



HAL
open science

La protection des personnes par le Livre II du Code pénal

Audrey Uzureau

► **To cite this version:**

Audrey Uzureau. La protection des personnes par le Livre II du Code pénal. Droit. Université de Poitiers, 2019. Français. NNT : 2019POIT3015 . tel-03772139

HAL Id: tel-03772139

<https://theses.hal.science/tel-03772139v1>

Submitted on 8 Sep 2022

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

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

LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE LIVRE II DU CODE PENAL

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 29 novembre 2019
par

Madame Audrey UZUREAU

Directeur de recherche

- **Laurent DESESSARD**
Professeur à l'Université de Poitiers

Suffragants

- **Michel DANTI-JUAN**
Professeur émérite de l'Université de Poitiers
- **Caroline DUPARC (rapporteur)**
Maître de conférences habilitée à diriger les recherches à l'Université d'Angers
- **Valérie MALABAT (rapporteur)**
Professeur à l'Université de Bordeaux

La protection des personnes par le Livre II du Code pénal

Résumé

Le respect de la personne et l'assurance de son développement revêtant une importance particulière pour toute société, la protection pénale des personnes apparaît comme un objectif fondamental. En droit pénal français, bien que les dispositions en lien avec cet objectif soient nombreuses et éparses, le Livre II du Code pénal en constitue l'instrument privilégié, en ce qu'il contient les crimes et délits les plus graves contre les valeurs juridiques les plus essentielles liées aux personnes. L'exemple et le symbole qu'il porte sont donc grands et, à ce titre, la qualité et la complétude des incriminations qu'il contient sont des préoccupations centrales. C'est pourquoi les défauts que le Livre II du Code pénal présente doivent être dénoncés, que ceux-ci aient été présents dès son entrée en vigueur, ou qu'ils soient apparus par la suite, du fait des nombreuses et parfois controversées modifications législatives qui lui ont été apportées au fil des ans.

Mots-clés

Code Pénal – Droit pénal – Infractions contre les personnes – Personne humaine – Personne juridique – Protection pénale – Valeurs juridiques

The protection of persons in Book II of the Penal Code

Abstract

Since respect for the person and the ensurance of their development are of particular importance for every society, the criminal protection of persons appears to be a fundamental objective. In French criminal law, although the provisions relating to this objective are numerous and scattered, Book II of the Penal Code constitutes its main and preferred instrument, in that it contains the most serious crimes and offences against the most essential legal values related to persons. The example and symbol it bears are therefore great and, as such, the quality and completeness of the incriminations it contains are central issues. For this reason, the flaws in Book II of the Penal Code must be denounced, whether they have been present since the beginning, or whether they have appeared subsequently, because of the many and sometimes controversial legislative changes that have been made over the years.

Keywords

Criminal Law – Criminal protection – Human person – Legal person – Legal interests – Offenses against persons – Penal Code

INSTITUT DE SCIENCES CRIMINELLES – ÉQUIPE POITEVINE DE RECHERCHE ET
D'ENSEIGNEMENT DOCTORAL EN SCIENCES CRIMINELLES (EA 1228)
43 place Charles de Gaulle – 86022 Poitiers cedex

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à mon directeur de thèse, Monsieur Laurent Desessard, dont les conseils avisés et l'encadrement ont fait de ce travail une expérience véritablement enrichissante et formatrice.

Je remercie également Mesdames Valérie Malabat et Caroline Duparc, ainsi que Monsieur Michel Danti-Juan d'avoir accepté de constituer le jury de soutenance de cette thèse.

Je tiens par ailleurs à remercier les enseignants et doctorants de l'Institut de sciences criminelles pour leur encadrement, leur soutien, et leur influence certaine sur ce travail, notamment au cours des divers ateliers thèse.

Enfin, je remercie très chaleureusement mon entourage pour leur soutien inconditionnel et essentiel à la poursuite et à l'aboutissement de cette expérience. J'exprime aussi toute ma gratitude à ceux ayant accepté de me relire, pour leur travail attentif et indispensable.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	9
PRINCIPALES ABREVIATIONS	11
INTRODUCTION GENERALE.....	15
PARTIE 1 : LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE LIVRE II TRIBUTAIRE	
D'UNE CONSTRUCTION REFLECHIE.....	39
TITRE 1 : LA DELIMITATION DU LIVRE II, UN PREALABLE INDISPENSABLE.....	41
<i>Chapitre 1 : Une délimitation interne particulièrement délicate</i>	<i>43</i>
<i>Chapitre 2 : Une délimitation externe relativement simple</i>	<i>95</i>
TITRE 2 : LA RESTRUCTURATION DU LIVRE II, UNE PERSPECTIVE A ENVISAGER	127
<i>Chapitre 1 : Une organisation interne originellement imparfaite.....</i>	<i>129</i>
<i>Chapitre 2 : Une organisation interne mise à l'épreuve</i>	<i>171</i>
PARTIE 2 : LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE LIVRE II PERTURBEE PAR	
UN CONTENU DEFICIENT	201
TITRE 1 : DES INCRIMINATIONS EN PARTIE INADAPTEES	203
<i>Chapitre 1 : La protection des personnes oubliée</i>	<i>205</i>
<i>Chapitre 2 : La protection des personnes exacerbée</i>	<i>257</i>
TITRE 2 : UNE PROTECTION DES PERSONNES EN PARTIE LACUNAIRE	297
<i>Chapitre 1 : Des lacunes dans la rédaction de certaines incriminations.....</i>	<i>299</i>
<i>Chapitre 2 : Des lacunes dans la répression de certaines incriminations</i>	<i>323</i>
CONCLUSION GENERALE	369
BIBLIOGRAPHIE.....	377
INDEX ALPHABETIQUE	409
TABLE DES MATIERES	413

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ famille	Actualité juridique Famille
AJ pénal	Actualité juridique Pénal
Administrer	Administrer
al.	Alinéa
article	Article
AN	Assemblée nationale
ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
cass.	Cassation
ch.	Chambre
chron.	Chronique
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. route	Code de la route
C. santé publ.	Code de la santé publique

C. trav.	Code du travail
coll.	Collection
concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
cons.	considérant
CE	Conseil d'État
Cons. Europe	Conseil de l'Europe
Const.	Constitution
c/	Contre
conv.	Convention
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
D.	Dalloz (Recueil)
déc.	Décision
dir.	Direction
doctr.	Doctrine
doc.	Document/Documentation
Doc. AN	Document parlementaire - Assemblée nationale
Doc. Sénat	Document parlementaire - Sénat
Dr. Famille	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
éd.	Édition
et al.	Et autre(s)
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

Ibid.	Ibidem
id.	Idem
JCI	JurisClasseur (Encyclopédies)
JCP G	JurisClasseur périodique - Édition générale
loc. cit.	Loco citato
n°	Numéro
op. cit.	Opere citato
p.	Page
plén.	Plénière
préc.	Précité
Rep. Pén.	Répertoire pénal Dalloz
RD pén. crim.	Revue de droit pénal et de criminologie
RID pén.	Revue internationale de droit pénal
Rev. pénit.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
suiv.	Suivant
t.	Tome
T. corr.	Tribunal correctionnel
TPI	Tribunal pénal international
UE	Union européenne
V.	Voir
vol.	Volume

INTRODUCTION GENERALE

1. Le Code pénal, ensemble de règles « majestueuses ». « La pénalisation à tout va caractérise une société hargneuse, alors qu'une pénalisation modérée révèle une société sereine et paisible, confiante dans l'autorité naturelle de ses pouvoirs. L'outrance répressive procède d'une erreur stratégique qui, voulant donner de l'importance à trop de valeurs, les démonétise toutes. Le normateur prostitue son autorité en l'escortant, à tout propos, de la menace. Banalisée, la règle pénale devient triviale, alors qu'elle devrait être majestueuse »¹. Cette conception de la pénalisation, exprimée par Claude LOMBOIS, met en évidence des impératifs clairs liés à la règle pénale. À leur lecture, ces attributs et caractéristiques semblent indispensables à l'édiction d'un droit pénal de qualité. Le Code pénal ne peut ainsi être porteur d'une pénalisation irréfléchie. Il constitue en effet l'instrument principal et privilégié de mise en œuvre de la protection pénale par le législateur². Parce qu'il est avant tout un ensemble, son existence doit s'accompagner d'une cohérence certaine. Parce qu'il regroupe les incriminations les plus graves, portant atteinte aux valeurs les plus essentielles à la société, il doit être le modèle d'une protection pénale de qualité. Parce qu'il est à la fois un instrument de protection et de répression, le Code pénal doit respecter la majesté de la règle pénale mise en avant par Claude LOMBOIS.

¹ C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 11.

² Bien qu'il n'en soit pas l'instrument exclusif, de nombreuses infractions prenant place dans des lois non codifiées. À ce titre, v. *infra* n° 88 et suiv.

2. Le Code pénal, instrument central. Le Code pénal est avant tout un ensemble de lois, prises dans leur sens strict, c'est-à-dire de règles de droit issues d'une procédure parlementaire³ ; mais aussi de règlements élaborés par l'exécutif⁴. Un tel ensemble n'a pas toujours été appelé « code ». Étymologiquement, cette appellation renvoie aux termes *codex* ou *caudex*, qui « [désignaient] *primitivement le tronc de l'arbre* »⁵. Par la suite, ce sens évolua puisque « *de la signification tronc de l'arbre, on passe d'abord à celle de planche, puis [...] de tablette à écrire [...]. Bientôt, on se rapproche du sens donné en français au mot livre, puisqu'on appelle code plusieurs tablettes jointes [...]. Enfin, le rapport avec le bois, qui est essentiel à l'origine, disparaît, et l'on parle de codes en parchemin, papier ou ivoire* »⁶. Le terme évolua de ce sens proche du mot livre, pour prendre une définition plus juridique vers le XVI^e siècle : « *à ce moment le terme semble fort éloigné de son sens vulgaire en latin (soit livre) et il a pris une acception particulière dans la langue juridique : c'est le recueil de textes législatifs* »⁷. Cette évolution est liée au renforcement du pouvoir central et au développement des objectifs de conservation et de diffusion du droit⁸, puisque « *du 16^e siècle au 18^e siècle, [...] le concept de code est [...] largement associé à un idéal de connaissance et de sécurité*

³ À ce sujet, Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE distingue quatre définitions que le terme de loi peut recouvrir. Il mentionne ainsi la loi stricto sensu, que nous évoquons, la loi au sens de jus scriptum (toute règle de droit écrite), la loi au sens de « jus » (ensemble du droit positif), et enfin la loi au sens de ratio (une règle imposée par la raison). J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les principes de la légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, A. Pedone, 1980, p. 151-153.

⁴ À propos du partage de compétence entre lois et règlements en matière pénale, v. les articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui réservent les matières criminelle et délictuelle à la loi, les contraventions étant de la compétence des règlements. Pour une exception, v. l'article 611-1 du Code pénal, porteur de l'infraction de recours à la prostitution, qui, bien qu'étant une contravention, fut créée par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, et figure donc dans la partie législative du code, et non dans sa partie réglementaire.

⁵ J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle : essai de définition*, Éditions de l'Institut de sociologie, Université libre de Bruxelles, 1967, p. 72.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibid.*, p. 73.

⁸ R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 56. L'auteur note que le terme de Code subit d'ailleurs la concurrence des termes *corpus*, *volume*, ou *compilation*.

juridique »⁹. Finalement, aujourd’hui, le mot « code » peut être défini comme un « *corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l’ensemble des règles relatives à une matière* »¹⁰, ou encore comme un « *ensemble de règles juridiques mises en forme, la codification étant alors cette opération de mise en forme de règles juridiques en un ensemble* »¹¹.

Le Code pénal actuel est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. Loin d’être le premier en la matière, il est par ailleurs le fruit d’une lente évolution. Le premier Code pénal français date des 25 septembre et 6 octobre 1791¹². Un auteur remarque à son sujet qu’il fut favorisé par le « *processus politique de consolidation étatique du droit* » et par « *un nouveau projet d’organisation scientifique de la rationalité juridique* », représenté par « *un code-système iusnaturaliste théorisé dès le 17^e siècle et repris par les Lumières au siècle suivant* »¹³. Empreint de l’influence du principe de légalité des délits et des peines proclamé deux ans auparavant par la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, ce Code de 1791 se caractérise par le respect de ce nouveau principe et de ses corollaires¹⁴. Au fond, il accorde une place importante à la protection de l’État, à travers la mise en avant des crimes politiques. Ce premier code laisse place ensuite au Code pénal de 1810¹⁵, qui persiste dans la mise en avant

⁹ Y. CARTUYVELS, *D’où vient le code pénal ? : une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Presses de l’Université de Montréal, 1996, p. 6.

