fondement dans la volonté de protéger la lignée familiale contre

¹ Sur laquelle cf. *supra*, n° 8 et s.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1241.

³ S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures*, 2009, étude 10. L'auteur prône néanmoins le maintien de cette théorie dont il considère qu'elle ne doit pas se restreindre à la question de la recevabilité de l'action civile, laquelle ne constituerait qu'une conséquence procédurale de la qualification d'infraction d'intérêt général. En ce sens, la notion d'infraction d'intérêt général n'interdirait pas nécessairement la constitution de partie civile.

⁴ Art. 330 ACP.

⁵ Art. 222-32 CP.

⁶ PH. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », op. cit., p. 145. En ce sens, GARÇON relevait que l'outrage public à la pudeur pouvait être constitué quand bien même l'acte n'aurait pas eu de témoin, mais qu'il aurait pu en avoir. L'infraction serait alors restée impunie faute d'avoir été dénoncée, mais pas faute d'avoir été constituée. V. E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1956, art. 330, n° 125. Ceci permettait de contourner la règle jurisprudentielle selon laquelle l'outrage public à la pudeur n'était pas constitué en présence d'un témoin volontaire de l'acte. L'absence d'un témoin non volontaire n'est pas rédhitoire dès lors qu'il était possible qu'un tel témoin ait pu assister à la scène (*Ibid.*, n° 128).

⁷ CA Paris, 11 ch. , sect. A, 13 décembre 1994, n°6, *Juris-Data* : 1994-024049.

⁸ Cf. *supra*, n° 733 et s.

⁹ Cf. *supra*, n° 736.

de potentielles intrusions de lignées étrangères¹. Son abandon peut dès lors être perçu comme une décision de ne plus faire assurer la protection de la famille légitime et de la vérité des filiations par le droit pénal. Il convient toutefois de relever que cette incrimination avait déjà entamée sa mue. GARÇON notait ainsi en son temps que la loi entendait davantage réprimer « *la simple violation de la foi conjugale* » puisque l'infécondité de la femme ou de son complice n'excluait pas la constitution de l'infraction². L'individualisation des infractions intrafamiliales, quoique particulièrement évidente de nos jours, résulte d'un processus ancien. Ainsi, COVRAT écrivait déjà en 1969 que la famille en droit pénal « *ne forme plus un ensemble digne de protection et elle manifeste de moins en moins une personnalité juridique* »³.

759. La tendance à la protection des mineurs en tant qu'individus autonomes. Parmi les membres de la famille, les mineurs ont toujours fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur pénale. M. LAINGUI écrit ainsi que, dans l'Ancien droit, « *[L]es mesures pénales qui protègent l'enfant sont fondées sur sa faiblesse native et son incapacité à se défendre. Mais dans la personne de l'enfant, c'est aussi la famille que l'on protège et l'État dont il est déjà un sujet, enfin la religion puisque c'est Dieu même qui l'a créé.* »⁴. Si la protection pénale des mineurs se justifie toujours par leur faiblesse juridique⁵, voire physique dans le cas du mineur de quinze ans⁶, les autres causes en paraissent avoir été abandonnées. On en voudra pour preuve la pénalisation grandissante des atteintes aux mineurs⁷ et le recours fréquent au mécanisme de la circonstance aggravante lorsque l'infraction est commise par un ascendant du mineur ou une personne ayant autorité sur lui⁸. Le mineur est désormais considéré en tant qu'individu vulnérable qu'il convient avant tout de protéger et d'éduquer, mais sans que ce dernier aspect puisse justifier davantage qu'un droit de correction léger et de plus en plus contesté⁹.

760. La tentation d'une protection individuelle des acteurs sociaux. La catégorie des incriminations d'atteinte aux fonctions protégées devrait logiquement apparaître comme une limite, une catégorie exclue de ce phénomène d'individualisation de la protection pénale. Il a en effet été démontré que la fonction sociale exercée par la victime n'était prise en compte à titre de condition préalable ou de circonstance aggravante qu'aux fins de protection de l'activité d'intérêt

¹ V. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 2006, n° 26 (adultère en droit pénal romain) et n° 179 (adultère en droit pénal médiéval et en droit pénal de l'Ancien Régime) ; F. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 539 et spéc. p. 544.

² E. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 336 et 337, n° 8.

³ P. COVRAT, « Le droit pénal de la famille », *Rev. sc. crim.* 1969, p. 807. La citation se trouve p. 837.

⁴ A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 1985, p. 83.

⁵ Cf. *supra*, n° 683 et s.

⁶ Cf. *supra*, n° 697 et s.

⁷ Cf. *supra*, n° 380 et s. et n° 682 et s.

⁸ Cf. *supra*, n° 598 et s.

⁹ Cf. *supra*, n° 620 et s.

commun à laquelle participe cette fonction¹. Cela est établi notamment par le fait que certaines infractions, telles que les appropriations frauduleuses, ne sont pas aggravées lorsqu'elles sont commises sur une victime exerçant une fonction protégée. L'aggravation, pourtant logique si la victimisation des acteurs sociaux devait la justifier, n'a pas de raison d'être lorsque son fondement réside dans la volonté de protéger la seule fonction exercée par la victime. Cela résulte encore de ce que la circonstance aggravante n'est encourue qu'à la condition que la victime ait été atteinte « *dans l'exercice ou du fait de ses fonctions* »². Pourtant, la tentation d'une individualisation de la protection pénale semble commencer à imprégner ce domaine. Ainsi, l'allongement de la liste des fonctions protégées tend à y inclure toutes les professions dont les membres ont pu être victimes d'atteintes particulièrement médiatisées. Plus encore, l'extension de la circonstance aggravante aux proches de la personne exerçant la fonction protégée ne participe qu'indirectement à la protection de cette fonction et semble davantage relever d'une logique de réaction à une victimisation particulière³. Certains auteurs tendent d'ailleurs à considérer que l'évolution est déjà achevée et que la volonté de pallier la victimisation des acteurs sociaux a remplacé le souci de protection de l'autorité⁴. Si, au vu des raisons précédemment évoquées, cette annonce paraît prématurée, force est d'admettre que le processus en est amorcé. Les fonctions protégées sont par ailleurs une excellente illustration d'un second processus menant à l'indifférenciation de la protection pénale.

2) L'indifférenciation de la protection pénale

761. Définition et difficulté de l'indifférenciation de la protection pénale. Le phénomène d'indifférenciation de la protection pénale pourrait être défini comme la tendance à uniformiser la protection pénale, à sanctionner de façon identique les atteintes à des victimes différentes. En cela, l'indifférenciation de la protection pénale se présente comme la traduction pénale des dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lesquelles la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Ce processus d'évolution de la norme pénale doit être manié avec précaution par le législateur car il l'oblige à naviguer entre deux écueils. Comme le rappelle M. DECHENAUD, « *l'égalité ne consiste pas à traiter toutes choses également mais à traiter également toutes choses égales* »⁵. Par conséquent, si l'indifférenciation des victimes paraît fondée en son principe car des situations identiques ne doivent pas être traitées différemment, la logique ne saurait être poussée à l'extrême. Il faut également assurer que les

¹ Cf. *supra*, n° 275 et s.

² V. par ex. art. 221-4, 4° et 4° bis CP pour l'aggravation du meurtre. Cf. également *supra*, n° 408 et s.

³ Sur cette extension et les critiques qu'elle appelle, cf. *supra*, n° 281 et s.

⁴ En ce sens, V. F. TERRY, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, Thèse, Université de Franche-Comté – Besançon, 2007, n° 43 et s.

⁵ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, T. 45, 2008, n° 14.

situations différentes soient traitées différemment¹. « *Il faut se demander, si en cherchant à diversifier la réaction sociale dans le souci d'assurer à tous son efficacité, on ne risque pas d'aboutir à des résultats néfastes pour l'égalité* »² s'interrogeait ainsi M. DANTI-JUAN. Ce double impératif doit guider les choix législatifs en la matière, choix exprimés à travers les trois modalités d'indifférenciation de la protection pénale que connaît le droit pénal contemporain.

762. La tendance à l'extension de la liste des victimes pénalement protégées. Il convient tout d'abord d'observer que l'indifférenciation de la protection pénale se manifeste en premier lieu par l'extension du nombre de personnes protégées et la disparition des statuts inférieurs. La disparition de l'esclavage³, la commune protection pénale des personnes physique sans distinction de sexe, de nationalité ou de religion⁴, tout cela participe d'une extension de la protection pénale, désormais reconnue indifféremment à tous. La reconnaissance de la qualité de victime pénale substantielle aux animaux⁵ s'inscrit également dans cette démarche. Cette tendance est ancienne, mais se trouve toujours à l'œuvre, notamment dans le cas d'incriminations spécifiques. Pour prendre un exemple, l'infraction de filouterie ne peut, en raison de sa nature particulière, être commise qu'à l'encontre de certains professionnels⁶ et il se trouve de nombreuses voix en doctrine pour contester la sélection opérée par le législateur et appeler de leurs vœux une extension du domaine de l'incrimination⁷. Une égale protection pénale est réclamée pour tous les professionnels dont les usages de la profession commandent de fournir le service avant que le prix ne soit payé par le client. Cependant, une deuxième manifestation de l'indifférenciation de la protection pénale réside précisément dans la tendance à la disparition de telles incriminations spécifiques au profit d'incriminations à visée générale.

763. La tendance au remplacement des infractions spécifiques par des circonstances aggravantes. Les incriminations sanctionnant un comportement spécifique sont nombreuses dans le droit pénal contemporain. La tendance serait même à la multiplication des incriminations visant des comportements extrêmement précis, tels que « *le fait d'occuper en réunion les espaces communs ou les toits des immeubles collectifs d'habitation en empêchant délibérément l'accès ou la libre circulation des personnes ou le bon fonctionnement des dispositifs de sécurité* »⁸. À l'inverse, les différentes évolutions du droit pénal évoquées au cours de cette étude ont fait apparaître une tendance à la disparition des

¹ En ce sens, D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, op. cit., n° 25.

² M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, Thèse, Université de Poitiers, 1984, n° 169.

³ Sur laquelle cf. *supra*, n° 362, n° 739 et s. et spéc. n° 748 et s.

⁴ Sur ces points, cf. *supra*, n° 361 et s. et n° 396 et s.

⁵ Sur laquelle cf. *supra*, n° 262 et s.

⁶ Art. 313-5 CP. Sont visés les établissements vendant des boissons et des aliments, les établissements louant des chambres, les professionnels de la distribution de carburants ou lubrifiants, les taxis et voitures de place.

⁷ V. par ex. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 217 ; M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, op. cit., n° 190-191 ; C. LACROIX, « Filouterie », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 37 et s. ; B. DE LAMY, « Filouterie », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 313-5, n° 13.

⁸ Art. L. 126-3 al. 1^{er} C. constr. hab.

incriminations dont la victime doit présenter certaines spécificités¹. Lorsqu'une telle incrimination est rejetée hors du droit positif, il n'est pas rare que la qualité de la victime soit alors érigée en circonstance aggravante de l'infraction générale correspondante.

764. Illustrations : disparition des incriminations d'infanticide, de parricide, d'inceste ou de crime de lèse-majesté. Les exemples les plus évidents en sont probablement la disparition des infractions spécifiques de parricide et d'infanticide², remplacées par les incriminations de meurtre aggravé en raison de l'ascendance de la victime sur l'auteur de l'infraction³ et de minorité de quinze ans de la victime⁴. Le fait que ces infractions aient jadis été considérées comme parmi les plus graves⁵ n'a pas empêché leur « dissolution » dans la catégorie générique des meurtres aggravés. L'inceste a connu un destin similaire, absorbé parmi les circonstances aggravantes des agressions sexuelles⁶. La récente tentative de réintroduire la qualification d'inceste dans le Code pénal se bornait ainsi à une question de qualification, mais ce point appellera des développements ultérieurs⁷. S'agissant des fonctions protégées, il a été vu que l'incrimination du crime de lèse-majesté a progressivement été étendue à l'ensemble des hauts personnages de l'État⁸ avant de s'effacer au profit de l'emploi de circonstances aggravantes d'infractions générales⁹. À la suite de l'incrimination d'offense au chef d'État étranger, l'incrimination spécifique d'offense publique au chef de l'État a également été abrogée¹⁰, les faits demeurant répréhensibles sous les qualifications de diffamation ou d'injure aggravées par la qualité de Président de la République de la victime¹¹. Par ailleurs, lorsque les faits consisteront en

¹ V. *contra* J.-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 59. L'auteur estime que le droit pénal contemporain se caractérise par la multiplication des incriminations catégorielles, c'est-à-dire applicables à certaines catégories spécifiques d'auteurs ou de victimes. Il identifie notamment de telles incriminations catégorielles eu égard aux victimes dans les infractions aggravées par la fonction de la victime ou par ses appartenances communautaires, raciales ou religieuses. Un tel raisonnement ne paraît pas devoir être approuvé dans la mesure où, en raison de la subjectivité renforcée de l'influence de ces critères, la distinction ne s'opère pas en fonction des victimes, mais des auteurs (cf. *supra*, n° 415 et s.). Il s'agit bien d'incriminations catégorielles, mais eu égard aux auteurs puisque ces incriminations ne s'appliquent qu'aux auteurs ayant une volonté de porter atteinte à une activité d'intérêt commun (cf. *supra*, n° 275 et s.) ou animés de motifs discriminatoires (cf. *supra*, n° 298 et s.). Constituent des incriminations de protection catégorielles les filouteries ou encore les infractions constituées par la minorité de la victime, puisque la simple conscience de la minorité de la victime suffit (cf. *supra*, n° 387 et s.).

² Sur ces infractions, cf. *supra*, n° 730 et s.

³ Art. 221-4, 2° CP.

⁴ Art. 221-4, 1° CP. La particulière vulnérabilité apparente de la victime (art. 221-4, 3° CP) pourrait également être retenue sans difficulté, mais la minorité de quinze ans demeure plus aisée à démontrer puisque, contrairement à la particulière vulnérabilité, l'état de minorité peut être constaté objectivement. Sur ce point, cf. *supra*, n° 387.

⁵ V. A. LAINGUI, « Le retour du bon sauvage », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 385. L'auteur observe notamment que le parricide est, avec l'inceste, « l'objet d'une aversion universelle en ethnographie » (p. 387).

⁶ Art. 222-24, 4° (viol) ; 222-28, 2° et 222-30, 2° CP (autres agressions sexuelles).

⁷ Cf. *infra*, n° 606.

⁸ Cf. *supra*, n° 722 et s.

⁹ Cf. *supra*, n° 272 et s.

¹⁰ Par l'article 21 de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338.

¹¹ Pour la diffamation, V. art. 31 al. 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, modifié par la loi du 5 août 2013 pour y intégrer la référence au Président de la République. La peine est 45 000 euros d'amende tandis

une diffamation publique relative à la vie privée du premier personnage de l'État, la peine encourue ne différera pas de celle encourue lorsque la victime est un simple particulier¹. La qualification d'outrage aggravé par la qualité de dépositaire de l'autorité publique de la victime² demeure applicable lorsque les faits n'ont pas été publics³. Paradoxalement, l'outrage, atteinte non publique est plus sévèrement réprimé que les injures et diffamations publiques puisque ces dernières ne font encourir aucune peine d'emprisonnement contre six mois d'emprisonnement lorsque la victime de l'outrage est dépositaire de l'autorité publique. Dans cette indifférenciation de la protection pénale, les incriminations spécifiques, telles que l'outrage ou encore la rébellion, n'ont donc pas totalement cédé la place aux incriminations générales.

765. La tendance à l'équivalence d'effet des circonstances aggravantes. Par suite de cette première manifestation de la tendance à l'indifférenciation pénale, certaines incriminations générales se retrouvent accompagnées d'un grand nombre de circonstances aggravantes. Les articles 222-12 et 222-13 du Code pénal prévoient chacun une quinzaine de circonstances aggravantes aux violences les plus légères. L'indifférenciation de la protection pénale se manifeste alors en second lieu par le commun effet de toutes ces circonstances aggravantes. D'abord, le caractère général de certaines circonstances aggravantes conduit à l'assimilation de circonstances parfois variées. Cela a déjà été exposé à propos des fonctions exercées par la victime, lorsqu'il a été relevé que des fonctions extrêmement diverses sont soumises à un régime pénal identique⁴. De même, l'ensemble des liens familiaux ou des rapports d'autorité produisent désormais une aggravation équivalente de l'infraction⁵. Ensuite, l'équivalence peut être relevée entre les différentes circonstances aggravantes d'une même infraction. Pour reprendre l'exemple des violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours, on observera ainsi que la minorité de quinze ans de la victime, sa particulière vulnérabilité ou la fonction qu'elle exerce emportent toutes le même quantum d'aggravation de la peine, celle-ci

qu'elle n'est que de 12 000 euros d'amende lorsque la victime est un particulier. Pour l'injure, V. art. 33 al. 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881. En l'état actuel du droit, « l'aggravation » se limite ici à l'exclusion du bénéfice de l'excuse de provocation. Pour le reste, la peine encourue par l'auteur d'une injure est une amende de 12 000 euros, quelle que soit la qualité de la victime. Seules sont aggravées, au sens usuel du terme, les injures à motif discriminatoire.

¹ Art. 31 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881.

² Art. 433-5 al. 2 CP. L'outrage suppose nécessairement une qualité spécifique de la victime, mais celles que prévoient les textes sont fort nombreuses (sur l'outrage, cf. *supra*, n° 289. Sur la variété de ces victimes potentielles, cf. *supra*, n° 576 et s.). S'il est possible d'évoquer un outrage aggravé, c'est en considération du fait que, lorsque la victime est un dépositaire de l'autorité publique, la peine est aggravée par rapport à l'outrage commis envers une personne chargée d'une mission de service public.

³ V. DELBOS et M. SENECHAL, « Outrages », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 85 et s. ; É. VERNY, « L'outrage », in *La liberté de critique*, ss la dir. de D. CORRIGNAN-CARSIN, Litec, coll. Colloques et débats, 2007, p. 197 et spéc. p. 199.

⁴ Cf. *supra*, n° 571 et s.

⁵ Cf. *supra*, n° 597 et s. Il a été question précédemment du fait que l'ensemble des liens familiaux, des rapports d'autorité ou de commune appartenance produisaient le même effet, l'aggravation de l'infraction. Ce dont il est question ici n'est pas uniquement le fait que la nature de l'effet est le même, mais que l'intensité est équivalente également. Le quantum d'aggravation de l'infraction est identique, que l'agent soit le père de la victime, sa grand-mère ou son instituteur.

passant de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende à sept ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. En soi, ces équivalences des peines ont le grand mérite de faciliter la lisibilité de la matière en autorisant une présentation relativement simple de l'échelle des sanctions encourues pour chaque infraction. De plus, le pouvoir d'individualisation dont dispose le juge garantit une certaine souplesse dans l'application effective de ces sanctions. L'indifférenciation de la protection pénale n'est donc pas nécessairement critiquable, mais n'en mérite pas moins d'être observée, de la même façon que doit être observée la tendance à considérer toute infraction comme une atteinte à un droit subjectif de la victime.

B/ L'INFRACTION CONÇUE COMME PURE ATTEINTE À UN DROIT SUBJECTIF

766. Sans aller jusqu'à marquer l'avènement d'un « droit subjectif à la sécurité »¹, les évolutions du droit pénal ont conduit à ce que de nombreuses infractions soient constituées par une atteinte à un droit subjectif (1). Le contenu de la catégorie des valeurs sociales pénalement protégées s'en trouve alors modifiée (2).

1) L'évolution de la conception du résultat de certaines infractions

767. Le résultat de certaines infractions conçu comme une atteinte à une entité juridique. Classiquement, l'infraction est constituée par un comportement incriminé en raison de son caractère attentatoire à la vie, à l'intégrité physique, au patrimoine ou encore à l'intégrité morale de la victime. Là réside le résultat de l'infraction, lequel a été défini comme « l'atteinte à la valeur sociale résultant du comportement incriminé »². La vie, l'intégrité physique, la propriété, l'honneur, la considération, etc. constituaient ainsi classiquement les valeurs protégées par le meurtre, les violences, le vol, l'injure ou la diffamation. Or, il semble que certaines évolutions du droit pénal permettent de considérer que ce sont désormais des droits subjectifs que protègent ces incriminations. Le vol ne constituerait donc plus une atteinte à la propriété, mais au droit de propriété. La nuance étant subtile en raison du caractère spécifique de la propriété, elle apparaîtra mieux dans l'infraction de violence. Cette dernière semble désormais davantage constituée par une atteinte au droit au respect de l'intégrité physique que par une atteinte à l'intégrité physique. Aux entités concrètes, matérielles que protégeaient antérieurement ces incriminations, se sont substituées des entités purement juridiques, les droits subjectifs. Cette affirmation peut être illustrée et surtout démontrée au regard de deux séries de considération.

768. L'argument tenant au défaut de considération pour le préjudice dans les atteintes aux biens. En premier lieu, il a été rappelé que les atteintes au patrimoine sont sanctionnées

¹ Sur l'inexistence d'un tel droit subjectif, V. M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité ? » », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 273.

² Cf. *supra*, n° 42.

indépendamment de leur gravité matérielle, c'est-à-dire indépendamment du préjudice qu'elles suscitent pour la victime¹. Si la valeur économique du bien que l'agent s'est approprié ou a endommagé est indifférente, cela permet de considérer que les infractions contre les biens constituent avant tout des atteintes aux droits réels ou personnels de la victime, donc des atteintes juridiques. M. OLLARD a consacré différentes études approfondies à la démonstration de cet aspect du droit pénal². Cet auteur relève ainsi que le patrimoine est protégé dans sa dimension juridique et non économique³ et rappelle que le préjudice exigé dans les infractions d'abus de faiblesse⁴ ou d'escroquerie⁵ peut s'entendre d'un préjudice purement éventuel⁶. La nature patrimoniale de ces infractions ne résulte donc pas du préjudice exigé, mais de la nature de leur résultat, lequel est constitué par une atteinte au patrimoine⁷. Les infractions contre les biens constituent donc avant tout des atteintes aux droits réels et personnels de la victime, car c'est de cette atteinte que résulte le trouble à l'ordre social suscitant l'intervention pénale. Ceci explique que nulle infraction ne soit constituée lorsque l'agent s'empare⁸ ou détruit⁹ une *res nullius*. Seule l'existence d'une valeur sociale supplémentaire, telle que la vie, permettrait de justifier la protection de biens non appropriés, encore que les animaux sauvages ne le soient pas¹⁰. Par principe, les biens ne sont pas protégés pour eux-mêmes, mais seulement afin de protéger indirectement les droits qui s'exercent sur eux. L'affirmation selon laquelle les incriminations patrimoniales protègent davantage des droits que des entités matérielles paraît donc évidente.

769. L'argument tenant à l'influence du consentement dans les atteintes aux personnes. La question de la protection des personnes est plus délicate. Au-delà des droits de la personnalité, lesquels ont d'ailleurs pu être considérés comme des droits de propriété de la personne sur certains attributs de sa personnalité¹¹, ce que protègent les incriminations pénales dans la personne ne saurait être immédiatement qualifiés de droits. Spontanément, les incriminations pénales d'atteintes à la vie et à l'intégrité physique ne semblent pas réprimer des atteintes à un droit subjectif, mais des atteintes corporelles, donc à des éléments concrets.

¹ Cf. *supra*, n° 712 et s.

² V. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 98, 2010, spéc. n° 604 et s. ; R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561.

³ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 609.

⁴ Art. 223-15-2 CP. L'incrimination d'abus de faiblesse prévue aux articles L. 122-8 du Code de la consommation diffère en la matière puisqu'il n'y est pas exigé que la remise au bénéfice de l'agent ait été préjudiciable à la victime. Ces articles insistent uniquement sur l'imperfection du consentement de la victime. Seul l'article L. 122-10 du même Code semble faire référence à une forme de préjudice économique lorsqu'il évoque l'absence de contrepartie réelle à la remise opérée par la victime.

⁵ Art. 313-1 CP.

⁶ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 743 et s.

⁷ *Ibid.*, spéc., n° 819 (abus de faiblesse) et n° 836 et s. (escroquerie).

⁸ V. par ex. Crim. 16 mars 1923, DP 1924, 1, p. 136.

⁹ L'appartenance du bien à autrui figure explicitement dans le texte des articles 322-1 et 322-5 et suivants du Code pénal.

¹⁰ Sur lesquels cf. *supra*, n° 264. Les animaux sauvages appartenant à des espèces protégées sont protégés non pour eux-mêmes, mais pour assurer la protection de l'équilibre du milieu naturel dans sa globalité (*ibid.*).

¹¹ V. G. BEAUSSONIE, « Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 525.

Pourtant, si le consentement de la personne visée peut exclure certaines qualifications pénales d'atteintes aux personnes, il faudrait alors considérer que la valeur protégée par ces incriminations n'est pas tant l'intégrité corporelle que le droit au respect de son intégrité corporelle ou la liberté de choisir ce que l'on veut faire subir à son corps. Les agressions sexuelles peuvent être rattachées à cette catégorie et plusieurs auteurs les qualifient ainsi d'« atteintes à la liberté sexuelle »¹. La qualification de « liberté » pourrait *a priori* sembler plus adaptée, mais la qualification de « droit » ne saurait être écartée aussi aisément et ce pour deux raisons. La première tient au fait que l'article 16-1 du Code civil évoque explicitement un droit au respect du corps. Ensuite, si mener sa vie sexuelle comme on l'entend correspond effectivement à la définition de la liberté entendue comme l'exercice sans entrave d'une faculté ou d'une activité², refuser un comportement sexuel revient à interdire quelque chose dans son propre intérêt, soit l'un des aspects du droit subjectif³. Droit ou liberté, il est indéniable que la consécration de l'influence pénale du consentement de la personne visée modifie la nature de la valeur protégée.

770. L'influence potentielle du consentement à l'atteinte à l'intégrité physique. Or, il apparaît que l'influence du consentement de la personne visée, actuellement inexistante⁴ or des hypothèses médicales et sportives⁵, pourrait se voir consacrer dans les atteintes à l'intégrité physique. Ainsi, l'arrêt *K.A. et A.D. contre Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme⁶ paraît ouvrir la voie à une reconnaissance de l'influence du consentement comme circonstance de permission des pratiques sadomasochistes⁷. En l'espèce, la justice belge avait poursuivi et condamné deux individus qui s'étaient livrés à des pratiques sadomasochistes sur une troisième, initialement avec son consentement, puis sans tenir compte des refus de continuer émis par cette dernière. La Cour européenne relève que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus » (§ 84) avant d'ajouter que l'intervention pénale pouvait se justifier exceptionnellement lorsqu'il existe des raisons particulièrement graves, parmi lesquelles la nécessité d'assurer « le respect de la volonté de la « victime » de telles pratiques » (§ 85). Il faudrait donc comprendre que le rattachement des pratiques sadomasochistes à la vie sexuelle, donc au droit au respect de la vie privée, conduit à ériger la liberté en principe et donner un caractère permissif au consentement de la personne visée. Si tel était le cas, la valeur protégée par l'infraction de violence volontaire s'en trouverait modifiée à la

¹ En ce sens, V. PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 4^e éd., 2013, n° 238 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e éd., 2011, n° 302 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 680.

² G. CORNU – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, entrée « liberté », sens 2.

³ *Ibid.*, entrée « droit », sens 4.

⁴ Cf. *supra*, n° 176.

⁵ Cf. *supra*, n° 180 et s.

⁶ CEDH, 1^{re} section, 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A. et A.D. c/ Belgique* ; RTD civ. 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUENAUD ; D. 2005, p. 2973, note M. FABRE-MAGNAN.

⁷ V. contra E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2730.

marge, puisqu'il faudrait admettre que l'incrimination sanctionne l'atteinte au droit de disposer de son corps dans le cadre de relations sexuelles, fussent-elles violentes. L'évolution serait donc limitée au cadre des relations sexuelles, faute pour les autres atteintes à l'intégrité physique de pouvoir être rattachées à la vie privée. Cela n'exclurait cependant pas que d'autres atteintes puissent être rattachées à d'autres droits et libertés¹. M. LIBCHABER préconise ainsi l'absence de sanction de la circoncision par respect du pluralisme religieux².

771. L'argument tenant à l'influence grandissante du consentement dans les atteintes à la vie. L'idée selon laquelle le consentement de la personne visée peut avoir un effet permissif ou justificatif des atteintes à l'intégrité physique sera d'autant plus admise si le consentement se voyait reconnaître un tel effet en matière d'atteintes volontaires à la vie. L'état du droit relatif à la question de l'euthanasie et du suicide assisté³ est à cet égard décisif. Le droit français rejette toujours le suicide assisté⁴ et n'admet que l'euthanasie dite « passive » en proscrivant l'acharnement thérapeutique⁵ et en autorisant le patient à refuser le traitement⁶. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme semble une fois encore amorcer une évolution en la matière. Elle a dans un premier temps reconnu que l'article 2 de la Convention garantissant le droit à la vie n'offre pas un « droit à mourir » et donc que les États bénéficient de la possibilité d'interdire le suicide assisté⁷. Par la suite cependant, la Cour a rendu plusieurs arrêts laissant entendre que les individus disposent d'un droit de décider à quel moment et de quelle manière leur vie doit prendre fin, mais qu'en l'absence de consensus européen sur la question, les États n'ont que l'obligation de faire étudier au cas par cas les demandes d'assistance au suicide⁸. La position de la Cour est donc étrange puisqu'elle impose une obligation positive d'ordre procédurale aux États mais sans imposer aucune obligation substantielle correspondante. Cela conduit certains à percevoir là l'amorce d'un revirement futur imposant aux États d'assister l'individu dans l'exercice de son droit de choisir le moment et la manière de sa fin⁹. Si l'opposabilité de ce droit à l'État venait à être consacrée, la nature des incriminations d'atteinte à la vie s'en trouverait également modifiée, car la valeur sociale qu'elles préserveraient alors se réduirait à un intérêt pénalement protégé.

¹ V. par ex. D. ROMAN, « *À corps défendant* » La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.

² R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2044.

³ Sur ces questions, cf. *supra*, n° 175.

⁴ V. toutefois A. PROTHAIS, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP G* 2011, 536.

⁵ Art. L. 1110-5 CSP.

⁶ Art. L. 1111-10 CSP.

⁷ CEDH, 4^e section, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; *JCP G* 2002, II, 10062, note C. GIRAULT ; *RTD civ.* 2002, p. 858, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁸ CEDH, 1^e section, 20 janvier 2011, n° 31322/07, *Haas c/ Suisse* ; *D.* 2011, p. 925, note E. MARTINENT, M. REYNIER et F. VIALLA ; CEDH, ancienne 5^e section, 19 juillet 2012, n° 497/09, *Koch c/ Allemagne*, *RTD Civ.* 2012, p. 700, obs. J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, 2^e section, 14 mai 2013, n° 67810/10, *Gross c/ Suisse*, *D.* 2013, p. 1277, obs. G. PUPPINCK.

⁹ En ce sens, V. G. PUPPINCK, obs. préc.

2) L'évolution de la conception de la valeur protégée par ces incriminations

772. Le remplacement de la valeur sociale pénalement protégée par l'intérêt pénalement protégé. La valeur peut être définie comme ce qui est bien en soi¹, tandis que l'intérêt désigne ce qui est bon, ce qui importe pour une personne désignée, le titulaire de l'intérêt². L'intérêt n'est ainsi que la valeur titularisée. À la différence fréquente des autres branches du droit, le droit pénal a la prétention de protéger des valeurs sociales, c'est-à-dire ce qui est bon en soi dans le cadre de la société. Certes, un intérêt peut être collectif, mais il demeure un intérêt attribué, potentiellement opposé aux intérêts de ceux qui n'appartiennent pas au groupe. Seul l'intérêt général, qui n'est qu'un autre terme pour désigner la valeur sociale, transcende les oppositions et clivages au sein de la société. Naturellement, rien ne s'opposait à ce que le droit pénal protège également de simples intérêts, tels que la propriété d'un individu, ou son droit à l'intégrité sexuelle. Cependant, l'inefficacité de consentement de la victime en matière d'atteintes à la vie et à l'intégrité physique rappelait que les intérêts protégés par ces incriminations étaient également des valeurs sociales, ce qui expliquant que leurs titulaires n'en pouvaient disposer librement. En conséquence, lorsque l'objet de la protection pénale mute en un droit subjectif, il en résulte que ce dont la norme pénale assume la protection n'est pas uniquement une valeur sociale, mais également un intérêt individuel ou collectif.

773. Conséquence théorique : l'accroissement du concept de proportionnalité. Il semble n'y avoir là qu'un glissement sémantique, mais derrière lui se profile la perspective de conflits d'intérêts, puisque, si la valeur est commune à l'ensemble de la société, l'intérêt est attribué et celui de l'un peut nuire à l'autre. Il est alors à prévoir un accroissement du rôle de la proportionnalité en tant qu'instrument de mesure de l'équilibre entre intérêts contradictoires. Le concept de proportionnalité accèderait alors certainement à la catégorie des principes généraux du droit, ainsi que le recommandait Mme COQUIN au terme de l'étude qu'elle consacra à la notion³. La nécessaire casuistique qui résulterait d'une telle consécration pourrait entraîner certaines conséquences pratiques quant aux solutions prétorienne.

774. L'absence de conséquence sur la transmission de l'action civile. En revanche, la recevabilité de l'action civile exercée par les héritiers de la victime pénale substantielle ne se trouverait pas modifiée par une telle évolution. En l'état actuel du droit, les proches de la victime pénale substantielle peuvent se constituer partie civile pour la réparation du dommage qu'ils ont personnellement subi⁴ et ses héritiers peuvent également exercer le droit à réparation né dans le

¹ G. CORNU – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée « valeur », sens 1.

² Sur la distinction entre valeur et intérêt, cf. *supra*, n° 14 et s.

³ C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, Thèse, Université de Poitiers, 2001, n° 649.

⁴ V. par ex. Crim. 6 mai 1982, *Bull. crim.* n° 115 ; Crim. 9 février 1989, *Bull. crim.* n° 63 ; Crim. 23 mai 1991, *Bull. crim.* n° 220 ; Crim. 3 novembre 2009, *Bull. crim.* n° 182.

patrimoine de leur auteur et transmis à son décès¹, éventuellement devant la juridiction civile lorsque l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou par la victime directe de son vivant². Cela suppose néanmoins que le droit à réparation ait pu naître dans le patrimoine de la victime pour être transmis à ses proches. Par conséquent, si un tel droit existe lorsque la victime a survécu quelques instants à la commission de l'infraction³, tel n'est pas le cas lorsque la victime est décédée sur le coup. Considérer que ce droit à réparation procède de la violation d'un droit au respect de la vie ne conduirait pas à remettre en cause cet état du droit car la violation de ce droit n'aurait pas le temps de créer un droit à réparation intégrant le patrimoine de la victime directe et susceptible d'être transmis à ses ayant-droits. On touche ici à la difficulté de caractériser un droit, le droit à la vie, auquel l'atteinte supprime l'existence même de son titulaire. Il s'agit d'un droit dont la réparation est par principe vaine. Si l'angoisse de la mort imminente constitue un préjudice indemnisable⁴, la perte d'une chance de vie ne l'est pas en raison de l'impossibilité d'établir un « *droit de vivre jusqu'à un âge statistiquement déterminé* »⁵. Ce type de considérations amène à s'interroger sur la valeur des évolutions des critères d'influence de la victime en droit pénal.

II – LA VALEUR DE L'ÉVOLUTION DES CRITÈRES

775. L'évolution des critères d'influence de la victime résulte assez naturellement de l'évolution de la norme pénale, évolution dont la nécessité se fait parfois légitimement sentir (A). À l'inverse, lorsque c'est la volonté d'instrumentaliser les victimes pour justifier l'évolution de la norme pénale, la pertinence de telles modifications s'en trouve nettement contrariée (B).

A/ LA RÉFÉRENCE À LA VICTIME ET LA NÉCESSAIRE ÉVOLUTION DE LA NORME PÉNALE

776. La nécessaire évolution de la norme juridique. Les sciences dites « dures » étudient des lois naturelles s'imposant à l'être humain, mais qui ne sont pas créées par lui. À l'inverse, certaines sciences relevant des humanités, telles que la science littéraire, étudient des créations humaines, mais qui, à proprement parler, ne s'imposent pas à l'homme. L'un des aspects les plus fascinants du droit tient à ce que cette discipline constitue tout à la fois un objet de connaissance

¹ Cass. Ch. mixte, 30 avril 1976 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 135 et n° 136 ; Crim. 28 octobre 1992, *D.* 1993, p. 203, obs. J. PRADEL ; Crim 10 novembre 2009, *Bull. crim.* n° 185 ; *AJ Pénal* 2010, p. 140, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

² Crim. 27 avril 2004, *Bull. crim.* n° 96, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 904, obs. D. N. COMMARET ; Ass. plén. 9 mai 2008, *Bull. crim.* n° 1, *AJ Pénal* 2008, p. 366, note C. SAAS.