¹⁰ V^o Code, G. CORNU et al. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e édition, PUF, 2017.

¹¹ R. CABRILLAC, *Les codifications*, *op. cit.*, p. 63.

¹² Des ancêtres moins directs au Code pénal actuels peuvent également être cités, parmi lesquels le Code d’Hammourabi, la loi des XII Tables, la loi des Burgondes dite loi Gombette, les ordonnances du chancelier d’Aguesseau. Un auteur note à ce titre que si la référence du Code pénal de 1791 peut être prise quant à l’ère moderne de la codification, il convient de mettre en avant « *un mouvement européen de codification pénale absolutiste dès la deuxième moitié du 18^e siècle* », qui a précédé les codes français postérieurs. V. Y. CARTUYVELS, *D’où vient le code pénal ?*, *op. cit.*, p. 4. L’auteur cite ainsi des codes adoptés en Russie, Toscane, Autriche, Lombardie, et Prusse, qui ont pu servir de modèle aux codifications françaises.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Un tel respect se manifeste par exemple par le choix d’un système de fixité des peines.

¹⁵ Il convient de noter que la Convention a adopté en 1795 un Code des délits et des peines, dont l’appellation est toutefois trompeuse puisqu’il s’agit d’un code contenant des lois relatives à l’instruction des affaires criminelles, et donc un Code de procédure pénale.

des infractions contre l'État, et se caractérise par une sévérité accrue¹⁶. Ce Code est resté en vigueur 183 ans, de nombreuses modifications lui ayant été apportées sur cette période. Ces modifications ont d'ailleurs eu pour effet une imprécision grandissante des textes, entraînant un élargissement du pouvoir d'appréciation du juge¹⁷.

C'est pourquoi une volonté de recodification apparaît au début du XX^e siècle, symbolisée par un premier projet, dit projet MATTER, présenté en 1934. Une première commission, installée en 1974, élabore par la suite deux avant-projets en 1976 et 1978, lesquels ne dépasseront toutefois jamais le stade d'avant-projet. Elle est remplacée par une nouvelle commission, créée par un décret du 21 octobre 1981 et présidée par Robert BADINTER, alors Garde des Sceaux, qui est à l'origine d'un avant-projet de Code pénal déposé au Sénat sous forme de projet de loi le 20 février 1986. Les discussions parlementaires sur ce projet ne commencent qu'en 1989, en raison de retards liés au contexte politique et à l'actualité¹⁸. Finalement, quatre lois – les lois n^{os} 92-683 à 92-686 – sont promulguées le 22 juillet 1992, correspondant aux quatre premiers livres du nouveau Code pénal¹⁹.

L'un des enjeux de cette nouvelle codification est celui d'une actualisation du Code pénal de 1810. L'objectif alors affiché est de créer un code plus proche de son époque et en accord avec les évolutions de la société. Il s'agit ainsi d'opérer « *une redéfinition de l'ordre public, à savoir une redistribution des catégories définissant l'ordre*

¹⁶ J.-F. CHASSAING, « Les trois codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », *RSC*, 1993, p. 445.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ R. BADINTER, « Comment est né le Nouveau Code pénal ? », in L. SAENKO (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014, p. 9-10.

¹⁹ Par la suite, la loi n^o 92-1336 du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation, crée le Livre V, et désigne la date du 1^{er} septembre 1993 pour l'entrée en vigueur du code. L'information des praticiens ainsi que la saisie informatique des nouvelles incriminations commanda de repousser cette date au 1^{er} mars 1994, ce qui a été fait par la loi n^o 93-913 du 19 juillet 1993. V. B. LAURENT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi relatif à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal*, 23 juin 1993, Doc. Sénat, n^o 377, p. 5-6. La partie règlementaire du Code est créée par le décret n^o93-726 du 29 mars 1993 portant réforme du code pénal.

et le désordre social et permettant d'en sanctionner les transgressions »²⁰. Le souhait de légiférer selon un équilibre entre les fonctions expressive et répressive de la loi pénale est également mis en avant²¹.

Il convient de noter que la poursuite de ces différents objectifs, par le biais d'une recodification, n'a cependant pas touché l'ensemble de la loi pénale. En effet, le Code pénal est un ensemble important, mais limité, de règles pénales, et le nombre de dispositions qu'il contient apparaît finalement minime au regard des dispositions existant en la matière²². En 2009, le rapport LEGER note ainsi que sur 10 249 infractions pénales, seules 2 486 (24,3 %) sont réprimées par le Code pénal²³. Si l'objectif de réunir l'ensemble de ces infractions dans le nouveau Code pénal a été évoqué lors des travaux parlementaires concernant le Livre V, ce projet n'a jamais abouti en raison de l'ampleur de la tâche²⁴. Il paraît d'ailleurs impensable de réunir toutes les infractions existantes sans aboutir à ce que Rémy CABRILLAC nomme un « *monstre difforme* »²⁵.

Lors de son entrée en vigueur, le Code pénal, dans sa partie législative, se présente sous la forme de cinq livres. Le premier est consacré aux dispositions de droit pénal général, tandis que les suivants portent celles de droit pénal spécial, regroupées en quatre thèmes, selon les valeurs protégées par les incriminations en question : les crimes et délits contre les personnes (Livre II), contre les biens (Livre III), contre la nation, l'État, et la paix publique (Livre IV), et les autres crimes

²⁰ P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal : où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p. 9.

²¹ R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, 20 févr. 1986, Doc. Sénat, n° 300, p. 4. La fonction expressive de la loi pénale correspond à l'expression des valeurs sociales essentielles à la société et devant être protégées par le droit pénal. La fonction répressive correspond, quant à elle, à la punition des comportements portant atteinte à ces valeurs.

²² V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hypercours, 2018, p. 2. L'auteure note que « *le domaine de cette matière dépasse [...] très largement les textes du Code pénal* ».

²³ P. LEGER, *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009, en ligne sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000401/index.shtml>, p. 47-48.

²⁴ À propos du Livre V et de l'incomplétude du Code pénal, v. *infra* n° 75-77.

²⁵ R. CABRILLAC, « Les défis d'une recodification pénale », in Valérie MALABAT et al. (dir.), *Droit pénal: le temps des réformes*, Litec, 2011, p. 13.

et délits (Livre V)²⁶. Ces quatre livres sont constitués d'énumérations de comportements interdits, si bien que Jacques-Henri ROBERT a pu comparer cette partie spéciale du code à un « *catalogue commercial* »²⁷. Une telle énumération est cependant nécessaire en vertu du principe de légalité criminelle, lequel exige une intervention du législateur pour chaque infraction. Elle l'est également dans le but de satisfaire la fonction expressive de la loi pénale, afin d'énoncer précisément les valeurs sociales qui méritent une protection pénale. Parmi celles-ci, les valeurs liées à la personne, contenues dans le Livre II, revêtent une importance particulière. En effet, « *toute civilisation digne de ce nom doit être fondée sur le respect de l'homme, de la personnalité humaine, de son développement, de son épanouissement* »²⁸. Le droit pénal apparaît comme un moyen d'assurer ce respect.

3. La personne, insaisissable sujet de protection. La notion de personne apparaît difficile à définir. Un auteur préconise d'ailleurs de s'accorder « *sur un fait reconnu de tous : le concept de personne ne pose que des questions et ne suscite guère qu'une multitude de définitions et d'opinions, ni consensus, ni solution* »²⁹. Si l'étymologie du mot peut a priori permettre d'avoir quelques certitudes, celles-ci sont toutes relatives. Elle nous apprend en effet que l'expression latine *per sonare* désignait « *ce par l'intermédiaire de quoi le son se manifeste* »³⁰, et que le terme *persona* qui en dérive

²⁶ À ces cinq livres d'origine s'ajouteront trois autres livres. Les livres VI et VII, consacrés respectivement aux contraventions et aux dispositions applicables dans les territoires d'outre-mer, furent créés par l'ordonnance n° 96-267 du 28 mars 1996. Le Livre VI demeura cependant vacant jusqu'à la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, qui y ajouta la contravention de recours à la prostitution. Au demeurant, un livre IV *bis*, dédié aux crimes et délits de guerre, fut créé par la loi n° 2010-930 du 9 août 2010, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale.

²⁷ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 2005, p. 69.

²⁸ G. LEVASSEUR, « La protection de la personnalité en droit pénal français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*. T. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 186.

²⁹ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 22, 2003, p. 16.

³⁰ F. TERRE, D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil : les personnes : personnalité, incapacité, protection*, 8^e édition, Dalloz, 2012, p. 10.

visait plus précisément le masque utilisé par les acteurs de théâtre³¹. Avant de devenir un synonyme d'être humain et d'individu, le terme était donc plus proche de celui de personnage que de la personne elle-même. Il ne désignait d'ailleurs pas la personne humaine, mais plutôt un réceptacle de droits et obligations, attaché à la personne³²; et était donc en cela, dans les premiers temps, rattaché à une construction juridique plutôt qu'à la nature biologique de la personne³³. Le sens de ce terme va toutefois évoluer, la désignation du masque englobant progressivement « *par prolongement, l'acteur qui le revêt* »³⁴. La Rome antique vit ainsi la transformation du terme vers la prise en compte de la personne humaine, tandis que le christianisme accentua par la suite son caractère central, à travers les notions d'âme et de conscience³⁵, puis via les auteurs canonistes, qui visaient davantage l'être humain derrière l'emploi du terme personne³⁶. La bascule a été entérinée au XIX^e siècle, époque à laquelle des auteurs comme MARCADE considèrent que si, pour l'école romaine classique, « *il y avait véritablement deux espèces de personnes, l'homme selon la nature et l'homme selon le droit* »³⁷, en revanche « *il n'y a point chez nous deux espèces de personnes. [...] Pour nous, la personne, c'est l'homme, et quand un changement d'état a lieu, la personne reste toujours la même; c'est seulement sa capacité qui est modifiée* »³⁸. DEMOLOMBE adopte une vision similaire, estimant à propos de la personne « *qu'il est plus simple et plus vrai de ne pas chercher à la distinguer*

³¹ X. BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », in X. BIOY (dir.), *La personnalité juridique : traditions et évolutions*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 57.

³² D. DEROUSSIN, « Personnes, choses, corps », in E. DOCKES, G. LHUILIER (dir.), *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, p. 82.

³³ *Ibid.*, p. 91.

³⁴ F. CHENEDE, « La personnification de l'animal : un débat inutile ? », *AJ Fam.*, 2012, p. 72.

³⁵ F. TERRE, D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil, op. cit.*, p. 10.

³⁶ D. DEROUSSIN, « Personnes, choses, corps », *op. cit.*, p. 108.

³⁷ V.-N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e édition, Paris, Delamotte et fils, 1873, p. 85.

³⁸ *Ibid.*, p. 89.

doctrinalement de l'homme, de l'individu », la distinction n'étant « qu'une source d'obscurités et d'embarras »³⁹.

Aujourd'hui, la difficulté à définir la notion de personne est en partie liée au fait que de nombreuses disciplines s'y intéressent et en propose une définition. C'est ainsi qu'en tant qu'être social, la personne peut se définir et se présenter par les attributs de son identité. Un auteur considère à ce titre que « la personne se caractérise par ses relations avec les autres êtres humains : « quelqu'un » n'est une personne que par rapport aux autres et c'est ainsi que chacun prend conscience de sa propre identité »⁴⁰. Au demeurant, d'un point de vue purement biologique, la personne désigne l'« individu de l'espèce humaine ». La vie biologique permet également de définir la personne de façon négative, puisque l'espèce humaine n'a pas le monopole du vivant, et cohabite avec les végétaux, minéraux, et animaux⁴¹. Il apparaît tout de même aujourd'hui que même dans les domaines scientifiques, un certain flou existe quant aux frontières de la définition de la personne, notamment du fait des évolutions scientifiques liées aux biotechnologies et au transhumanisme⁴².

Des définitions davantage philosophiques mettent en avant le fait que la personne est « un être conscient de son existence, possédant la continuité de la vie psychique et capable de distinguer le bien du mal »⁴³, ou encore « un individu, c'est-à-dire un être substantiel et indivisible portant la nature humaine qui le détermine en la

³⁹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil, t. 1*, Paris, A. Durand, n° 132 ; cité par : D. DEROUSSIN, « Personnes, choses, corps », *op. cit.*, 1845, p. 114.

⁴⁰ P. MALAURIE, *Droit des personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 2016, p. 19.

⁴¹ G. MEMETEAU, « Vie biologique et personnalité juridique », in *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, n° 24, 1994, p. 24. À propos de la relation entre personnes et animaux, un auteur considère qu'« il y a entre la personne humaine et l'animal une différence ontologique bien que l'analogie ait été tentée : par exemple, selon quelques auteurs, l'animal pourrait être une « personne par destination » (par exemple, le chien d'un aveugle) et même une « personne par nature » par l'effet des xénogreffes (greffes chez l'homme d'organes d'animaux) [...] ? Ces artifices sont contraires au bon sens : autant dire que les aliments seraient des « personnes par anticipation » ; on pourrait aussi, à l'inverse, prétendre que notre corps est une « chose par anticipation » parce qu'après la mort, il retourne en poussière ». V. P. MALAURIE, *Droit des personnes, op. cit.*, p. 18.

⁴² X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 4-5.

⁴³ V° Personne, TLFi, en ligne sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/personne>, consulté le 22 juillet 2018.

particularisant »⁴⁴. Ce caractère indivisible n'efface pas la distinction faite entre corps et âme, initialement faite par des civilisations religieuses, pour être reprise par des civilisations « *plus rationnelles* », qui « *se sont bornées à n'y voir [en l'âme] que l'essence de la pensée* », suivant l'affirmation selon laquelle « *l'âme, c'est la part humaine qui n'est pas le corps* »⁴⁵. Selon une autre approche, il est intéressant de noter que, pour certains auteurs, la définition de personne est à relier à celle d'imputation. C'est ainsi que HOBBS considère que la personne est « *celui dont les mots et les actions sont considérés soit comme étant les siens propres, soit en ce qu'ils représentent les mots et les actions d'un autre, ou de toute autre chose à quoi ils sont attribués véritablement ou par fiction* »⁴⁶ ; tandis que KANT estime, dans la même lignée, que « *le sujet dont les actions sont susceptibles d'imputation est une personne* »⁴⁷. Or, ce lien entre imputation et définition de la personne fait écho à la notion de responsabilité, et donc à des définitions plus juridiques.

D'un point de vue juridique, l'on peut penser que la nécessité d'une certaine objectivité est de nature à permettre une définition plus précise de la personne, d'autant que l'on constate que « *l'idée que la personne constitue la finalité ultime du droit constitue une des constantes des textes et de la doctrine* »⁴⁸. Une première définition négative de la personne répond a priori à cette exigence d'objectivité. En reprenant la *summa divisio* entre les biens et les personnes, il est possible de dire qu'est une personne tout ce qui n'est pas un bien⁴⁹. Une telle définition n'est cependant pas

⁴⁴ Y. PLANTIER, « La notion de personne au sens philosophique », *Dr. Famille*, 2012, n° 9, p. 9.

⁴⁵ C. LOMBOIS, « La personne, corps et âme », in *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, n° 24, 1994, p. 57.

⁴⁶ T. HOBBS, *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un état ecclésiastique et civil*, M. Giard, 1921, p. 268, Chapitre XVI.

⁴⁷ E. KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, A. Durand, 1853, p. 33, Introduction à la métaphysique des mœurs, IV.

⁴⁸ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 53.

⁴⁹ La force de cette affirmation est à relativiser sur deux points. D'une part, l'on sait que cette division binaire n'a pas toujours eu cours, puisque dans les compilations de l'empereur Justinien, le droit romain distinguait les personnes, les choses, et les actions (*personæ, res et actiones*). D'autre part, la *summa divisio* biens et personnes est aujourd'hui mise à mal par les débats doctrinaux relatifs au statut de l'animal. V. à ce titre A.-T. LEMASSON, « Les places

satisfaisante. En droit civil, il semble que ce soit la notion de personnalité juridique qui permette de s'approcher d'une véritable définition juridique de la personne. La personnalité juridique est en effet définie comme « *l'aptitude à être titulaire actif et passif de droits que le droit objectif reconnaît à chacun* »⁵⁰. C'est cette notion qui fait de la personne un véritable sujet de droit, lui conférant droits et obligations. En tant que fiction juridique, elle se rapproche d'ailleurs de la *persona* au « *sens antique de la personne-acteur* »⁵¹, si bien qu'un auteur estime que « *la personnalité juridique, c'est le masque dont il faut être revêtu pour pouvoir invoquer des droits subjectifs sur la scène du droit* »⁵².

La notion de personne semble cependant être plus large que celle de personne juridique, qui est une fiction attribuée à la personne par le droit. Cette attribution est d'ailleurs indépendante de l'humanité de la personne, comme en témoigne l'existence de personnes morales⁵³. L'usage d'expressions telles que « *personne humaine* », ou « *être humain* » est à ce titre révélateur, celles-ci prenant davantage en compte « *ce qui est être chez l'être humain* »⁵⁴. L'emploi de ces expressions s'est d'ailleurs multiplié à l'époque contemporaine, l'idée étant que la condition ouvrière au XIX^e et les crimes nazis de la Seconde Guerre mondiale ont mis en avant la nécessité de protection de la personne⁵⁵. L'on peut ainsi noter que les Constitutions européennes établies après la Seconde Guerre mondiale font régulièrement référence à la personne humaine⁵⁶.

respectives du genre humain et du genre animal dans le Code pénal : proposition d'un plan nouveau pour rompre avec son Livre V « fourre-tout » », *Rev. Pénit.*, 2014, p. 777-791.

⁵⁰ F. TERRE, D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil, op. cit.*, p. 7.

⁵¹ J.-M. TRIGEAUD, « La personne humaine, sujet de droit », in *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, n° 24, 1994, p. 8.

⁵² J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Dalloz, 1992, p. 301.

⁵³ L'on peut également prendre les exemples passés de la mort civile et de l'esclavage, qui témoignent du fait que l'humanité de la personne n'empêche pas nécessairement l'attribution de la personnalité juridique.

⁵⁴ F. TERRE, D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil, op. cit.*, p. 7.

⁵⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 10.

⁵⁶ Par exemple, la Constitution du Portugal débute par les termes suivants : « *le Portugal est une république souveraine fondée sur la dignité de la personne humaine* ». La constitution Italienne

En droit constitutionnel français, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 évoque, lui aussi, la personne humaine et l'être humain, confirmant la tendance à l'usage plus fréquent de ces termes après 1945. L'humanité de la personne a d'ailleurs fait l'objet d'une reconnaissance par le Conseil constitutionnel en 1994, dans une décision par laquelle il a reconnu valeur constitutionnelle à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine⁵⁷. Malgré ces références, il reste que la personne, bien que régulièrement mentionnée, n'est jamais véritablement définie en droit.

En droit pénal, la définition de la personne est également source d'incertitudes, si bien que l'on peut se demander, avec un auteur, « *Qui est le sujet du droit pénal ?* »⁵⁸. Pour tenter d'y répondre, Jacques-Henri ROBERT met en évidence une certitude : « *le sujet de droit capable de supporter la responsabilité pénale est une personne humaine douée d'intelligence et de volonté* »⁵⁹. Mais cette affirmation ne permet pas de cerner la personne que le droit pénal doit protéger, d'autant plus qu'une multitude de termes est utilisée pour désigner la personne victime d'infractions dans le Code pénal⁶⁰. Tout au plus peut-on admettre que la protection de la personne en droit pénal ne renvoie pas à la protection de ses intérêts privés : « *la vocation du droit criminel n'est pas en effet de sanctionner le préjudice individuel subi par*

mentionne quant à elle le plein épanouissement de la personne humaine (article 3). V. à ce titre X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 71, qui prend en particulier l'exemple des pays d'Amérique latine.

⁵⁷ Cons. Const., Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; B. MATHIEU, « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA*, 1994, p. 1019. Il y fit par la suite référence plusieurs fois, v. par exemple Cons. Const., Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, loi relative à la diversité de l'habitat ; Cons. Const., Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ; Cons. Const., Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ; Cons. Const., Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale ; Cons. Const., Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

⁵⁸ G. BEAUSSONIE, « Les bornes de la personnalité juridique en droit pénal », *Dr. Famille*, 2012, n° 9, p. 18.

⁵⁹ J.-H. ROBERT, « Préface », in J.-H. ROBERT, S. TZITZIS (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 7.

⁶⁰ À ce propos, v. *infra* n° 23 et 266.

une victime déterminée, en prenant en considération la violation d'un intérêt privé comme facteur déclenchant de la responsabilité pénale, mais de réprimer une atteinte à une valeur sociale jugée digne de protection »⁶¹. Il n'est dès lors pas possible d'adopter une définition de la personne protégée qui soit trop spécifique, tendant à la catégorisation des victimes et la prise en compte d'intérêts particuliers. La prise en compte de l'intérêt général devant au contraire primer, celui-ci sera appréhendé via différentes valeurs sociales, essentielles à la société.

4. La protection des personnes via la protection de valeurs juridiques.

C'est en lien avec cette notion de valeurs sociales que ressort l'idée d'une protection pénale. Il est à ce titre possible de retenir deux conceptions de l'infraction. D'une part, une conception formelle, classique liée à la légalité, dans laquelle l'infraction est une atteinte à la loi, un comportement puni par la loi d'une peine. D'autre part, une conception matérielle, plus contemporaine, mettant en avant le fait que l'infraction comprend également une atteinte à une valeur sociale, cette atteinte étant « *la raison d'être de la loi pénale* »⁶². Une auteure note ainsi, à propos de cette conception matérielle, que « *la norme pénale aurait pour fonction de sanctionner une autre norme, extra-pénale, établissant pour les citoyens une obligation ou une interdiction, de façon à leur imposer le respect d'un intérêt pénalement protégé. Protecteur des valeurs essentielles à la vie en société, le droit pénal revêtirait également une dimension expressive en ce qu'il lui reviendrait de déterminer lui-même les valeurs qu'il juge dignes de sa protection* »⁶³. Une telle conception fait écho aux propos tenus par Jeremy BENTHAM

⁶¹ R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », RSC, 2010, p. 561. L'auteur note toutefois que le préjudice est parfois posé comme condition dans le texte d'incrimination, c'est par exemple le cas de l'abus de faiblesse. Mais il poursuit en considérant que dans ces cas, le préjudice ne constitue qu'un mode de preuve de l'abus, et non le fondement de l'existence de l'incrimination.

⁶² G. RABUT, *Le préjudice en droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 159, 2016, p. 176.

⁶³ *Ibidem*. L'auteure poursuit en mettant en évidence différents signes manifestant la présence de cette conception matérielle dans le droit pénal français. Il s'agit par exemple de l'appréciation par le juge du caractère répréhensible du comportement de l'auteur, notamment dans les infractions d'imprudence et d'omission, ou encore de l'apparition en jurisprudence de l'état de nécessité comme fait justificatif, par la suite consacré à l'article 122-7 du Code pénal, signe d'

lorsqu'il définissait l'infraction de la façon suivante : « *s'agit-il d'un système de lois établies, délit, c'est tout ce que le législateur a prohibé, soit par de bonnes, soit par de mauvaises raisons. S'agit-il d'une recherche de théorie pour découvrir les meilleures lois possibles selon le principe de l'utilité, on appelle délit tout acte que l'on croit devoir être prohibé à raison de quelque mal qu'il fait naître ou tend à faire naître* »⁶⁴. Ces deux définitions sont respectivement à relier à la conception formelle puis à la conception matérielle de l'infraction, cette seconde conception étant mise en relation avec une philosophie utilitariste chère à l'auteur.

La notion de protection présente ainsi un lien étroit avec celle de valeur juridique. Définie comme l' « *action ou fait de soustraire quelqu'un ou quelque chose à un danger, à un risque qui pourrait lui nuire* »⁶⁵, la notion de protection recouvre ainsi l'idée d'entrave aux agressions pouvant être subies. La mise en relation de cette notion avec la matière pénale met en évidence la fait que les incriminations permettent la protection des valeurs juridiques contre les atteintes pouvant leur être portées. En cela, la protection de la personne en droit pénal renvoie à la protection de valeurs sociales liées à la personne⁶⁶, en lien avec l'objectif de « *protection de la Société en vue de la possibilité de l'épanouissement moral et matériel de l'homme* »⁶⁷. À ce titre, les valeurs sociales constituent « *des idéaux ayant une chance d'être réalisés, des*

une « *prise en compte par les juges d'éléments extérieurs à la seule violation de la loi, à savoir les intérêts protégés par les textes en présence, et plus précisément la balance de ces intérêts* ».

⁶⁴ J. BENTHAM, *Ceuvres*, Scientia, 1969, p. 125-126.

⁶⁵ V° Protection, TLFi, en ligne sur : [?://www.cnrtl.fr/definition/protection](http://www.cnrtl.fr/definition/protection), consulté le 22 mars 2019.