³ Crim. 28 octobre 1992, *D.* 1993, p. 203, obs. J. PRADEL, op. cit.

⁴ Crim. 23 octobre 2012, *AJ. Pénal* 2012, p. 657, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ; *RTD Civ.* 2013, p. 125, obs. P. JOURDAIN.

⁵ V. par ex. Crim. 23 octobre 2012, op. cit. ; Crim. 26 mars 2013, n° 12-82.600 ; Civ. 2^{ème}, 18 avril 2013, n° 12-18.199.

et un ensemble de règles créées par l'homme pour s'imposer à lui¹. En tant que créateur du droit, l'homme dispose également de la faculté de le faire évoluer. La permanence de la règle de droit² n'implique pas qu'elle soit immuable. Une règle peut toujours être modifiée³, en principe par une règle de valeur au moins égale dans la hiérarchie des normes⁴. L'évolution est donc possible et rendue nécessaire par l'évolution du contexte social dans lequel s'inscrit la norme juridique. L'évolution est nécessaire du point de vue du jusnaturaliste pour lequel elle est le moyen de faire progresser le droit positif jusqu'à ce qu'il constitue le parfait décalque du droit naturel⁵. Pour le positiviste à l'inverse, la science du droit se borne à l'étude du droit positif⁶, à la construction d'un ensemble rationnel de normes⁷, ou à l'identification du critère de la juridicité⁸. Si le positiviste ne se prononce sur la nécessité de l'évolution du droit que d'un point de vue technique, il étudie cependant les mécanismes qui la permettent. Il admettra donc au moins la légitimité du principe d'une évolution de la norme juridique.

777. La nécessaire évolution des critères d'influence de la victime. En tant que norme juridique, la norme pénale est naturellement amenée à évoluer. En tant que norme juridique autonome⁹, son évolution n'est pas subordonnée à celle d'une norme extra-pénale qui lui préexisterait. Il est admis que la norme pénale a pour finalité d'assurer la protection des valeurs jugées essentielles à un moment donné dans une société donnée¹⁰. Elle doit donc évoluer lorsque le législateur modifie sa conception de ce que doivent être ces valeurs. Les critères d'influence de la victime évoluent alors, puisque ces critères constituent l'une des techniques permettant

¹ En ce sens, M. TERRE note que le droit est à la fois un aspect incontournable de la vie en société, un objet de connaissance et un objet d'action pour celui qui crée le droit comme pour celui qui l'applique : F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2012, n° 1.

² J. CARBONNIER, *Droit civil. T. 1. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 1^e éd., 2004, n° 5.

³ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 1^e éd., 2011, n° 13.

⁴ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 264.

⁵ B. OPPEIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1^e éd., 1999, n° 21 et 22 ; M. TROPPEL, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 2^e éd., 2008, p. 16.

⁶ B. OPPEIT, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 36-37.

⁷ B. OPPEIT, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 38 et s. L'ensemble rationnel de normes ne doit pas être confondu avec l'ensemble de normes rationnelles quant à leur contenu. La rationalité interne de la norme ne constitue un sujet d'étude que pour le jusnaturaliste ou à le partisan des théories intermédiaires (sur lesquelles V. B. OPPEIT, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 53 et s.).

⁸ B. OPPEIT, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 41 et s. KELSEN, principal représentant de ce courant de pensée, a ainsi voulu identifier la juridicité d'une norme dans son appartenance à l'ordre juridique. V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par CH. EISENMANN, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962 [1960], spéc. pp. 60 et s.

⁹ Cf. *supra*, n° 472 et s. et spéc. n° 501 et s.

¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1^e éd., 1980, p. 101 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 6 et 23 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 29 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 13^e éd., 2006, n° 50 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n° 18 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 6 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012, n° 3 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels 17^e éd., 2009, n° 3 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 76 et 84 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 225 ; Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597 ; Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle ; Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 3.

d'intégrer à la norme d'incrimination la référence à la valeur qu'elle est censée protéger. L'évolution des critères d'influence de la victime s'inscrit donc dans l'évolution globale du droit pénal, évolution ayant donné lieu à diverses théorisations. Classiquement, les premières théories sur l'évolution du droit pénal ont été les théories évolutionnistes, dont M. RAOULT définit la synthèse comme « *la théorie selon laquelle le droit évolue, dans le cadre de contraintes sociales et historiques et par l'intermédiaire de mécanismes non linéaires, dans le but de servir une fonction particulière qui va dans le sens de l'intérêt général* »¹. Il s'agit alors de dégager les traits généraux des évolutions du droit pénal afin d'en proposer une synthèse. Ainsi, l'hypothèse formulée par JHERING selon laquelle l'histoire de la peine s'apparenterait à une abolition constante s'inscrit dans cette catégorie², de même que l'hypothèse de M. POSNER, juriste américain, pour lequel l'évolution du droit pénal se caractérise par une « marche vers l'efficacité »³. À ces théories peuvent être opposées les théories dites « de conflits », nées au XIX^{ème} siècle. Selon ces dernières, le droit ne serait pas édicté pour servir l'intérêt général, mais les intérêts particuliers des « puissants »⁴. Ces deux variétés de théories, qui ont été reprises, approfondies et même conciliées par certains juristes contemporains, impliquent pareillement une évolution des critères d'influence de la victime.

778. L'évolution de l'influence de la victime dans les théories du conflit. Les théories du conflit ont par exemple pu être ravivées par la *labelling theory*, traduite par théorie de l'étiquetage⁵, ou encore théorie de la stigmatisation⁶. Cette théorie postule que la délinquance est créée socialement puisqu'elle n'est qu'une forme de déviance par rapport à ce que la société considère comme le comportement convenable. Élaborée dans la première moitié des années 1970, la théorie pénale du conflit de M. QUINNEY⁷ affirme que le droit pénal décrit les comportements en conflit avec les intérêts du segment de la société doté du pouvoir d'édicter les normes ou de façonner la politique publique. Le droit pénal d'une société évoluerait donc parallèlement aux intérêts des groupes dominants et au remplacement de ces groupes par d'autres. Les théories de ce genre impliquent par nature une évolution des critères d'influence de la victime, puisqu'elles postulent que les intérêts des groupes dominants sont doublement assurés, d'abord par une répression pénale renforcée des atteintes dont leurs membres pourraient être victimes, et ensuite par une clémence accrue à leur égard lorsqu'ils sont auteurs d'une infraction. Il en découle évidemment que, lorsqu'un groupe accède au statut de dominant, il fait alors édicter des incriminations sanctionnant certains comportements dont ses membres pourraient souffrir ou aggravent les peines encourues lorsqu'une infraction a visé l'un d'eux. Ces théories du conflit sont

¹ S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, PUAM, 2011, n° 53.

² V. S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 68 et s.

³ Sur cette théorie, V. S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 73 et s.

⁴ Pour une présentation historique de ces théories, V. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd., 2005, p. 43 et s. ; S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 81 et s.

⁵ V. S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 130 et s.

⁶ V. P. MORVAN, *Criminologie*, Litec, coll. Manuel, 1^e éd., 2013, n° 132 et s.

⁷ Théories sur lesquelles V. S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 132 et s.

cependant d'un intérêt limité du fait notamment qu'elles amènent pénalistes et criminologues à réfléchir davantage à ce qui fonde l'incrimination qu'aux techniques de répression du comportement incriminé¹.

779. L'évolution de l'influence de la victime dans les théories évolutionnistes. À l'inverse, les théories évolutionnistes prônent principalement l'observation des évolutions des techniques de répression, jugées plus objectivement analysables que celles des incriminations². Les théories évolutionnistes contemporaines reposent majoritairement sur l'idée selon laquelle les évolutions du droit pénal ne peuvent être comprises et expliquées que par des théories complexes car elles obéissent à des facteurs multiples et quelquefois contradictoires. Par exemple, la société, l'État et les victimes ont chacun des attentes distinctes sur le rôle du droit pénal³, attentes qui doivent être conciliées en démocratie. MM. MASSE, JEAN et GIUDICELLI en donnent un autre exemple lorsqu'ils émettent l'hypothèse selon laquelle le passage de la modernité à une postmodernité « *marquée par une certaine perte de confiance en la science et la désillusion par rapport au progrès ; le déclin de l'idée d'une organisation rationnelle du monde et de la vie en société ; un monde irréductiblement caractérisé par la complexité, le désordre, l'incertitude* » aurait également laissé son empreinte sur le droit pénal⁴. Afin de surmonter l'apparente incohérence des évolutions pénales⁵, certains auteurs tels que M. ROE ont enrichi les théories évolutionnistes de quelques hypothèses⁶. Citons ainsi la « dépendance au sentier », théorie selon laquelle il peut être plus intéressant de maintenir un dispositif juridique plutôt que de le remplacer par un dispositif plus performant, mais dont la mise en place susciterait des coûts excessifs. De même, l'hypothèse de l'« équilibre ponctué » amène à considérer que l'histoire pénale serait caractérisée par de longues périodes de stase, au cours de laquelle aucune évolution significative n'est observée, mais ponctuée de crises, telles que l'apparition d'une nouvelle forme de criminalité, induisant une évolution rapide et significative⁷. Enfin, la théorie du chaos, postulant que de très petites causes peuvent avoir *in fine* de grands effets, conduit à considérer qu'en raison de la sensibilité d'un système aux conditions initiales, l'évolution du système pénal ne pourrait être anticipée qu'en connaissant l'ensemble de ces conditions. La victime constitue alors l'un de ces facteurs, essentiellement au stade précédent

¹ S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 277.

² S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 276.

³ J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Gallimard, coll. Folio Le Monde actuel, 2006, p. 11 et pp. 207 et s.

⁴ M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. Droit et justice, 1^{er} éd., 2009. La citation se trouve p. 19.

⁵ V. par E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd., 2012, n° 47. À propos de l'évolution du droit pénal au cours du XX^{ème} siècle, l'auteur relève la difficulté d'en tirer un bilan en raison du fait que les législations ont constamment hésité entre adoucissement et accentuation de la répression. Dans le même sens, V. J.-H. ROBERT, « La politique pénale : ressorts et évolution », *Pouvoirs*, n° 128, 2008, p. 103. L'auteur y affirme que « [l]e Code pénal n'est pas une œuvre philosophique mais une compilation de recettes concrètes, heureuses ou maladroites, pour lutter empiriquement contre la délinquance » (p. 104).

⁶ Pour une présentation approfondie desquelles V. S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 105 et s.

⁷ En ce sens, V. A. GIUDICELLI, « Modernité, postmodernité et doctrines pénales : une grille de lecture », in *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., chapitre 2, p. 51.

l'incrimination par la considération de l'auteur de la norme pour les victimes potentielles, mais également au stade de la répression de l'infraction par la considération prétorienne pour la situation des victimes justifiant certaines interprétations extensives. L'inconvénient de ces théories est cependant qu'en raison de la multiplication des facteurs d'évolution, la prévisibilité y est purement théorique.

780. L'évolution de l'influence de la victime dans les théories de synthèse. Théories évolutionnistes et théories du conflit ont fait l'objet de tentatives de synthèses¹, telles que celle d'HOPKINS, selon qui il y a, au sein d'une société donnée, un socle de valeurs communes auxquelles s'ajoutent des valeurs imposées par les dominants, ces dernières pouvant faire l'objet de conflit. De même, la théorie du pluralisme politique, élaborée par M. DAHL, postule que le pouvoir législatif est aux mains de plusieurs groupes aux intérêts divergents, les conflits étant alors arbitrés par le gouvernement afin de préserver l'intérêt général. L'évolution des critères pénaux d'influence de la victime étant inévitable dans les théories évolutionnistes comme dans les théories du conflit, elle le demeure dans les théories de conciliation. M. RAOULT propose une semblable théorie², fondée sur deux hypothèses. La première tient à ce que les normes pénales ne participeraient pas à la survie du système dont elles sont issues, mais survivraient précisément parce qu'elles seraient nées dans un système dont les normes économiques sont efficaces³. La seconde hypothèse tient à ce que l'histoire du droit pénal s'apparenterait davantage à une histoire des religions qu'à une histoire des techniques⁴. Partant, il estime que le droit pénal connaîtrait une évolution essentiellement arythmique⁵ et non dirigée puisque le droit pénal déterminant lui-même les objectifs qu'il est censé remplir, il ne saurait tendre dans une direction unique, déterminée à l'origine et invariante à travers les âges⁶. Un aspect essentiel de cette théorisation de l'évolution pénale réside dans l'importance de la dimension symbolique, presque sacrée, de la norme pénale⁷. Le législateur tiendrait compte de l'aspect fortement symbolique, de la dimension expressive de la norme pénale lorsqu'il l'adopte ou la modifie, ce dont il résulterait que l'évolution pénale obéirait à des lois distinctes de celles qui gouvernent l'évolution des autres branches du droit. Les critères d'influence de la victime participeraient incontestablement de cette dimension symbolique. Là où l'obligation de réparer un dommage ne témoigne que de la reconnaissance de ce dommage,

¹ Sur lesquelles V. S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 145 et s.

² Pour un exposé détaillé de laquelle V. S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 318 et s.

³ S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 249 et n° 316.

⁴ S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 254 et n° 316.

⁵ S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 339 et s.

⁶ S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 343 et s.

⁷ S. RAOULT, *La théorisation de l'évolution pénale*, op. cit., n° 316 et n° 395-396. Dans le même sens, M. JESTAZ rappelle que la proportion de la morale est plus importante en droit pénal que dans les autres branches du droit. Elle est plus particulièrement présente dans ce qu'il nomme le « droit pénal classique », ou « droit pénal naturel », constitué par les incriminations les plus répandues telles que celle du meurtre ou du vol réprimés en tout temps et en tout lieu, par opposition au « droit pénal artificiel ». V. PH. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD Civ.* 1990, p. 625.

sanctionner pénalement l'atteinte commise à autrui exprime l'idée que cette atteinte ne lèse pas uniquement la victime, mais également l'ordre social.

781. Bilan : la nécessaire évolution de l'influence pénale de la victime. Il apparaît donc que, quelle que soit la théorie à laquelle on se réfère pour comprendre et expliquer les évolutions de la norme pénale, on soit pareillement amené à expliquer et comprendre les évolutions des critères d'influence de la victime. En raison de sa nature de protagoniste passif de l'infraction, la victime est prise en compte par la norme pénale. En raison du fait que cette norme vise justement à protéger la victime et à travers elle l'ordre public, son influence évolue au gré des modifications de la physionomie générale du droit pénal. S'il est donc naturel que l'évolution du droit pénal entraîne ou se manifeste par une évolution des critères d'influence de la victime, il importe que la référence à la victime ne soit pas instrumentalisée pour justifier des évolutions susceptibles de compromettre l'équilibre général assuré par la norme pénale.

B/ L'INSTRUMENTALISATION DE LA VICTIME ET LA DÉGRADATION DE LA NORME PÉNALE

782. L'instrumentalisation des attentes des victimes. Les attentes spécifiques que peuvent avoir les victimes envers le système pénal sont normales. Certaines peuvent même être légitimes, mais d'autres n'ont pas vocation à être satisfaites. Aussi, lorsqu'une telle attente, exprimée par des victimes réelles ou potentielles, est satisfaite par le législateur au mépris d'un grand principe du droit pénal ou lorsque la prise en compte des aspirations des victimes justifie une réforme instaurant une contradiction au sein des normes pénales, il y a là une raison de soupçonner que l'attente des victimes a été instrumentalisée. De telles instrumentalisation doivent être dénoncées, encore qu'il convienne de faire preuve de prudence en la matière car il n'appartient pas au scientifique pénaliste de formuler des observations de nature politique sur l'état de la législation pénale. Seules devront donc être évoquées les évolutions qui pourront être critiquées sur la base d'un critère objectif. Par ailleurs, les questions de procédure dépassant le cadre de cette étude¹, les illustrations seront puisées dans la seule norme substantielle. Malgré cette limitation, le nombre d'éléments potentiellement concernés demeure important et il ne saurait en être donné une liste exhaustive.

783. La dimension prospective de l'étude des instrumentalisation des attentes des victimes. Les exemples qui suivront doivent davantage être perçus comme autant d'invitations à poursuivre la réflexion, ce qui a été réalisées dans d'autres œuvres scientifiques. Il ne s'agit ici que d'évoquer les tendances dont le droit pénal contemporain semble marqué. Qu'on s'en félicite ou

¹ Cf. *supra*, n° 22.

qu'on le déplore, il semble bien que la victime ait vocation à tenir une place de plus en plus significative dans certains aspects du droit pénal substantiel, à l'image du rôle de plus en plus notable qui lui est reconnu en procédure pénale. Ces évolutions s'opèrent parfois au détriment de la conception classique, voire de la qualité, du droit pénal et c'est en ce sens qu'elles peuvent être qualifiées d'instrumentalisations. Ainsi en droit pénal substantiel, les instrumentalisations de la référence aux victimes semblent pouvoir être identifiées lorsque cette référence est invoquée pour justifier une dégradation de la qualité de la norme pénale (1). Une illustration plus spécifique peut en être trouvée quand, au nom des victimes, le concept de peine se trouve modifié à l'encontre des conceptions classiques (2).

1) L'instrumentalisation de la victime au détriment de la qualité de la norme pénale

784. L'instrumentalisation de la victime à des fins de communication et l'instabilité de la norme pénale. L'inflation normative n'est pas un phénomène nouveau. Évoquant les lois de son temps, MONTAIGNE considère déjà « *qu'il vaudrait mieux ne pas en avoir du tout que de les avoir en nombre tels que nous les avons* »¹ et, le 13 mai 1901, Jules RENARD écrivait dans son journal que « *[n]ul n'est censé ignorer la Loi. Il y a plus de deux cent mille lois.* ». Toutefois, le phénomène tend à s'amplifier, aussi est-il de plus en plus dénoncé en doctrine, non pas tant en raison du nombre de lois, inhérent à une organisation sociale complexe², que de leur instabilité³. L'accentuation du phénomène tient notamment à ce que le fait divers semble désormais valoir commandement de légiférer. CARCASSONNE note ainsi que « *[L]égiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un « vingt heures » est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution.* »⁴. Dès lors qu'une personne a subi des faits choquant l'opinion publique, le réflexe législatif se déclenche aussi sûrement que l'extension rotulienne sous l'action du marteau à réflexes. M. CONTE en a illustré le mécanisme dans une étude⁵ portant sur la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure⁶. Si

¹ M. DE MONTAIGNE, *Les Essais*, Livre III, chap. XIII, trad. par A. LANLY, Gallimard, coll. Quatro, 2009, p. 1285.

² G. HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 101. L'auteur (dont le nom est un pseudonyme) relève en premier lieu que l'inflation tient davantage à la taille des lois qu'à leur nombre (pp. 101-102) et en second lieu que cette inflation est un phénomène naturel (pp. 102 et s.), notamment en raison de la complexification de la société et de l'ordre juridique qui s'y rattache.

³ V. par ex. J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., pp. 11 et s. ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 31 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 214 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 400 et s. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 420 et s. ; J.-C. ZARKA, « À propos de l'inflation législative », *D.* 2005, p. 660 ; Y. BENHAMOU, « Réflexions sur l'inflation législative », *D.* 2010, p. 2303. V. cependant P. MBONGO, « De « l'inflation législative » comme discours doctrinal », *D.* 2005, p. 1300 pour une approche critique des dénonciations doctrinales de l'inflation législative. V. également G. HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », op. cit.

⁴ G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 39. La citation se trouve p. 40.

⁵ PH. CONTE, « « Loppsi 2 » ou la sécurité à la petite semaine. À propos de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », *JCP G* 2011, doct. 626.

⁶ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JORF* du 15 mars 2011, p. 4582.

On peut ici évoquer l'instrumentalisation, c'est en raison du fait que, si l'émotion de l'opinion publique peut être sincère, elle n'a pas pour autant vocation à imposer l'agenda normatif, ni à être nécessairement satisfaite par un législateur en mal de popularité. En premier lieu, répondre à l'émotion collective suppose de répondre dans l'urgence, tant que cette émotion demeure vivace, alors qu'élaborer une bonne législation suppose le temps de la réflexion. Ensuite, les intérêts et attentes des victimes n'ont que faire des grands principes de la responsabilité pénale car les mécanismes de la présomption d'innocence ou de la prescription de l'action publique, par exemple, peuvent contrecarrer sa volonté de voir l'auteur de l'infraction en répondre pénalement¹. En ce sens, M. SALAS définit le populisme pénal comme « *tout discours qui appelle à punir au nom des victimes bafoués et contre des institutions disqualifiées* »², précisément car cela conduit à exacerber la répression au détriment de certaines garanties essentielles du droit pénal, lequel doit constituer le régulateur de la répression³. Enfin, la réforme adoptée dans le simple but de complaire à l'opinion sociale n'est pas toujours d'une grande effectivité.

785. L'instrumentalisation de la victime à des fins de communication et l'ineffectivité de la norme pénale. Lorsque la victime est instrumentalisée à des fins de communication politique, l'effectivité et l'efficacité de la réforme résident dans sa seule existence et son aptitude à produire une bonne impression auprès des électeurs. Par conséquent, l'effectivité et l'efficacité de la norme nouvelle sont reléguées au second plan, voire totalement occultées. La multiplication des incriminations conduit à compliquer le droit pénal et attenter à sa lisibilité, lorsqu'elle n'aboutit pas à incriminer inutilement ce qui l'était déjà⁴. Plus insidieusement, l'ineffectivité d'une réforme pénale peut tenir à son aspect purement déclaratif⁵. Ainsi, il a été vu que le droit pénal contemporain semble avoir abandonné les incriminations spécifiques telles que l'inceste au profit de circonstances aggravantes d'infractions générales⁶. Afin de concilier cette nouvelle configuration du droit pénal avec sa volonté de donner l'impression d'apporter une réponse à la question des atteintes sexuelles intrafamiliales, le législateur a décidé d'en modifier la qualification. La loi du 8 février 2010⁷, sans recréer une incrimination spécifique d'inceste, permettait de

¹ En ce sens, V. D. SALAS, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », in *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., chapitre 6, p. 111 et spéc. p. 114.

² D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, 2005, p. 14.

³ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 53.

⁴ V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 155 ; « M. DAURY-FAUVEAU, « La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 179, spéc. p. 181.

⁵ V. C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 194.

⁶ Cf. *supra*, n° 763 et s.

⁷ Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* du 9 février 2010, p. 2265. Sur cette loi, V. PH. BONFLIS, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 462 ; O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.* 2010, étude 7 ;

qualifier d'incestueux les viols et agressions sexuelles commises au sein de la famille sur un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou toute autre personne ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait¹. Cette qualification n'emportait d'autre conséquence juridique que d'obliger le juge à statuer sur le maintien de l'autorité parentale exercée par l'auteur de l'infraction sur la victime², disposition ayant par ailleurs survécu à l'abrogation de la qualification d'inceste, ce qui prouve que cette qualification ne lui était nullement nécessaire³. Ce n'est pourtant pas en raison de son inutilité, mais de son imprécision que le Conseil constitutionnel a prononcé l'abrogation de cette qualification dans sa décision du 16 septembre 2011⁴. Le Conseil a ainsi statué en estimant qu'en s'abstenant de désigner précisément les personnes considérées comme membres de la famille au sens de cette incrimination, le législateur a manqué à son obligation de définir les infractions en termes clairs et précis⁵. La décision du Conseil constitutionnel précise néanmoins qu'une telle qualification est valable en son principe⁶, bien que la normativité d'une telle réforme apparaisse douteuse⁷. Ce « nominalisme pénal » pourrait donc être employé de nouveau dans l'avenir et des qualifications pénales seraient alors modifiées pour des raisons de pur affichage.

786. L'instrumentalisation de la victime à des fins de communication et la démesure de la norme pénale. La tendance à la disparition des infractions spécifiques, que ce « nominalisme pénal » visait à contourner, semble par ailleurs difficilement compatible avec la tendance à la multiplication des incriminations qui, si elles ne visent pas des victimes spécifiques, répriment des comportements extrêmement spécifiques. Typiquement, les incriminations d'enregistrement ou de la diffusion d'images de violences⁸, ou d'occupation des espaces communs ou des toits d'immeubles collectifs à usage d'habitation en empêchant délibérément l'accès et la libre circulation des personnes⁹ sanctionnent des comportements spécifiques très précisément définis¹⁰

G. DELORS, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 599 ; A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, 335.

¹ Art. 222-31-1 CP, aujourd'hui abrogé.

² Art. 222-31-2 CP.

³ Les mots « incestueux » et « incestueuses » ont d'ailleurs été supprimés de l'article 222-31-2 et des autres dispositions du Code pénal par l'article 6 de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338. Le terme d'inceste subsiste néanmoins dans l'intitulé du paragraphe trois de la section trois relative aux agressions sexuelles.

⁴ Cons. const., décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, *JCP G* 2011, 1160, note A. LEPAGE.

⁵ Quatrième considérant.

⁶ *Ibid.*

⁷ Sur l'exigence de normativité des lois pénales formulée par le Conseil constitutionnel, cf. *supra*, n° 487. Pour la même exigence, formulée par la Cour de cassation, cf. *supra*, n° 488.

⁸ Art. 222-33-3 CP, créé par l'article 44 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JORF* du 7 mars 2007, p. 4297.

⁹ Art. L. 126-3 C. constr. hab., créé par l'article 61 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* du 19 mars 2003, p. 4761.

¹⁰ Pour d'autres exemples, V. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 401 ; PH. CONTE, « « Loppsi 2 » ou la sécurité à la petite semaine. À propos de la loi du 1^{er} mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », op. cit., spéc. n° 6.

et parfois relativement anodins. De telles incriminations sont justifiées par leurs auteurs comme autant d'armes nécessaires à la défense des victimes de ces agissements. De telles invocations s'apparentent à une instrumentalisation du fait que cette multiplication des incriminations peut porter atteinte au caractère subsidiaire du droit pénal. En raison de son objet spécifique¹, le droit pénal ne doit sanctionner que les atteintes les plus importantes aux valeurs sociales les plus essentielles. Il ne doit être que l'*ultima ratio* de la réaction sociale² et ce caractère est affecté lorsque la sanction pénale est systématiquement prévue pour sanctionner tout comportement socialement désapprouvé³. Les ressources du droit pénal ne sont pas infinies, aussi ce droit perd-il en consistance lorsqu'il s'étend exagérément. La question est toutefois délicate à aborder plus avant, car la distinction des comportements devant être pénalement réprimés de ceux devant échapper à une telle sanction relève potentiellement du politique. Mieux vaut donc poursuivre en envisageant l'instrumentalisation de la victime conduisant à porter atteinte non à la conception du droit pénal dans son ensemble, mais à celle de la peine.

2) L'instrumentalisation de la victime au détriment de la conception de la peine

787. L'exclusion classique de la vengeance des fonctions de la peine. Bien qu'elle constitue étymologiquement le critère d'identification du droit pénal, la peine demeure paradoxalement mal identifiée car elle n'est pas définie par le droit pénal⁴. Elle peut être doctrinalement définie comme le châtement édicté par la loi à l'effet de réprimer une atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction (peine encourue) ou le châtement prononcé par le juge répressif en vertu de la loi (peine prononcée)⁵. En dépit de l'absence de définition légale, les auteurs s'accordent à reconnaître certaines fonctions à la peine. Deux fonctions lui sont unanimement reconnues, celle de rétribution ou de punition et celle de prévention⁶. Dans son fameux arrêt *Öztürk*, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle qu'associées au caractère général de la norme, ces deux fonctions suffisent à établir la nature pénale d'une infraction et de la sanction qui lui est associée⁷. La prévention est parfois scindée en prévention générale, destinée à dissuader les tiers d'imiter l'agent, et prévention spéciale destinée à dissuader

¹ Sur lequel cf. *supra*, n° 35 et n° 496 et s.

² M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipse, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 84.

³ En ce sens, V. J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., pp. 19-20 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 401.

⁴ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 42, 2007, n° 31 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1190.

⁵ G. CORNU – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, entrée « peine », sens 1.

⁶ V. par ex. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 29 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 445 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 314 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 561 et s. ; J.-L. BERGEL, « Une problématique des sanctions pénales ? », in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, p. 89 et spéc. pp. 90 et s.

⁷ CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79, § 53.

l'agent de commettre une nouvelle infraction¹. Certains auteurs évoquent également une fonction de neutralisation² ou d'élimination³ temporaire de l'agent que l'on peut rapprocher de cet objectif de prévention spéciale. Enfin, le droit de la peine contemporain lui reconnaît également une fonction d'amendement⁴, ainsi qu'une fonction diversement dénommée de réadaptation⁵, de resocialisation⁶ ou de réinsertion⁷ du coupable. Ainsi, et bien que M. LARGUIER la décèle encore derrière la fonction d'expiation⁸, la vengeance a été progressivement exclue des fonctions de la peine. La fonction punitive de la peine ne saurait être assimilée à la vengeance. Tout au contraire, la peine vise à canaliser le besoin de vengeance, à lui trouver un dérivatif pour éviter que les parties ne s'abîment dans quelque *vendetta* sans fin. MM. MERLE et VITU confient à la peine le soin de « dissoudre [...] les conséquences émotionnelles du crime. La peine est un dissolvant symbolique de la rupture d'équilibre social imputable au crime. Elle apaise et discipline l'irrésistible besoin de vengeance de la victime ou de ses proches. »⁹. La peine est prononcée par l'instance judiciaire et mise à exécution par les services de l'État, alors que la vengeance supposerait une réaction décidée et conduite par la victime de l'infraction. Certes, la société est atteinte par le trouble à l'ordre social résultant de l'infraction, mais considérer la réaction sociale comme une vengeance exercée par cette dernière reviendrait à placer sur le même plan l'agent et la société à laquelle il appartient, donc à méconnaître les dimensions symboliques de la peine.

788. L'instrumentalisation de la victime et la résurrection d'une fonction vindicative de la peine. En dépit de ces considérations, l'évolution du droit des peines semble conforter l'idée d'un retour de la fonction vindicative de la peine destiné à satisfaire les aspirations des victimes et d'une opinion publique émue par certains faits divers. Mme DELMAS-MARTY considère que, par certains aspects, la vengeance n'aurait jamais déserté le droit pénal. En témoignerait la gradation, à faute égale, des peines encourues par l'auteur de violences volontaires ou involontaires¹⁰. Si de telles dispositions apparaissent toutefois légitimes en ce qu'elles permettent une prise en compte de la gravité du dommage¹¹, il n'en va pas de même des dispositions issues de la loi du 25 février

¹ V. par ex. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 497 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1*, op. cit., n° 654 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 314 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 563.

² E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1203 et s.

³ J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 553.

⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1206 et s.

⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 502 et s.

⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1209 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 314 ; B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 29 ; J.-L. BERGEL, « Une problématique des sanctions pénales ? », op. cit., spéc. pp. 93 et s.

⁷ J. LARGUIER, *Le droit pénal*, PUF, coll. Que sais-je ?, 16^e éd., 2006, p. 77 ; J.-CL. SOYER, « Une certaine idée du droit... de la sanction pénale », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 557 et spéc. pp. 563 et s.

⁸ J. LARGUIER, *Le droit pénal*, op. cit., p. 77.

⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1*, op. cit., n° 654.

¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1^e éd., 1980, p. 74.

¹¹ Cf. *supra*, n° 551 et 552.

2008¹. Les articles 706-119 et suivants du Code de procédure pénale organisent désormais la possibilité de faire comparaître la personne mise en cause devant la chambre de l'instruction², cette dernière pouvant rendre une décision précisant qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits reprochés, mais la déclarant irresponsable en vertu de l'article 122-1 du Code pénal³. Lorsque l'irresponsabilité pour cause de trouble mental est relevée par la juridiction de police ou correctionnelle, sa décision doit préciser si l'intéressé a commis les faits reprochés⁴. Quant à la Cour d'assises, les règles de formulation des questions⁵ l'obligeront nécessairement à se prononcer sur la commission des faits et sur la responsabilité pénale⁶. Ces adaptations de la procédure ne semblent justifiées que par la volonté d'assurer aux victimes la satisfaction d'une reconnaissance judiciaire de leur situation et du rôle qu'y a joué l'agent⁷. À côté du regain d'intérêt législatif pour la notion de dangerosité⁸, il semble se faire jour une nouvelle tendance à considérer que la peine doit informer la victime de ce que la société n'ignore pas sa souffrance et ainsi lui permettre de se reconstruire⁹. Cela revient peu ou prou à considérer que la souffrance de l'agent peut apaiser la victime, donc à consacrer une certaine fonction vindicative à la peine. Que la peine puisse en pratique avoir cet effet est une chose, mais consacrer cet effet comme un objectif de la peine relève d'une autre logique, une logique dans laquelle la sévérité des sanctions devra sans cesse être augmentée¹⁰ afin de satisfaire les attentes de victimes dont les réelles souffrances brouillent nécessairement le jugement. La reconstruction de la victime paraît

¹ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* du 26 février 2008, p. 3266. Sur cette loi, V. H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Dr. pén.* 2008, étude 5 ; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000.

² Lorsque l'article 122-1 du Code pénal lui paraît applicable, il incombe au juge d'instruction d'informer le procureur de la République et les parties, lesquels peuvent alors décider de faire saisir la chambre de l'instruction (art. 706-119 CPP). À défaut d'une telle saisine, le juge d'instruction doit lui-même préciser dans son ordonnance d'irresponsabilité pour cause de trouble mental qu'il existe des charges suffisantes établissant que la personne a commis les faits qui lui sont reprochés (art. 706-20 al. 2 CPP).

³ Art. 706-125 CPP. Bien évidemment, la chambre de l'instruction peut également décider qu'il n'existe pas de telles charges (art. 706-123 CPP) ou que ces charges existent mais que l'irresponsabilité pénale ne paraît pas pouvoir être invoquée, auquel cas elle renvoie devant la juridiction de jugement (art. 706-124 CPP).

⁴ Art. 706-133, 1° CPP pour le tribunal correctionnel et art. 706-134 CPP pour la chambre des appels correctionnels, la juridiction de proximité et le tribunal de police.

⁵ Art. 349-1 CPP. Lorsqu'il est soulevé une cause d'irresponsabilité pénale, la Cour d'assises doit répondre à deux questions. La première porte sur la commission des faits par l'accusé et la seconde sur le bénéfice de la cause d'irresponsabilité pénale invoquée.

⁶ Art. 361-1 CPP et 706-129 et s. CPP.

⁷ En ce sens, V. H. MATSOPOULOU, « *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* », op. cit. ; D. SALAS, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », in *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., chap. 6 p. 111 et spéc. pp. 114-115 et A. GIUDICELLI, « Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental », *ibid.*, chap. 8, p. 149 et spéc. pp. 160 et s.

⁸ Sur lequel V. J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, coll. L'univers des normes, 2010, p. 95 et s. et les ouvrages précités de MM. SALAS, MASSE, JEAN et GIUDICELLI.

⁹ En ce sens, V. F. GROS, « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », in *Droit pénal. Archives de philosophie du droit*, tome 53, Dalloz, 2010, p. 164 ; D. Salas, « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ Pénal* 2004, p. 430.

¹⁰ En ce sens, V. D. SALAS, *La volonté de punir*, op. cit., pp. 180 et s.

d'avantage relever de la réparation du dommage, fonction qui ne relève traditionnellement pas de la responsabilité pénale.

789. L'exclusion classique de principe de la réparation des fonctions de la peine. La réparation du dommage causé par l'infraction ne figure pas plus que la vengeance dans les fonctions dévolues à la peine, à l'exception toutefois des sanctions fiscales et douanières¹ ou des contraventions de grande voirie, bien que la nature pénale de ces dernières ait parfois été discutée². Dans l'étude qu'il consacre au sujet, M. PAILLARD constate que, « [à] la lumière de toutes les expériences tentées, il apparaît qu'il n'est pas possible d'intégrer la réparation dans la peine. Toutes les tentatives se sont soldées par la création d'un régime juridique malheureux, partagé entre l'application des règles du droit civil et les principes du droit pénal. »³. Pour autant, la réparation a toujours en pratique exercé une influence sur la décision de poursuivre⁴ et cela a été légalement consacré avec les alternatives aux poursuites de l'article 41-1 Code de procédure pénale. La réparation du dommage constitue désormais officiellement l'une des mesures alternatives aux poursuites⁵, lesquelles ne peuvent être envisagées que lorsqu'elles apparaissent susceptibles d'assurer la réparation du dommage de la victime⁶. La composition pénale⁷, institution originale⁸, constitue une alternative aux poursuites qu'elle permet lorsqu'elle n'est pas exécutée⁹ mais éteint l'action publique lorsqu'elle est exécutée¹

¹ Sur ce point, V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 106 et s. et n° 165 et s. ; N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, Thèse, Université Jean Moulin – Lyon III, 2006, n° 1033 et s.

² Le Conseil d'État, dans une décision du 22 juin 1987 (CE, 22 juin 1987, 6/2 SSR, *Secrétaire d'État auprès du Ministre des transports, chargé de la mer*, req. n° 50787) affirme que « les contraventions de grande voirie, bien que sanctionnées par des amendes pénales, ne sont pas, compte tenu de leur objet et de leur régime particulier, notamment des règles de procédure et de compétence qui leur sont applicables, des contraventions de police et n'entrent pas dans les catégories énumérées par l'article R.25 du Code pénal ». Voici donc une catégorie de comportements réprimés par une sanction pénale tout en n'étant pas des infractions pénales... Il est certain que le régime applicable aux contraventions de grande voirie a de quoi déconcerter le pénaliste, notamment en raison du fait qu'elles sont jugées par les juridictions administratives. Cependant, la nature des sanctions qui leur sont applicables et le caractère général des textes qui les prévoient conduiraient probablement la Cour européenne des droits de l'homme à les intégrer à la matière pénale, en application des principes mentionnés dans l'arrêt Öztürk précité. D'ailleurs, les *Ordnungswidrigkeiten* du droit allemand dont il était question dans cette affaire ne sont pas autre chose que des contraventions administratives. Par ailleurs, la doctrine reconnaît volontiers un caractère pénal aux contraventions de grande voirie. En ce sens, V. par exemple B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 161 à 164 ; R. MERLE et A. V. ITU, *Traité de droit criminel. T. 1*, op. cit., n° 406. M. REDON quant à lui les qualifie pareillement d'infractions mais note que certaines relèvent du « droit répressif administratif » tandis que d'autres relèvent du droit pénal. V. M. REDON, « Voirie (Contravention) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 1. Sur le régime de ces contraventions de grande voirie et surtout sur le caractère sanctionnateur et réparateur de leurs sanctions, V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 89 et s. et n° 159 et s.

³ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 121.

⁴ Sur ce point, V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 334 et s. et spéc. n° 350 et s. ; N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 924 et s.

⁵ Art. 41-1, 4° CPP. Elle entre aussi dans l'objectif de la médiation pénale, mentionnée au 5° de l'article 41-1 du Code de procédure pénale et sur laquelle V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 343 et s. ; N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 939 et s.

⁶ Art. 41-1, al. 1^{er} CPP.

⁷ Art. 41-2 CPP.

⁸ M. PAILLARD la qualifie ainsi d'« action répressive sui generis ». V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 393 et s.

⁹ Art. 41-2 al. 24 CPP. L'alinéa premier de ce texte prévoit qu'elle peut être proposée « tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement ». L'article 40-1, 2° CPP la qualifie par ailleurs d'alternative aux poursuites.

exécutée¹ sans toutefois nécessiter que le juge se prononce sur le fonds de l'affaire². En la matière, la loi oblige le procureur à proposer à l'auteur de réparer le dommage lorsque la victime est identifiée³. Le fait que l'auteur ait réparé le dommage causé a également toujours eu une influence sur la peine prononcée par la juridiction de jugement et de nombreuses dispositions légales favorisent l'agent ayant indemnisé la victime⁴. Par exemple, la dispense de peine ne peut, selon l'article 132-59 du Code pénal, être prononcée qu'à la condition que le dommage ait été réparé, encore que ce texte n'exige pas que la réparation ait été le fait de l'agent. Enfin, la victime tient un rôle significatif en matière d'exécution des peines⁵ et l'article 707 du Code de procédure pénale prévoit que cette exécution doit tenir compte des droits de la victime, notamment de son droit à indemnisation⁶. La reconnaissance de l'intervention de la victime dans les procédures Ces aménagements, quoique statistiquement importants, ne faisaient essentiellement que traduire le fait que la réparation du dommage est un signe, si ce n'est de repentir, au moins de bonne volonté de la part de l'agent. Le droit de la répression pénale en pouvait donc tenir compte et ces aménagements ne remettaient pas en cause le principe voulant que la réparation ne figure pas parmi les finalités de la peine.

790. L'instrumentalisation de la victime et la reconnaissance d'une finalité réparatrice de la peine. Pourtant, ce principe paraît avoir été remis en cause en raison de la naissance d'une « *chimère juridique* »⁷, la peine de sanction-réparation⁸, créée par la loi du 5 mars 2007⁹. L'alinéa deux de l'article 131-8-1 du Code pénal la définit comme « *l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime* ». Cette sanction peut être prononcée à la place ou en même temps qu'une peine correctionnelle d'emprisonnement ou une peine d'amende¹⁰, y compris contraventionnelle¹¹. Une peine « authentique » est cependant fixée par la juridiction afin de sanctionner le condamné qui

¹ Art. 41-2 al. 26 CPP. Par ailleurs, alors que les mesures mentionnées à l'article 41-1 du Code de procédure pénale suspendent la prescription de l'action publique (art. 41-1, al. 8 CPP), la mise en œuvre d'une composition pénale interrompt cette prescription (art. 41-2 al. 25 CPP).

² Avec les répercussions que cela peut avoir sur l'exercice de l'action civile et la mise en mouvement de l'action publique par la victime. Sur ce point, V. J.-H. ROBERT, « L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures* 2007, étude 19, spéc. n° 10 et 11.

³ Art. 41-2 al. 19 CPP.

⁴ P. COUVRAT, « La protection des victimes d'infractions. Essai d'un bilan », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 577 et spéc. pp. 589 et s.

⁵ Sur la question, V. R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *D.* 2003, p. 145 ; G. ROYER, « La victime et la peine. Contribution à la théorie du procès pénal *post sententiam* », *D.* 2007, p. 1745 ; M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines. En finir avec le déni et l'idéologie », *AJ Pénal* 2008, p. 356.

⁶ M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines. En finir avec le déni et l'idéologie », op. cit.

⁷ J.-H. ROBERT, « Montagne et souris », *Dr. pén.* 2007, repère 5. V. également J.-H. ROBERT, « préface » de B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., p. V.

⁸ Sur laquelle V. PH. SALVAGE, « Les peines de peine », *Dr. pén.* 2008, étude 9.

⁹ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JORF* du 7 mars 2007, p. 4297. Sur cette loi, V. PH. CONTE, « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pén.* 2007, étude 7.

¹⁰ Art. 131-8-1 al. 1^{er} CP.

¹¹ Art. 131-15-1 CP.

n'exécuterait pas la réparation prononcée¹. Ce qui devrait s'ajouter à la sanction pénale peut dorénavant en tenir lieu et il y a là matière à le regretter dans la mesure où cette réforme tend à promouvoir une vision archaïque de l'infraction comme simple conflit privé opposant l'auteur et la victime. L'intérêt de la société n'est plus mis en avant car l'agent ne semble pas devoir répondre du trouble qu'il a pu causer à l'ordre social. Le juge se contente de veiller, par la simple menace d'une peine, à ce que la résolution privée du conflit privé soit équitable et effective. Cette « sanction » pourrait être d'autant plus inefficace que les juges pourront hésiter à la prononcer lorsque le coût de la réparation dépassera de beaucoup les ressources de l'agent². Mais peut-être ne sont-ce là que des considérations de pessimiste. Après tout, l'inflation pénale a précédemment été dénoncée³, aussi pourrait-on se réjouir de voir que le législateur confère parallèlement au juge la faculté de limiter la sanction à la réparation civile. Avec une certaine mauvaise foi, cette réforme pourrait être interprétée comme une autorisation de procéder en pratique à une vaste dépenalisation judiciaire. Voici donc les auteurs de délits et contraventions mineurs potentiellement ramenés à la situation de simples débiteurs civils auxquels sont en plus reconnues les garanties des droits de la défense pénale. Les risques d'un refus de s'acquitter de son obligation sont légèrement plus élevés, mais cela ravira sans doute les nostalgiques de la contrainte par corps⁴.

Conclusion du chapitre second

791. Les nécessaires évolutions temporelles et spatiales des critères d'influence de la victime. Du fait qu'il traduit les valeurs sociales essentielles d'un ordre social, le droit pénal est nécessairement en évolution et l'influence pénale de la victime évolue avec lui. Les critères d'influence de la victime varient donc dans l'espace, ce qu'illustre la diversité des solutions en matière de prise en compte de l'ampleur du préjudice patrimonial de la victime. Alors que la valeur économique du bien sur lequel porte l'infraction est en principe indifférente en droit français, elle détermine la peine encourue dans les droits pénaux canadien, italien ou bulgare. Les critères d'influence de la victime consacrés varient également dans le temps. Ainsi, si toutes les sociétés ont assuré la protection de leurs instances dirigeantes, la protection des instances

¹ Art. 131-8-1 al. 5 CP.

² Pour un raisonnement similaire tenu à propos des sanctions de remise en état du droit pénal de l'environnement, V. J.-H. ROBERT, « Le droit de l'environnement », *Resp. civ. et assur.* 2013, dossier 28, spéc. n° 22 et s.

³ Cf. *supra*, n° 784.

⁴ Sans adhérer ni évoquer notre facétieuse et improbable théorie, M. SALVAGE considère néanmoins que le mécanisme de la sanction-réparation conduit à ériger l'obligation de réparation en véritable incrimination pénale (*in* « Les peines de peine », op. cit., n° 18). Plus exactement, on pourrait dire que le fait de ne pas s'acquitter d'une obligation de nature civile est ici incriminé. Dans l'esprit, cela rapproche la sanction-réparation de l'incrimination d'abandon de famille (art. 227-3 et s. CP).

religieuses n'est plus l'impératif qu'elle fut par le passé. De même, la famille, jadis *terra incognita* du droit pénal, a été peu à peu colonisée par la norme répressive et le statut de père de famille, loin de justifier les comportements d'atteintes aux autres membres de la cellule familiale, peut désormais entraîner l'aggravation de ces atteintes. Dernière illustration, l'esclave, jadis réifié et par conséquent privé de la protection pénale attachée aux personnes, a peu à peu gagné cette protection pénale et la réduction en esclavage constitue aujourd'hui une infraction sévèrement réprimée.

792. Les tendances de l'évolution des critères d'influence de la victime. Bien qu'elles ne soient pas toujours coordonnées, ces évolutions dessinent des tendances dans l'évolution globale du droit pénal français. La protection pénale concrète des individus se substitue ainsi à la protection pénale abstraite des entités ou groupes que composent ces individus. Parallèlement, si les incriminations sanctionnant des comportements spécifiques sont nombreuses et en augmentation, les incriminations sanctionnant des atteintes à des victimes spécifiques tendent à disparaître au profit de circonstances aggravantes d'infractions générales. Les individus, tous les individus, sont désormais protégés pour eux-mêmes et de façon équivalente. Enfin, il se profile une tendance à considérer que les infractions sont avant tout des atteintes à des droits subjectifs des individus, aussi les valeurs sociales pénalement protégées s'assimilent-elles de plus en plus à des intérêts pénalement protégés. L'évolution des critères d'influence de la victime reflète donc le développement du droit pénal d'une société individualiste et les excès qui peuvent y être associés. La crainte de la victimisation se développe également et la victime devient un outil de communication apte à justifier de nombreuses réformes répressives, dont certaines portent atteinte aux grands principes sur lesquels a pu être construit le droit pénal.

Conclusion du titre second

793. La construction du droit pénal par référence à l'auteur et imprécision des critères d'influence de la victime. La construction du droit pénal repose essentiellement sur la référence à l'infraction et à son auteur. La référence à la victime n'est que secondaire car l'infraction constitue avant tout une atteinte aux valeurs essentielles de la société. En conséquence, les critères d'influence de la victime n'ont pas toujours fait l'objet d'une construction raisonnée et guidée par une vue d'ensemble. C'est pourquoi certains d'entre eux peuvent sembler manquer de cohérence, l'exemple le plus topique étant le critère du nombre de victimes, alternativement indifférent, élément constitutif, circonstance aggravante judiciaire et circonstance aggravante légale. De même, si le critère de minorité de la victime permet de rendre compte d'une certaine forme de faiblesse de la victime, le critère de minorité de quinze ans n'apparaît pertinent que dans le cadre des infractions sexuelles. Appliqué aux infractions d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, il n'est qu'un moyen imparfait de rendre compte de la faiblesse physique de la victime, ce que le critère de particulière vulnérabilité permet avec plus de précision.

794. L'évolutions des valeurs pénalement protégées et imprécision des critères d'influence de la victime. L'évolution des valeurs sociales protégées constitue une seconde cause d'imprécision des critères d'influence de la victime. Si la conception de l'infraction et de l'auteur demeure relativement stable, les diverses incriminations et valeurs qu'elles protègent évoluent sensiblement. L'évolution des critères d'influence de la victime constitue l'une des techniques permettant de reconfigurer une incrimination et lui faire assurer la protection d'une valeur sociale différente. Ainsi, c'est par la modification des critères d'influence de la victime que le législateur a pu conduire le droit pénal à délaisser la protection de valeurs abstraites ou de groupes sociaux pour se concentrer sur la protection concrète des droits subjectifs des individus composant la société. L'impermanence des critères d'influence de la victime est la nécessaire rançon d'un droit vivant, susceptible d'être adapté aux évolutions sociales.

795. La construction du droit pénal par référence à la victime et perte d'identité de la norme pénale. Il faut d'ailleurs constater que la solution inverse, consistant à bâtir le droit pénal sur la référence à la victime, tentation actuelle sous la pression médiatique, suscite nombre de difficultés. La qualité du droit pénal, la permanence et l'effectivité de ses normes, la sévérité des sanctions pénales ou encore la conception même de la peine s'en trouvent atteints. Si une modification aussi profonde de l'architecture du droit pénal devait se confirmer, cela obligerait à repenser de nombreux aspects de cette discipline.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

796. La victime et les valeurs protégées. Le lien entre victime et valeur protégée par l'incrimination confirme son potentiel explicatif du régime juridique de la victime en droit pénal. Si toutes les branches du droit participent à la protection des valeurs sociales, le droit pénal assure cette protection de manière spécifique, en sanctionnant les atteintes jugées les plus graves aux valeurs sociales jugées les plus essentielles. Afin de remplir cette tâche, il bénéficie d'une autonomie lui permettant de faire référence à des notions, concepts et techniques qui lui sont propres, parmi lesquels figurent les critères d'influence de la victime. Toutes les valeurs sociales n'ont pas l'importance justifiant que leur soit accordée une protection pénale et seules les atteintes les plus graves à une telle valeur peuvent être pénalement sanctionnées. Les critères pénaux d'influence de la victime doivent exprimer ces deux considérations et se distinguent en conséquence des critères d'influence de la victime en droit de la responsabilité civile par exemple.

797. Les critères spécifiques d'influence de la victime traduisant l'importance de la valeur sociale protégée. C'est ainsi que les critères d'influence de la victime permettent une prise en compte du dommage causé par l'infraction, c'est-à-dire à la lésion de la valeur protégée, et non du préjudice dont la réparation relève de la responsabilité civile. Relativement aux atteintes corporelles, il en découle une considération pour le seul dommage subi par la victime, notamment apprécié grâce à la notion d'incapacité totale de travail. La causalité bénéficie également d'une appréciation spécifique. Relativement aux atteintes patrimoniales, cela signifie que le droit pénal n'accorde en principe aucune considération à l'ampleur du préjudice économique car seul importe l'atteinte juridique au droit de propriété ou aux droits personnels de la victime dont le consentement a été frauduleusement obtenu. Ces différents critères reposant sur une hiérarchie de valeurs dont l'appréciation évolue, ils ne sont pas stables dans le temps et dans l'espace.

798. L'évolution des critères traduisant l'importance de la valeur protégée. Le principe d'indifférence du préjudice économique n'est ainsi pas partagé par certains systèmes juridiques étrangers. Plus significative encore de la relativité de la détermination des valeurs protégées, les normes pénales semblent désormais assurer en priorité la sanction d'atteintes aux droits subjectifs d'individus. La protection jadis reconnue des valeurs abstraites telles que l'autorité du père de famille ou la morale publique, et des entités ou groupes sociaux tels que la famille, tend parallèlement à s'effacer. Demain peut-être la vie et l'intégrité physique s'effaceront-elles

pareillement derrière le droit à la vie et le droit au respect de l'intégrité physique. Si cela conduirait à modifier les conditions de justification de l'infraction et notamment l'influence pénale du consentement de la victime, cela ne devrait cependant pas modifier les modes d'appréciation de la gravité de l'atteinte voulue par l'agent.

799. Les critères spécifiques d'influence de la victime traduisant la gravité de la faute pénale. Sanctionner les atteintes les plus graves aux valeurs protégées nécessite d'apprécier la gravité de la faute pénale, ce que nombre de critères d'influence de la victime permettent. La lâcheté de l'agent peut ainsi résulter de ce qu'il a choisi une victime mineure ou particulièrement vulnérable, ces deux critères se recoupant occasionnellement, ou de ce qu'il a profité de ses liens avec la victime pour commettre l'infraction plus aisément. L'ampleur de son ambition criminelle peut être prise en compte grâce aux multiples critères relatifs au nombre de victimes visées par l'infraction. Son hostilité envers l'organisation sociale pourra être établie lorsque la victime exerce une fonction socialement utile. Ces critères reposent parfois sur des notions issues d'autres branches du droit et la spécificité pénale se manifeste alors par la capacité du droit pénal à ignorer certaines distinctions qui ont cours dans les branches extra-pénales. Des notions distinguées dans leurs branches d'origine sont alors rassemblées et soumises à un régime pénal commun.

800. L'évolution des critères traduisant la gravité de la faute pénale Une fois encore, ces critères peuvent évoluer en raison de l'évolution globale du système juridique et des conceptions sociales quant aux comportements les plus intolérables. Certains se sont maintenus avec constance. Les infractions intrafamiliales ou les atteintes aux hautes autorités de l'État ont toujours appelé une répression durcie. À l'inverse, la religion ne bénéficie plus d'une protection pénale renforcée. Pareillement, le statut de père de famille n'autorise plus la commission d'infractions à l'encontre des autres membres de la cellule familiale, mais il est même devenu une circonstance aggravante de telles infractions. Le statut d'esclave n'est quant à lui plus synonyme d'un déficit de protection pénale, mais est au contraire la marque d'un état de victime, d'une situation intolérable ouvrant droit à la protection pénale.

801. L'imprécision des critères d'influence de la victime dans un droit construit par référence à l'auteur de l'infraction. Toutes ces évolutions témoignent de l'adaptation générale du droit pénal aux évolutions de la société dont il est issu et à ce titre, semblent totalement naturelles. Cependant, bien que certaines tendances générales aient pu y être relevées, ces évolutions se réalisent parfois au détriment de la cohérence d'ensemble du système pénal. La victime tend désormais à apparaître comme un argument imparable susceptible de justifier toute réforme, fût-elle en contradiction avec l'architecture classique du droit pénal, la permanence des normes pénale, l'échelle des sanctions ou encore la conception de la peine. Le droit pénal a été bâti sur la référence à l'auteur de l'infraction, non à sa victime, et cela devrait demeurer ainsi.

CONCLUSION GÉNÉRALE

802. La réelle influence de la victime en droit pénal. Protagoniste passif mais pas nécessairement inactif de l'infraction, variable secondaire de la responsabilité pénale ou référence à la valeur sociale protégée par l'incrimination : la victime pénale substantielle présente différentes facettes selon l'angle duquel elle est observée. Toutes contribuent à expliquer l'influence qu'elle peut exercer en droit pénal substantiel, mais les caractères de cette influence semblent principalement découler de deux considérations en apparence contradictoires. Ainsi, la victime est secondaire dans la construction du droit pénal, mais elle est également essentielle dans la compréhension du droit pénal.

803. Le caractère secondaire de l'influence de la victime. Secondaire, l'influence de la victime l'est en raison du fait que le droit pénal s'est construit et structuré sur la référence à l'auteur de l'infraction. Le droit de punir qui, dans les premiers temps, avait pu être confié à la victime afin de lui permettre d'exercer sa vengeance tout en la canalisant, lui a depuis été confisqué pour être confié à la société dans son ensemble. L'infraction n'est dès lors plus qu'une atteinte à l'intérêt général, et plus précisément à l'une des valeurs sociales reconnues comme essentielles par l'auteur de la norme pénale. Asseyant son autonomie par rapport aux autres branches juridiques, le droit pénal produit des normes qui lui sont propres et lui permettent d'assurer son objet répressif spécifique en sanctionnant les plus graves atteintes aux valeurs sociales les plus essentielles.

804. Le caractère essentiel de l'influence de la victime. Cependant, ces valeurs sociales ne sauraient être prises en compte si elles n'étaient que de pures abstractions. Aussi la victime est-elle essentielle, car elle constitue l'instrument juridique concret par lequel la référence à ces valeurs sociales se trouve intégrée à la norme pénale. La victime étant définie comme la personne ou le bien supportant la valeur protégée par l'incrimination et le résultat pénal devant s'entendre de l'atteinte concrète ou potentielle à cette valeur protégée, la victime se trouve nécessairement placée au cœur de l'opération de qualification pénale. Par suite, lorsque l'infraction suppose l'existence d'une victime, son absence devrait exclure la qualification infractionnelle envisagée et ce n'est qu'au prix d'une méconnaissance de la conception classique de la tentative punissable que la jurisprudence assure la répression de l'infraction impossible. La dimension objective de la responsabilité pénale semble alors sacrifiée aux exigences de la répression.

805. Le caractère subjectif de l'influence de la victime. Parce qu'elle est secondaire, l'influence de la victime doit nécessairement dépendre de la perception de l'auteur de l'infraction. L'intensité de la répression pénale ne saurait varier en fonction de la seule victime de l'infraction, sauf à violer le principe d'égalité devant la loi pénale. Ainsi, la nature et les caractéristiques de la victime déterminent la nature de la valeur sociale protégée. La dimension subjective de la responsabilité pénale impose que l'agent soit sanctionné à hauteur de la connaissance qu'il a pu avoir de cette valeur. De même, la nature et les caractéristiques de la victime ne peuvent déterminer que la gravité objective de l'atteinte à la valeur protégée. Établir la gravité subjective de la faute pénale, qui seule peut justifier l'aggravation de l'infraction, suppose d'établir la connaissance par l'agent de cette nature et de ces caractéristiques de sa victime.

806. Les variations du caractère subjectif de l'influence de la victime. L'opposition des caractères essentiel et secondaire de l'influence de la victime se traduit par quelques fluctuations du caractère subjectif de cette influence. Lorsque le caractère secondaire de l'influence de la victime prime, il conduit à renforcer l'exigence de subjectivité. Les textes élèvent le niveau d'exigence jusqu'à imposer à la partie poursuivante de rapporter la preuve des motifs et motivations ayant animé l'agent lorsqu'il a commis l'infraction. La simple connaissance par l'agent des caractéristiques de sa victime ne suffit alors plus à entraîner une adaptation des conséquences pénales du comportement infractionnel. À l'inverse, le caractère essentiel de l'influence de la victime conduit parfois législateur et juge à vouloir prendre en compte cette influence malgré les difficultés à en établir la connaissance par l'agent. Le droit pénal connaît alors des formes dégradées de subjectivité. Le recours au mécanisme de la présomption permet ainsi de dispenser les autorités de poursuite de la charge de la preuve du caractère connu de certaines caractéristiques de la victime. Dans certains cas, l'influence de la victime peut même devenir purement objective et l'appréciation de son rôle causal sur la survenance du résultat incriminé en est parfois une illustration.

807. Le caractère spécifique de l'influence de la victime. Ensuite, parce que l'influence de la victime est essentielle en droit pénal, elle ne saurait être assurée qu'au travers de critères spécifiquement adaptés à la nature particulière de cette discipline juridique. Si, à l'instar des autres branches du droit, le droit pénal participe à la finalité commune d'organisation des activités humaines en société et de protection des valeurs sociales, il se caractérise par un objet répressif spécifique. Les normes d'incriminations pénales, tout en méritant pleinement ce qualificatif de norme, diffèrent des normes extra-pénales par leur objet purement répressif. Les critères d'influence de la victime doivent donc s'adapter à cette structure particulière des normes qui les contiennent.

808. Le caractère spécifique des critères d'influence de la victime. C'est donc d'abord de critères spécialement élaborés pour correspondre à l'objet des normes pénales que découle l'influence de la victime. Ces critères permettent ainsi de mesurer l'ampleur du dommage pénal entendu comme l'atteinte à la valeur protégée par l'incrimination, lequel constitue l'élément fondamental d'appréciation de la gravité du résultat pénal. La détermination du préjudice, évaluation juridique du dommage, intéresse quant à elle davantage les branches du droit dont l'objet est la réparation. Toutefois, certaines tendances se font jour, tendances pouvant conduire à reconnaître une dimension réparatrice à la peine prononcée contre l'auteur de l'infraction. La peine devrait alors être quantifiée en fonction du préjudice subi par la victime.

809. Le caractère autonome des critères d'influence de la victime. Si la norme pénale se caractérise par un objet spécifique, elle partage néanmoins la finalité commune de l'ensemble des branches du droit. En conséquence, certains critères créés par des disciplines extra-pénales peuvent être utilement employés en droit criminel et le caractère spécifique de l'influence de la victime se manifeste alors par une appréciation autonome de ces critères. Lorsqu'un critère juridique existant est importé en droit pénal, le législateur et la jurisprudence veillent à l'adapter aux exigences de cette branche juridique si particulière. Le législateur n'hésite alors pas à ignorer dans la norme pénale les distinctions que la branche d'origine du critère a pu consacrer. Quant au juge pénal, il a pour mission d'interpréter les critères d'influence de la victime dans le sens que le législateur pénal a entendu leur conférer, indépendamment du sens qui peut leur être reconnu dans leur discipline d'origine.

810. Le caractère imprécis de l'influence de la victime. Tous ces aménagements des critères d'influence de la victime conduisent nécessairement à d'occasionnelles imprécisions. Celles-ci découlent notamment du caractère secondaire de cette influence. Dans un droit construit et structuré autour de la référence à l'auteur de l'infraction, les critères liés à sa victime peuvent avoir tendance à s'amonceler sans ordre précis. C'est ainsi que la faiblesse de la victime et le nombre de victimes sont pris en compte grâce à divers outils juridiques qui se complètent, mais parfois se superposent inutilement. De plus, l'impermanence des critères d'influence de la victime ne facilite pas nécessairement leur appréhension.

811. Le caractère évolutif de l'influence de la victime. Dès lors que la victime est définie par référence aux valeurs protégées, elle constitue une notion évolutive car la détermination de ces valeurs est variable dans le temps et dans l'espace. Ainsi, l'influence de la victime dépendra du choix des valeurs propres au système juridique considéré. Au regard de l'évolution historique, certaines tendances paraissent se dessiner et l'étude de l'influence de la victime amène notamment à considérer que le droit pénal tend de plus en plus à assurer la protection des droits subjectifs reconnus aux individus au détriment de la protection de valeurs abstraites ou des groupes sociaux

auxquels ces individus peuvent appartenir. Ces évolutions semblent s'inscrire dans la logique de l'évolution globale du système juridique français. Nul droit ne saurait demeurer totalement figé, sauf à accepter de ne plus correspondre à l'état de la société qu'il est supposé régir. Par conséquent, toute évolution de l'influence de la victime ne saurait être déplorée, malgré l'impermanence de l'état du droit qui en résulte. Cependant, certaines évolutions ne paraissent pas aussi justifiées, notamment lorsque, du fait de réformes nombreuses, l'impermanence devient instabilité. Plus encore, force est d'admettre qu'il est des réformes s'apparentant davantage à une instrumentalisation de la notion de victime en ce qu'elles s'opèrent au détriment de l'effectivité des normes pénales. Il est toutefois certain que la distinction entre évolutions pertinentes et évolutions contestables est fort délicate à réaliser.

812. Le caractère indéfini de l'influence de la victime. Ainsi, certaines des évolutions qui semblent s'opérer au détriment des conceptions classiquement admises en droit pénal consacrent peut-être les conceptions que la doctrine considèrera demain comme incontournables. L'ambition de cette étude n'était donc pas d'établir une liste exhaustive et définitive des critères d'influence de la victime. En raison du caractère essentiel de l'influence de la victime, il est peu probable que cette influence s'estompe, mais le caractère secondaire de l'influence de la victime conduit à considérer que la nature et la physionomie de cette influence peuvent être amenées à se modifier radicalement. Cette étude a en revanche permis de dégager une synthèse théorique des caractères d'influence de la victime. Cette synthèse pourrait permettre d'anticiper certaines des évolutions qui s'annoncent, bien qu'elles puissent à terme conduire à une disparition de certains des caractères précédemment évoqués. L'influence grandissante du concept de dangerosité, lequel paraît chercher à assurer la protection de toute victime potentielle contre toute forme d'atteinte potentiellement commise par un délinquant donné pourrait ainsi conduire à remettre en cause la subjectivité de l'influence de la victime. Ce potentiel déclin du principe de subjectivité de l'influence de la victime traduira le fait que le délinquant ne sera plus, selon le mot d'HEGEL, honoré « *comme un être rationnel* », mais considéré « *comme un animal nuisible qu'il faut mettre hors d'état de nuire* »¹. MONTESQUIEU relevait déjà que « *si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu* »². Par nature, l'arbitrage entre les intérêts des délinquants et des victimes ne sera jamais immuable.

¹ G. W. F. HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, § 100, trad. par A. KAAAN, Gallimard, coll. Idées NRF, 1940 [1821], p. 136.

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I, VI, II, Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008 [1748], p. 144.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS

ATIAS (Christian), *Droit civil, Les biens*, Litec, coll. Manuel, 11^{ème} éd., 2011

AUDET (Jean) et KATZ (Jean-François), *Précis de victimologie générale*, Dunod, 2^{ème} éd., 2006

BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2012

BOULOC (Bernard) :

- *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011

- *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 23^{ème} éd., 2012

BRUN (Philippe), *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009

CAPITANT (Henri), TERRÉ (François) et LEQUETTE (Yves) :

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, *Introduction, Personnes – Famille – Biens, Régimes matrimoniaux – Successions*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, *Obligations – Contrats spéciaux – Sûretés*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008

CARBASSE (Jean-Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2006

CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige, 2004

CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001

CHARLES (Raymond), *Histoire du droit pénal*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 2^{ème} éd., 1963

CONTE (Philippe), *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 4^{ème} éd., 2013

CONTE (Philippe) et MAISTRE DU CHAMBON (Patrick), *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7^{ème} éd., 2004

CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9^{ème} éd., 2011

COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain) et DEBOISSY (Florence), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 24^{ème} éd., 2011

DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2002

- DECOCQ (André)**, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 1971
- DESPORTES (Frédéric) et LE GUNEHEC (Francis)**, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 16^{ème} éd., 2009
- DEUMIER (Pascale)**, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 1^{er} éd., 2011
- DREYER (Emmanuel) :**
- *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2012
 - *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. Cours magistral, 1^{ère} éd., 2008
- GARÇON (Émile)**, *Code pénal annoté*, Recueil Sirey, refondu et remis à jour par ROUSSELET (Marcel), PATIN (Maurice) et ANCEL (Marc), 1956
- GARRAUD (René)**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1913
- GASSIN (Raymond), BONFILS (Philippe) et CIMAMONTI (Sylvie)**, *Criminologie*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2011
- GAUDEMET (Jean)**, *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 7^{ème} éd., 2002
- GOYET (Francisque)**, *Droit pénal spécial*, Sirey, 7^{ème} éd. refondue et mise à jour par ROUSSELET (Marcel) et PATIN (Maurice), 1958
- GUIHAL (Dominique)**, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 3^{ème} éd., 2008
- GUINCHARD (Serge) et BUISSON (Jacques)**, *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 8^{ème} éd., 2012
- HAROUEL (Jean-Louis), BARBEY (Jean), BOURNAZEL (Éric) et THIBAUT-PAYEN (Jacqueline)**, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF, coll. Droit fondamental, 11^{ème} éd., 2007
- HUMBERT (Michel)**, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2011
- JEANCLOS (Yves)**, *Dictionnaire de droit criminel et pénal – Dimension historique*, Economica, coll. Corpus Histoire du Droit, 2011
- JEANDIDIER (Wilfrid)**, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 2005
- JESTAZ (Philippe)**, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 6^{ème} éd., 2010
- LAMBERT-FAIVRE (Yvonne) et PORCHY-SIMON (Stéphanie)**, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2012
- LAINGUI (André) :**
- *Histoire du droit pénal*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1985
 - *Petite histoire illustrée du droit pénal*, Litec, 2010

- LARGUIER (Jean)** et **CONTE (Philippe)**, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. U, 11^{ème} éd., 2004
- LEPAGE (Agathe)**, **MAISTRE DU CHAMBON (Patrick)** et **SALOMON (Renaud)**, *Droit pénal des affaires*, Litec, coll. Manuel, 3^{ème} éd., 2013
- LEROY (Jacques)**, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. Manuel, 4^{ème} éd., 2012
- LÉVY (Jean-Philippe)** et **CASTALDO (André)**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2010
- LOPEZ (Gérard)**, *La victimologie*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1^{ère} éd., 2010
- LOPEZ (Gérard)**, **PORTELLI (Serge)** et **CLÉMENT (Sophie)**, *Les droits des victimes. Droit, auditions, expertise, clinique*, Dalloz, coll. États de droits, 2^{ème} éd., 2007
- MALABAT (Valérie)**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 5^{ème} éd., 2011
- MALAURIE (Philippe)**, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, coll. Droit civil, 6^{ème} éd., 2012
- MALAURIE (Philippe)** et **AYNÈS (Laurent)**, *Les biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 4^{ème} éd., 2010
- MALAURIE (Philippe)**, **AYNÈS (Laurent)** et **STOFFEL-MUNCK (Philippe)**, *Les obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^{ème} éd., 2011
- MALINVAUD (Philippe)** et **FENOUILLET (Dominique)**, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuel, 12^{ème} éd., 2012
- MAYAUD (Yves)**, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2010
- MERLE (Roger)** et **VITU (André)** :
- *Traité de droit criminel – Tome 1 – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997
 - *Traité de droit criminel – Tome 2 – Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001
- MORVAN (Patrick)**, *Criminologie*, Litec, coll. Manuel, 1^{ère} éd., 2013
- OLIVIER-MARTIN (François)**, *Histoire du droit français. Des origines à la Révolution*, CNRS éditions, 3^{ème} éd., 2010 [1948]
- OPPÉTIT (Bruno)**, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 1999
- PÉTIT (Jacques)** et **FRIER (Pierre-Laurent)**, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 5^{ème} éd., 2008
- PIN (Xavier)**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd., 2012
- PRADEL (Jean)** :
- *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2008
 - *Droit pénal général*, Cujas, coll. Manuels, 17^{ème} éd., 2009

- *Procédure pénale*, Cujas, coll. Référence, 16^{ème} éd., 2011

PRADEL (Jean) et **DANTI-JUAN (Michel)**, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^{ème} éd., 2010

PRADEL (Jean) et **VARINARD (André)**, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012

RASSAT (Michèle-Laure) :

- *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 1999

- *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^{ème} éd., 2006

- *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 2011

- *Procédure pénale*, Ellipses, coll. Universités, 2^{ème} éd., 2013

- *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{er} éd., 2001

REBUT (Didier), *Droit pénal international*, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 2012

ROBERT (Jacques-Henri), *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^{ème} éd., 2005

ROBERT (Jacques-Henri) et **RÉMOND-GOUILLOUD (Martine)**, *Droit pénal de l'environnement*, Masson, 1983

TERRÉ (François), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2012

TERRÉ (François) et **FENOUILLET (Dominique)**, *Droit civil. Personnalité – Incapacité – Protection*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2012

TERRÉ (François) et **SIMLER (Philippe)**, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2010

TERRÉ (François), **SIMLER (Philippe)** et **LEQUETTE (Yves)**, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009

LE TOURNEAU (Philippe), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2012

TROPER (Michel), *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 2008

VÉRON (Michel), *Droit pénal spécial*, Sirey Université, 14^{ème} éd., 2012

VERNY (Édouard), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Cours, 3^{ème} éd., 2012

VILLEY (Michel), *Philosophie du droit – Tome 1 – Définitions et fins du droit*, Dalloz, coll. Précis, 4^{ème} éd., 1986.