⁶⁶ Le lien entre protection pénale et valeurs sociales n'est pas toujours étroit. V. à ce titre J.-Y. MARECHAL, « La place du résultat dans la matérialité de l'infraction », in J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LexisNexis, 2017, p. 65. L'auteur se demande « *si [les] infractions sanctionnant des comportements ou la violation de réglementations plus ou moins techniques ne sont pas révélatrices d'une tendance fâcheuse du législateur à multiplier les incriminations pénales, en raison de la crainte supposée de la sanction pénale, ce qui contribue à faire du droit pénal un droit sanctionnateur de normes qui s'éloigne de plus en plus de sa fonction première qui est de réprimer les véritables troubles à l'ordre public en lien avec des valeurs sociales déterminées ou au moins déterminables* ».

⁶⁷ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *Rev. Pénit.*, 1977, p. 411.

fins pouvant motiver certaines conduites sociales »⁶⁸. Un code apparaît alors comme le réceptacle approprié à ces valeurs, en ce que chaque norme qu'il contient « est d'abord acte d'énonciation au travers duquel un modèle de valeurs façonne l'imaginaire et tente de « modéliser » les conduites »⁶⁹.

5. La protection pénale des personnes. Historique. La protection pénale de la personne n'a cependant pas toujours nécessité un Code pénal. Invariablement, l'infraction porte atteinte à des sentiments ou des croyances fondateurs des communautés⁷⁰. Si ces croyances varient selon les époques et les sociétés, certains comportements, tels que les homicides, semblent réprouvés de manière constante⁷¹. À titre d'exemple, le droit pénal romain a connu de multiples lois en lien avec la protection de la personne. Dès les lois de Numa puis la Loi des XII Tables, la répression de l'homicide est clairement établie, allant jusqu'à prendre en compte la distinction entre homicide volontaire et involontaire⁷². Par la suite, de nombreuses lois romaines ont contenu des infractions contre les personnes tels que le meurtre et l'empoisonnement (*lex Cornelia de sicariis et veneficiis*), ou encore les violences et la violation de domicile (*lex Cornelia de injuriis*).

Sous l'Ancien Régime, en l'absence d'un véritable Code pénal, il est à noter que la répression des infractions n'était pas uniforme, en raison du « caractère

⁶⁸ N.AR. POULANTZAS, *Nature des choses et droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, n° 5, 1965, p. 180-181.

⁶⁹ Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal*, op. cit., p. 376.

⁷⁰ V. à ce sujet Alain SUPIOT, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éd. du Seuil, 2005. L'auteur développe une conception du droit selon laquelle celui-ci est à la fois une dogmatique et une technique. Il est d'abord une dogmatique en ce qu'il est le lieu où les croyances fondatrices d'une société s'expriment. Il est ensuite une technique de l'interdit, posant les limites nécessaires afin d'éviter l'autodestruction des individus.

⁷¹ Si le principe de pénalisation de ces comportements est bien réel, les modalités varient assurément avec les époques. La vengeance privée a ainsi constitué la première forme de répression de comportements tels que les violences ou les homicides. À propos de l'exemple de l'homicide, v. J.-M. CARBASSE, P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e édition, PUF, 2000, p. 350-355.

⁷² *Ibid.*, p. 48-49. À l'époque, c'est le terme parricide et non homicide qui était employé, le parricide désignant dans son sens initial le meurtre au sens large, non limité au meurtre d'un parent.

essentiellement jurisprudentiel du droit pénal »⁷³. S'il n'existe aucune codification en matière de droit pénal comparable à ce que représente l'ordonnance de 1670 pour la procédure pénale, le droit coutumier puis la législation royale visent, à l'évidence, de nombreuses infractions contre les personnes⁷⁴. Finalement, si ces infractions ne nécessitent pas de code pour être réprimées, l'entreprise de codification a par la suite eu le mérite d'apporter une cohérence et une uniformité à la répression des infractions contre les personnes.

Depuis 1791, les différents codes pénaux français que nous avons évoqués ont eu des rapports différents à la personne. Comme nous l'avons dit, les infractions contre l'État étaient davantage mises en avant dans les codes précédant le Code pénal actuel. C'est pourquoi la philosophie ayant sous-tendu l'élaboration du Code pénal actuel, mise en avant par Robert BADINTER, constitue un véritable progrès du point de vue de la protection de la personne. La volonté d'actualiser les valeurs protégées par le Code, associée au fait que « *la primauté donnée dans les codes du XIX^e à la protection des institutions publiques n'a plus le caractère essentiel qui était le sien auparavant* »⁷⁵, a eu pour effet notable un renversement de la structure du plan au profit des personnes et de leur protection. Ainsi, alors que dans le Code pénal de 1810, les atteintes aux personnes venaient après les atteintes à l'État⁷⁶, la partie spéciale du Code pénal actuel s'ouvre par le Livre II, intitulé « *Des crimes et délits contre les personnes* ». La primauté est donc incontestablement donnée à la protection de la personne humaine, le législateur ayant voulu « *signifier la valeur sacrée que revêt à ses yeux la vie humaine et [...] souhaité tirer les conséquences d'une histoire meurtrie du*

⁷³ *Ibid.*, p. 323. Les auteurs notent que ni les modalités ni les sanctions des infractions ne sont véritablement claires, d'autant que les rares textes existant ne sont pas totalement appliqués par les parlements, qui s'arrogent des pouvoirs larges.

⁷⁴ La période du Moyen-Âge marque cependant l'évolution du terme « homicide », qui se limite au meurtre accompli au cours d'une rixe. V. *ibid.*, p. 350. En matière d'infractions contre les personnes, les auteurs citent notamment la répression du meurtre, des violences, ou encore du viol.

⁷⁵ P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁶ Pour une comparaison de la prise en compte des valeurs dans la structure des codes pénaux de 1810 et 1994, v. *infra* n° 102.

XX^e siècle »⁷⁷. En 1986, le projet de loi porté par Robert BADINTER relatif au nouveau Code pénal faisait état, selon les propres termes de l'éminent juriste, d'une « exigence essentielle : défendre la personne humaine »⁷⁸, et considérait que « pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les Droits de l'Homme »⁷⁹. Ainsi, l'objectif affiché, par l'instauration d'un nouveau Code pénal, a été d'accorder à l'être humain la protection la plus complète et la plus efficace possible ; une protection, qui plus est, diversifiée, le Livre II du Code pénal accordant également une protection à l'humanité, ou encore à la dignité humaine.

Le fait que le Code ait aujourd'hui une vocation davantage humaniste a notamment eu pour effet la mise en avant des valeurs protégées par le Livre II, laquelle peut engendrer certaines dérives, voire un changement de paradigme en matière pénale. Un auteur note à ce titre que « le fait que l'accent soit désormais porté sur la victime [...] traduit à la fois un changement de méthode et de perspective : le phénomène criminel n'est plus appréhendé prioritairement à travers l'acte antisocial d'un criminel, et la finalité du droit pénal devient plus abstraite, voire ambiguë, puisque le dispositif de répression est désormais présenté comme devant favoriser le plein épanouissement de la personne humaine »⁸⁰.

6. La protection des personnes par le Livre II du Code pénal. L'accent mis sur la protection de la personne par le nouveau Code pénal a, de la sorte, eu pour effet de conférer un rôle central au Livre II. En tant qu'instrument dédié à la protection des personnes, il revêt en effet une importance particulière, en ce qu'il

⁷⁷ J.-L. NADAL, « Accueil », in *Bicentenaire du Code pénal 1810-2010*, coll. Les colloques du Sénat, en ligne sur : https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf, p. 13. L'auteur note ainsi que « le code pénal a été irrigué par cette dynamique des droits de l'homme, ce qui a conduit les législateurs successifs à accorder une place grandissante à la protection de la personne, mouvement qui a culminé quand le code pénal de 1994 a placé les infractions contre les personnes au premier rang de ses préoccupations ».

⁷⁸ R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, op. cit., p. 16.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁰ G. ROUJOU DE BOUBÉE et al., *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 143.

est le siège privilégié de protection des valeurs les plus importantes liées à la personne, parmi les plus fondamentales pour la société.

Du point de vue de sa structure, le Livre II du Code pénal est divisé en deux titres. Le premier est relatif aux crimes et délits contre l'humanité et l'espèce humaine⁸¹, et le second traite des crimes et délits contre la personne humaine. Ce second titre vise la protection des droits de la personnalité, droits éminents attachés à la personne⁸², puisqu'il y est question par exemple du droit à la vie, du droit à l'intégrité physique, du droit à la dignité, ou encore du droit à la vie privée. L'intensité de la protection pénale accordée à la personne par le Livre II dépend, bien évidemment, des incriminations qu'il contient, et de la répression des comportements portant atteinte aux valeurs juridiques qu'elle implique. Une protection pénale de qualité ne peut exister que si l'ensemble des comportements les plus graves portant atteinte aux valeurs les plus essentielles liés à la personne sont réprimés de façon complète et satisfaisante par le Livre II, ce qui s'avère sans doute quelque peu utopique. Le Doyen Carbonnier considérait d'ailleurs que « *le droit pénal moderne s'est constitué lui-même en un quadrillage, en un filet, où les vides comptent infiniment plus que les pleins* »⁸³. Ces vides expliquent que le législateur soit aussi tenté d'ajouter, au fil des ans, des incriminations au Livre II ou d'en compléter d'autres, afin d'assurer la complétude de la protection de la personne⁸⁴.

7. La protection des personnes dans les codes pénaux étrangers. À l'étude de certains codes pénaux étrangers, l'on se rend compte que la protection des

⁸¹ Il convient de noter qu'à l'entrée en vigueur du Code pénal, ce premier titre ne contenait que les crimes et délits contre l'humanité. Les crimes et délits contre l'espèce humaine y ont été ajoutés par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, les deux catégories se succédant depuis dans deux sous-titres.

⁸² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel : Droit pénal spécial. 1*, Éditions Cujas, 1981, n° 1692.

⁸³ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1998, p. 30.

⁸⁴ L'histoire de la protection pénale au sein des Codes pénaux ne passe cependant pas seulement par un renforcement de la pénalisation, mais parfois par des dépénalisations, lorsque certaines incriminations apparaissaient superflues. Par exemple, le passage du droit pénal spécial d'Ancien Régime au Code pénal de 1791 vit la disparition de tous les crimes et délits religieux, tels que l'hérésie, le blasphème, ou la sorcellerie.

personnes ne bénéficie pas toujours, comme dans le Code pénal français, d'une subdivision générale lui étant consacrée, à l'image du Livre II. C'est ainsi que dans la partie spéciale du Code pénal espagnol se succèdent, dans plusieurs titres, les différentes atteintes aux personnes, sans véritable cohérence d'ensemble⁸⁵. Il convient cependant de noter que ces infractions se situent au fronton de la partie spéciale de ce code, ce qui n'est pas le cas par exemple du Code criminel canadien. Ce dernier adopte pourtant une logique similaire au code espagnol, présentant les infractions dans des catégories plutôt spécifiques, sans les regrouper dans une subdivision plus générale consacrée aux personnes. Mais dans l'enchaînement de ces subdivisions, ce sont les infractions contre l'ordre public et le terrorisme qui ouvrent la partie spéciale du code. Les infractions liées à la personne sont réparties dans des subdivisions consacrées aux infractions sexuelles, aux atteintes à la vie privée, et aux infractions contre la personne et la réputation, sans faire l'objet d'un regroupement particulier⁸⁶. À ce sujet, Jean PRADEL note que la tendance à donner la priorité aux infractions contre les personnes se retrouve davantage dans les codes pénaux plus récents, les plus anciens privilégiant les atteintes à l'État⁸⁷. L'on peut cependant remarquer que si les différentes subdivisions relatives aux infractions contre les personnes se succèdent souvent en tête de ces codes pénaux plus récents, le Code pénal français présente l'avantage de les rassembler dans une subdivision dédiée et consacrée plus largement aux infractions contre les personnes : le Livre II.

⁸⁵ Le Livre II du Code pénal espagnol est ainsi consacré à l'ensemble des délits. S'y succèdent l'homicide, l'avortement, les lésions au fœtus, les manipulations génétiques, les infractions contre la liberté, les tortures, la traite des êtres humains, les infractions sexuelles, l'omission de porter secours, les infractions contre la vie privée, contre l'honneur, et contre les relations familiales. L'ensemble de ces infractions liées aux personnes est suivi des infractions contre les biens. V. Code pénal espagnol, en ligne sur : <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>, consulté le 18 juin 2019.

⁸⁶ Il convient même de noter qu'une subdivision consacrée aux infractions liée à la prostitution, aux jeux et aux paris se situe entre les atteintes à la vie privée et les infractions contre la personne et la réputation, ajoutant au sentiment d'incohérence généré par une telle structure. V. Code criminel canadien, en ligne sur : <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/>, consulté le 18 juin 2019.

⁸⁷ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e édition, 2016, p. 822.