WALINE (Jean), *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd., 2012

II – OUVRAGES SPÉCIALISÉS, THÈSES ET MONOGRAPHIES

ALIX (Julie), *Terrorisme et droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 91, 2010

ANDORNO (Roberto), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 263, 1996

ARCHER (Frédéric), *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, Collection Sciences criminelles, 2003

ARISTOTE :

- *Éthique de Nicomaque*, traduit par VOILQUIN (Jean), GF-Flammarion, 1965

- *Politique*, traduit par BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE (Jules), Librairie philosophique de Ladrange, 3^{ème} éd., 1874

BECCARIA (Cesare), *Traité des délits et des peines*, GF-Flammarion, 1991 [1764]

BERNARDINI (Roger), *L'intention coupable en droit pénal*, Thèse, Université de Nice, 1976

BON (Pierre-André), *La causalité en droit pénal*, LGDJ, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales, 2006

BOUGLÉ (Claire), *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810 : le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 40, 2005

CARBONNIER (Jean), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001

CICÉRON (Marcus Tullius), *De la République. Des lois*, traduit par APPUHN (Charles), GF Garnier-Flammarion, 1965 [-54 à -52 av. J.C.]

CLAVERIE-ROUSSET (Charlotte), *L'habitude en droit pénal*, Thèse, Université de Bordeaux IV, 2011

CONTE (Philippe), *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Université de Grenoble, 1984

COQUIN (Céline), *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, Thèse, Université de Poitiers, 2001

COULOMBEL (Pierre), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse, Nancy, 1949

DANA (Adrien-Charles), *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 23, 1982

DANET (Jean) :

- *Justice pénale, le tournant*, Gallimard, coll. Folio Le Monde actuel, 2006

- *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, coll. L'Univers des normes, 2010

DANTI-JUAN (Michel), *L'égalité en droit pénal*, Thèse, Université de Poitiers, 1984

DAVID (Aurel), *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction entre les personnes et les choses*, Thèse, Université de Paris, PUF, 1955

DECHENAUD (David), *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 45, 2008

- DÉCIMA (Olivier)**, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 74, 2008
- DELMAS-MARTY (Mireille)**, *Les chemins de la répression*, PUF, 1^{ère} éd., 1980
- DELMAS-MARTY (Mireille)**, **FOUCHARD (Isabelle)**, **FRONZA (Emanuela)** et **NEYRET (Laurent)**, *Le crime contre l'humanité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 2010
- DOUCET (Jean-Paul)**, *La protection pénale de la personne humaine, volume 1, La protection de la vie et de l'intégrité corporelle*, Gazette du Palais, 2^{ème} éd., 1994
- DREYER (Emmanuel)**, *Droit de l'information. Responsabilité pénale des médias*, Litec, coll. Pratique professionnelle, 1^{ère} éd., 2002
- DUPUY (Joëlle)**, *La provocation en droit pénal*, Thèse, Université de Limoges, 1978
- FAHMY ABDOU (Antoun)**, *Le consentement de la victime*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 11, 1971
- GROTIUS (Hugo)**, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par PRADIER-FODÉRE (P), PUF, coll. Léviathan, 1999 [1625]
- HEGEL (Georg Wilhelm Friedrich)**, *Principes de la philosophie du droit*, traduit par KAAN (André), Gallimard, coll. Idées NRF, 1940 [1821]
- HART (Herbert Lionel Adolphus)**, *Le concept de droit*, traduit par VAN DE KERHOVE (Michel), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 [1961]
- HUET (André)** et **KOERING-JOULIN (Renée)**, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^{ème} éd., 2005
- DE JACOBET DE NOMBEL (Camille)**, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 55, 2006
- VON JHERING (Rudolf)**, *La lutte pour le droit*, traduit par DE MEULENAERE (Octave), Dalloz, 2006 [1872]
- JOFFROY (Nathalie)**, *La provocation en droit pénal*, Thèse, Université de Nice, 2000
- KELSEN (Hans) :**
- *Théorie générale des normes*, traduit par BEAUD (Olivier) et MALKANI (Fabrice), PUF, coll. Léviathan, 1996 [1979]
 - *Théorie pure du droit*, traduit par EISENMANN (Charles), Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962 [1960]
- LASSERRE CAPDEVILLE (Jérôme)**, *Abus de biens sociaux et banqueroute*, éd. JOLY, coll. Pratique des affaires, 2010
- LEPADATESCU (Mircea)**, *Le fondement du droit de punir : Histoire des principaux systèmes proposés et esquisse d'une théorie nouvelle*, Thèse, Université de Paris, 1933

- MALABAT (Valérie)**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse, Université de Bordeaux IV, 1999
- MARÉCHAL (Jean-Yves)**, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003
- MARIE (Catherine)**, *Les interférences d'états d'auteur et de victime. À la recherche d'un concept d'auteur-victime en droit pénal*, Thèse, Université de Poitiers, 1994
- MASSÉ (Michel), JEAN (Jean-Paul) et GIUDICELLI (André) (dir.)**, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. Droit et justice, 1^{er} éd., 2009
- MASSON (Bernard)**, *La détermination de la partie lésée au sens de l'article premier du Code de procédure pénale*, Thèse, Université de Rennes I, 1975
- MAYAUD (Yves)**, *Le mensonge en droit pénal*, éd. L'Hermès, 1979
- MICHOUD (Léon)**, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 3^{ème} éd. mise à jour par TROTABAS (Louis), 1932
- DE MONTAIGNE (Michel)**, *Les Essais*, traduit par LANLY (André), Gallimard, coll. Quatro, 2009 [1572 – 1592]
- MONTESQUIEU (Charles-Louis de SECONDAT, baron de)**, *De l'esprit des lois*, Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008 [1748]
- MOUYSET (Olivier)**, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 43, 2008
- NÉGRIER-DORMONT (Lygia) et TZITZIS (Stamatios)**, *Criminologie de l'acte et philosophie pénale*, Litec, 1994
- NÉRAC-CROISIER (Roselyne) (dir.)**, *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2005
- OLLARD (Romain)**, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 98, 2010
- PAILLARD (Bertrand)**, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 42, 2007
- PEILAT-BINET (Carine)**, *Le rôle des circonstances aggravantes dans l'élaboration d'un droit pénal spécifique*, Thèse, Université de Rennes I, 2006
- PERELMAN (Charles)**, *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2^{ème} éd., 1999
- PLATON**, *La République*, traduit par CAZEAUX (Jacques), Livre de poche, coll. Classiques de la philosophie, 1995

PIN (Xavier), *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 36, 2002

PROTHAIS (Alain), *Tentative et attentat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 24, 1985

RAOULT (Sacha), *La théorisation de l'évolution pénale*, PUAM, 2011

RIAS (Nicolas), *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, Thèse, Université de Lyon III, 2006

ROLAND (Henri) et BOYER (LAURENT), *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999

ROUSSEAU (François), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 89, 2009

ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, Le Livre de Poche, coll. Les classiques de la philosophie, 1996 [1762]

SALAS (Denis), *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, 2005

TANGER (Margaret), *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation. Essai de contribution de la Cour de cassation à l'émergence des droits civils des Noirs dans les colonies françaises d'Amérique de 1828 à 1848*, Economica, 2007

TERRY (Fabienne), *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, Thèse, Université de Franche-Comté – Besançon, 2007

THELLIER DE PONCHEVILLE (Blandine), *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010

THULLIER (Béatrice), *L'autorisation. Étude de droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 252, 1996

TZITZIS (Stamatios) :

- *La philosophie pénale*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 1996

- *Les grandes questions de la philosophie pénale*, Buenos Books International, 2007

VERNY (Édouard), *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 37, 2002

III – ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

D'AGOSTINO (Francesco), « La légitime défense comme problème philosophique », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de ROBERT (Jacques-Henri) et TZITZIS (Stamatios), éditions Panthéon Assas, 2003, p. 23

ALT-MAES (Françoise) :

- « L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 1
 - « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 347
 - « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 244
 - « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 35
 - « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 301
 - « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP éd. G* 2000, I, 275
 - « Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical », *JCP éd. G* 2004, I, 184
 - « La loi sur la fin de vie devant le droit pénal », *JCP éd. G* 2006, I, 119
- AMAR (Jacques)**, « P.A.C.S. et immunités familiales », *Dr. pén.* 2000, chron. n° 32
- AMBROISE-CASTÉROT (Coralie)** :
- « Les infractions parentales », *D.* 2013, p. 1846
 - « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*
- AMSELEK (Paul)**, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, p. 337
- ANCEL (Marc)**, « Chronique de défense sociale – La défense sociale devant le problème de la victime », *Rev. sc. crim.* 1978, p. 179
- ANGEVIN (Henri)** :
- « Viol d'autrui ou viol de la loi », *Dr. pén.* 1998, chron. 7
 - « De quelques autres circonstances aggravantes », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 132-71 à 132-80, appendice
 - « Atteintes volontaires à la vie – Meurtre – Assassinat – Empoisonnement – Provocation non suivie d'effet à commettre un assassinat ou un empoisonnement », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 221-1 à 221-5-3, fasc. 20
- ANTOINE (Suzanne)**, « L'animal et le droit des biens », *D.* 2003, p. 2651
- AUBERT (Jean-Luc)**, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Études offertes à GENEVIÈVE VINEY, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 55
- BALDES (Olivia)**, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.* 2010, étude 7

BATTEUR (Annick), « L'interdit de l'inceste - Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759

BAUER (Alain) et **SOULLEZ (Christophe)**, direction du *Rapport 2012 de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales – Synthèse*, Institut National des Hautes Études de la Sécurité et de la Justice

BEAUSSONIE (Guillaume), « Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 525

BEIGNIER (Bernard), **DE LAMY (Bertrand)**, **DREYER (Emmanuel)**, **GOZZI (Marie-Hélène)**, **TAVIEAUX-MORO (Nicolas)** et **TRICOIRE (Emmanuel)**, « Chronique de jurisprudence – Droit de la presse et des médias », *JCP éd. G* 2003, I, 126

BENHAMOU (Yves), « Réflexions sur l'inflation législative », *D.* 2010, p. 2303

BENILLOUCHE (Mikaël) :

- « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaider pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 529

- « Droit pénal et blessures occasionnées lors de la pratique du sport : entre impunité et autorégulation », *Gaz. Pal.* 2007, 2, doct. p. 3592

BERGEL (Jean-Louis), « Une problématique des sanctions pénales ? », in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à RAYMON GASSIN*, PUAM, 2007, p. 89

BERNARDINI (Roger), « Légitime défense », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

BETCH (Martine), « Contentieux pénal – Procédure », *JurisClasseur Procédures fiscales*, fasc. 720

BICHERON (Frédéric), « La protection de la famille par le droit pénal » in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 539

BIHL (Laurent), « Le délit d'abus de faiblesse », *Gaz. Pal.* 1992, 2, doct. p. 891

BINET (Jean-René), « Révision de la loi bioéthique », *JCP éd. G* 2010, 1079

BON (Pierre-André), « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal », *Rev. pénit.* 2006, doctrine p. 291

BONFILS (Philippe) :

- « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à JEAN PRADEL*, Cujas, 2006, p. 179

- « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 462

- « Atteintes à l'exercice de l'autorité parentale », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 227-5 à 227-11, fasc. 20

- « Non dénonciation de mauvais traitements à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 434-3, fasc. 20

- « Partie civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

BONIS-GARÇON (Évelyne), « Plainte et dénonciation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

BORÉ (Louis), « Action publique et action civile – Action civile des groupements », *JurisClasseur Procédure pénale*, art. 2 à 3, fasc. 40

BORRICAND (Jacques), « La femme et le droit pénal français », in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à RAYMOND GASSIN*, PUAM, 2007, p. 109

BOULOC (Bernard) :

- « Critique et objectivité, causes d'exonération de la diffamation », in *La liberté de critique*, sous la direction de CORRIGNAN-CARSIN (Danielle), Litec, coll. Colloques & Débats, 2007, p. 9

- « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », *Rev. soc.* 2008, p. 291

BOURG (Florence), DUPEUX (Jean-Yves) et MASSIS (Thierry), « Injure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

BOURSIER (Marie-Emma), « Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité », *Rev. sociétés* 2005, p. 273

BOUZAT (Pierre) :

- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les biens », *Rev. sc. crim.* 1971, p. 428

- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les biens », *Rev. sc. crim.* 1976, p. 123

BRACH-THIEL (Delphine), « Compétence internationale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

BRENNER (Claude), « Acte », *Répertoire de droit civil Dalloz*

BUISSON (Jacques), « Crimes et délits flagrants », *Juris-classeur Procédure pénale*, fasc. 20, 2006

CAFRITZ (Éric) et TENE (Omer), « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 733

CARBONNIER (Jean) :

- « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952, I, 1034

- « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Le sujet de droit, Archives de philosophie du droit*, tome 34, Sirey, 1989, p. 197

CARCASSONNE (Guy), « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 39

CARIO (Robert) :

- « Victimization des aîné(e)s et aide aux victimes », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 81

- « La place de la victime dans l'exécution des peines », *D.* 2003, p. 145

- « Victimes d'infraction », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

CARTIER (Marie-Élisabeth) :

- « Le terrorisme dans le nouveau Code pénal français », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 225

- « Le secret religieux », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 485

- « De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos » in *Les droits et le Droit. Mélanges offerts à BERNARD BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 97

CASTAIGNÈDE (Jocelyne), « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur la droit pénal des mineurs », *D.* 2003, p. 779

CATHALA (Christine) et REDON (Michel), « L'article 706-53 du code de procédure pénale et l'audition du mineur victime », *D.* 2000, p. 534

CAZÉ-GAILLARDE (Nathalie), « Vie privée (Atteintes à la) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

CECCALDI (Stéphane), « Sur la nature conjecturale de l'élément moral : l'exemple de la dénonciation calomnieuse », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 587

CEDRAS (Jean), « Sans préjudice d'affection », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à JEAN PRADEL*, Cujas, 2006, p. 231

CHARIOT (Patrick), TEDLAOUTI (Menouar) et DEBOUT (Michel), « L'incapacité totale de travail et la victime de violences », *AJ Pénal* 2006, p. 300

CHEVALLIER (Jean-Yves) :

- « « Naître ou n'être pas ». La chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *Droit et actualité. Études offertes à JACQUES BÉGUIN*, Litec, 2005, p. 125

- « La victime et la peine », *Rev. pénit.* 2004, doctrine p. 815

CHOUCKROUN (Charles), « L'immunité », *Rev. sc. crim.* 1959, p. 29

COLIN (Pierre), « Religion. La religion et la démocratie moderne », in *Dictionnaire de philosophie politique*, sous la direction de RAYNAUD (Philippe) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2008, p. 647

COLLECTIF (Étudiants du Master II de droit pénal de l'Université de Bordeaux IV), « Secret professionnel et obligation de dénonciation », *Dr. pén.* 2008, étude 13

COMBALDIEU (Raoul), « Soucoupes volantes, Martiens et... droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1954, p. 747

CONTE (Philippe) :

- « Bourses – Activité des marchés d'instruments financiers », *JurisClasseur Pénal des affaires*, fasc. 20

- « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », in *Mélanges offerts à ALBERT CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 49
- « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à JACQUES BÉGUIN*, Litec, 2005, p. 141
- « Le Code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital ? », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à BERNARD BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 229
- « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pén.* 2007, étude 7
- « « Loppsi 2 » ou la sécurité à la petite semaine. À propos de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », *JCP éd. G.* 2011, doct. 626
- CORPART (Isabelle)**, « Minorité – Majorité », *Répertoire de droit civil Dalloz*
- COSNARD (Michel)**, « Immunités », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction d'ALLAND (Denis) et RIALS (Nicolas), PUF, 1^{ère} éd., 2003, p. 801
- COURTAIGNE-DESLANDES (Coralie)**, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Dr. pén.* 2013, étude 5
- COUV RAT (Pierre) :**
- « Le droit pénal et la famille », *Rev. sc. crim.* 1969, p. 807
- « La protection des victimes d'infractions. Essai d'un bilan », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 577
- CRÉPIN (Marie-Yvonne) :**
- « La correction des enfants à travers les lettres de cachet », *Mémoires de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Bretagne*, 1997, p. 85
- « Les « victimes » des lettres de cachet », in *La Victime, T. 1, Définitions et statut*, textes réunis par HOAREAU-DODINAU (Jacqueline), MÉTAIRIE (Guillaume) et TEXIER (Pascal), Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, n° 19, PULIM, 2008, p. 97
- CUMIN (David)**, « Tentative de définition du terrorisme à partir du *jus in bello* », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 11
- CUSSON (Maurice)**, « Prévention situationnelle », *Dictionnaire de criminologie en ligne*, www.criminologie.com/article/prévention-situationnelle
- CUTAJAR (Chantal) :**
- « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *D.* 2008, p. 1081
- « Blanchiment – Prévention du blanchiment », *JurisClasseur Pénal des affaires*, Blanchiment, fasc. 10, 2010
- DALLOZ (Marc)**, « Circonstances aggravantes », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

- DARSONVILLE (Audrey)**, « Viol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*
- DAURY-FAUVEAU (Morgane)**, « La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes », in *Mélanges en l'honneur du professeur JACQUES-HENRI ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 179
- DEBOVE (Frédéric)**, « L'urgence en droit pénal », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à ANDRÉ DECOQC*, Litec, 2004, p. 175
- DECHEIX (Pierre)**, « À côté de la légitime défense, le motif légitime : de l'usage de violences par les agents publics », *D.* 1980, chron. 89
- DECHENAUD (David)**, « Presse et communication – Injure publique », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, Presse et communication, fasc. 90, 2011
- DECOQC (André)**, « Chronique législative », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 725
- DEFFERRARD (Fabrice)**, « La provocation », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 233
- DELBOS (Vincent) et SÉNÉCHAL (Magali)**, « Outrages », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*
- DELLEY (Jean-Daniel) et FLÜCKIGER (Alexandre)**, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in *La confection de la loi*, sous la direction de DRAGO (Roland), PUF, Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 83
- DELMAS-MARTY (Mireille) :**
- « Des victimes : repères pour une approche comparative », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 209
 - « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 477
 - « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 59
 - « Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs », in *Regards sur le droit*, sous la direction de TERRÉ (François), Dalloz, 2010, p. 335
- DELMAS SAINT-HILAIRE (Jean-Pierre)**, « Absence d'unité de la notion de « personne chargée d'une mission de service public » : contradiction et fragilité des justifications données par la Cour de cassation à sa jurisprudence en matière, notamment, de corruption passive (art. 432-11 c. pén.), de prise illégale d'intérêt (art. 432-12 c. pén.), de menaces (art. 433-3 c. pén.), d'outrages (art. 433-5 c. pén.), de diffamation (art. 31 L. 29 juill. 1881) », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 91
- DELORS (Germain)**, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 599

DESESSARD (Laurent), « Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises ou réputées commises hors la territoire de la République », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 113-1 à 113-12, fasc. 20

DESMONS (Éric) :

- « Droit de résistance », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction d'ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 459

- « Légitime défense (Point de vue philosophique) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction d'ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 926

DETRAZ (Stéphane) :

- « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures*, 2009, étude 10

- « Plus d'attention portée aux victimes – À propos de la directive du 14 novembre 2012 », *JCP éd. G* 2013, 3

DOUCET (Jean-Paul), « La condition préalable de l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, doct. p. 726

DOUCHY-OUDOT (Mélina), « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures* 2010, étude 9

DREIFUSS-NETTER (Frédérique), « La protection pénale de l'être humain avant la naissance », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de ROBERT (Jacques-Henri) et TZITZIS (Stamatios), éditions Panthéon Assas, 2003, p. 89

DREYER (Emmanuel) :

- « La causalité directe de l'infraction », *Dr. pén.* 2007, étude n° 9

- « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730

- « Panorama. Droit de la presse et droits de la personnalité. Janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, p. 780

- « « Autrui » en matière pénale », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de JERRY SAINTE-ROSE*, éd. Bruylant, 2012, p. 431

- « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur JACQUES-HENRI ROBERT*, Lexis Nexis, 2012, p. 247

- « Diffamation et injures publiques – Diffamation : généralités ; diffamation envers un particulier », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, Presse et communication, fasc. 80

DREYER (Emmanuel) et **REGOURD (Serge)**, « Chronique de jurisprudence – Droit de la presse et des médias », *JCP éd. G* 2003, I, 178

ENGUÉLÉGUÉLÉ (Stéphane), « L'institution de la perpétuité réelle : contribution à l'étude des processus décisionnels pénaux », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 59

EOCHE-DUVAL (Christophe), « Droit pénal et souveraineté démocratique : la France est-elle en train de perdre la maîtrise de son droit pénal ? », *Rev. sc. crim.* 2012, p. 305

FERRARI (Isabelle), « L'élément moral de l'infraction : L'application par la chambre criminelle des nouvelles dispositions du Code pénal », in *Rapport de la Cour de cassation 1995*, La Documentation française, 1996, p. 103

FOURMENT (François), « Dénonciation calomnieuse », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

FOURNIER (Georges) :

- « La norme pénale à l'épreuve du SIDA », in *Mélanges en l'honneur de HENRY BLAISE*, Economica, 1995, p. 225

- « Le droit pénal et le risque d'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires », in *Aspects organisationnels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de JEAN PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 273

FOURNIER (Stéphanie), « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 475

FRISON-ROCHE (Marie-Anne) et BARANÈS (William), « Le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361

GARÇON (Evelyne) et OLLARD (Romain), « Destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas un danger pour les personnes », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 322-1 à 322-4-1

GAUTIER (Pierre-Yves), « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD Civ.* 1995, p. 797

GHICA-LEMARCHAND (Carine), « Une certaine idée du secret bancaire », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à ANDRÉ DECOCQ*, Litec, 2004, p. 279

GILDER (Alfred), « Oui, tout cela dans une même phrase », in *La légistique ou l'art de rédiger le droit, Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie*, numéro spécial, La Documentation Française, 2008, p. 95

GLÉNARD (Guillaume), « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA* 2005, p. 922

GOUTTENOIRE (Adeline) :

- « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

- « Enfance », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

GRANGER (Marc-Antoine), « Existe-t-il un « droit fondamental la sécurité » ? », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 273

GROS (Frédéric), « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », in *Droit pénal, Archives de philosophie du droit*, tome 53, Dalloz, 2010, p. 164

GRUA (François), « Les divisions du droit », *RTD Civ.* 1993, p. 59

GRZEGORZYK (Christophe), « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Le sujet de droit*, Archives de philosophie du droit, tome 34, Sirey, 1989, p. 9

GUÉRY (Christian), « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.* 1998, p. 47

HAUSER (Jean) et LEMOULAND (Jean-Jacques), « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil Dalloz*

HERZOG-EVANS (Martine) :

- « Les victimes et l'exécution des peines. En finir avec le déni et l'idéologie », *AJ Pén.* 2008, p. 356

- « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *D.* 2010, p. 1428

HISPALIS (Georges), « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 101

HOLLINGER (Marie-Françoise), « Qui sont les ARP ? », *AJ Pénal* 2009, p. 440

HUGUENEY (Louis), « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1956, p. 539

IZORCHE (Marie-Laure), « Abus de faiblesse ou d'ignorance », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

JEAMMAUD (Antoine), « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199

JEANDIDIER (Wilfrid) :

- « La protection pénale de l'animal », in *Mélanges offerts à ALBERT CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 81

- « Vol », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 311-1 à 311-16, fasc. 20

JESATAZ (Philippe) :

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197

- « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD Civ.* 1990, p. 625

JOURDAIN (Patrice), « Droit à réparation – Lien de causalité – Pluralité des causes du dommage », *JurisClasseur Responsabilité civile et assurances*, fasc. 162

JUROVICS (Yann) et HUSSON (Laetitia), « Crimes de guerre », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, 2004

KERNALEGUEN (Francis), « Brèves remarques sur la vie privée du salarié », in *Mélanges en l'honneur de HENRY BLAISE*, Economica, 1995, p. 269

KERNEIS (Soazick), « Autorité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction d'ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 111

KOERING-JOULIN (Renée) :

- « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à JEAN PRADEL*, Cujas, 2006, p. 389

- « Appréciation critique du droit français de la compétence personne passive », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à BERNARD BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 529

LABBÉE (Xavier), « Les « choses sacrées » existent à nouveau en droit », *JCP éd. G* 2011, 104

LACROIX (Caroline), « Filouterie », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

LAGARDE (Xavier), « Avant-propos » et direction scientifique de *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2009, p. 55

LAGRANGE (Hugues) :

- « Perceptions de la violence et sentiment d'insécurité », *Déviance et Société*, 1984, Vol. 8, n° 4, p. 321

- « Appréhension et préoccupation sécuritaire », *Déviance et Société*, 1992, Vol. 15, n°1, p. 1

- « La peur à la recherche du crime », *Déviance et Société*, 1993, Vol. 17, n° 4, p. 385

LAINGUI (André) :

- « Les adages du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 46

- « Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de ROBERT (Jacques-Henri) et TZITZIS (Stamatios), éditions Panthéon Assas, 2003, p. 13

- « Le retour du bon sauvage », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à ANDRÉ DECOCCQ*, Litec, 2004, p. 385

LAMBERT-GARREL (Lucile) et VIALLA (François), « L'exception devient principe : à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », *D.* 2013, p. 1842

DE LAMY (Bertrand), « Filouterie », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 313-5

LARGUIER (Jean) :

- « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 879

- « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1976, p. 407

LASSALLE (Jean-Yves), « Provocation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

LASSERRE CAPDEVILLE (Jérôme) :

- « Secret bancaire et obligation de dénonciation en droits français et suisse », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 231

- « Le testing », *AJ Pénal* 2008, p. 310

- « Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ? » *AJ Pénal* 2009, p. 165

LASSERRE-KIESOW (Valérie), « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in *La confection de la loi*, sous la direction de DRAGO (Roland), PUF, Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 209

LAZERGES (Christine), « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 194

LÉGAL (Alfred) :

- « Chronique de jurisprudence – Droit pénal général », *Rev. sc. crim.* 1959, p. 839

- « Chronique de jurisprudence – Droit pénal général », *Rev. sc. crim.* 1967, p. 851

LEMASSON (Aurélien-Thibault), « Le crime contre la paix ou crime d'agression. De la réactivation d'une infraction de droit international classique », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 275

LEMONDE (Marcel), « La protection des témoins devant les tribunaux français », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 815

LEMOULAND (Jean-Jacques), « Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 16

LEPAGE (Agathe) :

- « Personnalité (Droits de la) », *Répertoire de droit civil Dalloz*

- « Vie privée du salarié et droit pénal », *AJ Pénal* 2005, p. 9

- « Un an de droit pénal des nouvelles technologies. Octobre 2007 – octobre 2008 », *Dr. pén.* 2008, chron. 10

- « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP éd. G* 2010, 335

- « Suicide et droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur JACQUES-HENRI ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 399

LEPAGE (Agathe) et MAISTRE DU CHAMBON (Patrick), « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à BERNARD BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 613

LEPOINTE (Éric) :

- « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », *Rev. sc. crim.* 1969, p. 547

- « De l'impunité à la non-punissabilité », *D.* 1978, chron. 225

- « Justifié, donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.* 1996, chron. 247

LEPRIEUR (Anne), CHAUMONT (PAUL) et DEGORCE (Emmanuelle), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Chambre criminelle », *D.* 2010, p. 39

LEVASSEUR (Georges) :

- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1969, p. 657
- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1972, p. 110
- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1972, p. 389
- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 408
- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 897
- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1976, p. 107
- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1978, p. 859
- « Chronique de jurisprudence – Crimes et délits contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 849
- « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », in *Mélanges offerts à ALBERT CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 111
- « Chronique de jurisprudence – Infractions contre les personnes », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 553

LIBCHABER (Rémy) :

- « Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTD Civ.* 1999, p. 242
- « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », *RTD Civ.* 2001, p. 239
- « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2044

LOMBOIS (Claude) :

- « Chronique de jurisprudence – Droit pénal international », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 275
- « Chronique de jurisprudence – Droit pénal international », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 937
- « Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'ANDRÉ VITU*, éd. Cujas, 1989, p. 367

LUCAS DE LEYSSAC (Marie-Paule), « Vol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

MAISTRE DU CHAMBON (Patrick), « Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP éd. G* 2011, 6

MALABAT (Valérie) :

- « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur REYNALD OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 155
- « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du professeur JACQUES-HENRI ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 443

MALHERBE (Nicolas), « Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot « race » de notre Constitution ? », *D.* 2013, p. 1012

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre) :

- « La qualification pénale des actes de terrorisme », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 1

- « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, p. 187
 - « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205
 - « Un statut juridique pour les extraterrestres ? », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à CLAUDE LOMBOIS*, PULIM, 2004, p. 97
 - « La protection juridique du lien d'affection envers un animal », *D.* 2004, p. 3009
- DI MARINO (Gaëtan)**, « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 505
- MARON (Albert), ROBERT (Jacques-Henri) et VÉRON (Michel)**, « Droit pénal et procédure pénale – Chronique », *JCP éd. G* 2013, doct. 1032
- MASCALA (Corinne) :**
- « Abus de confiance », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*
 - « Faits justificatifs – légitime défense », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 122-5 et 122-6, fasc. 20
- MASSÉ (Michel) :**
- « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau Code pénal français », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 376
 - « La place du droit pénal dans les relations internationales », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 123
- MATHIEU (Bertrand)**, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282
- MATSOPOULOU (Haritini)**, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Dr. pén.* 2008, étude 5
- MAYAUD (Yves) :**
- « Terrorisme », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*
 - « Violences volontaires », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*
 - « Ratio legis et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597
 - « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, p. 37
 - « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et... *contra rationem* », *D.* 1998, chron. 212
 - « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à ANDRÉ DECOCQ*, Litec, 2004, p. 475
 - « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à BERNARD BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 807

- « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », in *Mélanges en l'honneur du doyen GEORGES WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p. 541

- « La loi pénale, instrument de valorisation sociale » in *Code pénal et Code d'instruction criminelle ; Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 3

MAYER (Danièle), « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *D.* 1994, p. 325

MAZEAUD (Pierre), « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP éd. G* 2005, act. 70

MBONGO (Pascal), « De « l'inflation législative » comme discours doctrinal », *D.* 2005, p. 1300

MERCADAL (Barthélémy), « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1967, p. 1

MERLE (Roger), « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point, ou fluctuations ?) », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'ANDRÉ VITTU*, Cujas, 1989, p. 397

MIHMAN (Alexis), « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II » », *Dr. pén.* 2005, étude 1

MIRKOVIC (Aude), « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP éd. G*, 2010, n° 4, 99

MISTRETTA (Patrick) :

- « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP éd. G* 2005, I, 100

- « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *RIDP* 2011/1, vol. 82, p. 19

MOLFESSIS (Nicolas), « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD Civ.* 1999, p. 729

DE MONTALIVET (Pierre), « La « juridicisation » de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *La confection de la loi*, sous la direction de DRAGO (Rolland), PUF, Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 99

MOULY (Jean) :

- « Regards sur la « victimisation » du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime, Tome 1, Définitions et statut*, par HOAREAU-DODINAU (Jacqueline), MÉTAIRIE (Guillaume) et TEXIER (Pascal), Pulim, 2008

- « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 47

MOUSSA (Tony) et SAADÉ (Leila), « Le droit, moyen de discrimination : le statut de la femme en droit pénal comparé français-libanais », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à ANDRÉ DECOCCQ*, Litec, 2004, p. 489

MOUSSERON (Pierre), « Les immunités familiales », *Rev. sc. crim.* 1998, 291

MULLER (Yvonne), « La protection de la relation de confiance », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 809

NEIRINCK (Claire) :

- « La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs », *JCP éd. G* 2000, I, 228

- « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, p. 841

OLLARD (Romain) :

- « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561

- « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés, mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, étude 9

OTTENHOF (Reynald) :

- « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 110

- « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 102

- « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 614

- « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 821

PAGEAUD (Pierre-André), « L'intention de la victime comme critère de la notion de « soustraction » en matière de vol », *JCP éd. G* 1955, I, 1256

PAILLUSSEAU (Jean), « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 705

PARIGUET (Marie), « De l'autorité en droit pénal – Esquisse d'une définition », *JCP éd. G* 2013, doct. 1000

PAYNOT-ROUVILLOIS (Anne), « Personne morale », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction d'ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), PUF, Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 1153

PELLETIER (Hervé), « Atteinte à la vie privée – Enregistrement de la parole ou de l'image – Fabrication, détention, location ou vente d'appareil d'enregistrement », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 226-1 à 226-3, fasc. 20

PELTIER (Virginie), « Révélation d'une information à caractère secret », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 226-13 et 226-14, fasc. 20 et 30

PENNEAU (Jean) :

- « Corps humain », *Répertoire de droit civil Dalloz*

- « Étendue du secret médical », *D.* 1999, p. 381

PEREIRA (Brigitte), « Excuses », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

PERRIER (Jean-Baptiste), « Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 468

PETIT (Serge), « Service public de la justice (responsabilité du) », *Répertoire de responsabilité de la puissance publique Dalloz*

PICCA (Georges), « Victime : un concept d'avenir ? », in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à RAYMOND GASSIN*, PUAM, 207, p. 483

PICOD (Yves), « Nullité », *Répertoire de droit civil Dalloz*

PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « La Constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de DMITRI GEORGES LAVROFF*, Dalloz, 2005, p. 283

PIN (Xavier) :

- « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 259

- « L'infraction juste », in *Mélanges en l'honneur du professeur JACQUES-HENRI ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 585

POMART-NOMDEDEO (Cathy), « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. famille* 2010, étude 20

PORCHY-SIMON (Stéphanie), « Dommage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction d'ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 412

PORTERON (Cédric), « Le secret professionnel de l'avocat », *AJ Pénal* 2009, p. 158

PORTIER (Philippe), « Autorité », in *Dictionnaire de philosophie politique*, sous la direction de RAYNAUD (Philippe) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2008, p. 47

DE POULPIQUET (Jeanne), « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 37

PRADEL (Jean) :

- « Vers un « *aggiornamento* » des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP éd. G* 2004, I, 132 et 134

- « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000

- « Chronique de jurisprudence – Procédure pénale : juillet 2009 – août 2010 », *D.* 2010, p. 2254

PROTHAIS (Alain) :

- « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP éd. G* 1999, I, 129

- « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 39

- « Les principes d'un droit pénal humanitaire à vocation universel », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à JEAN PRADEL*, Cujas, 2006, p. 153

- « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP éd. G* 2011, étude 536

PUECH (Marc), « Chronique de jurisprudence », *D.* 1979, IR, p. 525

PUIGELIER (Catherine), « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à JEAN PRADEL*, Cujas, 2006, p. 473

PUTMAN (Emmanuel) et RINGEL (Françoise), « Après la mort... », *D.* 1991, p. 241

PY (Bruno), « Secret professionnel », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

RASSAT (Michèle-Laure) :

- « Agressions sexuelles », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 222-22 à 222-31-1

- « Fait de favoriser la corruption d'un mineur », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 227-22, fasc. 20

- « Mise en péril des mineurs – Exploitation à caractère pornographique de l'image d'un mineur – Détention de matériel pornographique réalisé avec des mineurs – Consultation de sites de pornographie infantile – Diffusion de messages à caractère violent ou pornographique susceptibles d'être perçus par un mineur », *JurisClasseur Pénal Code*, art. 227-23 et 227-24, fasc. 20

- « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Dr. pén.* 2000, chron. n° 12

- « Du statut dit « pénal » du président de la République », *Dr. pén.* 2007, étude 8

RAYMONDIS (L.-M.), « Problème juridique d'une définition de la mort à propos des greffes d'organes », *RTD Civ.* 1969, p. 29

REBUT (Didier) :

- « Abus de biens sociaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

- « Légitime défense (Point de vue juridique) », *in Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction d'ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 924

- « Justice pénale et justice civile : évolution, instrumentalisation, effets pervers... », *Pouvoirs*, n° 128, 2008, p. 49