8. La protection des personnes hors du Livre II du Code pénal. Il est à noter que le Code pénal, et en particulier son Livre II, n'ont pas l'apanage de la protection de la personne en droit français. Il est même possible de considérer que l'ensemble des branches du droit présentent des dispositions ayant un lien plus ou moins distendu avec la protection des personnes. À ce titre, il est intéressant de mentionner les dispositions du Code civil consacrées à la personne. Comme dans l'actuel Code pénal, celle-ci est placée au fronton du Code civil, dans son premier livre. Cependant, comme le soulignent certains auteurs à la lecture du plan du Code civil, « *ce qui domine, c'est l'avoir, bien plus que l'être* », les articles relatifs à la personne ne représentant que le quart des articles de l'ensemble du Code civil⁸⁸. Parmi ces articles, l'on peut citer l'article 16, qui mentionne expressément la personne, pour édicter que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Par ailleurs, en matière pénale, le Livre II du Code pénal n'est pas non plus le seul instrument de protection des personnes, puisque l'on peut dénombrer de multiples incriminations en lien avec la personne hors du Livre II, et parfois même hors du Code pénal⁸⁹. Il est en outre possible de considérer qu'en la matière, les incriminations ne sont pas le seul moyen de protéger les personnes, certaines dispositions de procédure pénale assurant également cet objectif par d'autres moyens, par exemple en sauvegardant les droits de la défense.

9. Complexité de l'étude du Livre II du Code pénal. Définition de la personne. Pour que le Livre II du Code pénal assure une protection satisfaisante de la personne, encore faut-il cependant que la personne que ce livre vise à protéger soit clairement définie. En effet, la définition des contours de cette notion apparaît essentielle, en ce qu'elle conditionne par la suite l'exercice effectif de toute protection pénale. L'adoption d'une définition restrictive de la personne aura par exemple pour effet d'exclure certaines personnes de l'application des

⁸⁸ V., à propos du Livre I^{er} du Code civil, F. TERRE, D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil, op. cit.*, p. 1.

⁸⁹ À propos de l'articulation entre le Livre II et ces incriminations, v. *infra* n° 59 et suiv.

incriminations en question. L'identification de la personne protégée par le Livre II apparaît d'autant plus importante que les définitions proposées par d'autres disciplines ne lient pas nécessairement le droit pénal. En particulier, la notion de personne juridique, née du droit civil, bien qu'ayant le mérite de poser des critères relativement objectifs pour définir la personne, n'est ainsi peut-être pas adaptée à définir la personne objet de la protection pénale mise en place par le Livre II.

10. Complexité de l'étude de la protection pénale de la personne. Délimitation du champ d'étude. Comme nous l'avons évoqué, il existe de multiples dispositions liées à la protection de la personne, dans de nombreuses disciplines juridiques. En droit pénal, le Livre II du Code pénal, dans sa partie législative, n'est pas l'instrument exclusif de protection des personnes. La restriction à cet ensemble de l'étude de la qualité de la protection des personnes par le droit pénal peut cependant être justifiée. Il semble en effet pertinent d'exclure de notre étude le Livre II de ce code dans sa partie réglementaire. Ce Livre II est pour l'essentiel vide, à l'exception des articles R 226-1 et suivants, qui comportent des dispositions complémentaires aux incriminations du Livre II de la partie législative réprimant les atteintes à la vie privée, et qui pourront donc être envisagées en parallèle avec ces dispositions législatives. Quant aux autres livres de la partie législative du Code pénal, s'il n'est pas question d'en étudier le contenu, ils pourront être envisagés de façon négative, afin de délimiter les contours du champ du Livre II.

11. Intérêts de l'étude du Livre II du Code pénal. Malgré le fait que, comme nous l'avons évoqué, de multiples dispositions hors du Code pénal participent à l'objectif de protection des personnes, il apparaît certain que le Livre II revêt, dans cette perspective, une importance particulière. La place d'une incrimination dans le Code pénal plutôt que dans une loi non codifiée témoigne tout d'abord de sa gravité ainsi que d'une certaine volonté de promotion que le législateur veut lui accorder. Plus encore, la place d'une incrimination dans le Livre II du Code pénal doit être le signe de la grandeur du symbole qui l'accompagne. Parce que les infractions

contenues dans le Livre II répriment les atteintes les plus graves aux valeurs les plus essentielles à la société, il s'agit nécessairement d'un ensemble d'infractions fondamentales pour le droit pénal. À ce titre, il doit constituer un exemple, que ce soit au niveau de la répression des comportements en cause ou de l'expression des valeurs liées à la personne qu'il vise à protéger. C'est la raison pour laquelle l'évaluation de la qualité de la protection pénale de la personne par le Livre II du Code pénal est une question de premier plan. Dans le même temps, la crise de la codification mise en avant par certains auteurs pose la question de la protection mise en place par le Code pénal avec davantage d'acuité. À ce titre, les « *paradigmes de l'idéal du code pénal moderne* »⁹⁰ que sont la sécurité juridique, la fonction politique d'unification étatique, la réification des valeurs jusnaturalistes et la maîtrise de la temporalité sont remis en cause par des phénomènes tels que l'inflation législative, la perte de qualité de la loi, la multiplication des sources supranationales, les oppositions faites aux valeurs et intérêts fondant la loi pénale, et l'adoption de démarches davantage gestionnaires que visionnaires⁹¹. Il semble alors indispensable d'évaluer la véritable influence de ces phénomènes sur le Code pénal et en particulier sur la protection pénale de la personne.

Par ailleurs, l'étude du Livre II présente un lien étroit avec la définition de la notion de personne, dont nous avons fait état des difficultés. Face au manque de définition de la notion de personne en droit, et en particulier en droit pénal, le processus de délimitation du Livre II peut permettre d'apprécier plus précisément les contours de la notion de personne, celle-ci étant définie à la fois par ses frontières, et par les valeurs juridiques qui en découlent.

Enfin, parce que le Livre II est un ensemble d'infractions, son étude passe également nécessairement par l'appréciation de sa cohérence. À ce titre, André VITU constatait naguère une hétérogénéité du droit pénal spécial, considérant que « *le droit pénal spécial est beaucoup moins construit que le droit pénal général [...]. Les*

⁹⁰ Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal*, op. cit., p. 383.

⁹¹ *Ibid.*, p. 380-383.

différentes infractions paraissent y constituer des îlots séparés les uns des autres, sans que puissent être établis de solides liens qui les regrouperaient en des ensembles étroitement coordonnés »⁹². Il semble pourtant qu'en tant qu'ensembles d'incriminations, regroupant des valeurs sociales sous des thèmes tels que les personnes, les biens, ou la nation et l'État, les livres du Code pénal doivent constituer des ensembles cohérents, rassemblant des incriminations répondant aux mêmes objectifs. L'homogénéité et l'unité du Livre II sont donc autant de caractéristiques qu'il devrait présenter, tant la perspective d'un droit pénal spécial hétérogène, voire inégal, n'est pas convenable. André VITU soulignait d'ailleurs que la systématisation de ce droit par le biais des valeurs protégées constituait le moyen de parvenir à « *un ensemble cohérent et structuré, directement inspiré par les principes moraux et politiques proclamés ou reconnus par l'État* »⁹³.

12. Problématisation. Exigences liées à la satisfaction de l'objectif de protection des personnes. Pour l'ensemble des raisons que nous venons d'évoquer, la question de savoir si le Livre II du Code pénal offre à la personne une protection pénale satisfaisante apparaît fondamentale. Une vision utilitariste de cette question conduit à considérer que doivent y être réprimés tous les comportements portant atteinte à la personne, sous réserve qu'ils soient assez graves pour figurer dans le Livre II ; lequel doit donc contenir toutes les incriminations nécessaires à la lutte contre ces atteintes et à une protection complète de la personne. Dans le même temps, une protection pénale de qualité suppose l'absence, dans ce livre, d'articles superflus, qui soit poursuivraient d'autres objectifs que la protection de la personne, soit offriraient une protection redondante. L'absence de lacunes dans la répression, associée à la nécessité de la concentrer à l'essentiel, semble ainsi constituer un équilibre à atteindre pour le Livre II. Toute lacune constatée dans la répression, qui aboutirait à ce que la personne ne soit pas correctement protégée, devrait ainsi être comblée. Par ailleurs, en légiférant, le

⁹² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 22.

⁹³ *Ibid.*, p. 29.

législateur devrait avoir uniquement à l'esprit cet objectif de protection de la personne. À ce titre, l'étude des ajouts faits au Livre II depuis son entrée en vigueur apparaît essentielle, tant ceux-ci peuvent être représentatifs des priorités et des buts suivis. Il ne faut toutefois pas oublier que l'opposition entre les textes contemporains et les textes originels du Code pénal actuel, si elle est parfois nécessaire, est à relativiser, et qu'il faut se méfier des critiques trop hâtives contre la législation contemporaine, comme le pensait Guy CARCASSONNE, à propos des lois en général, en indiquant que « *l'on a conservé le souvenir de bonnes lois, mais il y en eut aussi de mauvaises, tandis que si l'on s'agace de textes contemporains ineptes, il est réconfortant de constater que tous ne le sont pas* »⁹⁴.

13. Plan de thèse. Dissociation du Livre II en tant qu'ensemble et de l'ensemble du Livre II. Les difficultés à définir les contours de la notion de personne ont nécessairement une influence sur les contours du Livre II. Si la définition de la personne passe par ses frontières, mais également par l'identification des valeurs juridiques qui la composent, il apparaît que cette notion de personne a une influence, non seulement sur les contours du Livre II, mais également sur son organisation interne. L'on voit ainsi toute l'importance de la délimitation du contenu du Livre II à travers la définition de la personne. En effet, dans l'appréciation de la qualité de la protection pénale mise en place par le Livre II, il est certain que tant ses contours que son organisation interne en tirent une influence. L'appréciation de la protection de la personne par le Livre II, si elle pourrait se limiter à l'étude des incriminations y figurant, gagne en précision à tenir compte du cadre dans lequel elles s'inscrivent. Si nous avons déjà fait état de la nécessité que Livre II présente une certaine cohérence, il apparaît que la protection pénale de la personne n'en sera que renforcée si les incriminations en question reposent sur un cadre harmonieux et sont organisées selon des principes rationnels et bien établis.

⁹⁴ G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, 2005, vol. 3, n° 114, p. 39.

Ainsi, parce qu'il est fondamental, afin d'évaluer la qualité de la protection pénale de la personne mise en place par le Livre II, de constater que celle-ci repose sur une construction réfléchie, l'étude du Livre II en tant qu'ensemble (Partie 1) précédera l'étude de l'ensemble des incriminations qu'il contient (Partie 2).

Partie 1

La protection des personnes par le Livre II tributaire d'une construction réfléchie

Partie 2 :

La protection des personnes par le Livre II perturbée par un contenu déficient

PARTIE 1 : LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE LIVRE II TRIBUTAIRE D'UNE CONSTRUCTION REFLECHIE

14. Le Livre II en tant qu'ensemble. Le Livre II est le premier livre de la partie spéciale du Code pénal. Il précède les livres consacrés à la protection des biens (Livre III), de la nation, l'État, et la paix publique (Livre IV), aux crimes et délits de guerre (Livre IV *bis*) et aux autres crimes et délits (Livre V), et est dédié à la protection des personnes. Sa raison d'être est donc de contenir les incriminations tendant à la réalisation de cet objectif.

Avant de déterminer si les incriminations du Livre II remplissent effectivement cet objectif, il convient d'étudier le Livre II en tant que contenant, c'est-à-dire en tant qu'ensemble d'infractions, en se demandant ce que ce livre doit englober afin de remplir au mieux son but de protection des personnes. Cela suppose de savoir quelles infractions doivent ou non figurer en son sein, de déterminer les « *crimes et délits contre les personnes* », pour reprendre l'intitulé du Livre II, que l'on doit trouver dans ce livre.

15. Le Livre II en tant qu'ensemble structuré. La délimitation du contenu du Livre II n'est toutefois pas suffisante, l'étude de son organisation apparaissant également essentielle. Si l'on veut que le Livre II atteigne son objectif de protection des personnes, son organisation doit être claire, précise, et aussi pédagogique que possible. Autant de qualités qui, cependant, n'apparaissent pas avec évidence lorsqu'on le feuillette.

16. Annonce de plan. L'étude du Livre II en tant qu'ensemble d'infractions nécessite ainsi, dans un premier temps, de délimiter les incriminations qui doivent

y figurer (Titre 1) et, dans un second temps, de s'interroger sur l'opportunité de sa restructuration (Titre 2).

Titre 1 :

La délimitation du Livre II, un préalable indispensable

Titre 2 :

La restructuration du Livre II, une perspective à envisager

TITRE 1 : LA DELIMITATION DU LIVRE II, UN PREALABLE INDISPENSABLE

17. La place d'une incrimination. Le processus d'élaboration d'une incrimination passe nécessairement par le choix de la place de celle-ci : au sein du Code pénal, au sein d'un code plus spécialisé, ou encore au sein d'une loi non codifiée. Un tel choix, s'il peut s'avérer plus ou moins réfléchi, doit reposer sur des considérations telles que le respect des logiques d'organisation existantes, l'accessibilité de la loi, mais également la part de symbole qu'emporte tel ou tel emplacement. Ainsi, parce que le Livre II est un instrument de premier plan pour la protection des personnes, l'entrée d'une infraction en son sein doit être pleinement justifiée. Chaque infraction y figurant doit en effet présenter une légitimité à l'attribution d'une place en son sein, rendant d'autant plus important le processus de sélection de ces infractions.

18. Une question d'éligibilité. L'étude du Livre II du Code pénal commande donc l'analyse préalable de l'étendue de son contenu. Il s'agit ici de déterminer l'envergure du champ du Livre II, c'est-à-dire les incriminations qu'il doit comporter ou non. Le développement de critères permettant de justifier la place d'une incrimination dans le Livre II paraît alors indispensable. C'est ainsi l'éligibilité à l'entrée dans le Livre II qu'il convient d'étudier. Autrement dit, il s'agit de déterminer ici les conditions qu'une incrimination doit remplir pour que sa place au sein du Livre II soit justifiée, et par là même procéder à la délimitation interne du Livre II (Chapitre 1). Mais cette délimitation peut aussi l'être a contrario. En effet, l'objectif de protection de la personne peut se manifester également hors du

champ du Livre II, celui-ci n'ayant pas nécessairement le monopole concernant les infractions contre les personnes. Il convient dès lors de procéder également à la délimitation externe de ce livre (Chapitre 2).

Chapitre 1

Une délimitation interne particulièrement délicate

Chapitre 2

Une délimitation externe relativement simple

CHAPITRE 1 : UNE DELIMITATION INTERNE PARTICULIEREMENT DELICATE

19. **Nécessité d'un champ propre.** Le plan du Code pénal repose sur une division par livres, ce qui impose que chacun d'eux ait un champ de protection propre. Des domaines délimités permettent en effet d'assurer une meilleure protection pénale, chacun se consacrant à la protection de son champ pénal. Ces domaines doivent donc être définis avec précision. Mais cette exigence de précision doit être mise en balance avec le fait que ces livres reposent sur des notions vastes : les personnes, les biens ; ou plurielles : la nation, l'État et la paix publique. Ainsi, consacré aux crimes et délits contre les personnes, le Livre II peut être difficile à délimiter, une telle délimitation supposant de cerner la définition de la personne, « *valeur socle des droits de la personnalité, [...] point de convergence de toutes les confusions* »⁹⁵.

20. C'est qu'en effet, une telle définition recouvre des éléments divers notamment biologiques ou philosophiques, qui s'interposent dans tout processus de définition juridique. Au demeurant, l'enjeu d'une telle définition spécifique au Livre II est considérable, car celle-ci conditionnera l'action de cet ensemble et donc la protection de la personne. Ainsi, une définition restrictive ira de pair avec une protection moindre. Au contraire, une définition permissive autorisera une protection étendue et l'existence d'infractions qui n'auraient autrement pas lieu d'être.

⁹⁵ A. ZABALZA, « Introduction », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, coll. Traités, 2013, p. 41.

Parce que la définition de la personne ne peut fonder à elle seule une protection pénale, il est nécessaire d'en déduire des intérêts, des valeurs qui la composent, qui, elles, seront directement l'objet de cette protection pénale.

21. La protection de la personne ne peut ainsi être adéquate que si l'on adopte une définition adaptée de la personne (Section 1), afin d'identifier ensuite les valeurs qui en découlent (Section 2).

SECTION 1 : L'IDENTIFICATION DE LA PERSONNE PROTEGEE PAR LE LIVRE II

22. Disparités dans la définition de la personne. En l'absence de définition fixée dans le marbre, il y a toujours une certaine hétérogénéité dans la définition de la personne, tant les points de vue que l'on peut prendre peuvent être multiples. Cette hétérogénéité se manifeste également dans le grand nombre de termes ou expressions utilisés pour désigner cette personne. Et selon les références utilisées, que ce soit au niveau des textes juridiques ou des productions doctrinales, les termes désignant la personne seront synonymes, inclusifs les uns des autres, ou exclusifs les uns des autres.

L'enjeu ici est donc d'identifier la personne objet de la protection pénale du Livre II. Cela implique également de se demander si, au sein de ce livre, la notion de personne est homogène. Dans le cas contraire, la personne protégée par le Livre II serait alors disparate, et donc la somme de plusieurs définitions variables selon les infractions.

23. Identification de la personne visée par le Livre II. Le processus d'identification de la personne visée par le Livre II peut se faire à l'aide de plusieurs critères. La méthode privilégiée d'identification de la personne au sein des

infractions du Livre II passe par l'étude du vocabulaire utilisé, par exemple le recours au terme « autrui ». En effet, les infractions du Livre II désignent souvent la personne protégée par l'emploi de ce terme, ce qui ne résout pas pour autant notre problème de définition⁹⁶.

Outre le terme d'autrui, on peut se fonder sur d'autres expressions utilisées par le Livre II pour identifier la personne. Il est ainsi alternativement fait référence aux êtres humains, à la personne humaine, à l'humanité, et à l'espèce humaine. Mais, outre que le problème de définition de ces termes demeure, d'autres questions se posent : ces termes sont-ils exclusifs les uns des autres ? L'un d'entre eux peut-il être utilisé pour recouvrir les autres ? Au demeurant, comment articuler ces notions avec la notion de personne juridique ? Cette dernière notion doit en effet être prise en compte dans notre réflexion, lorsqu'on sait qu'il s'agit de la notion privilégiée d'identification de la personne en droit privé. Elle a l'avantage par ailleurs de présenter un contenu juridique précis, qui peut permettre une définition plus stricte de la personne.

Ces multiples considérations sémantiques montrent bien que le Livre II n'utilise pas une référence précise et unique quant à la personne qu'il vise à protéger. Partant, un choix doit être fait quant à la définition et au vocabulaire à adopter, en balance notamment avec les notions de personne juridique ou encore d'humanité. Ce sont les infractions qui, finalement, en apprennent le plus sur la définition de la personne, leur étude permettant rapidement de mettre en évidence l'inadéquation partielle de la notion de personne juridique (§ 1), et la nécessité subséquente de la dépasser (§ 2).

⁹⁶ À propos de l'emploi du terme autrui et de l'incidence sur le flou de la rédaction des incriminations concernées, v. *infra* n° 266.

§ 1 : LES INSUFFISANCES DE LA NOTION DE PERSONNE JURIDIQUE

24. La notion de personne juridique est la principale traduction de la personne en droit, toute personne physique ayant, du fait de son existence, la personnalité juridique. Parce que l'attribution de cette personnalité est essentielle pour la personne, le droit civil a dû en borner les frontières avec le plus de précision possible. Cette précision fait que l'emploi de la notion de personnalité juridique en droit pénal peut parfois être délicat. L'inadéquation de la notion de personnalité juridique pour désigner la personne protégée par le Livre II peut d'ailleurs se manifester à la fois au commencement (A) et à la fin de la vie (B).

A - La frontière du commencement de la personnalité juridique, une frontière stricte pour l'application du droit pénal

25. **La définition générale de cette frontière de la personnalité juridique.** Une des premières caractéristiques de la notion de personnalité juridique est que sa définition a toujours connu une certaine indépendance avec l'humanité du sujet. On peut prendre les exemples classiques et passés de l'esclavage en droit romain, ou de la mort civile. De nos jours, c'est la possibilité d'attribution de cette personnalité juridique à des groupements qui l'éloignent le plus de la notion d'humanité. Ce sont alors d'autres conditions qu'il faut rechercher pour déterminer le commencement de la personne juridique.

Traditionnellement, on exige pour l'acquisition de la personnalité juridique la naissance d'un sujet vivant, et viable, « *c'est-à-dire physiologiquement capable de survivre* »⁹⁷.

26. **Exclusion de principe des embryons.** À la naissance, la définition de la notion de personnalité juridique conduit donc à en exclure les embryons et fœtus, et partant aussi les enfants mort-nés. En effet, si la personnalité juridique débute

⁹⁷ B. TEYSSIE, *Droit civil : les personnes*, 18^e édition, LexisNexis, 2016, p. 17.

lorsqu'un être humain naît vivant et viable, celle-ci ne s'applique donc pas avant la naissance. L'adage de droit civil *infans conceptus*⁹⁸ constitue l'unique exception à cela, puisqu'en cette matière, le fœtus sera réputé avoir la personnalité juridique chaque fois que cela est de son intérêt, notamment en matière de filiation. Cependant, l'exception n'aura jamais plus de force que la règle, puisque les actes pris en fonction de cet adage seront annulés si finalement l'enfant ne naît pas vivant et viable. L'adage n'a donc pas de conséquences sur le statut et la personnalité de l'enfant à naître, puisqu'il est nécessaire d'avoir la confirmation des actes à travers la naissance et la viabilité de l'enfant.

Le Conseil constitutionnel a confirmé cette exclusion des enfants à naître de la notion de personnalité juridique, puisqu'il a eu l'occasion de retenir à propos des embryons surnuméraires conçus *in vitro* que « le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur est pas applicable »⁹⁹. Il convient cependant de noter que si, dans cette décision, le Conseil constitutionnel a refusé d'appliquer le principe de dignité à l'embryon, il a par la suite changé d'avis sur ce point dans une décision du 1^{er} août 2013, dans laquelle il suit l'arrêt BRÜSTLE de la CJUE¹⁰⁰ pour considérer que ce principe s'applique à l'embryon *in vitro*¹⁰¹. Mais ce revirement n'eût que de faibles conséquences, car le Conseil constitutionnel, après avoir constaté l'application de la dignité à l'embryon, a validé les dispositions relatives aux recherches sur les embryons, en se basant sur le respect par le législateur de principes et de garanties suffisantes.

La Cour européenne des droits de l'Homme adopte une position analogue à celle du Conseil constitutionnel, puisque, depuis l'arrêt EVANS contre Royaume-Uni du 10 avril 2007, elle considère que les embryons « ne peuvent se prévaloir du droit à

⁹⁸ *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* : l'enfant conçu sera considéré comme né chaque fois qu'il pourra en tirer avantage. V. Art. 725 et 906 C. Civil.

⁹⁹ Cons. const., décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994,.

¹⁰⁰ CJUE, 18 octobre 2011, Oliver Brüstle / Greenpeace eV, C-34/10.

¹⁰¹ Cons. const., décision n° 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, cons. 17, comm. X. BIOY, « À la recherche de l'embryon... », *Constitutions*, 2013, p. 443.

la vie protégé par l'article 2 »¹⁰². Il s'agit ici d'une véritable prise de position de la part de la Cour, après un arrêt moins engagé dans lequel elle avait refusé de trancher cette problématique¹⁰³.

27. La reprise de cette définition pour le Livre II. Pour ce qu'il en est plus précisément de la personne visée par le Livre II, la Cour de cassation semble suivre la même tendance, étant également attachée au commencement de la personnalité juridique pour établir le point de départ de la protection du Livre II. Il semblerait ainsi, à la lecture de la jurisprudence, que la question de la définition de la personne en droit pénal ait été résolue par l'emprunt à la notion civile de personnalité juridique¹⁰⁴.

Partant, l'utilisation de cette notion fait que la Cour de cassation refuse la protection pénale de l'article 221-6 à l'enfant à naître. Elle le fit pour la première fois dans un arrêt du 30 juin 1999¹⁰⁵, lors d'un avortement effectué par erreur. La Cour refusa alors l'application de l'homicide involontaire pour la mort d'un fœtus. Elle réitéra cette position dans un arrêt d'assemblée plénière du 29 juin 2001¹⁰⁶. Au demeurant, il est important de noter que la jurisprudence de la Cour sur cette question reste cohérente, la décision de 2001 n'entrant pas en contradiction avec un autre arrêt rendu deux ans plus tôt. En effet, dans un arrêt du 15 juin 1999, la Cour avait validé une condamnation pour homicide involontaire dans un cas de blessures infligées lors de l'accouchement. Or dans les faits d'espèce, l'enfant était né viable,

¹⁰² Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, EVANS c/ Royaume-Uni, §56 ; B. MATHIEU, « Non-violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère », *JCP G*, 2007, p. 10097.

¹⁰³ Cour EDH, 8 juill. 2004, n° 53924/00, VO c/ France : « la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'Art. 2 de la Convention ».