REDON (Michel) :

- « Animaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

- « Chasse », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

- « Flore sauvage », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

- « Voirie (Contravention) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

ROBERT (Anne-Gaëlle), « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 911

ROBERT (Hervé), « TRACFIN : du soupçon déclaré d'opération illicite à la présomption d'infraction », *AJ Pénal* 2006, p. 437

ROBERT (Jacques-Henri) :

- « Imputation et complicité », *JCP* 1975, I, 2720

- « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.* 1977, p. 269

- « Droit pénal et environnement », *AJDA* 1994, p. 583

- « Montagnes et souris », *Dr. pén.* 2007, repère 5

- « L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures* 2007, étude 19

- « La politique pénale : ressorts et évolution », *Pouvoirs*, n° 128, 2008, p. 103

- « Le droit de l'environnement », *Resp. civ. et assur.* 2013, dossier 28

ROBERT (Jacques-Henri) et SAMIN (Thierry), « L'influence de la volonté individuelle sur le champ d'application des incriminations pénales », *JCP éd. G* 2011, 1066

ROCA (Claire), « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *D.* 1991, p. 85

ROMAN (Diane) :

- « « À corps défendant » La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284

- « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.* 2013, p. 1911

ROUMIER (William), « Violences familiales : création du délit de violences psychologiques », *Dr. pén.* 2010, alerte 39

ROUSSEAU (François), « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires » », *Dr. pén.* 2013, étude 11

ROUSSEL (Gildas), « L'introduction du « repentir » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ Pénal* 2005, p. 363

ROYER (Guillaume), « La victime et la peine. Contribution à la théorie du procès pénal *post sententiam* », *D.* 2007, p. 1745

SAENKO (Laurent), « Sport », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, fasc. 20

SAINT-JAMES (Virginie), « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, p. 61

SAINT-PAU (Jean-Christophe), « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. pén.* 2011, étude 20

SAINT-PIERRE (François), « Investigations privées en défense : questions de méthode et difficultés de pratique », *AJ Pénal* 2009, p. 433

SALAS (Denis), « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ Pénal* 2004, p. 430

SALVAGE (Philippe) :

- « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 699

- « Les peines de peine », *Dr. pén.* 2008, étude 9

- « Armée – Infractions contre la discipline et infractions aux consignes », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*

SEUVIC (Jean-François) :

- « Chronique législative », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 840

- « Chronique législative – Violences aggravées (art. 222-12 et 222-13 c. pén.) », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 855

- « Chronique législative - Circonstances aggravantes liées à la raison de commission de certaines infractions », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 826

- « Chronique législative - Circonstance aggravante générale d'usage d'un moyen de cryptologie, article 132-79 du code pénal », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 907

SOHM-BOURGEOIS (Anne-Marie), « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *D.* 1990, p. 33

SOURIOUX (Jean-Louis), « Droit », *Répertoire de droit civil Dalloz*

SOYER (Jean-Claude), « Une certaine idée du droit... de la sanction pénale », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à ANDRÉ DECOCCO*, Litec, 2004, p. 557

SPITERI (Pierre), « Essai sur quelques aspects des grands courants criminologiques » in *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Tome XVIII*, 1970, p. 5

STOFFEL-MUNCK (Philippe) et **BLOCH (Cyril)**, « Chronique de jurisprudence – Responsabilité civile », *JCP éd. G* 2012, 530

SUDRE (Frédéric), « Chronique de jurisprudence – Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G* 1998, I, 107

THEVENET (Bernard), « Fraude fiscale (Délit général) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

THIBAUT-PAYEN (Jacqueline), « Cimetières et sépultures », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction d'ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 194

THIERRY (Jean-Baptiste), « L'individualisation du droit criminel », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 59

THOUVENIN (Dominique), « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.* 1991, p. 221

LE TOURNEAU (Philippe), « Responsabilité (en général) », *Répertoire de droit civil Dalloz*

TRUCHE (Pierre), « Des bonnes et des mauvaises raisons d'échapper à la sanction pénale », *in La sanction du droit. Mélanges offerts à PIERRE COUVRAT*, PUF, 2001, p. 449

TRUCHE (Pierre) et **BOURETZ (Pierre)**, « Crimes contre l'humanité – Génocide – Crimes de guerre et d'agression », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

TZITZIS (Stamatios), « La personne humaine entre l'être et l'avoir en droit pénal », *in Mélanges en l'honneur du professeur JACQUES-HENRI ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 833

VARINARD (André), « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », *in Mélanges offerts à ALBERT CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 165

VERMELLE (Georges), « Du droit pénal général reconfiguré par le droit pénal spécial (échantillons) », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 645

VÉRON (Michel) :

- « Bioéthique : le contenu pénal de la loi du 6 août 2004 », *Dr. pén.* 2004, étude 16

- « L'obstruction à un acte de chasse, note sous D. n° 2010-603 du 4 juin 2010 », *Dr. pén.* 2010, comm. 90

VERNY (Édouard) :

- « Le principe de territorialité de l'ordre répressif français : « Quand tu seras à Rome, conduis-toi en Romain » », *in Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à ANDRÉ DECOCQ*, Litec, 2004, p. 593

- « L'outrage », *in La liberté de critique*, sous la direction de CORRIGNAN-CARSIN (Danielle), Litec, coll. Colloques & Débats, 2007, p. 197

- « Avant-propos » et direction scientifique de *Les discriminations. Rapport annuel 2008 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2008, p. 49

VIEVILLE-MIRAVETE (Marie-France), « La circonstance aggravante d'« ex » en matière de violences au sein du couple », *Dr. pén.* 2009, étude n°4

VIGNEAU (Daniel), « Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.* 2011, p. 2224

VINEY (Geneviève) :

- « Chronique de jurisprudence », *JCP éd. G* 1992, I, 3572

- « Chronique de jurisprudence », *JCP éd. G* 2000, I, 280

- « Chronique de jurisprudence », *JCP éd. G* 2004, I, 101

VIRIOT-BARRIAL (Dominique), « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350

VITU (André) :

- « Chronique de jurisprudence - Crimes et délits contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1971, p. 933

- « Chronique de jurisprudence - Crimes et délits contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 684

- « Chronique de jurisprudence - Crimes et délits contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1974, p. 583

- « Chronique de jurisprudence - Crimes et délits contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1976, p. 97

- « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 839

- « Un fait justificatif spécial : la permission légale instituée par l'article 73 du Code de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 327

WAGNER (Marion), « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », *Rev. sc. crim.* 2011, p. 37

WAREMBOURG-AUQUE (Françoise), « Réflexions sur le secret professionnel », *Rev. sc. crim.* 1978, p. 237

WESTER-OUISSE (Véronique), « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP éd. G* 2003, I, 145

WILLMANN (Christophe) :

- « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

- « Esclavage – Travail forcé – Traite des êtres humains », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*

ZARKA (Jean-Claude), « À propos de l'inflation législative », *D.* 2005, p. 660

IV – NOTES DE JURISPRUDENCE

AMBROISE-CASTÉROT (Coralie), obs. sous Crim. 4 mai 2004, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 88

AMBROISE-CASTÉROT (Coralie) et **RÉNUCCI (Jean-François)**, obs. sous Crim. 3 septembre 2002, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 107

ANGEVIN (Henri), note sous Crim. 5 septembre 1990, *D.* 1991, p. 13

AUBERT-MONPEYSSSEN (Thérèse), obs. sous Crim. 4 mars 2003, *D.* 2004, p. 181

AZIBERT (Gilbert) :

- Obs. sous Crim. 13 mars 1990, *D.* 1991, *Somm.* p. 61
- Obs. sous Crim. 8 janvier 1991, *D.* 1991, *Somm.* p. 271
- Obs. sous Crim. 3 avril 1991, *D.* 1991, *Somm.* p. 275

BATTISTINI (Patrice), note sous TGI Albertville, ch. corr., 24 mars 2003, *Gaz. Pal.* 21 août 2003, n° 233, p. 10

BERNARDINI (Roger), note sous CA Nancy, 9 mars 1979, *D.* 1981, p. 462

BOULOC (Bernard) :

- Note sous Crim. 23 mai 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 109
- Note sous Crim. 16 décembre 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 646
- Note sous Crim. 13 décembre 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 394
- Obs. sous Crim. 13 décembre 2000, *RTD com.* 2001, p. 532
- Obs. sous Ass. plén. 29 juin 2001, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 97
- Obs. sous Crim. 5 mars 2002, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 809
- Obs. sous Crim. 4 mai 2004, *RTD Com.* 2004, p. 829
- Note sous Crim. 20 mars 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 590
- Note sous Crim. 31 janvier 2007, *D.* 2007, p. 1843

BOUZAT (Pierre) :

- Note sous Crim. 19 février 1959, *JCP éd. G* 1959, II, 11112
- Note sous Crim. 25 octobre 1962 (2 arrêts), *D.* 1963, p. 221
- Obs. sous Crim. 13 février 1989, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 349
- Obs. sous Crim. 9 janvier 1991, *Rev. sc. crim.* p. 323
- Obs. sous Crim. 27 mai 1991, *RTD com.* 1992, p. 477
- Obs. sous Crim. 3 octobre 1991, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 109
- Obs. sous Crim. 8 février 1993, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 112

CAMBASSEDES (Marie-Josèphe), note sous Crim. 15 mai 1979, *D.* 1980, *jur.* p. 409

CHAMBON (Pierre), note sous CA Reims, 18 mai 1985, *JCP éd. G* 1985, II, 20422

CHAMPAUD (Claude) et **DANET (Didier)**, obs. sous Crim. 13 décembre 2000 (2 arrêts), *RTD Com.* 2001, p. 446

CHAZAL (Jean-Pascal), note sous Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003 (2 arrêts), *D.* 2003, p. 2326

CHEVALLIER (Jean-Yves), note sous CA Reims 3 février 2000, *D.* 2000, p. 873

COMBALDIEU (Raoul), note sous Crim. 16 février 1967, *JCP éd. G* 1967, II, 15034

DE COMBLES DE NAYVES (Pierre), obs. sous Crim. 23 octobre 2012, *AJ Pénal* 2012, p. 657

COMMARET (Dominique Noëlle), obs. sous Crim. 27 avril 2004, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 904

CONTE (Philippe), note sous Crim. 30 octobre 1985, *JCP éd. G* 1987, II, 20727

CROISIER-NÉRAC (Roselyne), note sous Crim. 8 janvier 1991, *D.* 1992, jur. p. 115

DÉCIMA (Olivier), obs. sous Crim. 5 février 2013, *AJ Pénal* 2013, p. 218

DELMAS SAINT-HILAIRE (Jean-Pierre) :

- Obs. sous Crim. 14 novembre 1989, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 561

- Obs. sous Crim. 7 février 1995, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 131

DERIEUX (Emmanuel), note sous Cass., Ch. mixte, 4 novembre 2002 (3 arrêts), *JCP éd. G* 2003, II, 10006

DINTILHAC (Jean-Pierre), obs. sous Crim. 4 février 1998, *Rev. sc. crim.* 1998, p. 579

DOUCET (Jean-Paul), note sous Crim. 8 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 483

DREYER (Emmanuel) :

- Obs. sous Crim. 11 juin 2002, *JCP éd. G* 2003, II, 10061

- Note sous Cass., Ch. mixte, 4 novembre 2002 (3 arrêt), *D.* 2003, p. 1194

- Note sous Civ. 2^{ème}, 5 juin 2003, *D.* 2003, p. 2461

- Note sous Crim. 7 septembre 2005, *D.* 2006, p. 835

- Note sous Crim. 10 mai 2006, *D.* 2006, p. 2220

- Note sous Crim. 20 juin 2006, *JCP éd. G* 2006, II, 10199

DUPARC (Caroline), obs. sous Crim. 27 mai 2009, *AJ Pénal* 2009, p. 363

FABRE-MAGNAN (Muriel), note sous CEDH, 1^e section, 17 février 2005 *K.A. et A.D. c/ Belgique*, *D.* 2005, p. 2973

FAURÉ (Georges), note sous Crim. 30 juin 1999, *JCP éd. G* 2000, II, 10231

FOURNIER (Alain), note sous Crim. 14 novembre 1989, *D.* 1991, p. 447

FRANCILLON (Jacques) :

- Obs. sous Crim. 14 janvier 2003, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 124

- Obs. sous Crim. 11 février 2003, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 130

- Note sous Cons. const. 28 février 2012, n° 2012-647 DC, *Rev. sc. crim.* 2012, p. 179

- Note sous Crim. 5 février 2013, *Rev. sc. crim.* 2013, p. 99

FRAYSSINET (Jean), note sous TGI Marseille, 23 mars 1995, *D.* 1996, p. 40

FRICERO (Natalie), obs. sous CEDH, 20 mai 1998, *Schöpfer c/ Suisse*, *D.* 1999, p. 272

G.M., note sous T. corr. Nanterre, 29 avril 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, 367

GABA (Harold Kobina) :

- Note sous Soc. 2 décembre 1998, *D.* 1999, p. 431

- Note sous Crim. 11 mai 2004 (2 arrêts) et Soc. 30 juin 2004, *D.* 2004, p. 2326

GALLOUX (Jean-Christophe), note sous TGI Agen, 18 février 1998, *D.* 1999, p. 334

GARÉ (Thierry) :

- Note sous Crim. 11 juin 1992, *JCP éd. G* 1993, II, 22043

- Obs. sous Crim. 21 février 2007, *D.* 2007, Pan. p. 2632

GIRAULT (Carole) :

- Note sous CEDH, 4^e section, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *JCP éd. G* 2002, II, 10062

- Note sous Crim. 11 mai 2004, *JCP éd. G*, II, 10124

- Obs. sous Crim. 7 décembre 2005, *D.* 2006, p. 175

GOZZI (Marie-Hélène), obs. sous CA Paris, 9^e ch. A, 2 avril 2001, *D.* 2002, p. 1804

HASNAOUI (Hakima), note sous Crim. 8 juin 2010, *D.* 2010, p. 2888

HAUSER (Jean) :

- Obs. sous Crim. 4 février 1998, *RTD Civ.* 1999, p. 64

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2009, TPICE 5 octobre 2009 et Crim. 7 avril 2009, *RTD civ.* 2010, p. 84

JEANDIDIÉ (Wilfrid), note sous Crim. 4 février 1985, *JCP éd. G* 1986, II, 20585

JOURDAIN (Patrice) :

- Note sous Ass. Plén., 9 mai 1984 (4 arrêts), *JCP éd. G* 1984, II, 20256

- Obs. sous Crim. 28 février 1990, *RTD civ.* 1990, p. 670

- Obs. sous Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003 (2 arrêts), *RTD civ.* 2003, p. 716

- Note sous Civ. 2^{ème}, 28 mai 2009, *RTD Civ.* 2009, p. 534

- Note sous Civ. 3^{ème}, 8 juin 2011, *RTD Civ.* 2011, p. 765

- Note sous Crim. 25 septembre 2012, *RTD Civ.* 2013, p. 119

KOERING-JOULIN (Renée), obs. sous CEDH, 22 novembre 1995, *C.R. et S.W. c/ Royaume-Uni*, n° 335-B et 335-C (2 arrêts), *Rev. sc. crim.* 1996, p. 473

LACABARATS (Alain), obs. sous Crim. 28 septembre 1993, *D.* 1995, p. 59

LARGUIER (Jean), note sous Crim. 2 mars 1961, *JCP éd. G* 1961, II, 12092

LARRALDE (Jean-Manuel), note sous CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, *D.* 1998, p. 97

LASSERRE CAPDEVILLE (Jérôme) :

- Obs. sous Crim. 10 novembre 2009, *AJ Pénal* 2010, p. 140

- Obs. sous Crim. 12 janvier 2010, *AJ Pénal* 2010, p. 241

- Obs. sous CA Paris, 11^e ch. corr., 2 février 2012, *AJ Pénal* 2012, p. 419

- Obs. sous Crim. 23 avril 2013, *AJ Pénal* 2013, p. 474

LAVRIC (Sabrina), obs. sous Crim. 9 novembre 2010, *D.* 2010, p. 2707

LEBLOIS-HAPPE (Jocelyne), note sous Crim. 4 avril 2002, *Dr. pén.* 2003, chron. 11

LÉNICA (Frédéric) et **BOUCHER (Julien)**, note sous CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, *AJDA* 2007, p. 793

LEPAGE (Agathe) :

- Obs. sous CEDH, 16 avril 2002, *Sté Colas Est c/ France*, *D.* 2003, p. 1541

- Obs. sous Crim. 15 février 2006, *Comm. com. électr.* 2006, comm. 163

- Obs. sous Crim. 28 novembre 2006, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 45

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 27 février 2007, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 97

- Note sous Cons. const. 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC, *JCP éd. G* 2011, 1160

- Note sous Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2012, *Comm. com. électr.* 2012, comm. 137

LEVASSEUR (Georges) :

- Obs. sous Crim. 12 octobre 1976, *Rev. sc. crim.* 1977, chron. p. 587

- Obs. sous Crim. 29 mai 1989, *Rev. sc. crim.* 1989, p. 73

- Obs. sous Crim. 4 janvier 1990, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 341

- Obs. sous Crim. 21 février 1990, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 785

- Obs. sous Crim. 2 mai 1990, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 82

- Obs. sous Crim. 8 janvier 1991, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 760

- Obs. sous Crim. 7 mars 1991, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 82

- Obs. sous Crim. 11 février 1992, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 330

- Obs. sous Crim. 27 février 1992 et Crim. 31 mars 1992, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 100

- Obs. sous Crim. 11 juin 1992, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 781

- Obs. sous Crim. 8 juin 1993, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 774

LEVINET (Michel), note sous CEDH, Gd Chambre, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, *JCP éd. G* 2004, II, 10158

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre) :

- Obs. sous CEDH, 22 novembre 1995, *C. R. et S.W. c/ Royaume-Uni*, n° 335-B et 335-C (2 arrêts), *RTD civ.* 1996, p. 512

- Obs. sous CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, *RTD civ.* 1997, p. 1013

- Obs. sous CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, *RTD civ.* 1999, p. 913

- Obs. sous CEDH, 4^e section, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *RTD civ.* 2002, p. 858

- Obs. sous CEDH, Gd Chambre, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, *RTD civ.* 2004, p. 799

- Obs. sous CEDH, 1^e section, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, *RTD civ.* 2005, p. 341
- Obs. sous CEDH, 3^e section, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie* et CEDH, 2^e section, 15 décembre 2009, *Maiorano c/ Italie*, *Rev. sc. crim.* 2010, p. 219
- Obs. sous CEDH, ancienne 5^e section, 19 juillet 2012, *Koch c/ Allemagne*, *RTD Civ.* 2012, p. 700
- MARTINENT (Éric), REYNIER (Mathieu) et VIALLA (François)**, note sous CEDH, 20 janvier 2011, *Haas c/ Suisse*, *D.* 2011, p. 925
- MASCALA (Corinne)**, obs. sous Crim. 31 janvier 2007, *D.* 2007, p. 1843
- MAYAUD (Yves) :**
 - Note sous Crim. 31 janvier 1995, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 814
 - Obs. sous Crim. 14 février 1996, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 856
 - Note sous Crim. 20 février 1996, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 653
 - Obs. sous Crim. 22 janvier 1997, *Rev. sc. crim.* 1998, p. 325
 - Obs. sous Crim. 11 février 1998, *Rev. sc. crim.* 1998, p. 541
 - Obs. sous Crim. 23 septembre 1998, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 321
 - Note sous Crim. 21 octobre 1998, *D.* 1999, p. 75
 - Obs. sous Crim. 2 décembre 1998, *D.* 2000, p. 32
 - Obs. sous Crim. 30 juin 1999, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 813
 - Obs. sous Crim. 30 juin 1999, *D.* 2000, p. 27
 - Obs. sous Crim. 21 septembre 1999, *Rev. sc. crim.* 2000, p. 200
 - Obs. sous Crim. 6 février 2001, *Rev. sc. crim.* 2001, p. 582
 - Note sous Crim. 10 mai 2001, *Rev. sc. crim.* 2001, p. 808
 - Note sous Ass. plén. 29 juin 2001, *D.* 2001, p. 2917
 - Obs. sous Crim. 25 septembre 2001 et Crim. 23 octobre 2001, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 100
 - Obs. sous CA Toulouse, 21 février 2002, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 587
 - Obs. sous Crim. 25 juin 2002, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 95
 - Obs. sous Crim. 9 octobre 2002, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 100
 - Obs. sous Crim. 29 octobre 2002, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 330
 - Obs. sous Crim. 4 mars 2003, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 561
 - Obs. sous Crim. 23 avril 2003, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 789
 - Obs. sous CA Versailles, 16 juin 2003, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 87
 - Obs. sous Crim. 18 juin 2003, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 781
 - Obs. sous Crim. 2 décembre 2003, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 348
 - Note sous Crim. 7 décembre 2004, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 302
 - Obs. sous Crim. 7 juin 2005, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 849

- Obs. sous Crim. 7 décembre 2005, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 319
- Obs. sous Crim. 21 février 2006, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 604
- Obs. sous Crim. 20 juin 2006, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 825
- Obs. sous Crim. 2 octobre 2007, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 337
- Obs. sous Crim. 21 janvier 2009, *Rev. sc. crim.* 2009, p. 829
- Obs. sous Crim. 7 avril 2009, *Rev. sc. crim.* 2009, p. 593
- Obs. sous Crim. 26 mai 2009, *Rev. sc. crim.* 2009, p. 594
- Obs. sous Crim. 12 janvier 2010, *Rev. sc. crim.* 2010, p. 134
- Obs. sous Crim. 14 décembre 2010, *Rev. sc. crim.* 2011, p. 96
- Obs. sous Crim. 11 janvier 2011, *Rev. sc. crim.* 2011, p. 99
- Obs. sous Crim. 5 février 2013, *Rev. sc. crim.* 2013, p. 79

MAYER (Danièle) :

- Note sous T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.* 1982, jur. p. 182
- Note sous Crim. 16 décembre 1997, *JCP éd. G* 1998, II, 10074
- Note sous Crim. 21 octobre 1998, *JCP éd. G* 1998, II, 10215

MAYER (Danièle) et GAZOUNAUD (Claude), note sous Crim. 16 janvier 1986, *D.* 1986, jur. p. 265

MAZEAUD (Denis), note sous Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003 (2 arrêts), *D.* 2004, p. 1346

MAZIÈRE (Pierre), note sous CEDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, *JCP éd. G* 1994, II, 22262

MONTELS (Benjamin), note sous Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *JCP éd. G* 2001, II, 10524

MOULY (Jean), note sous Civ. 2^{ème}, 4 novembre 2010, *D.* 2011, p. 690

MIRABAIL (Solange) :

- Note sous CA Bordeaux, 3^e ch. corr., 5 mars 1992, *D.* 1994, jur. p. 305
- Obs. sous Crim. 7 avril 1998, *D.* 1999, somm. p. 156
- Obs. sous Crim. 25 juin 2002, *D.* 2003, p. 243

OTTENHOF (Reynald):

- Obs. sous Crim. 19 janvier 1994, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 767
- Obs. sous Crim. 26 octobre 1994, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 583
- Obs. sous Crim. 30 avril 1996, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 110
- Obs. sous Crim. 8 décembre 1998, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 822
- Obs. sous Crim. 26 octobre 1999, *Rev. sc. crim.* 2000, p. 614
- Obs. sous Crim. 27 mai 2004, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 886
- Obs. sous Crim. 19 avril 2005, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 325

PLANCKEEL (Frédéric), obs. sous Crim. 25 juin 2002, *D.* 2003, p. 660

PRADEL (Jean) :

- Note sous Crim. 16 janvier 1986, *D.* 1986, jur. p. 267
- Obs. sous Crim. 23 mai 1991, *D.* 1992, p. 95
- Obs. sous Crim. 28 octobre 1992, *D.* 1993, p. 203
- Note sous Ass. plén. 29 juin 2001, *D.* 2001, p. 2907
- Note sous Crim. 25 juin 2002, *D.* 2002, p. 3099
- Note sous Crim. 2 décembre 2003, *D.* 2004, p. 449
- Note sous CEDH, Gd Chambre, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, *D.* 2004, p. 2456

PROTHAIS (Alain) :

- Note sous TGI Paris, 23 octobre 1992, *D.* 1993, p. 222
- Note sous Crim. 18 juin 2003, *D.* 2005, p. 195

PUECH (Marc), note sous Crim. 1^{er} octobre 1979, *D.* 1980, IR, p. 334

PUPPINCK (Grégor), obs. sous CEDH, 2^e section, 14 mai 2013, *D.* 2013, p. 1277

RASSAT (Michèle-Laure) :

- Note sous Crim. 5 septembre 1990, *JCP éd. G* 1991, II, 21629
- Note sous Crim. 11 juin 1992, *D.* 1993, p. 117
- Note sous Ass. plén. 29 juin 2001, *JCP éd. G* 2001, II, 10569
- Note sous Crim. 25 juin 2002, *JCP éd. G* 2002, II, 10155
- Note sous Crim. 18 juin 2003, *JCP éd. G* 2003, II, 10121

RAYMOND (Guy) :

- Obs. sous CA Aix-en-Provence, 18 janvier 2000, *Contrats, conc., consom.* 2001, comm. 49
- Obs. sous CA Rennes, 17 octobre 2003, *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 85

REBUT (Didier), note sous Crim. 18 juin 2003, *D.* 2004, p. 1620

ROBERT (Anne-Gaëlle), obs. sous CA Grenoble, 1^e ch. app. corr., 11 mars 2009, *JCP éd. G* 2009, 65

ROBERT (Jacques-Henri) :

- Note sous Crim. 16 décembre 1999, *Dr. pén.* 1999, comm. 84
- Obs. sous Crim. 13 décembre 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 47
- Obs. sous Crim. 26 septembre 2001, *Dr. pén.* 2002, comm. 34
- Obs. sous Crim. 11 janvier 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 42
- Obs. sous Crim. 4 octobre 2005, *Dr. rur.* 2006, comm. 37
- Obs. sous Crim. 8 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 85
- Obs. sous Crim. 19 janvier 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 48

- Obs. sous Crim. 23 février 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 73
- Obs. sous Crim. 9 novembre 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. 39
- Note sous Crim. 25 septembre 2012, *Rev. sociétés* 2013, p. 110
- RONTCHEVSKY (Nicolas)**, note sous Crim. 11 décembre 2002, *RTD Com.* 2003, p. 336
- ROUJOU DE BOUBÉE (Gabriel) :**
 - Obs. sous Crim. 16 janvier 1986, *JCP éd. G* 1987, II, 20774
 - Obs. sous Crim. 7 septembre 2005, *D.* 2005, Pan., p. 2988
- ROUSSEL (Gildas)**, obs. sous Crim. 8 juin 2010, *AJ Pénal* 2010, p. 444
- ROYER (Guillaume)**, obs. sous Crim. 21 février 2007, *AJ Pénal* 2007, p. 181
- RUELLAN (François)**, note sous CA Lyon, 7^{ème} ch. corr., 19 septembre 1990, *D.* 1991, p. 250
- SAAS (Claire) :**
 - Obs. sous Crim. 7 décembre 2005, *AJ Pénal* 2006, p. 81
 - Note sous Ass. plén. 9 mai 2008, *AJ Pénal* 2008, p. 366
- SAINT-PAU (Jean-Christophe) :**
 - Note sous Crim. 7 octobre 1997, *D.* 1999, p. 152
 - Note sous Crim. 20 juin 2006, *D.* 2007, p. 617
- SAINTE-ROSE (Jerry)**, concl. sous Ass. plén. 29 juin 2001, *JCP G* 2001, II, 10569
- SALOMON (Renaud)**, obs. sous Crim., 20 juin 2007, *Dr. sociétés* 2007, comm. 204
- SALVAT (Xavier)**, obs. sous Crim. 9 novembre 2010, *Rev. sc. crim.* 2011, p. 858
- SARGOS (Pierre)**, rapport sous Ass. plén. 29 juin 2001, *JCP G* 2001, II, 10569
- SAUTEL (Olivier)**, note sous Crim. 25 juin 2002, *D.* 2002, chron. p. 2475
- SEGONDS (Marc)**, obs. sous Crim. 26 septembre 2001, *D.* 2002, p. 1800
- VÉRON (Michel) :**
 - Obs. sous Crim. 2 mai 1990, *JCP éd. G* 1990, II, 21593
 - Obs. sous Crim. 26 avril 1994, *Dr. pén.* 1994, comm. 176
 - Obs. sous Crim. 19 décembre 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 56
 - Obs. sous Crim. 6 février 2001, *Dr. pén.* 2001, 72
 - Obs. sous Crim. 9 octobre 2002, *Dr. pén.* 2003, chron. 20
 - Obs. sous CA Angers, 25 mars 2004, CA Paris, 20 ch. A, 4 mai 2004 et CA Paris, 11 mai 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 158
 - Obs. sous Crim. 11 mai 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 122
 - Obs. sous Crim. 27 mai 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 130
 - Obs. sous Crim. 6 octobre 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. 27
 - Obs. sous Crim. 7 décembre 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. 54

- Obs. sous Crim. 7 septembre 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 167
 - Obs. sous Crim. 7 décembre 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 31
 - Obs. sous Crim. 7 décembre 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 50
 - Obs. sous Crim. 21 février 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 69
 - Obs. sous Crim. 21 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 98
 - Obs. sous Crim. 23 mai 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 128
 - Obs. sous Crim. 15 novembre 2006, *Dr. pén.* 2007, comm. 18
 - Obs. sous Crim. 30 janvier 2007, *Dr. pén.* 2007, comm. 80
 - Obs. sous CA Toulouse, 3^{ème} ch., 8 septembre 2008, *Dr. pén.* 2009, comm. 17
 - Obs. sous Crim. 13 janvier 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 44
 - Obs. sous Crim. 17 février 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 76
 - Obs. sous Crim. 7 avril 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 93
 - Obs. sous Crim. 9 juin 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 127
 - Obs. sous Crim. 7 octobre 2009, *Dr. pén.* 2010, comm. 1
 - Obs. sous Crim. 1^{er} décembre 2009, *Dr. pén.* 2010, comm. 33
 - Obs. sous Crim. 16 décembre 2009, *Dr. pén.* 2010, comm. 34
 - Obs. sous Crim. 16 février 2010, Crim. 1^{er} décembre 2009 et Crim. 16 mars 2010, *Dr. pén.* 2010 n°6, juin 2010, comm. 74
 - Note sous Crim. 4 mai 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 88
 - Obs. sous Crim. 26 mai 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 91
 - Note sous Crim. 1^{er} juin 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 89
 - Obs. sous Crim. 8 juin 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 106
 - Obs. sous Crim. 1^{er} décembre 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. 29
 - Obs. sous Crim. 10 mai 2011, *Dr. pén.* 2011, comm. 102
 - Obs. sous Crim. 30 janvier 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 73
 - Obs. sous Crim. 3 avril 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 108
- VIAL (Géraldine)**, note sous Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2012, *RDLF* 2012, chron. n° 30
- VIGNEAU (Daniel)**, note sous Crim. 30 juin 1999, *D.* 1999, p. 710
- VITU (André)**, note sous Crim. 1^{er} février 1990, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 555
- VOUIN (Robert)**, note sous Crim. 25 octobre 1962 (2 arrêts), *JCP éd. G* 1963, II, 12985
- WACHSMANN (Patrick)**, note sous Crim. 20 février 2001, *D.* 2001, p. 3001
- ZEMRAK (Yannick)**, obs. sous CA Montpellier, 3^e ch. corr., 6 avril 2011, *JCP éd. G* 2011, 952
- ZENATTI (Frédéric)**, obs. sous Crim. 27 février 1996, *RTD civ.* 1996, p. 936

INDEX DE JURISPRUDENCE

Introduction

Conseil constitutionnel

Cons. const., 19 juin 1981, n° 80-127 DC
Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC
Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 21 août 1851, *DP* 1851, 5, 237
Crim. 25 juillet 1913, *DP* 1915, 1, p. 150
Crim., 20 août 1932, *Bull. crim.* n° 207
Crim. 19 juillet 1951, *JCP G* 1951, II, 6438
Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138
Crim. 8 juin 1971, *Bull. crim.* n° 182
Crim. 23 juillet 1974, *Bull. crim.* n° 263
Crim. 21 octobre 1982, *Bull. crim.* n° 231
Crim. 22 novembre 1983, *Bull. crim.* n° 308
Crim. 30 octobre 1985, *JCP G* 1987, II, 20727, note PH. CONTE
Crim. 20 décembre 1985, *Bull. crim.* n° 407
Crim. 10 février 1987, *Bull. crim.* n° 64
Crim. 9 février 1989, *Bull. crim.* n° 63
Crim. 1^{er} février 1990, *Bull. crim.* n° 56, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 555, note A. VITU
Crim. 5 mars 1990, *Bull. crim.* n° 103
Crim. 23 mai 1991, *Bull. crim.* n° 220 ; *D.* 1992, p. 95, obs. J. PRADEL
Crim. 8 janvier 1998, *Bull. crim.* n° 7

Crim. 4 février 1998, *Bull. crim.* n° 43 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 579, obs. J.-P. DINTILHAC ; *RTD Civ.* 1999, p. 64, obs. J. HAUSER
Crim. 21 septembre 1999, *Bull. crim.* n° 191 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 200, obs. Y. MAYAUD
Crim. 13 décembre 2000, (2 arrêts) *Bull. crim.* n° 373 et n° 378 ; *RTD Com.* 2001, p. 446, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET
Crim. 27 février 2001, *Bull. crim.* n° 48
Crim. 19 février 2002, *Bull. crim.* n° 34
Crim. 4 mai 2004, *Bull. crim.* n° 105 ; *RTD Com.* 2004, p. 829, obs. B. BOULOC ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 88, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT
Crim. 16 novembre 2005, *Bull. crim.* n° 297
Crim. 4 septembre 2007, n° 06-87.997
Crim. 14 novembre 2007, *Bull. crim.* n° 277 ; *Dr. pén.* 2008, chron. 10, n° 25, obs. A. LEPAGE
Crim. 27 mai 2009, *Bull. crim.* n° 107 ; *AJ Pénal* 2009, p. 363, obs. C. DUPARC
Crim. 3 novembre 2009, *Bull. crim.* n° 182 ; *D.* 2010, p. 39, obs. P. CHAUMONT ; *D.* 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL
Crim. 19 janvier 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 48, obs. J.-H. ROBERT

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 3^{ème} 26 juin 2013, *Bull. civ. III* (à paraître)

Première partie : La subjectivité de l'influence de la victime

Titre premier : La subjectivité imposée par la nature de la responsabilité pénale

Chapitre premier : L'existence d'une victime symbolisant la valeur protégée

Section préliminaire : La subjectivité et la nécessité d'une atteinte à la valeur protégée

II – L'impossible répression pénale en l'absence de valeur sociale à atteindre

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 4 janvier 1895, *DP* 1896, 1, 21

Crim. 19 mai 1949, *Bull. crim.* n° 181

Crim. 25 octobre 1962 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 292 et 293 ; *JCP G* 1963, II, 12985, note R. VOUIN

Crim. 5 octobre 1972, *Bull. crim.* n° 269 ; *Rev. sc. crim.* 1973, p. 879

Crim. 3 mai 1973, *Bull. crim.* n° 157 ; *D.* 1973, *Somm.* p. 20

Crim. 11 juin 1975, *Bull. crim.* n° 150 ; *Rev. sc. crim.* 1976, p. 407, obs. J. LARGUIER

Crim. 15 mai 1979, *Bull. crim.* n° 175

Crim. 19 juin 1979, *D.* 1979, IR, p. 525 obs. M. PUECH ; *D.* 1980, jur. p. 409, note M.-J. CABBASSÉDÈS

Crim. 16 janvier 1986, *Bull. crim.* n° 25 ; *D.* 1986, jur. 265, note D. MAYER et C. GAZOUNAUD et note J. PRADEL ; *Rev. sc. crim.* 1986, p. 839, obs. A. VITU et p. 849, obs. G. LEVASSEUR ; *JCP G* 1987, II, 20774, note G. ROUJOU DE BOUBÉE

Juridictions du fond

Paris, ch. acc., 9 avril 1946

T. corr. Auxerre, 14 janvier 1964 ; *Gaz. Pal.* 1964, 1, 185

Section première : L'absence d'infraction due au comportement agressif de la personne visée

I – L'agression privant son auteur de la qualité de victime pénale

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 15 septembre 1864, *S.* 1865, 1, 152