¹⁰⁴ N. CATELAN, « Existe-t-il une personnalité juridique propre au droit pénal ? », in G. BEAUSSONIE (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 9.

¹⁰⁵ Cass. crim. 30 juin 1999, n° 97-82351, Bull. crim. no 174 ; Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC*, 1999, p. 813. ; M. VERON, « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », *Dr. Pén.*, 2000, n° 1, comm. 3.

¹⁰⁶ Cass. ass. plén., 29 juin 2001, Bull. civ. no 8 ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu », *D.*, 2001, p. 2907. ; Y. MAYAUD, « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.*, 2001, p. 2917.

mais était décédé quelques heures plus tard. Ici, la naissance de l'enfant vivant et viable avait engendré l'acquisition de la personnalité juridique, ne serait-ce que pour quelques heures. L'application de l'article 221-6 ne faisait donc aucun doute, même si les blessures avaient été infligées avant l'accouchement. La lecture de l'article 221-6 ne donne comme indication sur la définition de la personne à protéger que le terme autrui, lequel désigne la victime de l'infraction. Or finalement, l'ensemble des arrêts cités permet de constater que, pour la Cour de cassation, ce terme renvoie à la définition civiliste de la personne juridique, notion qu'elle refuse de dépasser.

A contrario de cette position, certains arrêts isolés de cours d'appel peuvent toutefois être cités. Dans un arrêt ancien de la cour d'appel de Douai du 16 mai 1882, la cour avait déclaré l'infraction d'homicide involontaire caractérisée, en estimant « *que pour n'avoir pas respiré, l'enfant n'en a pas moins vécu de la vie intra-utérine, sa mort même est la preuve de son existence antérieure* »¹⁰⁷. On peut également mentionner un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 19 janvier 2000, qui, bien que contredit en cassation¹⁰⁸, tenta de maintenir un raisonnement contraire à la ligne jurisprudentielle précédemment établie, en considérant à propos du fœtus que « *si les fautes relevées n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de celle de sa mère* »¹⁰⁹.

Il est intéressant de noter que la position défendue par la Cour de cassation est également maintenue dans le cas d'une reconnaissance de culpabilité de la part du prévenu. Évidemment d'un point de vue juridique, la seule volonté du prévenu ne suffit pas à renverser une interprétation jurisprudentielle, mais cela permet de prendre la mesure du débat moral et social qui entoure cette problématique. Dans une affaire, un tribunal correctionnel avait jugé, en contradiction avec la

¹⁰⁷ Douai, 16 mai 1882, S., 1883 II 153, cité par A. MIRKOVIC, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, 2003, PUAM, p. 134.

¹⁰⁸ Cass. crim., 25 Juin 2002, n° 00-81.359 ; M. VERON, « L'enfant en train de naître », *Dr. Pén.*, 2002, comm. 93.

¹⁰⁹ Versailles, 19 janv. 2000, cité par Cass. crim., 25 Juin 2002, précité.

jurisprudence de la Cour de cassation, que : « *la réalité de l'atteinte mortelle, du fait de l'auteur de l'accident, portée à l'existence propre d'un fœtus de 30 semaines en bonne santé, est ainsi attestée par les constatations médicales. Conjugée aux considérations humaines unanimement partagées, elle apparaît conforme aux principes juridiques et ne saurait être contestée par des prises de position purement doctrinales* »¹¹⁰. Mais la Cour d'appel de Pau infirma ce jugement en reprenant l'interprétation de la Cour de cassation¹¹¹.

Cependant, même si la ligne jurisprudentielle défendue par la Cour de cassation est aujourd'hui bien établie, elle n'en reste pas moins sujette à discussion. On pourrait ainsi considérer qu'en excluant l'enfant à naître de la protection de l'article 221-6, la Cour de cassation ajoute « *une condition non prévue au texte qui ne comporte pas d'allusion au fait que la victime soit déjà née* »¹¹². La solution de la Cour de cassation se fonde en effet sur l'interprétation du terme *autrui* employé par l'article 221-6, qui, selon elle, ne renverrait qu'aux personnes juridiques, mais auquel on pourrait aussi donner d'autres définitions.

Cette interprétation restrictive a pu être perturbée par certains autres arrêts, dans lesquels la Cour de cassation a retenu l'homicide involontaire à l'encontre d'un enfant né vivant mais non viable, et donc qui n'avait pas pu acquérir la personnalité juridique¹¹³. Ces arrêts sèment le trouble puisque la référence ne semble plus être alors la viabilité, mais la seule naissance de l'enfant vivant. Il en résulterait que, pour les juges, le critère pour être *autrui* serait finalement davantage la naissance que la personnalité juridique, puisque l'infraction peut bien être appliquée à une personne humaine n'ayant pas la personnalité juridique selon les critères classiques de cette notion. Pour autant, la Cour de cassation ne semble pas non plus élargir son

¹¹⁰ T. Corr. de Tarbes, 4 février 2014, cité par : Y. MAYAUD, « Ephémère émotion autour du fœtus », RSC, 2015, p. 83.

¹¹¹ Pau, 5 février 2015, n° 14/00480 ; A. MIRKOVIC, « Homicide involontaire : refus de l'extension au cas de l'enfant à naître », D., 2015, p. 378.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Cass. crim. 2 décembre 2003, n° 03-82344, Y. MAYAUD, « Du fœtus à l'enfant né vivant... : suite ou fin ? », RSC, 2004, p. 348. ; Cass. crim. 24 juin 2014, n° 13-84.542, P. MISTRETTA, « Atteintes non intentionnelles à la vie et l'intégrité physique des malades : de la rigueur sans excès », RSC, 2015, p. 416.

interprétation à la notion de personne humaine, puisqu'elle conserve la condition de la naissance empruntée à la personnalité juridique. Sans doute ne veut-elle pas s'engager sur la définition de la personne et les débats relatifs à l'avortement que l'application de l'homicide involontaire pourrait alors amener¹¹⁴. Mais le refus d'appliquer l'infraction tranche tout de même la question a contrario et de façon négative : l'enfant à naître n'est pas une personne devant être protégée pénalement selon les différents arrêts de la Cour sur la question.

Cette solution apparaît d'autant plus contradictoire qu'il en résulte que les violences commises sur le fœtus entraînant des séquelles sont punissables, mais pas l'homicide. Cela pose donc problème du point de vue de l'échelle des valeurs protégées, puisqu'une telle solution conduit à une situation dans laquelle l'intégrité physique bénéficie d'une meilleure protection que la vie. Cela conduit une auteure à s'interroger ainsi : « *Comment constater sans cynisme que celui qui blesse un fœtus a, d'un point de vue pénal, intérêt à le tuer ?* »¹¹⁵. On peut également imaginer avec appréhension la situation particulière, « *s'agissant du médecin qui, sans léser la femme enceinte, cause des blessures à son enfant et aura donc tout intérêt à ce que celui-ci ne naisse pas vivant alors qu'il a sa vie entre ses mains* »¹¹⁶.

Finalement, la notion civiliste de personnalité juridique apparaît trop restrictive pour fonder la protection pénale de la personne que vise à garantir le Livre II. Ses conditions rigides ont pour effet de priver la personne d'une protection qui lui est nécessaire, là où d'autres notions plus adaptées, telles que celle de personne humaine, pourraient la lui accorder¹¹⁷. Les insuffisances de la personnalité juridique pour la protection de la personne au stade de sa naissance sont ainsi manifestes. À l'étude des infractions du Livre II, il apparaît, qui plus est, que c'est également le cas pour ce qui est de l'autre frontière de la vie de la personne.

¹¹⁴ À propos de la relation entre une éventuelle application de l'homicide involontaire à l'enfant à naître et l'avortement, v. *infra* n° 303 et 305.

¹¹⁵ A. MIRKOVIC, « Homicide involontaire : refus de l'extension au cas de l'enfant à naître », *op. cit.*

¹¹⁶ J. SAINTE-ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP G*, 2004, p. 2360-2362.

¹¹⁷ À propos de l'utilisation de la notion de personne humaine pour la protection accordée par le Livre II, v. *infra* n° 31 et suiv.

B - La frontière de la fin de la personnalité juridique, une bascule nécessaire vers la référence à la personne humaine

28. Personnalité juridique et protection de la personne après sa mort. La question de savoir si la notion de personnalité juridique est une notion adaptée à la définition de la personne protégée par le Livre II doit également être traitée du point de vue de l'autre frontière de la vie de la personne, à savoir sa mort. La personnalité juridique se terminant avec la mort de la personne, dans l'hypothèse où l'on maintient comme référence cette notion de personnalité juridique, cela signifie qu'une fois décédée, la personne ne peut plus être victime d'une infraction. D'emblée, on peut noter que la frontière de la fin de la vie présente moins d'incertitudes que celle de son commencement. Mais puisque des éléments de la personne subsistent, au premier rang desquels son corps, la question de sa protection au-delà de la fin de vie se pose avec acuité. En effet, soit la protection pénale s'arrête effectivement avec la mort de la personne, auquel cas la notion de personnalité juridique est appropriée pour définir la personne protégée par le Livre II ; soit la protection pénale se maintient, et la notion de personnalité juridique est alors manifestement insuffisante.

Or, à l'étude des infractions du Livre II, il apparaît que le corps humain, après la mort de la personne, demeure bien « protagoniste » de plusieurs infractions.

29. Le corps humain victime des infractions générales contre la personne. Il est ainsi possible d'identifier des hypothèses où la protection pénale accordée par les infractions générales contre les personnes se prolonge après la mort de la victime. Nous désignons comme infractions générales les infractions qui ne sont pas spécifiques aux cadavres, mais au contraire qui peuvent s'appliquer aux personnes, sans distinction particulière quant à leur qualité. La Cour de cassation a ainsi déjà été amenée à dépasser les frontières de la personnalité juridique en accordant une

protection pénale à un cadavre dans l'affaire PERDEREAU¹¹⁸. C'est dans cette affaire que la chambre criminelle reconnut la tentative d'homicide volontaire sur une personne déjà morte au moment de l'acte. La Cour reconnaissait ainsi la tentative impossible d'une infraction. Mais le plus intéressant est la raison pour laquelle la Cour a choisi cette voie. Si elle a opté pour la condamnation, au risque de déformer certains principes traditionnels du droit pénal et le schéma classique de l'infraction, c'est bien qu'elle était attachée à ce que ces comportements soient punis. Il était ainsi important de protéger le corps humain et la vie humaine, et non plus nécessairement la personnalité juridique. Le cadavre n'est manifestement plus porteur de la personnalité juridique, mais la tentative d'homicide est malgré tout retenue, le corps représentant toujours une personne humaine, même après le décès. Il semblerait que la Cour se rattache donc ici plutôt à la notion de personne humaine pour caractériser le terme autrui de l'article 221-6.

Une telle position de la Cour apparaît totalement incohérente avec sa propre jurisprudence concernant le commencement de la vie, pour lequel elle tend plutôt à se fonder sur la personnalité juridique pour caractériser le terme autrui et donc engager la répression. En même temps, il est difficile de dire qu'avec la jurisprudence PERDEREAU, la Cour a fait entrer le corps sans vie dans la définition du terme autrui de façon inconditionnelle. Il s'agit davantage d'une appréciation « factuelle », qui était ici fondée sur l'intention de l'auteur de donner la mort à la personne, sans savoir que le décès était déjà survenu. Au demeurant, en se concentrant sur le terrain de la tentative et non de l'infraction consommée, la Cour admet bien qu'il est impossible de causer la mort d'autrui lorsque celui-ci est déjà décédé.

Par ailleurs, on se rend compte à la lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation que d'autres infractions contre les personnes, telles que le viol, ne sont pas

¹¹⁸ Cass. crim., 16 janvier 1986, n° 85-95461, Bull. crim. n° 25 : « *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* ».

réalisables à l'encontre d'un cadavre¹¹⁹. Pourtant, concernant le viol, certains auteurs mettent en avant le fait que, comme pour l'homicide, il serait envisageable de se fonder sur la théorie de l'infraction impossible¹²⁰. Cependant, si avec l'infraction d'homicide, l'on parvenait à identifier un commencement d'exécution, sur le viol, en revanche, la pénétration sexuelle du cadavre constituant l'acte de viol en lui-même, un commencement d'exécution ne peut être envisagé. On ne peut en effet constater d'acte tendant directement et immédiatement à la pénétration de la victime, puisque celle-ci a déjà eu lieu. Il apparaît ainsi que l'infraction de viol n'est pas véritablement appropriée pour l'appréhension de ces actes, même en usant de la théorie de l'infraction impossible.