Crim. 17 décembre 1864, *D.* 1865, 1, 102

Crim. 11 janvier 1896, *D.* 1896, 1, 368

Crim. 8 juillet 1942, *Bull. crim.* n° 88

Crim. 29 novembre 1946, *Bull. crim.* n° 219

Crim. 14 février 1957, *Bull. crim.* n° 155

Crim. 2 juillet 1958, *Bull. crim.* n° 513

Crim. 19 février 1959, *Bull. crim.* n° 121 ; *JCP G* 1959, II, 11112, note P. BOUZAT ; *Rev. sc. crim.* 1959, p. 839, obs. A. LÉGAL

Crim. 3 mai 1961, *Bull. crim.* n° 234

Crim. 25 octobre 1962 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 292 et 293 ; *D.* 1963, p. 221, note P. BOUZAT

Crim. 9 février 1972, *Bull. crim.* n° 54 ; *D.* 1972, *Somm.* 80

Crim. 2 juillet 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 1, *Somm.* 78

Crim. 1^{er} octobre 1979, *D.* 1980, IR, p. 334, note M. PUECH

Crim. 9 décembre 1992, n° 91-87.035

Crim. 12 octobre 1993, n° 93-83.504

Crim. 7 février 1995, *Bull. crim.* n° 51 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 131, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE

Crim. 19 mai 1999, n° 98-81.627

Crim. 1^{er} septembre 2004, *Bull. crim.* n° 190

Juridictions du fond

CA Chambéry, 6 février 1907, *DP* 1907, 5, p. 19

T. corr. Lille, 12 février 1948, *D.* 1948, p. 305

CA Nancy 9 mars 1979, *D.* 1981, p. 462, note R. BERNARDINI

CA Reims, 18 mai 1984, *JCP G* 1985, II, 20422, note P. CHAMBON

T. corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 2, Somm. 327

TGI Agen, 18 février 1998, *D.* 1999, p. 334, note J.-CH. GALLOUX

CA Paris, 26 octobre 1999

II – Le droit de se défendre circonscrit par le cadre défini par l'agression

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 12 décembre 1929, *S.* 1931, 1, p. 113

Crim. 4 août 1949, *Bull. crim.* n° 274

Crim. 26 juillet 1954, *Bull. crim.* n° 276

Crim. 21 novembre 1961, *Bull. crim.* n° 474

Crim. 16 février 1967, *Bull. crim.* n° 70 ; *JCP G* 1967, II, 15034, note R. COMBALDIEU ; *Rev. sc. crim.* 1967, p. 659, obs. G. LEVASSEUR et p. 854, obs. A. LEGAL

Crim. 7 juin 1968, *Bull. crim.* n° 186

Crim. 7 décembre 1971, *Bull. crim.* n° 338

Crim. 5 juin 1984, *Bull. crim.* n° 209

Crim., 3 juillet 1987, n° 86-93.520

Crim. 3 juillet 1989, n° 88-80.948

Crim. 26 septembre 1989, n° 88-85.874

Crim. 7 mars 1991, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 82, obs. G. LEVASSEUR

Crim. 11 juin 1991, n° 91-82.013

Crim. 9 décembre 1992, n° 91-87.035

Crim. 11 juin 1997 ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, chron. crim. 228

Crim. 25 septembre 2001, n° 00-87.306

Juridictions du fond

T. corr. Mont-de-Marsan, 21 janvier 1959, *JCP éd. G* 1959, II, 11086

CA Paris, 22 juin 1988, *D.* 1988, IR p. 244

III – L'agression autorisant exceptionnellement la rétorsion

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, gde ch., 29 mars 2006, n° 67335/01, *Achour c/ France*

Conseil constitutionnel

Cons. const., 2 février 1995, n° 95-360 DC

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 27 février 1813, *Bull. crim.* n° 40

Crim. 8 janvier 1819, *Bull. crim.* n° 3

Crim. 8 février 1840, *S.* 1840, 1, 651
Crim. 23 décembre 1887, *Bull. crim.* n° 400
Crim. 31 juillet 1894, *Gaz. Pal.* 1894, 2, p. 289
Crim. 8 août 1895, *D.* 1899, p. 343
Crim. 13 juillet 1900, *DP* 1901, 1, p. 376
Crim. 2 février 1905, *Bull. crim.* n° 49
Crim. 9 août 1913, *DP* 1917, 1, 69
Crim. 17 janvier 1936, *Gaz. Pal.* 1936, 1, 320
Crim. 21 janvier 1944, *Bull. crim.* n° 27
Crim. 22 juin 1944, *Bull. crim.* n° 147
Crim. 18 mai 1954, *Bull. crim.* n° 187
Crim. 16 octobre 1957, *Bull. crim.* n° 637
Crim. 12 mai 1960, *Bull. crim.* n° 265
Crim. 28 mai 1964, *Bull. crim.* n° 183
Crim. 13 janvier 1966, *Bull. crim.* n° 14
Crim. 21 janvier 1969, *Bull. crim.* n° 38
Crim. 8 juin 1971, *Bull. crim.* n° 182
Crim. 8 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 483, note J.-P. DOUCET
Crim. 21 mars 1972, *Bull. crim.* n° 116
Crim. 3 mai 1972, *Bull. crim.* n° 151
Crim. 11 juillet 1973, *Bull. crim.* n° 211
Crim. 30 juin 1976, *Bull. crim.* n° 326
Crim. 6 juin 1978, *Bull. crim.* n° 182
Crim. 16 avril 1985, *Bull. crim.* n° 140
Crim. 10 février 1987, *Bull. crim.* n° 64
Crim. 23 mai 1989, n° 88-81.763
Crim. 31 mars 1992, *Bull. crim.* n° 134
Crim. 21 mai 1992, *Bull. crim.* n° 203

Crim. 16 décembre 1997, *Bull. crim.* n° 429 ;
JCP G 1998, II, 10074, note D. MAYER
Crim. 19 février 1998, *Bull. crim.* n° 72
Crim. 21 octobre 1998, *Bull. crim.* n° 274 ;
JCP G 1998, II, 10215, note D. MAYER ;
D. 1999, p. 75, note Y. MAYAUD
Crim. 13 avril 1999, *Bull. crim.* n° 77
Crim. 20 février 2001, *D.* 2001, p. 3001, note
P. WACHSMANN
Crim. 22 août 2001, *Bull. crim.* n° 169
Crim. 4 avril 2002, *Dr. pén.* 2003, chron. 11,
note J. LEBLOIS-HAPPE
Crim. 2 décembre 2003, n° 03-81.273
Crim. 19 avril 2005, n° 04-83.977
Crim. 15 mars 2005, *Bull. crim.* n° 89, *Dr. pén.*
2005, comm. 105
Crim. 10 mai 2006, *D.* 2006, p. 2220, note
E. DREYER

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2^{ème}, 12 juin 1975, *Bull. civ.* II n° 182
Soc. 15 novembre 1990, *D.* 1990, IR p. 291
Civ. 2^{ème}, 19 février 1997, *Bull. civ.* II n° 56
Civ. 2^{ème}, 15 décembre 2005, *Bull. civ.* II
n° 336

Juridictions du fond

TGI Paris, 26 février 1975, *D.* 1975, p. 322
TGI Paris, 1^{er} ch., 13 décembre 1978,
D. 1978, jur. p. 378

Section seconde : L'absence d'infraction due au consentement de la personne visée

I – L'indifférence pénale du consentement de la victime

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 19 février 1997, n° 21627/93,
21628/93 et 21974/93, *Laskey, Jaggard et
Brown c/ Royaume-Uni* ; *RTD civ.* 1997,

p. 1013, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 1998, p. 97, note J.-M. LARRALDE ; *JCP G* 1998, I, 107, n° 48, obs. F. SUDRE
CEDH, 4^e section, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; *JCP G* 2002, II, 10062, note C. GIRAULT ; *RTD civ.* 2002, p. 858, obs. J.-P. MARGUÉNAUD
CEDH, 1^e section, 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A. et A.D. c/ Belgique* ; *RTD civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2005, p. 2973, note M. FABRE-MAGNAN
CEDH, 20 janvier 2011, n° 31322/07, *Haas c/ Suisse* ; *D.* 2011, p. 925, note E. MARTINENT, M. REYNIER et F. VIALLA

Cour de cassation – Chambres réunies

Cass., Ch. réunies, 15 décembre 1837, *S.* 1838, 1, 5

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 21 août 1851, *DP* 1851, 5, 237
Crim. 25 juin 1857, *S.* 1857, 1, 711
Crim. 23 janvier 1890, *DP* 1890, 1, 332
Crim. 1^{er} juillet 1937, *JCP* 1937, II, 440 ; *S.* 1938, 1, 193
Crim. 31 août 1938, *DH* 1938, 453
Crim. 21 avril 1964, *Bull. crim.* n° 119
Crim. 26 juillet 1966, *Bull. crim.* n° 211
Crim. 22 décembre 1966, *Bull. crim.* n° 305
Crim. 25 octobre 1973, *Bull. crim.* n° 382
Crim. 26 juin 1974, *Bull. crim.* n° 243

Crim. 19 juin 1975, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 124, obs. P. BOUZAT
Crim. 30 mars 1977, *Bull. crim.* n° 120
Crim. 17 janvier 1978, *Bull. crim.* n° 20
Crim. 5 novembre 1981, *Bull. crim.* n° 295
Crim. 25 mai 1988, *Bull. crim.* n° 223
Crim. 14 mai 1990, *Bull. crim.* n° 187
Crim. 9 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 17
Crim. 30 mai 1991, *D.* 1991, I.R., p.197
Crim. 16 décembre 1992, *Bull. crim.* n° 424
Crim. 1^{er} mars 1995, *Bull. crim.* n° 92
Crim. 27 février 1996, *Bull. crim.* n° 96, *RTD civ.* 1996, p. 936, obs. F. ZENATTI
Crim. 22 janvier 1997, *Bull. crim.* n° 22 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 325, obs. Y. MAYAUD
Crim. 3 décembre 1998, n° 97-82.158
Crim. 10 novembre 1999, *Bull. crim.* n° 253
Crim. 7 décembre 2005, *Bull. crim.* n° 326 ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD ; *AJ Pénal* 2006, 81, obs. C. SAAS

Juridictions du fond

T. corr. Saint Dié, 7 juin 1945, *Gaz. Pal.* 1945, 1, p. 218
T. corr. Argentan, 5 novembre 1968, *D.* 1969, *Somm.* p. 16
T. corr. Versailles, 13 mai 1970, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 428, obs. P. BOUZAT
CA Poitiers, 3 mai 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 784
CA Grenoble, 1^e ch. app. corr., 11 mars 2009, *JCP G* 2009, 65, obs. A.-G. ROBERT

II – Les incidences de l'acceptation de l'infraction par la victime

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 1^{er} juillet 1937, *JCP* 1937, II, 440
Crim. 27 mars 1973, *Bull. crim.* n° 150

Crim. 28 février 1990, *RTD civ.* 1990, p. 670, obs. P. JOURDAIN
Crim. 4 octobre 1990, *Bull. crim.* n° 331
Crim. 13 mai 1991, n° 90-83.866
Crim. 16 mai 1991, *Bull. crim.* n° 208
Crim. 10 janvier 1994, n° 93-80.353
Crim. 7 septembre 2005, *Bull. crim.* n° 219 ; *D.* 2006, p. 835, note E. DREYER
Crim. 8 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 85, obs. J.-H. ROBERT

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2^{ème}, 24 janvier 1964, *Bull. civ. II*, n° 90
Civ. 2^{ème} 10 avril 1991, *Bull. civ. II*, n° 121
Civ. 2^{ème}, 4 juillet 2002, *Bull. civ. II*, n° 155
Civ. 2^{ème}, 4 novembre 2010, *Bull. civ. II*, n° 176 ; *D.* 2011, p. 690, note J. MOULY

Chapitre second : La qualité de la victime indiquant la nature de la valeur protégée

Section première : L'intérêt pénalement protégé ou la valeur sociale incarnée par la victime

I – La personne juridique comme victime générique

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 16 avril 2002, n° 37971/97, *Sté Colas Est et autres c/ France*, *D.* 2003, p. 1541, obs. A. LEPAGE
CEDH, Gde Chambre, 8 juillet 2004, n° 53924/00, *Vo c/ France*, *D.* 2004, p. 2456, note J. PRADEL, *RTD civ.* 2004, p. 799, obs. J.-P. MARGUENAUD, *JCP G* 2004, II, 10158, note M. LEVINET

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. plén. 29 juin 2001, *Bull. crim.* n° 165 ; *JCP G* 2001, II, 10569, rapport P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE et note M.-L. RASSAT ; *D.* 2001, p. 2907, note J. PRADEL ; *D.* 2001, p. 2917, note Y. MAYAUD ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 97, obs. B. BOULOC

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 12 octobre 1976, *Bull. crim.* n° 287, *Rev. sc. crim.* 1977, chron. 587, obs. G. LEVASSEUR
Crim., 23 mai 1995, *Bull. crim.* n° 193, *Rev. sociétés* 1996, p. 109, note B. BOULOC
Crim. 30 juin 1999 ; *Bull. crim.* n° 174, *D.* 1999, p. 710, note D. VIGNEAU, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 813, obs. Y. MAYAUD, *D.* 2000, p. 27, obs. Y. MAYAUD, *JCP G* 2000, II, 10231, note G. FAURE
Crim., 16 décembre 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 646, note B. BOULOC ; *Dr. pén.* 1999, comm. 84, obs. J.-H. ROBERT
Crim., 13 décembre 2000, *Bull. crim.* n° 373 ; *Rev. sociétés* 2001, p. 394, note B. BOULOC ; *Dr. pén.* 2001, comm. 47, obs. J.-H. ROBERT, *RTD Com.* 2001, p. 532, obs. B. BOULOC
Crim. 19 décembre 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 56, obs. M. VERON
Crim. 25 juin 2002, *Bull. crim.* n° 144, *D.* 2002, p. 2475, note O. SAUTEL, *D.* 2002, p. 3099, note J. PRADEL, *JCP G* 2002, II,

10155, note M.-L. RASSAT, *D.* 2003, p. 243, obs. S. MIRABAIL, *D.* 2003, p. 660, obs. F. PLANCKEEL, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 95, obs. Y. MAYAUD
Crim. 2 décembre 2003, *Bull. crim.* n° 230 ; *D.* 2004, p. 449, note J. PRADEL ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 348, obs. Y. MAYAUD
Crim. 12 septembre 2006, *Bull. crim.* n° 217
Crim., 20 juin 2007, *Dr. sociétés* 2007, comm. 204, obs. R. SALOMON
Crim. 2 octobre 2007, *Bull. crim.* n° 234, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 337, obs. Y. MAYAUD
Crim. 16 février 2010, *Bull. crim.* n° 25
Crim. 23 février 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 73, obs. J.-H. ROBERT
Crim. 9 novembre 2010, *D.* 2010, p. 2707, obs. S. LAVRIC ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 858 ; obs. X. SALVAT

Crim. 25 septembre 2012, *Bull. crim.* n° 198 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 110, note J.-H. ROBERT ; *RTD Civ.* 2013, p. 119, note P. JOURDAIN
Crim. 23 avril 2013, *AJ Pénal* 2013, p. 474, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE.

Cour de cassation – Chambres civiles

Req., 23 février 1891, *GAJC*, T. 1, n° 18-19
Civ. 2^{ème} sect. civ., 28 janvier 1954, *GAJC*, T. 1, n° 18-19
Com., 12 juillet 1961, *Bull. civ. IV*, n° 330
Civ. 3^{ème}, 8 juin 2011, *RTD Civ.* 2011, p. 765, note P. JOURDAIN

Juridictions du fond

CA Reims 3 février 2000, *D.* 2000, p. 873, obs. J.-Y. CHEVALLIER

II – Les choses comme victimes spécifiques

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 29 avril 1999, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *Chassagnou et autres c/ France* ; *RTD Civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. MARGUENAUD

Conseil constitutionnel

Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-674 DC

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 28 février 1989, *Bull. crim.* n° 93

Crim. 4 octobre 2005, *Dr. rur.* 2006, comm. 37, obs. J.-H. ROBERT
Crim. 10 mai 2011, *Dr. pén.* 2011, comm. 102, obs. M. VERON

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. Req. 3 août 1915, *GAJC*, T. 1, n° 67
Civ. 3^{ème}, 4 février 1971 (2 arrêts), *Bull. civ. III*, n° 78 et 80

Juridictions du fond

CA Colmar 2 mai 1855, *DP* 56, 2, 9

Section seconde : La victime effacée derrière la valeur sociale

I – L'effacement de la victime derrière sa fonction sociale

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 5^e sect., 14 mars 2013, n° 26118/10,
Eon c/ France

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 20 août 1932, *Bull. crim.* n° 207
Crim. 24 mars 1944, *Bull. crim.* n° 59
Crim. 3 mars 1971, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 939,
obs. A. VITU
Crim. 7 déc. 2004, *Bull. Crim.* n° 306, *Rev. sc.*
crim. 2005, p. 302, note Y. MAYAUD, *Dr. pén.*
2005, p. 54, obs. M. VERON

Crim. 21 février 2006, *Bull. crim.* n° 47, *Dr.*
pén. 2006, comm. 69, obs. M. VERON ; *Rev.*
sc. crim. 2006, p. 604, obs. Y. MAYAUD
Crim. 31 octobre 2006, n° 06-86.128

Juridictions du fond

T. corr. Nanterre, 29 avril 1975, *Gaz. Pal.*
1976, 1, 367, note G.M
CA Bordeaux, 3^e ch. corr., 5 mars 1992,
D. 1992, p. 305, note S. MIRABAIL

II – L'effacement de la victime derrière ses choix et appartenances

Tribunaux pénaux internationaux

TPIR Arusha, Ch. première instance II, 21
mai 1999, *Le Procureur c/ Clément Kayishema et*
Obed Ruzindana, Affaire ICTR-95-1-T

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, irrecev., 4 mars 2008, n° 2529/04,
Michel Garretta c/ France

CEDH, Gde Chambre, 10 février 2009,
n° 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138
Crim. 20 décembre 1985, *Bull. crim.* n° 407,
Rev. sc. crim. 1987, p. 275 et p. 937, note
CL. LOMBOIS
Crim. 25 novembre 1986, *Bull. crim.* n° 353

Titre second : La subjectivité imposée par le principe d'égalité devant la loi pénale

Chapitre premier : Le principe de subjectivité validant les différenciations des victimes

Section première : Les différenciations fondées sur la nature de la valeur sociale atteinte

I – Les différenciations fondées sur une réelle différence de valeur sociale rachetées par la subjectivité

A/ La différenciation fondée sur l'influence de la victime sur le résultat recherché par l'agent

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 2 juin 1843, *S.* 1843, 1, 920
Crim. 2 juillet 1886, *S.* 1887, 1, 489
Crim. 31 août 1899, *DP* 1902, 1, 331
Crim. 30 mars 1939, *Bull. crim.* n° 79

Crim. 28 mai 1954, *Bull. crim.* n° 200
Crim. 15 novembre 1955, *Bull. crim.* n° 478
Crim. 6 mars 1957, *Bull. crim.* n° 231
Crim. 5 février 1958, *Bull. crim.* n° 126
Crim. 4 mai 1973, *Bull. crim.* n° 207

Crim. 29 mars 1977, *Bull. crim.* n° 115
 Crim. 8 novembre 1988, *Bull. crim.* n° 381
 Crim. 1^{er} mars 1989, *Bull. crim.* n° 100
 Crim. 9 janvier 1990, *Bull. crim.* n° 15, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 337, obs. G. LEVASSEUR
 Crim. 14 mai 1990, *Bull. crim.* n° 187
 Crim. 8 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 14
 Crim. 9 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 17 ; *Rev. sc. crim.* 1992, p. 323, obs. P. BOUZAT
 Crim. 3 avril 1991, *Bull. crim.* n° 155 ; *D.* 1991, Somm. p. 275, obs. G. AZIBERT
 Crim. 27 mai 1991, *Bull. crim.* n° 222, *RTD com.* 1992, p. 477, obs. P. BOUZAT
 Crim. 3 octobre 1991, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 109, obs. P. BOUZAT
 Crim. 25 février 1992, *Bull. crim.* n° 83
 Crim., 6 janvier 1993, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 773, obs. G. LEVASSEUR
 Crim. 8 février 1993, *Bull. crim.* n° 65 ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 112, obs. P. BOUZAT
 Crim. 8 juin 1993, *Bull. crim.* n° 203 ; *Rev. sc. crim.* 1993, p. 774, obs. G. LEVASSEUR
 Crim. 19 janvier 1994, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 767, obs. R. OTTENHOF
 Crim. 26 octobre 1994, *Bull. crim.* n° 341 ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 583, obs. R. OTTENHOF
 Crim. 20 février 1996, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 653, note Y. MAYAUD
 Crim. 6 février 1997, *Bull. crim.* n° 53
 Crim. 7 octobre 1997, *Bull. crim.* n° 324 ; *D.* 1999, p. 152, note J.-C. SAINT-PAU
 Crim. 4 novembre 1997, *Bull. crim.* n° 372 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 535, obs. B. BOULOC
 Crim. 3 décembre 1998, n° 97-82.158
 Crim. 8 décembre 1998, *Bull. crim.* n° 336 ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 822, obs. R. OTTENHOF
 Crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.* n° 170

Crim. 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127 ; *JCP G* 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 781, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2004, p. 1620, note D. REBUT ; *D.* 2005, p. 195, note A. PROTHAIS
 Crim. 11 mai 2004, *Bull. crim.* n° 113 ; *D.* 2004, p. 2326, note H. K. GABA
 Crim. 6 octobre 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. 27, obs. M. VERON
 Crim. 15 février 2006, *Comm. com. électr.* 2006, comm. 163, obs. A. LEPAGE
 Crim. 28 novembre 2006, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 45, obs. A. LEPAGE

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2^{ème}, 5 janvier 1983, *Bull. civ. II* n° 4
 Civ. 1^{ère}, 16 octobre 1984, *Bull. civ. I* n° 268
 Civ. 1^{ère}, 6 juin 1987, *Bull. civ. I* n° 191
 Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1990, *Bull. civ. I* n° 222
 Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Bull. civ. I* n° 173 ; *GAJC*, T. 1, n° 21
 Civ. 1^{ère}, 6 octobre 1998, *Bull. civ. I* n° 274
 Soc. 14 mars 2000, *Bull. civ. V* n° 101
 Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ. I* n° 167 ; *JCP G* 2001, II, 10524, note B. MONTELS
 Soc. 2 octobre 2001, *Bull. civ. V* n° 291
 Soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ. V* n° 251
 Civ. 2^{ème}, juin 2003, *Bull. civ. II* n° 175 ; *D.* 2003, p. 2461, note E. DREYER
 Civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, *Bull. civ. I* n° 247
 Civ. 1^{ère}, 27 février 2007, *Bull. civ. I* n° 85, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 97, obs. A. LEPAGE
 Soc. 10 janvier 2012, *Bull. civ. V* n° 2

Juridictions du fond

TGI Paris 18 mars 1971, *Rev. sc. crim.* 1972, p. 118, obs. G. LEVASSEUR
T. corr. Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 119, obs. G. LEVASSEUR
CA Besançon, 5 janvier 1978, *D.* 1978, p. 357
T. corr. Paris 23 janvier 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, 457

TGI Marseille, 23 mars 1995, *D.* 1996, p. 40, note J. FRAYSSINET
CA Aix-en-Provence, 7^e ch. corr., 9 janvier 2006, *JCP G* 2007, IV, 1499
TGI Paris, 16 avril 2010, *D.* 2011, p. 780, obs. E. DREYER
CA Paris, 11^{ème} ch. corr., 2 février 2012, *AJ Pénal* 2012, p. 419, obs. J. LASSERRE
CAPDEVILLE

B/ La différenciation fondée sur la situation légale ou judiciaire de la victime

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 1^{er} juillet 1997, n° 20834/92, *Oberschlick c/ Autriche*, *Rev. sc. crim.* 1998, p. 389, obs. R. KOERING-JOULIN
CEDH 21 janvier 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*

Conseil constitutionnel

Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 31 janvier 1930, *Bull. crim.* n° 43
Crim. 28 décembre 1933, *Bull. crim.* n° 251
Crim. 13 janvier 1944, *Bull. crim.* n° 19
Crim. 16 mars 1948, *Bull. crim.* n° 93
Crim. 27 janvier 1949, *Bull. crim.* n° 37
Crim. 24 juillet 1952, *D.* 1952, p. 652
Crim. 19 mars 1956, *Bull. crim.* n° 275
Crim. 22 avril 1958, *Bull. crim.* n° 333
Crim. 10 juin 1959, *JCP G* 1960, II, 11441
Crim. 2 mars 1961, *JCP G* 1961, II, 12902, note J. LARGUIER
Crim. 14 mars 1962, *Bull. crim.* n° 131
Crim. 20 juin 1963, *Bull. crim.* n° 217

Crim. 3 décembre 1963, *Bull. crim.* n° 345
Crim. 5 novembre 1969, *Bull. crim.* n° 292
Crim. 24 octobre 1972, *Bull. crim.* n° 303
Crim. 18 novembre 1975, *Bull. crim.* n° 250
Crim. 28 novembre 1978, *Bull. crim.* n° 33
Crim. 15 janvier 1979, *Bull. crim.* n° 21
Crim. 30 janvier 1979, *Bull. crim.* n° 41
Crim. 2 juin 1980, *Bull. crim.* n° 169
Crim. 15 juillet 1981, *Bull. crim.* n° 230
Crim. 11 octobre 1983, *Bull. crim.* n° 241
Crim. 13 mars 1984, *Bull. crim.* n° 105
Crim. 18 novembre 1986, *Bull. crim.* n° 345
Crim. 6 décembre 1988, *Bull. crim.* n° 411
Crim. 7 novembre 1989, *Bull. crim.* n° 403
Crim. 13 février 1990, *Bull. crim.* n° 75
Crim. 19 juin 1991, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 557, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 14 avril 1992, *Bull. crim.* n° 162
Civ. 2^{ème}, 9 décembre 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 1, Pan. 91
Crim. 16 novembre 1993, *Bull. crim.* n° 340 ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 557, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 16 mai 1995, *Bull. crim.* n° 175
Crim. 30 janvier 1996, *Bull. crim.* n° 73

Crim. 20 février 1996, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 653, note Y. MAYAUD
Crim. 30 mai 1996, *Bull. crim.* n° 228
Crim. 24 mars 1998, n° 96-86.187
Crim. 5 mai 1998, *JCP G* 1998, IV, 3461
Crim. 3 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 217
Crim. 7 décembre 2004, *Bull. crim.* n° 307
Crim. 7 décembre 2004, *Bull. crim.* n° 308
Crim. 30 mars 2005, *JCP G* 2005, IV, 2132
Crim. 7 juin 2005, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 849, obs. Y. MAYAUD
Crim. 13 septembre 2005, *Bull. crim.* n° 222
Crim. 31 janvier 2007, *Bull. crim.* n° 25 ; *D.* 2007, p. 1624, obs. C. MASCALA et p. 1843, note B. BOULOC
Crim. 4 décembre 2007, *Bull. crim.* n° 302
Crim. 17 février 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 76, obs. M. VERON
Crim. 26 mai 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. 91, obs. M. VERON
Crim. 22 septembre 2010, n° 09-87.363
Crim. 19 juin 2012, *Bull. crim.* n° 150

Crim. 11 juin 2013, à paraître au *Bulletin criminel* ; *D.* 2013, p. 1551

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2^{ème}, 9 mars 2000, *Bull. civ. II* n° 43 ; *JCP G* 2000, I, 280, n° 9, obs. G. VINEY
Civ. 2^{ème}, 15 mars 2001, *Bull. civ. II* n° 57
Civ. 2^{ème}, 29 mars 2001, *Bull. civ. II* n° 67
Civ. 2^{ème}, 14 mars 2002, *Bull. civ. II*, n° 41
Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2012, *Comm. com. électr.* 2012, comm. 137, note A. LEPAGE ; *RDLF* 2012, chron. n° 30, note G. VIAL

Juridictions du fond

CA Paris, 11^e ch. corr., 12 décembre 1956, *JCP G* 1957, II, 9702
CA Paris, 11^e ch. corr., 10 février 1999, *D.* 2000, jur. p. 226
CA Paris, 19 mars 1999, *Gaz. Pal.* 1999, 2, Somm. p. 579
CA Lyon, 7 avril 2005, *JCP G* 2005, IV, 3132

II – Les différenciations indifférentes refusées malgré la subjectivité

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 5^e sect., 11 octobre 2012, n° 67724/09, *C.N. et V. c/ France*, *JCP G* 2012, 1147

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 11 février 1998, *Bull. crim.* n° 53
Crim. 11 décembre 2001, *Bull. crim.* n° 256

Crim. 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 58 ; *D.* 2004, p. 181, obs. T. AUBERT-MONPEYSSEN
Crim. 23 avril 2003, *Bull. crim.* n° 85 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 789, obs. Y. MAYAUD
Crim. 13 janvier 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 44, obs. M. VERON
Crim. 21 janvier 2009, *Bull. crim.* n° 22 ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 829, obs. Y. MAYAUD
Crim. 31 janvier 2009, *Bull. crim.* n° 31

Section seconde : Les différenciations fondées sur la gravité de l'atteinte à la valeur sociale

I – Les différenciations fondées sur la faiblesse de la victime rachetées par la subjectivité

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 21 mars 1957, *Bull. crim.* n° 281
Crim. 17 février 1972, *Bull. crim.* n° 68
Crim. 18 mai 1983, *Bull. crim.* n° 147
Crim. 3 septembre 1985, *Bull. crim.* n° 283
Crim. 26 mars 1997, *Bull. crim.* n° 123
Crim. 11 juin 1997, n° 96-80.690

Crim. 21 octobre 1998, *Bull. crim.* n° 274,
D. 1999, p. 75, note Y. MAYAUD ; *JCP G*
1998, II, 10215, note D. MAYER
Crim. 12 mai 1999, n° 98-80.808
Crim. 17 mai 2000, n° 99-85.990
Crim. 29 mars 2006, *Bull. crim.* n° 95

Juridictions du fond

CA Nancy, 27 octobre 1965, *D.* 1966, p. 30

II – Les différenciations refusées malgré la subjectivité

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 13 février 1923, *GAJC*, T. 2, n° 183

Chapitre second : L'égalité aux prises avec les adaptations de la subjectivité

Section première : L'égalité garantie par la subjectivité renforcée

I – La notion de subjectivité renforcée

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 29 novembre 1946, *Bull. crim.* n° 219
Crim. 18 janvier 1956, *Bull. crim.* n° 73, *Rev.*
sc. crim. 1956, p. 540, obs. L. HUGUENEY
Crim. 8 février 1977, *Bull. crim.* n° 52
Crim. 19 mai 1980, *Bull. crim.* n° 152

Crim. 7 février 1995, *Bull. crim.* n° 51, *Rev. sc.*
crim. 1996, p. 131, obs. J.-P. DELMAS SAINT-
HILAIRE
Crim. 3 septembre 1996, n° 96-82.633
Crim. 25 mars 1998, n° 97-82.811
Crim. 15 novembre 2006, *Dr. pén.* 2007,
comm. 18, obs. M. VERON
Crim. 24 mai 2011, *Bull. crim.* n° 104

II – L'intérêt de la subjectivité renforcée

Conseil constitutionnel

Cons. const. 19 janvier 1981, n° 80-127 DC
Cons. const. 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 6 novembre 1956, *Bull. crim.* n° 708
Crim. 5 février 1957, *Bull. crim.* n° 110
Crim. 2 avril 1979, *Bull. crim.* n° 131
Crim. 9 janvier 1990, *Bull. crim.* n° 15
Crim. 1^{er} février 1990, *Bull. crim.* n° 56, *Rev.*
sc. crim. 1991, p. 555, note A. VITU

Crim. 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203
Crim. 20 février 2001, *D.* 2001, p. 3001, note
P. WASCHMANN
Crim. 3 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 218 ;
JCP G 2003, I, 126, n° 2, obs. M.-H. GOZZI
Crim. 11 janvier 2005, *Dr. pén.* 2005, comm.
42, obs. J.-H. ROBERT
Crim. 9 novembre 2010, *Dr. pén.* 2011,
comm. 39, obs. J.-H. ROBERT

Crim. 25 juin 2013, à paraître au *Bulletin
criminel* ; *D.* 2013, p. 1686

Juridictions du fond

TGI Paris, 17^e ch., 10 septembre 1996
CA Paris, 11^e ch., 18 septembre 1997

Section seconde : La subjectivité dégradée à des fins probatoires

I – La subjectivité présumée

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 19 mai 1980, *Bull. crim.* n° 152
Crim. 5 septembre 2001, n° 00-87.279
Crim. 27 mai 2004, *Bull. crim.* n° 141, *Rev. sc.
crim.* 2004, p. 886, obs. R. OTTENHOF, *Dr.
pén.* 2004, comm.. 130, obs. M. VERON

Crim. 5 octobre 2004, *Bull. crim.* n° 233
Crim. 13 septembre 2006, n° 05-85.923
Crim. 16 octobre 2007, n° 06-88.897
Crim. 7 octobre 2009, *Dr. pén.* 2010, comm.
1, obs. M. VERON
Crim. 8 juin 2010, *Bull. crim.* n° 102

II – L'objectivité

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 19 avril 1972, *Bull. crim.* n° 131 ; *Rev.
sc. crim.* 1973, p. 897, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 29 novembre 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, I,
109 ; *Rev. sc. crim.* 1973, p. 408, obs.
G. LEVASSEUR
Crim. 12 décembre 1972, *Rev. sc. crim.* 1973,
p. 409, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 21 novembre 1988, *Bull. crim.* n° 392
Crim. 8 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 14,
D. 1991, p. 271, obs. G. AZIBERT, *Rev. sc.
crim.* 1991, p. 760, obs. G. LEVASSEUR,
D. 1992, p. 115, note R. CROISIER-NERAC

Crim. 27 février 1992, *Bull. crim.* n° 92
Crim. 31 mars 1992 ; *Rev. sc. crim.* 1993,
p. 100, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 28 septembre 1993, *D.* 1995, p. 59,
obs. A. LACABARATS
Crim., 26 avril 1994 ; *Dr. pén.* 1994, comm.
176, obs. M. VERON
Crim. 22 février 1995, *Bull. crim.* n° 82
Crim. 14 février 1996, *Bull. crim.* n° 78 ; *Rev.
sc. crim.* 1996, p. 856, obs. Y. MAYAUD
Crim. 16 janvier 2001, *Bull. crim.* n° 15
Crim. 29 octobre 2002, *Bull. crim.* n° 196
Crim. 10 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 223

Crim. 6 décembre 2005, *Bull. crim.* n° 314 ;
JCP G 2006, IV, 1041
Crim. 20 juin 2006, *Bull. crim.* n° 188 ;
D. 2007, p. 617, note J.-C. SAINT-PAU ; *JCP G* 2006, II, 10199, note E. DREYER
Crim. 30 janvier 2007, *Bull. crim.* n° 23, *Dr. pén.* 2007, comm. 80, obs. M. VERON
Crim. 12 janvier 2010, *Bull. crim.* n° 5 ; *Rev. sc. crim.* 2010, p. 134, obs. Y. MAYAUD ;
AJ Pénal 2010, p. 241, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE
Crim. 14 décembre 2010, *Bull. crim.* n° 200 ;
Rev. sc. crim. 2011, p. 96, obs. Y. MAYAUD

Juridictions du fond

TGI Valence, 4^e ch. corr., 26 juin 2001, n° 01-475 ; *BICC* n° 554 du 15 avril 2002, n° 400
CA Nîmes, ch. corr., 15 janvier 2002, *JCP G* 2003, IV, 1268
CA Toulouse, 21 février 2002, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 587, obs. Y. MAYAUD
TGI Albertville, ch. corr., 24 mars 2003, *Gaz. Pal.* 21 août 2003, n° 233, p. 10, note. P. BATTISTINI

Seconde partie : La spécificité pénale des critères d'influence de la victime

Titre premier : L'autonomie des critères pénaux d'influence de la victime

Section préliminaire : Normativité et autonomie du droit pénal

I – La normativité du droit pénal découlant de sa finalité

Conseil constitutionnel

Cons. const. 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC
Cons. const. 21 avril 2005, n° 2005-512 DC
Cons. const. 28 février 2012, n° 2012-647 DC ; *Rev. sc. crim.* 2012, p. 179, note J. FRANCILLON

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 5 février 2013, à paraître au *Bulletin criminel*, *AJ Pénal* 2013, p. 218, obs. O. DÉCIMA ; *Rev. sc. crim.* 2013, p. 79, obs. Y. MAYAUD ; *Rev. sc. crim.* 2013 p. 99, note J. FRANCILLON

II – L'autonomie des conceptions du droit pénal découlant de sa normativité

Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 juillet 1982, n° 82-142 DC

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. crim.* n° 165 ;
JCP G 2001, II, 10569, rapport P. SARGOS,

concl. J. SAINTE-ROSE et note M.-L. RASSAT ; *D.* 2001, p. 2907, note J. PRADEL ; *D.* 2001, p. 2917, note Y. MAYAUD ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 97, obs. B. BOULOC

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 22 janvier 1997, *Bull. crim.* n° 31

Crim. 30 octobre 2006, *Bull. crim.* n° 261

Chapitre premier : Les critères propres au droit pénal

Section première : La notion de particulière vulnérabilité

I – L'originalité de la notion légale de particulière vulnérabilité

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 1^{er} février 1990, *Bull. crim.* n° 56, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 555, note A. VITU

Crim. 5 mars 2002, *Bull. crim.* n° 56, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 809

Crim. 8 juin 2010, *AJ Pénal* 2010, p. 444, obs. G. ROUSSEL

II – L'originalité du mode d'appréciation prétorien de la particulière vulnérabilité

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 17 octobre 1984, *Bull. crim.* n° 308

Crim. 6 novembre 1985, *Bull. crim.* n° 347

Crim. 30 avril 1996, *Bull. crim.* n° 175 ; *Rev. sc. crim.* 1997, p. 110, obs. R. OTTENHOF

Crim. 19 février 1997, *Bull. crim.* n° 64

Crim. 5 août 1997, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 102, obs. R. OTTENHOF

Crim. 4 février 1998, *Bull. crim.* n° 44

Crim. 11 février 1998, *Bull. crim.* n° 53 ; *Rev. sc. Crim.* 1998, p. 541, obs. Y. MAYAUD

Crim. 21 octobre 1998, *Bull. crim.* n° 274, *D.* 1999, p. 75, note Y. MAYAUD ; *JCP G* 1998, II, 10215, note D. MAYER

Crim. 18 mai 1999, n° 97-85.979

Crim. 17 janvier 2001, *Bull. crim.* n° 16

Crim. 10 mai 2001, *Bull. crim.* n° 116, *Rev. sc. crim.* 2001, p. 808, note Y. MAYAUD

Crim. 14 novembre 2001, *Bull. crim.* n° 239

Crim. 11 décembre 2001, *Bull. crim.* n° 256

Crim. 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 58

Crim. 16 novembre 2004, n° 03-87.968

Crim. 7 décembre 2005, *Bull. crim.* n° 326 ; *D.* 2006, p. 175, obs. C. GIRAULT ; *Dr. pén.* 2006, comm. 31, obs. M. VÉRON ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD ; *AJ Pénal* 2006, p. 81, obs. C. SAAS

Crim. 21 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 98, obs. M. VERON

Crim. 13 janvier 2009, *Bull. crim.* n° 9

Crim. 8 juin 2010, *Bull. crim.* n° 102, *AJ Pénal* 2010, p. 444, obs. G. ROUSSEL, *Dr. pén.* 2010, comm. 106, obs. M. VERON, *D.* 2010, p. 2888, note H. HASNAOUI

Juridictions du fond

CA Aix-en-Provence, 18 janvier 2000, *Contrats conc. consom.* 2001, comm. 49, obs. G. RAYMOND

CA Paris, 9^e ch. A, 2 avril 2001 ; *D.* 2002, p. 1804, obs. M.-H. GOZZI ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 821, obs. R. OTTENHOF

Section seconde : La mesure pénale des atteintes corporelles

I – L'originalité du critère légal d'incapacité totale de travail

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 9 février 1950, *Bull. crim.* n° 44
Crim. 22 avril 1966, *Bull. crim.* n° 124
Crim. 3 janvier 1967, *Bull. crim.* n° 1
Crim. 22 novembre 1982, *Bull. crim.* n° 263
Crim. 6 février 2001, *Bull. crim.* n° 34 ; *Rev. sc. crim.* 2001, p. 582, obs. Y. MAYAUD

Crim. 3 avril 2012, n° 12-90.005

Crim. 2 mai 2012, n° 12-90.012

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 264
Civ. 2^{ème}, 28 mai 2009, *Bull. civ. II* n° 131 ;
RTD Civ. 2009, p. 534, note P. JOURDAIN
Civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, *Bull. civ. II*, n° 106

II – L'originalité de l'appréciation de l'influence causale de la victime

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. Plén., 9 mai 1984, arrêts *Derguini et Lemaire*, *JCP G* 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 22 novembre 1956, *Bull. crim.* n° 772
Crim. 18 juin 1957, *Bull. crim.* n° 500
Crim. 25 octobre 1972, *Bull. crim.* n° 309
Crim. 20 juin 1978, *Bull. crim.* n° 206
Crim. 14 février 1989, *Bull. crim.* n° 75
Crim. 4 octobre 1990, *Bull. crim.* n° 331
Crim. 8 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 14 ;
D. 1991, p. 271, obs. G. AZIBERT ; *Rev. sc. crim.* 1991, p. 760, obs. M. LEVASSEUR ;
D. 1992, p. 115, note R. CROISIER-NERAC
Crim. 16 mai 1991, *Bull. crim.* n° 208 ; *JCP G* 1992, I, 3572, obs. G. VINEY
Crim. 31 mars 1992, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 100, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 15 mars 1994, *Bull. crim.* n° 97

Crim. 20 février 1995, n° 94-83.049

Crim. 14 février 1996, *Bull. crim.* n° 78 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 856, obs. Y. MAYAUD

Crim. 4 août 1998, *Bull. crim.* n° 223

Crim. 21 novembre 1988, *Bull. crim.* n° 392

Crim. 1^{er} mars 2000, n° 99-87.836

Crim. 25 septembre 2001, *Bull. crim.* n° 188 ;
Rev. sc. crim. 2002, p. 100, obs. Y. MAYAUD

Crim. 29 octobre 2002, *Bull. crim.* n° 196 ;
Rev. sc. crim. 2003, p. 330, obs. Y. MAYAUD

Crim. 21 janvier 2003, *Bull. crim.* n° 16

Crim. 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 781, obs. Y. MAYAUD ;
D. 2004, p. 1620, note D. REBUT

Crim. 27 septembre 2005, n° 05-80.260

Crim. 30 janvier 2007, *Bull. crim.* n° 23, *Dr. pén.* 2007, comm. 80, obs. M. VERON

Crim. 20 mars 2007, n° 06-85.638

Crim. 11 janvier 2011, *Bull. crim.* n° 5 ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 99, obs. Y. MAYAUD

Crim. 29 mai 2013, n° 12-85.427, à paraître au *Bulletin criminel*

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, *JCP G* 1965, II, 14140
Civ. 2^{ème}, 11 février 1976, *D.* 1976, p. 609
Civ. 2^{ème}, 22 mars 1995, *Bull. civ. II*, n° 89 ;
JCP G 1995, IV, 1265
Civ. 2^{ème}, 2 avril 1997, *JCP G* 1997, IV, 1160
Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, *Bull. civ. II*, n° 203 ;
D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; *RTD*
Civ. 2003, p. 716, note P. JOURDAIN ; *JCP G*
2004, I, 101, n° 17 et s., obs. G. VINEY ;
D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD
Civ. 2^{ème}, 29 avril 2004, *Bull. civ. II*, n° 202 ;
Resp. civ. et assur. 2004, comm. 214

Civ. 1^{ère}, 2 novembre 2005, *Resp. civ. et assur.*
2006, comm. 4
Civ. 2^{ème}, 13 novembre 2008, *Resp. civ. et*
assur. 2009, comm. 2
Civ. 2^{ème}, 22 janvier 2009, *Bull. civ. II*, n° 26
Civ. 2^{ème}, 24 novembre 2011, *Bull. civ. II*,
n° 217 ; *JCP G* 2012, 530, n° 3, obs. PH.
STOFFEL-MUNCK

Juridictions du fond

TGI Paris, 23 octobre 1992, *D.* 1993, p. 222,
note A. PROTHAIS
TGI Valence, 26 juin 2001, 4^e ch. corr., 26
juin 2001, n° 01-475 ; *BICC* n° 554 du 15
avril 2002, n° 400

Chapitre second : Les critères rassemblés en une catégorie propre au droit pénal

Section première : La catégorie des fonctions protégées en droit pénal

I – L'identique protection des différentes fonctions envisagées

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 20 mai 1998, n° 25405/94, *Schöpfer*
c/ Suisse, *D.* 1999, p. 272, obs. N. FRICERO

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 13 janvier 1876, *Bull. crim.* n° 15
Crim. 9 juillet 1909, *Bull. crim.* n° 363
Crim. 17 novembre 1944, *Bull. crim.* n° 182
Crim. 8 novembre 1955, *Bull. crim.* n° 463
Crim. 9 juin 1958, *Bull. crim.* n° 46
Crim. 2 juin 1964, *Bull. crim.* n° 190
Crim. 26 novembre 1971, *Bull. crim.* n° 315
Crim. 18 octobre 1972, *Bull. crim.* n° 294
Crim. 14 novembre 1989, *D.* 1991, p. 447,
note A. FOURNIER ; *Rev. sc. crim.* 1990,
p. 561, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE

Crim. 22 novembre 1989, *Bull. crim.* n° 436
Crim. 18 avril 2000, *Bull. crim.* n° 152 ;
D. 2000, IR p. 170
Crim. 28 février 2001, n° 00-83.381
Crim. 3 octobre 2001, n° 01-80.157
Crim. 9 octobre 2002, *Bull. crim.* 182, *Dr. pén.*
2002, comm. 20, obs. M. VERON, *Rev. sc.*
crim. 2003, p. 100, obs. Y. MAYAUD
Crim. 14 janvier 2003, *Bull. crim.* n° 7 ; *Rev.*
sc. crim. 2003, p. 124, obs. J. FRANCILLON
Crim. 19 mars 2003, *Bull. crim.* n° 73, *JCP G*
2003, I, 178, n° 11, obs. E. DREYER
Crim. 15 novembre 2006, *Bull. crim.* n° 285,
Dr. pén. 2007, comm. 18, obs. M. VÉRON
Crim. 1^{er} déc. 2009 ; *Dr. pén.* 2010,
comm. 33, obs. M. VERON

Crim. 30 janvier 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 73, obs. M. VERON ; *JCP G* 2013, doct. 1032, n° 7, obs. M. VERON
Crim. 3 avril 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 108, obs. M. VERON

Conseil d'État

CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, *AJDA* 2007, p. 793, chron. F. LENICA et J. BOUCHER

II – La confusion des fonctions envisagées

Cour de cassation – Chambre mixte

Cass., Ch. mixte, 4 novembre 2002, *Bull. crim.* n° 1 ; *D.* 2003, p. 1194, note E. DREYER, *JCP G* 2003, II, 10006, note E. DERIEUX

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 26 septembre 2001, *Bull. crim.* n° 193, *D.* 2002, p. 1800, obs. M. SEGONDS, *Dr. pén.* 2002, comm. 34, obs. J.-H. ROBERT

Cour de cassation – Chambre civiles

Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 294 ; *D.* 2000, p. 576, note F. LEMAIRE

Juridictions administratives du fond

CAA Nancy, 4^e chambre, formation a 3, 20 mars 2006, n° 04NC00525

Section seconde : Les catégories de liens unissant l'auteur de l'infraction à sa victime

I – L'aggravation générale justifiée par l'existence du lien

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 3^e sect., 9 juin 2009, n° 33401/02, *Opuz c/ Turquie*, *Rev. sc. crim.* 2010, p. 219, note J.-P. MARGUENAUD
CEDH, 2^e sect., 15 décembre 2009, n° 28634/06, *Maiorano et autres c/ Italie*, *Rev. sc. crim.* 2010, p. 219, note J.-P. MARGUENAUD

Conseil constitutionnel

Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC ; *JCP G* 2011, 1160, note A. LEPAGE

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 9 juin 1971, *Bull. crim.* n° 185, *Rev. sc. crim.* 1972, p. 390, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 2 mai 1990, *JCP G* 1990, II, 21593, obs. M. VÉRON, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 82, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 21 août 1990, n° 90-80.421
Crim. 11 juin 1992, *Bull. crim.* n° 228, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 781, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 8 juin 1994, *Bull. crim.* n° 226
Crim. 23 juillet 1996, n° 96-82.233
Crim. 7 avril 1998, *D.* 1999, p. 156, obs. S. MIRABAIL

Crim. 7 septembre 2005, *D.* 2006, p. 835, note E. DREYER

Crim. 7 décembre 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 50, obs. M. VERON

Crim. 21 février 2007, *Bull. crim.* n° 55 ; *AJ Pénal* 2007, p. 181, obs. G. ROYER, *D.* 2007, Pan., p. 2632, obs. T. GARE

Crim. 7 avril 2009, *RTD Civ.* 2010, p. 84, obs. J. HAUSER

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2009 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 93 obs. M. VÉRON ; *Rev. sc. crim.*

2009, p. 593, obs. Y. MAYAUD ; *RTD Civ.* 2010, p. 84, obs. J. HAUSER

Conseil d'État

C.E., 17 janvier 1990, n° 43499

Juridictions du fond

CA Toulouse, 3^e ch., 8 septembre 2008, *Dr. pén.* 2009, comm. 17, obs. M. VERON

CA Montpellier, 3^e ch. corr., 6 avril 2011, *JCP G* 2011, 952, obs. Y. ZEMRAK

II – La mansuétude spéciale justifiée par la nature du lien

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 25 mars 1993, n° 13134/87, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, *JCP G* 1994, II, 22262, note P. MAZIERE

CEDH, 23 septembre 1998, n° 25599/94, *A. c/ Royaume-Uni*

Cour de cassation – Chambres réunies

Cass. ch. réunies 25 mars 1845, *Bull. crim.* n° 110

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 1^{er} octobre 1840, *Bull. crim.* n° 292

Crim. 6 février 1920, *DP* 1921, 1, 67

Crim. 8 janvier 1921, *DP* 1921, 1, 169

Crim. 21 avril 1964, *Bull. crim.* n° 119

Crim. 21 février 1967, *Bull. crim.* n° 73

Crim. 3 mai 1984, *Bull. crim.* n° 154

Crim. 4 février 1985, *Bull. crim.* n° 54, *JCP G* 1986, II, 20585, note W. JEANDIDIER

Crim. 13 février 1989, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 349, obs. P. BOUZAT

Crim. 21 février 1990, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 785, obs. G. LEVASSEUR

Crim. 31 janvier 1995, *Bull. crim.* n° 38 ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 814, note Y. MAYAUD

Crim. 2 décembre 1998, *D.* 2000, p. 32, obs. Y. MAYAUD

Crim. 13 décembre 2000, n° 99.82-875

Crim. 18 juin 2002, n° 01-88.062

Crim. 20 mars 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 590, note B. BOULOC

Juridictions du fond

T. corr. Paris 16 mai 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, 886 ; *D.* 1975, p. 37

T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.* 1982, jur. p. 182, note D. MAYER

CA Versailles, 16 juin 2003, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 87, obs. Y. MAYAUD

CA Angers, 25 mars 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 158, obs. M. VERON

CA Paris, 20 Ch. A, 4 mai 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 158, obs. M. VERON

CA Paris, 11 mai 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 158, obs. M. VERON

CA Angers, Ch. corr., 23 mars 2006, *JCP G* 2006, IV, 2905

Titre second : L'imprécision des critères d'influence de la victime

Chapitre premier : La confusion des critères due à la variété des valeurs protégées

Section première : La multiplicité des modes de prise en compte de la pluralité de victimes

I – La clarté de la pluralité de victimes comme élément constitutif d'une infraction simple

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. plén., 11 juin 2004, *Bull. crim.* n° 1

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 24 juillet 1967, *Bull. crim.* n° 235

Crim. 3 mars 1971, *Bull. crim.* n° 73

Crim. 27 novembre 1992, *Bull. crim.* n° 394

Crim. 21 octobre 1993, *Bull. crim.* n° 307

Crim. 8 décembre 1993, *Bull. crim.* n° 379

Juridictions du fond

CA Lyon, ch. acc., 19 mars 1999

II – L'imprécision de la pluralité de victimes causant l'aggravation de la répression

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, irrecev., 4 mars 2008, n° 2529/04, *Michel Garretta c/ France*

CEDH, Gde Chambre, 10 février 2009, n° 14939/03, *Sergueï Zolotonkhine c/ Russie*

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 6 décembre 1907, *Bull. crim.* n° 101

Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138

Crim. 11 octobre 2000, n° 99-88.036

Section seconde : La redondance des modes de prise en compte de la faiblesse intrinsèque de la victime

I – Le critère général et pertinent de particulière vulnérabilité de la victime

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 5 mars 1975, *Bull. crim.* n° 72

Crim. 12 mars 1985, *Bull. crim.* n° 110

Crim. 4 janvier 1990, *Bull. crim.* n° 1 ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 341, obs. G. LEVASSEUR

Crim. 13 mars 1990, *Bull. crim.* n° 116, *D.* 1991, p. 61, obs. G. AZIBERT

Crim. 18 décembre 1991, n° 91-85.607

Crim. 30 juin 1993, n° 92-85.585

Crim. 11 décembre 1996, *Bull. crim.* n° 461

Crim. 11 février 1998, *Bull. crim.* n° 53

Crim. 26 octobre 1999, *Bull. crim.* n° 232 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 614, obs. R. OTTENHOF

Crim. 14 novembre 2000, n° 00-80.870

Crim. 7 novembre 2001, n° 00-85.491
Crim. 11 décembre 2001, *Bull. crim.* n° 256
Crim. 3 décembre 2002, n° 02-81.453
Crim. 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 58 ;
D. 2004, p. 181, note T. AUBERT-
MONPEYSSEN ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 561,
obs. Y. MAYAUD
Crim. 23 avril 2003, *Bull. crim.* n° 85, *Rev. sc.*
crim. 2003, p. 789, obs. Y. MAYAUD
Crim. 19 avril 2005, *Bull. crim.* n° 138 ; *Rev.*
sc. crim. 2006, p. 325, obs. R. OTTENHOF
Crim. 13 janvier 2009, *Bull. crim.* n° 9 ; *Dr.*
pén. 2009, comm. 44, obs. M. VERON
Crim. 26 mai 2009, *Bull. crim.* n° 104 ; *Rev. sc.*
crim. 2009, p. 594, obs. Y. MAYAUD

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1^{ère} 6 novembre 1961, *Rev. sc. crim.* 1962,
p. 98, obs. L. HUGUENEY
Com. 4 juillet 1995, *Bull. civ. IV*, n° 206

Civ. 1^{ère}, 18 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 323
Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2007, *Bull. civ. I*, n° 10
Civ. 3^{ème}, 10 octobre 2012, *Bull. civ. III*,
n° 142

Juridictions du fond

CA Lyon, 7^e ch. corr., 19 septembre 1990,
D. 1991, p. 250, note F. RUELLAN
CA Paris, 11^e ch. corr., 19 janvier 1998,
n° 96/06975
CA Montpellier, ch. corr., 7 décembre 2000,
JCP G 2001, IV, 1257
CA Paris, 12^e ch. corr., 21 mai 2001,
n° 00/07232
CA Grenoble, ch. corr., 17 mai 2002,
n° 01/00940
CA Rennes, 17 octobre 2003, *Contrats, conc.,*
consom. 2004, comm. 85, obs. G. RAYMOND
CA Toulouse, ch. corr., 16 mai 2006, *JCP G*
2006, IV, 3121

II – Le critère spécifique et partiellement surabondant de la minorité de la victime

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 21 mars 1957, *Bull. crim.* n° 281
Crim. 3 septembre 1985, *Bull. crim.* n° 283
Crim. 4 février 1998, *Bull. crim.* n° 44
Crim. 3 octobre 2001, *Bull. crim.* n° 199
Crim. 8 juin 2010, *Bull. crim.* n° 102 ;
D. 2010, p. 2888, note H. HASNAOUI ;
AJ Pén. 2010, p. 444, obs. G. ROUSSEL
Crim. 6 juin 2012, n° 12-90.016

Conseil d'État

CE, 30 juin 2000, *D.* 2001, p. 590
CE, 2^e et 1^e s.-sect. Réun., 4 octobre 2000,
D. 2000, p. 265

Juridictions du fond

CA Montpellier, ch. corr., 7 décembre 2000,
JCP G 2002, IV, 1257

Chapitre second : L'impermanence des critères due à l'évolution de la hiérarchisation des valeurs protégées

Section première : Les manifestations de l'évolution des critères d'influence de la victime

I – L'évolution du choix des critères retenus

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 27 janvier 1837, *S.* 1838, 1, 334
Crim. 18 juin 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 660
Crim. 8 février 1977, *Bull. crim.* n° 52
Crim. 15 mars 1993, *Bull. crim.* n° 113
Crim. 1^{er} juin 1994, n° 93-84.966
Crim. 3 mai 2001, n° 00-84.301
Crim. 11 décembre 2002, *Bull. crim.* n° 224,
RTD Com. 2003, p. 336, note
N. RONTCHEVSKY
Crim. 1^{er} décembre 2010, *Dr. pén.* 2011,
comm. 29, obs. M. VERON

Conseil d'État

CE, 7^{ème} et 10^{ème} ss-sect. réunies, 6 décembre
1999, n° 192795

Juridictions du fond

T. corr. Saint-Mihiel, 24 décembre 1952,
D. 1953, jur. p. 88
CA Paris, 24 juin 1965, *JCP G* 1966, II,
14700
CA Aix-en-Provence, 13^e ch. corr., 26
septembre 2001, n° 1464/D/2001AV, *Juris-*
Data : 2001-161066
TGI Paris, 5 octobre 2010, n° 0802492011 ;
Juris-Data : 2010-026766
CA Paris, Pôle 5, 12^e ch., 24 octobre 2012,
n° 1, 11/00404 ; *Juris-Data* : 2012-023684

II – L'évolution du rôle des critères retenus

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 22 novembre 1995, *C.R. et S.W. c/*
Royaume-Uni, n° 335-B et n° 335-C (2 arrêts),
Rev. sc. crim. 1996, p. 473, obs. R. KOERING-
JOULIN ; *RTD Civ.* 1996, p. 512, obs. J.-
P. MARGUÉNAUD

Cour de cassation – chambre criminelle

Crim. 8 février 1839, *Bull. crim.* n° 5
Crim. 17 août 1838, *Bull. crim.* n° 43
Crim. 19 mars 1910, *Bull. crim.* n° 153
Crim. 3 mai 1984, *Bull. crim.* n° 154
Crim. 21 février 1990, *Rev. sc. crim.* 1990,
p. 785, obs. G. LEVASSEUR
Crim. 5 septembre 1990, *Bull. crim.* n° 313,
D. 1991, p. 13, note H. ANGEVIN ; *JCP G*
1991, II, 21629, note M.-L. RASSAT

Crim. 11 juin 1992, *Bull. crim.* n° 232, *JCP G*
1993, II, 22043, note TH. GARE ; *D.* 1993,
p. 117, note M.-L. RASSAT
Crim. 31 janvier 1995, *Bull. crim.* n° 38, *Rev.*
sc. crim. 1995, p. 814, note Y. MAYAUD
Crim. 5 février 2013, à paraître au *Bulletin*
criminel, *AJ Pénal* 2013, p. 218, obs.
O. DÉCIMA ; *Rev. sc. crim.* 2013, p. 79, obs.
Y. MAYAUD ; *Ibid.*, p. 99, note
J. FRANCILLON

Juridictions du fond

T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.* 1982,
jur. p. 182, note D. MAYER
CA Versailles, 16 juin 2003, *Rev. sc. crim.*
2004, p. 87, obs. Y. MAYAUD

CA Angers, Ch. corr., 23 mars 2006, *JCP G*

2006, IV, 2905

Section seconde : La signification de l'évolution des critères d'influence de la victime

I – Les caractères de l'évolution des critères

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 4^e section, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; *JCP G* 2002, II, 10062, note C. GIRAULT ; *RTD civ.* 2002, p. 858, obs. J.-P. MARGUENAUD

CEDH, 1^e section, 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99 *K.A. et A.D. c/ Belgique* ; *RTD civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2005, p. 2973, note M. FABRE-MAGNAN

CEDH, 1^e section, 20 janvier 2011, n° 31322/07, *Haas c/ Suisse* ; *D.* 2011, p. 925, note E. MARTINENT, M. REYNIER et F. VIALLA

CEDH, ancienne 5^e section, 19 juillet 2012, n° 497/09, *Koch c/ Allemagne*, *RTD Civ.* 2012, p. 700, obs. J.-P. MARGUENAUD

CEDH, 2^e section, 14 mai 2013, n° 67810/10, *Gross c/ Suisse*, *D.* 2013, p. 1277, obs. G. PUPPINCK

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. plén. 9 mai 2008, *Bull. crim.* n° 1 ; *AJ Pénal* 2008, p. 366, note C. SAAS

Cour de cassation – Chambre mixte

Cass. Ch. mixte, 30 avril 1976 (2 arrêt), *Bull. crim.* n° 135 et n° 136

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 16 mars 1923, *DP* 1924, 1, p. 136

Crim. 6 mai 1982, *Bull. crim.* n° 115

Crim. 9 février 1989, *Bull. crim.* n° 63

Crim. 23 mai 1991, *Bull. crim.* n° 220

Crim. 28 octobre 1992, *D.* 1993, p. 203, obs.

J. PRADEL

Crim. 27 avril 2004, *Bull. crim.* n° 96, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 904, obs. D. N. COMMARET

Crim. 3 novembre 2009, *Bull. crim.* n° 182

Crim 10 novembre 2009, *Bull. crim.* n° 185 ;

AJ Pénal 2010, p. 140, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE

Crim. 23 octobre 2012, *AJ. Pénal* 2012, p. 657, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ;

RTD Civ. 2013, p. 125, obs. P. JOURDAIN

Crim. 26 mars 2013, n° 12-82.600

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2^{ème}, 18 avril 2013, n° 12-18.199

Juridictions du fond

CA Paris, 11 ch. , sect. A, 13 décembre 1994, n°6, *Juris-Data* : 1994-024049

II – La valeur de l'évolution des critères

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 21 février 1984, *Öztiirk c/ Allemagne*,
n° 8544/79

Conseil constitutionnel

Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-
163 QPC, *JCP G* 2011, 1160, note
A. LEPAGE

Conseil d'État

CE, 22 juin 1987, 6/2 SSR, *Secrétaire d'État
auprès du Ministre des transports, chargé de la mer*,
req. n° 50787

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les nombres renvoient aux numéros des paragraphes

- A -

Abus de biens sociaux : 19, 215, **629 et s.**
Abus de confiance : 215, 325, 329, 715
Abus de faiblesse : 374, 376, 534, 768
Acceptation de l'infraction : 193, **200 et s.**
V. également Consentement de la victime
Acceptation des risques : 195 et s.
Action :
- civile : 4 et s., 136, 774
- publique : 136, **200 et s., 204, 356 et s., 390, 625, 691**
Administration de substances nuisibles : 448 et s.
Agression : 58 et s.
- crime d'agression : 97 et s.
Animal : 244, **262 et s.**
- apprivoisé ou tenu en captivité : 266 et s.
- sauvage : 264 et s.
Apparence (théorie de l') : 89 et s., 432 et s.
Appartenances de la victime : **293 et s., 437 et s., 727**
V. également Discrimination et Égalité
Application de la loi pénale dans l'espace :
V. compétence personnelle passive
Armée : 101 et s., 273, 582, 600, 604, 606, 622 et s.

V. également Infraction militaire
Arrestation (droit d') : 82, 117, 335
Ascendant :
- ascendant auteur de l'infraction : **383, 385 et s., 599 et s., 614, 620 et s., 625 et s., 685 et s., 733 et s.**
- ascendant victime de l'infraction : 611 et s., 614, 625 et s.
Atteinte involontaire à l'intégrité physique : **451 et s., 559 et s.**
Attentat : 224, 290
V. également Infraction politique et Terrorisme
Auteur-victime : 20
Autonomie (du droit pénal) : 471 et s., **501 et s.**
Autorité :
- autorité de droit : 603 et s.
- autorité de fait : 607 et s.
- personne ayant autorité sur la victime : 598 et s.
- personne investie de l'autorité publique : **274, 287 et s., 408 et s., 434 et s., 573 et s., 576 et s.**
Auxiliaire de justice : **274, 573 et s., 583, 591**
Avocat : *V. Auxiliaire de justice*

- B -

Bioéthique : **180**, 243, **256 et s.**

V. également Embryon

Blessure involontaire : *V. Atteinte involontaire à l'intégrité physique*

Bonne foi : 348 et s.

- C -

Cadavre : 260 et s.

V. également Infraction impossible

Causalité : **320 et s.**, 412, **442 et s.**, **553 et s.**

V. également Faute (pénale et civile)

Circonstance aggravante : **272 et s.**, 297, 416 et s., 567, 612 et s., **658 et s.**, 710, 731, **763 et s.**

- fonction de la victime : *V. Autorité, Infraction militaire, Lèse-majesté (crime de), Président de la République, Service public*

- lien auteur/victime : *V. Autorité, Couple, Enfant, Parent*

- minorité de la victime : 385 et s., 687 et s., 694 et s.

- particulière vulnérabilité de la victime : 373, 378, 537 et s., 674 et s.

Chose :

- qualité de victime de l'infraction : 239 et s.

- valeur de la chose visée par l'infraction : 707 et s., **712 et s.**

Coaction : **73**, 159, 625

Compétence personnelle passive : 356 et s.

Complicité : 74, 159, 197 et s., 347, 652

- influence des circonstances aggravantes sur la situation du complice : 613

- complice-victime : 197 et s.

Concours d'infractions : 656 et s.

Concours de qualification : 17, **657**, **661 et s.**

Concubins : *V. Couple*

Condition préalable : 47, 166, 338 et s.

- minorité de la victime : **382 et s.**, **388**

- particulière vulnérabilité de la victime : **374 et s.**, 379, **673**

Conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne : 367, 375, 534, 540, 673, **679 et s.**, 749

Consentement de la victime : **161 et s.**, 393 et s., 769 et s.

- caractères du consentement : 186 et s.

- exclusif : 166 et s.

- justificatif : 178 et s.

- postérieur : *V. Acceptation de l'infraction*

Correction (droit de) : **620 et s.**, **737**, 759

Couple : **365 et s.**, **612 et s.**, **615 et s.**, 733 et s.

Criminologie : 25, **668**

- D -

Défunt : 237 et s., 260 et s.

Délit privé : *V. plainte préalable*

Dénonciation : 203

- calomnieuse : 336 et s.

Dépositaire de l'autorité publique :

V. Autorité

Descendant :

- descendant auteur de l'infraction : 141, **611 et s.**, **730 et s.**

- descendant victime de l'infraction : 599 et s., 730 et s.

Destructions, détériorations et dégradations de bien : 170, 174, 186, 278, 288 et s., 373, 413, 419, 671, **718 et s.**, 727

Détournement de gage ou d'objet saisi : 19, 186

Diffamation : 200 et s., 272, 289, **336 et s.**

- diffamation envers la mémoire d'un mort : 261
- diffamation envers le Président de la République : 764
- diffamation envers une personne morale : 219

Dignité humaine : 254 et s.

Discipline : **619 et s.**, 733 et s.

Discrimination : 216, **294 et s.**, 405 et s.

Domicile (violation de) : 168, 202

- personne morale : 217
- personne physique : 509

Domage (distinction du préjudice) : 10, **552**

Droits subjectifs (protection des) : 209 et s., **767 et s.**

- E -

Égalité : **315 et s.**, 761 et s.

- au sein du genre humain : **361 et s.**, 739 et s.
- au sein de la société : 396 et s.
- homme – femme : **364**, 733 et s.

Embryon : 230 et s.

- atteintes involontaires à la vie : 223 et s.
- embryon et bioéthique : 256 et s.

Empoisonnement : **322 et s.**, 555 et s.

Enfant :

- à naître : *V. Embryon*
- enfant auteur ou victime de l'infraction : *V. Descendant, Minorité de la victime*

Environnement (atteinte à l') : 250 et s.

Époux : *V. Couple*

Erreur : *V. Consentement (vice du)*

Esclavage : 362, **739 et s.**

Escroquerie : 168, 189, **325 et s.**, 674

Espionnage : 102, **611**

Étranger : *V. Nationalité (de la victime)*

Euthanasie : 175, 771

Évolution (de la norme pénale) : 704 et s., **776 et s.**

Exceptio veritatis : 272, 340 et s.

Excuse : *V. Provocation (excuse de la)*

- F -

Faiblesse : *V. Minorité et Vulnérabilité*

Famille : 595 et s., 611 et s., 625 et s., **730 et s.**

V. également Couple, Enfant, Immunité familiale, Parent

Faune : 264

V. également Animal

Faute :

- civile : **160, 195 et s.**, 559 et s., **562**
- pénale : 28, **45**, 33 et s., 442 et s., **451 et s.**, **456 et s.**, **554 et s.**

Femme : 364, **365 et s.**, 730

V. également Égalité homme – femme

Flore : *V. Environnement*

Fœtus : *V. Embryon*

Fonctions protégées : *V. Autorité, Lèse-majesté, Président de la République et Service public*

- G -

Génocide : 306 et s., 646 et s.

V. également Humanité (crime contre l')

Groupe : 293 et s., 610 et s., 624 et s.

- de sociétés : 629 et s.
- familial : *V. Famille*

Guerre :

- crime de guerre : **99 et s.**, 309
- droit de la guerre : **94 et s.**, 111 et s., 119 et s.

- H -

Homicide :

- involontaire : 451 et s., 554 et s.
- volontaire : 321 et s., 555 et s.

Humanité (crime contre l') : 13, **305 et s., 645 et s.**

- I -

Immunité : 86, 153

- immunité familiale : 617, **625 et s., 738**

Incapacité totale de travail : 544 et s.

Incrimination (différence de l'incrimination et de l'infraction) : 36

Infanticide : 230, **730 et s., 764**

Inflation législative : 784 et s.

Infraction :

- continue : 190, 378, 379, **540**
- impossible : 47 et s.
- d'imprudence : 451 et s., 558 et s.
- d'intérêt général : 21, 757
- d'habitude : 378, 379, **541, 644**
- volontaire : 441 et s.
- militaire : 273, 600, 604
- politique : **17, 290, 292**

Injure : **147 et s., 200 et s., 275, 289, 727**

- injure au Président de la République : 764
- injure envers la mémoire d'un mort : 261

Intérêt pénalement protégé : 14 et s., 209 et s., 772 et s.

Interprétation de la loi pénale : 17, **150 et s., 506 et s.**

- J -

Jus ad bellum : *V. Guerre*

Jus in bello : *V. Guerre*

- L -

Légitime défense : 60 et s.

- d'autrui : 113 et s.
- de soi-même : 108 et s.
- et agression présumée : 92 et s.
- et agression putative : 89 et s.
- nécessaire : 122 et s.
- obligatoire : *V. Non-assistance à personne en danger*
- proportionnée : 122, **126 et s.**

Lèse-majesté (crime de) : 722 et s., 764

- M -

Minorité de la victime : 380 et s., 682 et s.

- mineur de dix-huit ans : 385, 684 et s.
- mineur de quinze ans : 386, 694 et s., 697 et s.

Médical (et consentement de la victime) : 181

Mobile : *V. Motifs de l'auteur*

Motif de l'auteur : 404 et s.

- définition : 407
- distinction du mobile : 406

- N -

Nationalité (de la victime) : 355 et s.

Nécessité :

- nécessité de l'acte de défense : *V. Légitime défense*
- nécessité de l'arrestation : *V. Arrestation (droit d')*

Normativité (du droit pénal) : 472

Non-assistance à personne en danger : 114 et s.

- O -

Offense :

- à un chef d'État étranger : 272

- au Président de la République :
V. Président de la République
Orientation sexuelle de la victime : 296 et s.,
423 et s.
V. également Discrimination et Égalité
Outrage : 273, **289**, 408, **764**

- P -

Parent : *V. Ascendant*
Parricide : 141, **730 et s.**, **764**
Partenaires unis par un Pacte Civil de
Solidarité : *V. Couple*
Particulière vulnérabilité : *V. Vulnérabilité*
Partie civile :
- exercice de l'action civile : *V. Action civile*
- circonstance aggravante tenant à la
qualité de partie civile : *V. Auxiliaire de*
justice
Peine : 787 et s.
- conception et rôle de la peine : 787 et s.
- individualisation judiciaire de la peine :
205, 657
Personne :
- humaine : 228 et s.
- juridique : 211 et s.
- morale : 212 et s.
- physique : 228 et s.
Plainte :
- motif de commission des faits : 413
- plainte et découverte de l'infraction : 203
- plainte préalable : 200 et s.
Pluralité de victimes : 642 et s.
Poursuite : *V. Action publique*
Préjudice (distinction du dommage) : 10, **552**
Président de la République : 112, **272**, 575,
577, **764**
Proportionnalité :

- dans l'arrestation : *V. Arrestation (droit d')*
- de l'acte de défense : *V. Légitime défense*
Provocation :
- excuse de la provocation : 139 et s.
- complicité par instigation : 197 et s.

- R -

Religion : 725
- Appartenances religieuses : 296 et s., 405,
423 et s., 437 et s., 727
Réparation : 717, **789 et s.**
Résultat de l'infraction : 38 et s., **41 et s.**
- juridique : 38 et s., **40**
- légal : 38 et s., **39**
- matériel : 38 et s., **40**

- S -

Secret professionnel : 177
Servage : 362, **743**
V. également Esclavage
Service public :
- définition : 578
- personne chargée d'une mission de
service public : **274**, **408 et s.**, 416 et s.,
422, 434 et s., **571 et s.**
Servitude (réduction en) : 750
V. également Esclavage
Sport (et consentement de la victime) : 182
Suicide : **16**, 725
V. également Euthanasie

- T -

Témoin : *V. Auxiliaire de justice*
Tentative : *V. Infraction impossible*
Terrorisme : 291, 660 et s.
Trahison : 611
Traite des êtres humains : 751

Travail forcé : 750

Trouble psychique ou neuropsychique ayant
aboli le discernement : 86 et s.

- V -

Valeur du bien visé par l'infraction : *V. Chose*

Valeur sociale (définition) : 12 et s.

Victime :

- circonstance aggravante tenant à la
qualité de victime : *V. auxiliaire de justice*
- pénale processuelle (définition) : 4 et s., **8**
- pénale substantielle (définition) : 4 et s., **8**
et s., 18

Victimologie : 3

Vie privée (atteinte à la) : 167, 221, **330 et s.**

Viol : 168, **185**, 539, 695, **736**

Violation du secret professionnel : *V. Secret
professionnel*

Violences volontaires : **441 et s.**, 543 et s.

Vol : 278, 288, 325, 329

Volonté de la victime : 325 et s., 331 et s.,
392 et s., 418 et s.

V. également Acceptation et Consentement

Vulnérabilité :

- particulière vulnérabilité : 371 et s., 433,
435 et s., 514 et s., 665 et s.
- simple vulnérabilité : **375 et s.**, 673

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|----|
| Liste des principales abréviations | 9 |
| Sommaire | 13 |
| INTRODUCTION..... | 15 |
| PREMIÈRE PARTIE | 37 |
| LA SUBJECTIVITÉ DE L'INFLUENCE DE LA VICTIME..... | 37 |
| TITRE PREMIER | 38 |
| LA SUBJECTIVITÉ IMPOSÉE PAR LA NATURE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE..... | 38 |
| Chapitre premier..... | 39 |
| L'existence d'une victime symbolisant la valeur protégée | 39 |
| Section préliminaire | 40 |
| La subjectivité et la nécessité d'une atteinte à la valeur protégée..... | 40 |
| I – L'ATTEINTE À LA VALEUR SOCIALE PROTÉGÉE COMME COMPOSANTE DU RÉSULTAT DE L'INFRACTION | 41 |
| A/ L'OBJET DU DROIT PÉNAL TRADUIT PAR LA CONCEPTION TECHNIQUE DU RÉSULTAT DE L'INFRACTION..... | 41 |
| B/ LES MODES D'ATTEINTE À LA VALEUR SOCIALE ET LES DIFFÉRENTES VARIÉTÉS D'INFRACTIONS..... | 44 |
| II – L'IMPOSSIBLE RÉPRESSION PÉNALE EN L'ABSENCE DE VALEUR SOCIALE À ATTEINDRE..... | 47 |
| A/ LE REJET DES THÉORIES PRÔNANT LA RÉPRESSION DE L'INFRACTION IMPOSSIBLE..... | 49 |
| 1) Le refus de la distinction artificielle entre impossibilité relative et impossibilité absolue | 49 |
| 2) Le refus de la distinction artificielle entre impossibilité de droit et impossibilité de fait | 50 |
| B/ L'IMPOSSIBLE RÉPRESSION DE L'INFRACTION IMPOSSIBLE | 51 |
| Section première..... | 54 |
| L'absence d'infraction due au comportement agressif de la personne visée | 54 |
| I – L'AGRESSION PRIVANT SON AUTEUR DE LA QUALITÉ DE VICTIME PÉNALE..... | 55 |
| A/ L'AGRESSION COMME CONFLIT DE DROITS FONDANT LE DROIT DE SE DÉFENDRE | 55 |
| 1) Le fondement lié aux causes de l'acte de défense | 56 |
| a) Les fondements à écarter..... | 56 |
| α) Les fondements objectifs tenant à l'illégitimité de l'agression | 56 |
| β) Les fondements subjectifs tenant aux motifs de l'acte de défense | 57 |
| b) Le fondement retenu | 60 |
| 2) Le fondement lié aux effets de l'acte de défense | 62 |

| | |
|---|-----|
| B/ LA NATURE DE L'AGRESSION FONDANT LE DROIT DE SE DÉFENDRE | 63 |
| 1) Réalité et injustice de l'agression | 63 |
| a) L'appréciation objective du caractère injuste de l'agression | 63 |
| α) Le caractère nécessairement objectif de l'injustice : l'influence matérielle du rôle de l'agresseur victime de l'acte de défense..... | 64 |
| β) Le caractère purement objectif de l'injustice : l'indifférence de la responsabilité pénale de l'agresseur victime de l'acte de défense | 65 |
| b) L'appréciation subjective du caractère réel de l'agression | 67 |
| α) Légitime défense et agression putative..... | 67 |
| β) Légitime défense et agression présumée..... | 69 |
| 2) L'extension du domaine de prise en compte de l'agression aux relations interétatiques | 71 |
| a) L'influence encore relative de la légitime défense dans le <i>jus ad bellum</i> .. | 71 |
| b) L'influence grandissante de la légitime défense dans le <i>jus in bello</i> | 75 |
| II – LE DROIT DE SE DÉFENDRE CIRCONSCRIT PAR LE CADRE DÉFINI PAR L'AGRESSION | 79 |
| A/ L'ABSENCE RELATIVE D'OBLIGATION DE SE DÉFENDRE..... | 79 |
| 1) L'absence d'obligation juridique de se défendre soi-même | 79 |
| a) L'absence d'obligation de se défendre soi-même pour les particuliers ... | 80 |
| b) L'absence d'obligation de se défendre soi-même pour les États | 81 |
| 2) L'existence exceptionnelle d'obligations juridiques de défendre autrui | 82 |
| a) Les exigences légales et conventionnelles applicables aux particuliers .. | 82 |
| b) Les exigences conventionnelles applicables aux États | 85 |
| B/ NÉCESSITÉ ET PROPORTIONNALITÉ DE L'ACTE DE DÉFENSE | 88 |
| 1) La nécessité conditionnant la nature de l'acte de défense antérieurement à sa commission..... | 88 |
| 2) La proportionnalité conditionnant la mesure de l'acte de défense concomitamment à sa commission..... | 90 |
| III – L'AGRESSION AUTORISANT EXCEPTIONNELLEMENT LA RÉTORSION | 93 |
| A/ LE REFUS DU DROIT DE RIPOSTER À L'INFRACTION | 93 |
| 1) La sanction de l'infraction comme monopôle de la justice étatique..... | 93 |
| a) La sanction exclusivement prononcée et exécutée par la justice étatique .. | 93 |
| b) La participation résiduelle et indirecte de la victime au processus de sanction..... | 95 |
| 2) L'abandon de la provocation comme cause légale de diminution de peine. .. | 98 |
| a) Le traitement passé de la provocation | 98 |
| b) L'abandon justifié de l'excuse de provocation | 100 |
| B/ LE MAINTIEN D'UNE EXCUSE ABSOLUTOIRE EN MATIÈRE D'INJURES..... | 102 |
| 1) L'imprécise excuse légale de provocation en matière d'injures | 102 |
| a) La difficulté née de l'abrogation des dispositions générales relatives à l'excuse de provocation..... | 103 |
| b) Les difficultés d'interprétation des dispositions spéciales relative à la provocation en matière d'injures | 105 |
| α) Les interrogations quant à la notion d'excuse..... | 105 |
| β) Les interrogations quant au régime de l'excuse..... | 107 |
| 2) Le maintien de l'infraction en dépit de l'éviction de ses conséquences | 109 |
| a) L'absence de peine résultant de l'excuse pénale..... | 109 |

| | |
|--|-----|
| b) L'absence d'obligation civile résultant de la faute de la victime..... | 110 |
| Section seconde | 111 |
| L'absence d'infraction due au consentement de la personne visée..... | 111 |
| I – L'INDIFFÉRENCE PÉNALE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME.... | 112 |
| A/ LE CONSENTEMENT DE LA PERSONNE VISÉE OBSTACLE À LA QUALIFICATION DE L'INFRACTION | 113 |
| 1) Le consentement excluant la constitution de l'infraction | 113 |
| a) Les infractions exigeant incontestablement le défaut de consentement de la victime | 113 |
| b) Les critères legaliste et axiologique d'identification des infractions supposant le défaut de consentement de la victime..... | 115 |
| c) L'application des critères aux hypothèses incertaines | 118 |
| 2) Le consentement justifiant la commission de l'infraction | 121 |
| B/ LE CONSENTEMENT PÉNALEMENT EFFECTIF INCOMPATIBLE AVEC LA QUALIFICATION DE « VICTIME DE L'INFRACTION » | 125 |
| 1) Le consentement pénalement effectif comme permission neutralisant la qualification infractionnelle des faits | 125 |
| 2) Les caractères du consentement pénalement effectif..... | 127 |
| II – LES INCIDENCES DE L'ACCEPTATION DE L'INFRACTION PAR LA VICTIME | 131 |
| A/ LES INCIDENCES JURIDIQUES DE L'ACCEPTATION DE L'INFRACTION PAR LA VICTIME | 131 |
| 1) L'incidence du consentement de la victime sur sa responsabilité pénale et sa situation civile | 132 |
| a) Le consentement de la victime comme acceptation des risques | 132 |
| b) Le consentement de la victime comme acte de complicité..... | 134 |
| 2) L'incidence légale exceptionnelle de l'acceptation postérieure de l'infraction par la victime sur la possibilité d'exercer les poursuites..... | 136 |
| B/ LES INCIDENCES PRATIQUES DE L'ACCEPTATION DE L'INFRACTION PAR LA VICTIME | 138 |
| Conclusion du chapitre premier | 141 |
| Chapitre second | 142 |
| La qualité de la victime indiquant la nature de la valeur protégée..... | 142 |
| Section première..... | 142 |
| L'intérêt pénalement protégé ou la valeur sociale protégée incarnée par la victime . | 142 |
| I – LA PERSONNE JURIDIQUE COMME VICTIME GÉNÉRIQUE | 143 |
| A/ LA PROTECTION PÉNALE RESTREINTE DE LA PERSONNE MORALE MALGRÉ SON ASSIMILATION À « AUTRUI »..... | 143 |
| 1) La personne morale comme « autrui » au sens du Code pénal..... | 144 |
| a) L'argument étymologique | 144 |
| b) L'argument logique..... | 145 |
| 2) La limitation matérielle des infractions susceptibles de viser une personne morale..... | 146 |
| a) La protection des attributs de la personnalité juridique reconnus à la personne morale | 147 |
| b) Le refus de protection de la personne morale contre les atteintes physiques | 149 |
| B/ LA PERSONNE PHYSIQUE PARTICULIÈREMENT PROTÉGÉE | 153 |
| 1) Le déni de la personnalité humaine à l'enfant à naître | 154 |
| 2) Le déni de la personnalité humaine au défunt | 158 |

| | |
|--|-----|
| II – LES CHOSES COMME VICTIMES SPÉCIFIQUES | 159 |
| A/ LA COMPATIBILITÉ DES STATUTS DE CHOSE ET DE VICTIME PÉNALE SUBSTANTIELLE SPÉCIFIQUE | 159 |
| 1) L'incompatibilité des statuts de chose et de victime pénale générique | 160 |
| a) La protection pénale générale incompatible avec le caractère instrumental des choses | 160 |
| b) L'impossibilité de créer une catégorie intermédiaire..... | 161 |
| 2) La nature des choses compatible avec la protection pénale spécifique | 163 |
| a) L'illusoire caractère absolu du droit de propriété | 163 |
| b) La possible prise en considération des caractéristiques de la chose créatrices d'un intérêt propre..... | 165 |
| B/ LES CHOSES BÉNÉFICIAINT D'UNE PROTECTION PÉNALE SPÉCIFIQUE | 167 |
| 1) La protection de l'embryon et du cadavre garantissant la dignité humaine | 168 |
| a) La protection de l'embryon par la bioéthique | 168 |
| b) La protection du cadavre contre les atteintes matérielles | 170 |
| 2) La protection de la faune garantissant la vie animale | 172 |
| Section seconde | 176 |
| La victime effacée derrière la valeur sociale protégée | 176 |
| I – L'EFFACEMENT DE LA VICTIME DERRIÈRE SA FONCTION SOCIALE | 177 |
| A/ LA PROTECTION DE LA FONCTION PAR L'AGGRAVATION DES ATTEINTES À LA VICTIME | 177 |
| 1) La diversité des circonstances aggravantes tenant à la fonction de la victime | 177 |
| 2) L'aggravation justifiée par la volonté de préserver la fonction exercée par la victime | 180 |
| a) La pertinence de la protection de la fonction au travers de la victime... .. | 180 |
| b) L'incohérence de la conception fondée sur la victimisation des acteurs exposés | 183 |
| B/ LA PROTECTION DE LA FONCTION AU TRAVERS D'INCRIMINATIONS SPÉCIFIQUES | 185 |
| 1) La protection de la fonction dans les infractions spécifiques de droit commun | 185 |
| 2) L'influence de la fonction de la victime sur les qualifications d'infractions politiques et terroristes | 188 |
| II – L'EFFACEMENT DE LA VICTIME DERRIÈRE SES APPARTENANCES | 190 |
| A/ L'EFFACEMENT DE LA VICTIME DERRIÈRE SES APPARTENANCES DANS LES TEXTES D'INCRIMINATION SANCTIONNANT LA DISCRIMINATION..... | 191 |
| 1) L'apparente prise en considération législative des appartenances de la victime | 191 |
| 2) La prise en considération des motifs discriminatoires de l'agent | 193 |
| a) L'effacement implicite de la victime derrière le motif discriminatoire de l'agent..... | 193 |
| b) Le possible effacement explicite de la victime derrière le motif discriminatoire de l'agent..... | 195 |

| | |
|---|-----|
| B/ L'EFFACEMENT DE LA VICTIME DERRIÈRE SES APPARTENANCES DANS L'ESPRIT DE L'AUTEUR DU CRIME CONTRE L'HUMANITÉ | 196 |
| 1) La référence directe au groupe d'appartenance des victimes dans l'infraction de génocide..... | 197 |
| 2) La référence indirecte au groupe d'appartenance des victimes dans les autres crimes contre l'humanité..... | 199 |
| Conclusion du chapitre second..... | 201 |
| Conclusion du titre premier..... | 203 |
| TITRE SECOND..... | 204 |
| LA SUBJECTIVITÉ IMPOSÉE PAR LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI PÉNALE..... | 204 |
| Chapitre premier..... | 205 |
| Le principe de subjectivité validant les différenciations des victimes..... | 205 |
| Section première..... | 206 |
| Les différenciations fondées sur la nature de la valeur sociale atteinte..... | 206 |
| I – LES DIFFÉRENCIATIONS FONDÉES SUR UNE RÉELLE DIFFÉRENCE DE VALEUR SOCIALE RACHETÉES PAR LA SUBJECTIVITÉ..... | 206 |
| A/ LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR L'INFLUENCE DE LA VICTIME SUR LE RÉSULTAT RECHERCHÉ PAR L'AGENT..... | 207 |
| 1) L'influence de la victime sur le résultat mortel recherché par l'agent..... | 207 |
| a) L'appréciation subjective de l'influence de la victime d'homicide volontaire..... | 208 |
| b) L'appréciation subjective de l'influence de la victime d'empoisonnement | 209 |
| 2) L'influence de la victime sur l'atteinte à la propriété..... | 211 |
| 3) L'influence de la victime sur l'atteinte à la vie privée..... | 215 |
| B/ LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA SITUATION LÉGALE OU JUDICIAIRE DE LA VICTIME..... | 218 |
| 1) La possible dénonciation des infractions réellement commises par une personne..... | 220 |
| a) La révélation généralement autorisée..... | 220 |
| b) La révélation exceptionnellement imposée..... | 223 |
| 2) L'appréciation subjective de la dénonciation par la prise en compte de la bonne foi..... | 227 |
| a) La croyance en la réalité des faits dénoncés excluant de la dénonciation calomnieuse..... | 228 |
| b) Le sérieux de l'enquête et l'intérêt de la révélation excluant la diffamation | 229 |
| II – LES DIFFÉRENCIATIONS INDIFFÉRENTES REFUSÉES MALGRÉ LA SUBJECTIVITÉ..... | 232 |
| A/ LE REFUS DE LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA NATIONALITÉ DE LA VICTIME..... | 232 |
| B/ LE REFUS DE LA DIFFÉRENCIATION AU SEIN DU GENRE HUMAIN | 236 |
| 1) La lutte contre les distinctions théoriques : le refus de consacrer des statuts légaux inévitables..... | 236 |
| 2) Le caractère général des incriminations destinées à protéger des personnes spécifiques..... | 238 |
| Section seconde..... | 241 |
| Les différenciations fondées sur la gravité de l'atteinte à la valeur sociale..... | 241 |

| | |
|--|-----|
| I – LES DIFFÉRENCIATIONS FONDÉES SUR LA FAIBLESSE DE LA VICTIME RACHETÉES PAR LA SUBJECTIVITÉ..... | 242 |
| A/ LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ DE LA VICTIME..... | 242 |
| 1) L'existence d'une différenciation fondée sur la particulière vulnérabilité de la victime | 243 |
| a) La particulière vulnérabilité de la victime comme circonstance aggravante | 243 |
| b) La particulière vulnérabilité de la victime comme condition préalable. | 244 |
| 2) La prise en compte subjective de la particulière vulnérabilité de la victime | 246 |
| a) L'influence subjective de la particulière vulnérabilité circonstance aggravante | 246 |
| b) L'influence subjective de la particulière vulnérabilité condition préalable | 247 |
| B/ LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA MINORITÉ DE LA VICTIME | 248 |
| 1) L'existence d'une différenciation fondée sur la prise en compte de la minorité de la victime..... | 248 |
| a) La minorité de la victime comme condition préalable..... | 248 |
| b) La minorité de la victime comme circonstance aggravante..... | 250 |
| 2) La prise en compte subjective de la minorité de la victime..... | 252 |
| II – LES DIFFÉRENCIATIONS REFUSÉES MALGRÉ LA SUBJECTIVITÉ .. | 254 |
| A/ LE REFUS DE LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR L'APPRÉCIATION PORTÉE SUR L'INFRACTION PAR LA VICTIME..... | 254 |
| B/ LE REFUS DE LA DIFFÉRENCIATION AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ..... | 257 |
| Conclusion du chapitre premier | 258 |
| Chapitre second | 260 |
| L'égalité aux prises avec les adaptations de la subjectivité | 260 |
| Section première..... | 260 |
| L'égalité garantie par la subjectivité renforcée | 260 |
| I – LA NOTION DE SUBJECTIVITÉ RENFORCÉE..... | 261 |
| A/ LE PRINCIPE : LA PRISE EN COMPTE DU MOTIF DE L'AUTEUR DE L'INFRACTION | 261 |
| 1) La référence explicite au motif discriminatoire | 261 |
| 2) La référence implicite au motif lié à la fonction de la victime | 262 |
| B/ L'EXCEPTION : LA PRISE EN COMPTE DE LA MOTIVATION DE L'AUTEUR DE L'INFRACTION..... | 265 |
| II – L'INTÉRÊT DE LA SUBJECTIVITÉ RENFORCÉE | 266 |
| A/ LA PERTE D'INFLUENCE DE LA VOLONTÉ ET DES CARACTÉRISTIQUES INHÉRENTES DE LA VICTIME..... | 266 |
| B/ L'APPLICATION AUX CRITÈRES RÉSULTANT DU CHOIX DE LA VICTIME OU INHÉRENTS À SON ÉTAT DE PERSONNE | 269 |
| 1) Le choix des critères retenus..... | 269 |
| 2) Les difficultés liées aux critères retenus | 270 |
| Section seconde | 273 |
| La subjectivité dégradée à des fins probatoires..... | 273 |
| I – LA SUBJECTIVITÉ PRÉSUMÉE | 274 |
| A/ LA PRÉSUMPTION DE SUBJECTIVITÉ SIMPLE..... | 274 |

| | |
|--|-----|
| 1) La présomption de connaissance de la particulière vulnérabilité ou de la fonction de la victime | 274 |
| 2) Les caractères de la présomption de connaissance de la particulière vulnérabilité ou de la fonction de la victime | 276 |
| B/ LA PRÉSUMPTION DE SUBJECTIVITÉ RENFORCÉE | 277 |
| II – L'OBJECTIVITÉ | 278 |
| A/ L'APPRÉCIATION OBJECTIVE DES ATTEINTES VOLONTAIRES À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE | 278 |
| 1) L'appréciation objective de l'influence de la victime de violences volontaires | 279 |
| 2) L'appréciation objective de l'influence de la victime d'administration de substances nuisibles..... | 282 |
| B/ L'APPRÉCIATION MIXTE DES ATTEINTES INVOLONTAIRES À LA VIE ET À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE | 284 |
| 1) L'influence mixte des caractéristiques de la victime | 284 |
| 2) L'influence mixte du comportement de la victime | 286 |
| Conclusion du chapitre second..... | 288 |
| Conclusion du titre second | 290 |
| CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE..... | 291 |
| SECONDE PARTIE | 295 |
| LA SPÉCIFICITÉ PÉNALE DES CRITÈRES D'INFLUENCE DE LA VICTIME..... | 295 |
| TITRE PREMIER | 296 |
| L'AUTONOMIE DES CRITÈRES PÉNAUX D'INFLUENCE DE LA VICTIME | 296 |
| Section préliminaire | 297 |
| Normativité et autonomie du droit pénal..... | 297 |
| I – LA NORMATIVITÉ DU DROIT PÉNAL DÉCOULANT DE SA FINALITÉ | 300 |
| A/ LA NÉCESSAIRE NORMATIVITÉ DU DROIT PÉNAL..... | 300 |
| 1) L'impossible identification d'un interdit préexistant à la norme pénale ... | 300 |
| a) L'impossible identification dans le droit positif | 300 |
| b) L'impossible identification dans le droit naturel | 302 |
| 2) La nécessaire normativité attachée au concept même de loi | 304 |
| B/ LA RÉELLE NORMATIVITÉ DU DROIT PÉNAL | 306 |
| 1) La normativité de la règle pénale à l'égard des autorités judiciaires | 306 |
| 2) La normativité de la règle pénale à l'égard des individus | 309 |
| II – L'AUTONOMIE DES CONCEPTIONS DU DROIT PÉNAL DÉCOULANT DE SA NORMATIVITÉ..... | 312 |
| A/ L'INDÉPENDANCE DE L'AUTEUR DE LA NORME PÉNALE | 312 |
| B/ LA VOLONTÉ DE L'AUTEUR DE LA NORME PÉNALE | 314 |
| 1) La volonté de se référer à une notion spécifique | 314 |
| 2) La volonté de se référer à une notion identique | 316 |
| Chapitre premier..... | 318 |
| Les critères propres au droit pénal | 318 |
| Section première..... | 318 |
| La notion de particulière vulnérabilité | 318 |
| I – L'ORIGINALITÉ DE LA NOTION LÉGALE DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ | 319 |
| A/ L'ORIGINE PÉNALE DE LA NOTION DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ | 319 |

| | |
|---|-----|
| B/ LA DÉFINITION PÉNALE DE LA NOTION DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ | 322 |
| II – L'ORIGINALITÉ DU MODE D'APPRÉCIATION PRÉTORIEN DE LA PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ..... | 323 |
| A/ LA NÉCESSAIRE DÉMONSTRATION DE LA PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ | 323 |
| 1) L'insuffisance de la seule constatation de la cause de particulière vulnérabilité..... | 324 |
| 2) L'insuffisance du caractère connu ou apparent de la cause de particulière vulnérabilité..... | 325 |
| B/ LA PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ APPRÉCIÉE EN FONCTION DE L'INFRACTION CONSIDÉRÉE | 326 |
| 1) L'appréciation de la particulière vulnérabilité au regard des éléments constitutifs de l'incrimination considérée | 327 |
| 2) L'établissement séparé de la particulière vulnérabilité et des éléments constitutifs de l'infraction considérée | 328 |
| Section seconde | 333 |
| La mesure pénale des atteintes corporelles | 333 |
| I – L'ORIGINALITÉ DU CRITÈRE LÉGAL DE L'INCAPACITÉ TOTALE DE TRAVAIL | 334 |
| A/ L'INFLUENCE DE LA VICTIME SUR L'INCAPACITÉ TOTALE DE TRAVAIL | 334 |
| B/ LA SPÉCIFICITÉ PÉNALE DE L'INCAPACITÉ TOTALE DE TRAVAIL | 336 |
| II – L'ORIGINALITÉ DE L'APPRÉCIATION DE L'INFLUENCE CAUSALE DE LA VICTIME | 338 |
| A/ LA SPÉCIFICITÉ PÉNALE DE L'INFLUENCE DE L'INTENTION DE L'AGENT SUR L'APPRÉCIATION DE LA CAUSALITÉ | 339 |
| B/ LA SPÉCIFICITÉ PÉNALE DE L'APPRÉCIATION BINAIRE DE LA CAUSALITÉ..... | 341 |
| 1) La présentation de la spécificité des solutions pénales..... | 341 |
| 2) La valeur de la spécificité des solutions pénales | 344 |
| Conclusion du chapitre premier | 346 |
| Chapitre second | 348 |
| Les critères rassemblés en une catégorie propre au droit pénal | 348 |
| Section première..... | 348 |
| La catégorie des fonctions pénalement protégées | 348 |
| I – L'IDENTIQUE PROTECTION DES DIVERSES FONCTIONS ENVISAGÉES | 349 |
| A/ LA DIVERSITÉ EXTRA-PÉNALE DES FONCTIONS ENVISAGÉES ... | 349 |
| 1) Les manifestations de la diversité des fonctions envisagées..... | 349 |
| 2) L'illustration de la diversité des fonctions envisagées..... | 351 |
| B/ L'ÉGAL EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ D'INTÉRÊT COMMUN..... | 354 |
| II – LA CONFUSION DES FONCTIONS ENVISAGÉES | 356 |
| A/ LA REDONDANCE DES TEXTES D'INCRIMINATION | 356 |
| 1) La simplification textuelle possible | 356 |
| 2) la simplification textuelle limitée..... | 358 |
| B/ L'IMPRÉCISION DES INTERPRÉTATIONS JURISPRUDENTIELLES. | 359 |
| Section seconde | 361 |
| Les catégories des liens unissant l'auteur de l'infraction à sa victime..... | 361 |

| | |
|--|-----|
| I – L'AGGRAVATION GÉNÉRALE JUSTIFIÉE PAR L'EXISTENCE DU LIEN | 362 |
| | |
| A/ L'AGGRAVATION DUE AU RAPPORT D'AUTORITÉ ENTRE L'AUTEUR ET LA VICTIME | 362 |
| 1) L'aggravation indépendante de la nature du lien d'autorité entre l'auteur et la victime | 362 |
| 2) L'appréciation du rapport d'autorité dépendant de sa nature | 364 |
| a) L'appréciation objective et abstraite de l'autorité de droit | 364 |
| b) L'appréciation concrète, objective et subjective de l'autorité de fait | 366 |
| B/ L'AGGRAVATION DUE À L'APPARTENANCE DE L'AUTEUR ET DE LA VICTIME À UN MÊME GROUPE | 367 |
| 1) L'aggravation des infractions marquant la trahison d'un lien de confiance | 367 |
| 2) L'incohérence des incriminations marquant la trahison d'un lien de confiance | 370 |
| II – LA MANSUÉTUDE SPÉCIALE JUSTIFIÉE PAR LA NATURE DU LIEN | 372 |
| | |
| A/ RAPPORT D'AUTORITÉ ET MAINTIEN DE LA DISCIPLINE | 372 |
| 1) Les nécessités de l'éducation justifiant le pouvoir de correction des mineurs | 373 |
| 2) Le pouvoir de maintenir la discipline militaire par la force | 374 |
| B/ LIEN D'APPARTENANCE COMMUNE ET INTÉRÊT SUPÉRIEUR DU GROUPE | 375 |
| 1) L'immunité familiale | 375 |
| 2) L'exception tenant au groupe de société | 378 |
| Conclusion du chapitre second | 380 |
| Conclusion du titre premier | 382 |
| TITRE SECOND | 384 |
| L'IMPRÉCISION DES CRITÈRES PÉNAUX D'INFLUENCE DE LA VICTIME | 384 |
| Chapitre premier | 385 |
| La confusion des critères due à la variété des valeurs protégées | 385 |
| Section première | 385 |
| La multiplicité des modes de prise en compte de la pluralité de victimes | 385 |
| I – LA CLARTÉ DE LA PLURALITÉ DE VICTIMES COMME ÉLÉMENT CONSTITUTIF D'UNE INFRACTION SIMPLE | 386 |
| A/ L'EXIGENCE DE PLURALITÉ DE VICTIMES DANS LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ | 387 |
| B/ UNE EXIGENCE LIÉE À CELLE DE PLAN CONCERTÉ | 388 |
| II – L'IMPRÉCISION DE LA PLURALITÉ DE VICTIMES CAUSANT L'AGGRAVATION DE LA RÉPRESSION | 391 |
| A/ LA DISPARITÉ DES MODES DE PRISE EN COMPTE DE LA PLURALITÉ DE VICTIMES DANS LES INFRACTIONS ORDINAIRES | 391 |
| 1) Le principe de la prise en compte indirecte par les textes de la pluralité de victimes | 391 |
| 2) L'exception de la pluralité de victimes comme circonstance aggravante | 393 |
| B/ LA PLURALITÉ DE VICTIMES RÉVÉLATRICE DU BUT TERRORISTE | 395 |
| Section seconde | 397 |
| La redondance des modes de prise en compte de la faiblesse intrinsèque de la victime | 397 |
| | |

| | |
|--|-----|
| I – LE CRITÈRE GÉNÉRAL ET PERTINENT DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ DE LA VICTIME..... | 398 |
| A/ LA PERTINENCE DU CRITÈRE DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ COMME RÉFÉRENCE À LA FAIBLESSE DE LA VICTIME | 398 |
| B/ LA GÉNÉRALITÉ DU CRITÈRE DE PARTICULIÈRE VULNÉRABILITÉ COMME RÉFÉRENCE À LA FAIBLESSE DE LA VICTIME | 401 |
| 1) La quasi-généralité du domaine de la particulière vulnérabilité..... | 401 |
| 2) La généralité des hypothèses de faiblesse dues à la particulière vulnérabilité | 404 |
| II – LE CRITÈRE SPÉCIFIQUE ET PARTIELLEMENT SURABONDANT DE LA MINORITÉ DE LA VICTIME..... | 408 |
| A/ LA MINORITÉ PERTINENTE POUR RENDRE COMPTE DE LA FAIBLESSE JURIDIQUE DE LA VICTIME..... | 408 |
| 1) La capacité juridique réduite du mineur de dix-huit ans..... | 409 |
| a) L'adaptation des textes d'incrimination à la faiblesse du mineur..... | 409 |
| b) L'adaptation des normes de pénalité et de procédure à la faiblesse du mineur..... | 413 |
| 2) L'imaturité sexuelle du mineur de quinze ans | 416 |
| B/ LA MINORITÉ DE QUINZE ANS REDONDANTE POUR RENDRE COMPTE DE LA FAIBLESSE PHYSIQUE DE LA VICTIME | 418 |
| Conclusion du chapitre premier | 421 |
| Chapitre second | 423 |
| L'impermanence des critères due à l'évolution des valeurs protégées | 423 |
| Section première..... | 423 |
| Les manifestations de l'évolution des critères d'influence de la victime | 423 |
| I – L'ÉVOLUTION DU CHOIX DES CRITÈRES RETENUS..... | 424 |
| A/ L'ÉVOLUTION DU CRITÈRE DE GRAVITÉ MATÉRIELLE DES ATTEINTES AUX BIENS | 424 |
| 1) L'impact de la gravité matérielle des atteintes aux biens dans certains droits étrangers | 424 |
| 2) L'indifférence légale de la gravité matérielle des atteintes aux biens en droit français | 426 |
| a) Le principe d'indifférence légale de la valeur du bien sur lequel porte l'infraction | 426 |
| b) Les exceptions au principe d'indifférence légale de la gravité matérielle des atteintes aux biens | 430 |
| B/ L'ÉVOLUTION DU CRITÈRE DES FONCTIONS ET ACTIVITÉS SOCIALES PARTICULIÈREMENT PROTÉGÉES | 432 |
| 1) Les évolutions des atteintes aux hautes autorités de l'État | 432 |
| 2) L'évolution des atteintes à la religion | 433 |
| II – L'ÉVOLUTION DU RÔLE DES CRITÈRES RETENUS..... | 435 |
| A/ L'ÉVOLUTION DU RÔLE DU CRITÈRE DU LIEN FAMILIAL UNISSANT L'AGENT À SA VICTIME | 436 |
| 1) L'égalité de principe à l'égard des infractions intrafamiliales | 436 |
| 2) La disparition des infractions justifiées par l'autorité du père de famille.. | 439 |
| B/ L'ÉVOLUTION DU RÔLE DU CRITÈRE TENANT À L'ESCLAVAGE DE LA VICTIME | 443 |
| 1) La consécration historique du statut pénal inférieur de l'esclave | 443 |
| a) Le statut extrêmement défavorable de l'esclave au regard du droit pénal | 443 |

| | |
|---|-----|
| b) La reconnaissance progressive du caractère inacceptable du statut d'esclave..... | 447 |
| 2) La sanction actuelle de la réduction en esclavage..... | 448 |
| Section seconde | 451 |
| La signification de l'évolution des critères d'influence de la victime | 451 |
| I – LES CARACTÈRES DE L'ÉVOLUTION DES CRITÈRES..... | 452 |
| A/ INDIVIDUALISATION ET INDIFFÉRENCIATION DE LA PROTECTION PÉNALE..... | 452 |
| 1) L'individualisation de la protection pénale..... | 452 |
| 2) L'indifférenciation de la protection pénale..... | 456 |
| B/ L'INFRACTION CONÇUE COMME PURE ATTEINTE À UN DROIT SUBJECTIF | 460 |
| 1) L'évolution de la conception du résultat de certaines infractions..... | 460 |
| 2) L'évolution de la conception de la valeur protégée par ces incriminations..... | 464 |
| II – LA VALEUR DE L'ÉVOLUTION DES CRITÈRES | 465 |
| A/ LA RÉFÉRENCE À LA VICTIME ET LA NÉCESSAIRE ÉVOLUTION DE LA NORME PÉNALE..... | 465 |
| B/ L'INSTRUMENTALISATION DE LA VICTIME ET LA DÉGRADATION DE LA NORME PÉNALE | 470 |
| 1) L'instrumentalisation de la victime au détriment de la qualité de la norme pénale | 471 |
| 2) L'instrumentalisation de la victime au détriment de la conception de la peine | 474 |
| Conclusion du chapitre second..... | 479 |
| Conclusion du titre second | 481 |
| CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE | 482 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 484 |
| BIBLIOGRAPHIE | 489 |
| INDEX DE JURISPRUDENCE | 527 |
| INDEX ALPHABÉTIQUE..... | 551 |
| TABLE DES MATIÈRES | 557 |