Parmi les infractions non spécifiques aux cadavres, les atteintes à la vie privée peuvent également être mentionnées, mais uniquement pour être écartées. En effet, l'infraction de l'article 226-1 inclut les enregistrements concernant les défunts. Cela est renforcé par le fait que l'article 226-6 prévoit la possibilité pour les ayants droit de déclencher l'action publique. Cependant, ces éléments ne paraissent pas être révélateurs d'une inclusion des défunts dans la notion de personne protégée par le Livre II. On considère davantage que ce sont les ayants droit qui font l'objet de la protection pénale dans ces cas, puisque l'on ne vise « *pas directement une atteinte à l'intimité du défunt, mais une atteinte à l'intimité personnelle des ayants droit* »¹²¹. L'étendue de la protection pénale de la personne ne semble alors pas affectée, puisque l'on protège la vie privée de personnes qui sont bien vivantes.

Des doutes peuvent cependant être émis à la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation, qui semble davantage rattacher la protection de la vie privée à la personne du défunt. La Cour a en effet considéré que « *le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à la vie privée d'autrui, le respect étant*

¹¹⁹ Cass. crim. 13 juill. 1965, n° 65-90.040, Bull. crim. n° 175, énonçant clairement que l'infraction d'attentat à la pudeur « *ne peut être commis[e] que sur une personne vivante* ».

¹²⁰ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, 5^e édition, LexisNexis, 2016, p. 165.

¹²¹ J.-C. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. Pén.*, 2011, p. 34-39.

dû à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante »¹²². Dans d'autres arrêts, comme celui relatif à l'affaire du préfet ÉRIGNAC, dans laquelle une photographie du corps du préfet avait été publiée dans des magazines, la Cour semble par ailleurs s'être appuyée sur la dignité de la personne humaine pour accorder la protection de la vie privée de personnes défunt¹²³. Mais si la Cour de cassation emploie le principe de dignité relativement au corps humain sans vie, la protection de la vie privée en elle-même semble rester davantage reliée aux titulaires vivants, en l'occurrence aux ayants droit.

Finalement, l'application d'infractions générales contre les personnes à des cadavres reste limitée. La plupart du temps elle est exclue, et n'a lieu que pour de rares exceptions.

30. Le corps humain victime d'infractions dédiées aux cadavres. Ce manque de protection des cadavres par des infractions d'application générale s'explique et est contrebalancé par l'existence d'une protection via une autre catégorie d'infractions. En effet, le Livre II leur accorde une protection particulière, spécifique, qui est donc indépendante des notions d'autrui ou de personne juridique. Il est clair que concernant ces infractions, ce n'est pas la notion de personnalité juridique qui fonde alors la répression. Partant, on peut y voir une manifestation du fait que la protection de la personne par le Livre II peut dépasser les frontières de cette notion. Il convient alors de se poser la question du fondement de ces infractions d'atteintes spécifiques aux cadavres.

Il existe dans le Code pénal plusieurs infractions se référant au corps humain sans vie, notamment le recel de cadavres (article 434-7)¹²⁴. Mais dans le Livre II, seule une infraction de ce type est présente. Il s'agit de celle prévue à l'article 225-17,

¹²² Cass. crim., 20 octobre 1998, n° 97-83.774.

¹²³ Cass. 1^{re} civ, 20 décembre 2000, n°98-13.875, J.-P. GRIDEL, « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité », *D.*, 2001, p. 872.

¹²⁴ Classée parmi les entraves à la saisine de la justice, cette infraction ne sanctionne pas l'atteinte au cadavre en elle-même mais davantage sa dissimulation, freinant nécessairement l'action judiciaire.

qui punit les atteintes à l'intégrité des cadavres, mais également les atteintes aux sépultures. Cet article est situé dans le chapitre dédié aux atteintes à la dignité de la personne, dans une section consacrée aux atteintes au respect dû aux morts. Plusieurs éléments ressortent de cette présentation, faisant apparaître une multitude de valeurs protégées. D'abord, le plan du Code pénal laisse entendre que ces infractions constitueraient une atteinte à la dignité de la personne. Or s'il est question d'atteintes subies par des cadavres, il n'existe plus de personne juridique. La dignité de la personne serait donc une notion qui dépasse les frontières de la personnalité juridique¹²⁵, si bien qu'il serait davantage approprié d'utiliser l'expression de dignité de la personne humaine. D'ailleurs, cette expression correspondrait bien à ce qui est indiqué par l'intitulé du Titre II : « *Des atteintes à la personne humaine* ». Il en résulterait que si le Livre II protège la personnalité juridique de façon générale, il dépasserait cette notion lorsque la dignité de l'être humain est en cause.

Par ailleurs, l'incrimination elle-même fait référence à l'intégrité du corps humain, mais également aux atteintes aux sépultures, tombeaux, urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts, c'est-à-dire à des atteintes à des biens. En réalité, il est manifeste que ce n'est pas tant l'atteinte à ces biens particuliers qui est réprimée, mais bien « *le respect dû aux morts et au deuil de ses proches* »¹²⁶. À travers l'atteinte à ces biens, on retrouve une atteinte à la valeur protégée exprimée dans le titre de la section : le respect dû aux morts. En définitive, il semble juste de fonder la protection du cadavre sur le principe de dignité de la personne humaine, le respect dû aux morts étant une notion issue de ce principe. On voit alors bien que la protection du Livre II n'est pas liée à la notion de personnalité juridique. Celui-ci semble protéger une personne dont la définition n'est pas aussi restrictive.

La notion civiliste de personnalité juridique apparaît ainsi insuffisante pour définir la personne protégée par le Livre II. Au commencement de la vie, elle

¹²⁵ À propos de la définition du concept de dignité, v. *infra* n° 111 et suiv.

¹²⁶ G. CORNU, *Droit civil : les personnes*, 13^e édition, Montchrestien, 2007, p. 78.

n'apporte pas à la personne la protection que celle-ci nécessite. Au demeurant, à la fin de la vie, le nécessaire prolongement de la protection de la personne et de son corps commande de se fonder sur une définition plus large de la personne. C'est d'ailleurs bien ce que fait le Livre II en accordant sa protection aux cadavres sans se restreindre à une définition limitative. Le dépassement de la personne juridique semble dès lors indispensable, au profit d'un recentrage de la protection de la personne sur d'autres notions voisines.

§ 2 : LE DEPASSEMENT NECESSAIRE DE LA NOTION DE PERSONNE JURIDIQUE

31. L'abandon nécessaire de la notion de personne juridique. « *L'idée est simple : il faudrait parvenir à développer la notion de personne en dépit de la personnalité juridique* »¹²⁷. Si l'idée est simple, sa concrétisation semble plus délicate.

Pour ce qui est du droit pénal, l'on pourrait a priori se demander pourquoi la notion de personnalité juridique devrait avoir tant d'influence, alors qu'il s'agit avant tout d'une notion de droit civil. Comme l'indique Nicolas CATELAN, « *l'on pou[rrait] légitimement attendre du droit pénal, qu'il interprète une incrimination telle que l'homicide involontaire, non au regard de la personnalité juridique, mais davantage à l'aune de l'interdit érigé, de la valeur protégée, la victime n'en étant que le réceptacle* »¹²⁸. La protection pénale ne devrait ainsi pas dépendre d'une notion civile comme la personnalité juridique, mais plutôt de la réponse à la question de savoir s'il y a, oui ou non, atteinte à la valeur que l'on a entendu protéger. De la sorte, du point de vue de la notion de valeur protégée et d'atteinte à cette valeur, il conviendrait de redéfinir les frontières de la notion de personne pour que celle-ci soit pleinement protégée. Si l'on considère que la valeur protégée, c'est-à-dire la vie humaine, est

¹²⁷ N. CATELAN, « Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ? », *op. cit.*, p. 24.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 13.

atteinte lors de l'homicide involontaire de l'enfant à naître, alors celui-ci doit être inclus dans la notion de personne.

On peut ainsi se demander si le droit pénal ne pourrait pas s'éloigner de la notion de personnalité juridique pour protéger l'être humain, la personne humaine, et donc prendre ces notions comme références. Ce serait conforme au principe d'autonomie du droit pénal. Dans ce type de situation, ce principe est d'ailleurs capital. « *Il s'agit en effet de protéger les intérêts essentiels de la société, et cela explique que, partout où ces intérêts sont en cause, même quand le droit pénal ne fait qu'apporter à d'autres droits le secours de ses peines, c'est lui-même et lui seul qui doit déterminer les conditions dans lesquelles ces sanctions sont prononcées et appliquées* »¹²⁹. Ce serait également un retour aux sources, parce qu'avant d'être une notion juridique, la personne est une réalité physique et biologique, et « *le droit peut bien refuser de la reconnaître comme telle, cela ne change rien au fait qu'elle existe* »¹³⁰. Cela serait davantage conforme au concept de valeur protégée, puisque la protection de la vie humaine doit se faire indépendamment de la notion de personnalité juridique¹³¹. En effet, si on voit le problème à travers le prisme de cette valeur, c'est bien la personne humaine qui est en cause et non pas la personne juridique. Partant, « *la notion de personne juridique ne conditionne pas le respect du droit à la vie, qui doit être appliqué à l'Homme* »¹³². Il s'agirait alors de dépasser le fait que le fœtus n'a pas la personnalité juridique avant d'être vivant et viable, cette solution demeurant constante, et de considérer que cela est indifférent, puisqu'on ne doit pas protéger la personne juridique, mais la personne humaine. Finalement, alors que la valeur protégée doit être la vie de la personne humaine, une interprétation restrictive fondée sur la personnalité juridique aboutit à faire de la vie de la personne juridique

¹²⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 25^e édition, Dalloz, 2017, p. 30.

¹³⁰ A. MIRKOVIC, « Le droit constate-t-il ou génère-t-il l'existence de la personne physique ? », *Dr. Famille*, 2012, dossier 6, p. 21.

¹³¹ F. ROUSSEAU, « La victime des infractions contre les personnes : personne humaine ou personne juridique ? », *Rev. Pénit.*, 2012, p. 811.

¹³² M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Civ*, 2000, p. 65.

la valeur protégée. Ce décalage, engendré par la jurisprudence de la Cour de cassation, a ainsi pour effet de restreindre excessivement la protection de la personne, ce qui engendre des lacunes dans la répression¹³³.

Cette solution est d'autant plus envisageable qu'il est incontestable que la notion de personnalité juridique n'est pas une condition préalable au déclenchement de la protection pénale, y compris au sein du Livre II. En effet, c'est bien la personne humaine qui est citée dans les intitulés des titres de ses subdivisions. Au demeurant, parmi les infractions qui ne sont pas liées à la personnalité juridique, on peut citer l'atteinte à l'intégrité du cadavre, que nous avons mentionnée plus haut. On peut encore faire référence aux atteintes à l'espèce humaine, plus particulièrement au clonage reproductif qui vise des actes pratiqués sur des embryons voire en réalité en amont, au stade de la formation de l'identité génétique de la personne. La notion de personnalité juridique semble alors bien loin de ces considérations. Ainsi, on voit bien que la protection pénale ne fait pas systématiquement référence à la personnalité juridique. Pour ce qui est de l'espèce humaine, cela s'expliquerait par le fait qu'étant donné que « *l'humanité ou l'espèce humaine n'est pas un sujet de droit* », l'on se fonde « *sur un principe normatif supérieur* »¹³⁴, qui est la dignité. C'est ainsi la notion de dignité de l'espèce humaine qui est employée pour protéger l'embryon, indépendamment de la notion de personnalité juridique.

32. L'hétérogénéité de désignations de la personne. D'un point de vue juridique, pour pouvoir encadrer le statut de la personne, il a été nécessaire de créer « *un homme juridique différent de l'Homme* »¹³⁵. Cette personne juridique est définie comme un être apte à être titulaire de droits et assujetti à des obligations¹³⁶.

¹³³ À propos du comblement de cette lacune, v. *infra* n° 302 et suiv.

¹³⁴ A. GOGORZA, « La dignité humaine », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, coll. Traités, 2013, p. 136.

¹³⁵ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *op. cit.*, p. 65.

¹³⁶ V° Personnalité juridique, CORNU G. et al. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

Cependant, elle est à distinguer de la personne humaine, qui correspond davantage à une « *réalité biologique* »¹³⁷. La meilleure preuve de cette distinction est le fait que la personnalité juridique n'est pas attribuée uniquement à des personnes humaines, mais aussi à des personnes morales. On voit bien alors que le champ d'application de ces deux notions n'est pas le même.

L'expression de personne physique désigne les personnes humaines titulaires de la personnalité juridique tandis que les personnes morales désignent des groupements ou entités dotés de cette même personnalité. Pour ce qui est des personnes physiques, celles-ci peuvent encore être désignées par d'autres termes, ne recouvrant pas nécessairement la même sphère. C'est ainsi que la notion d'être humain désigne la réalité biologique de la personne, renvoyant à la « *situation d'être un corps, d'entretenir des relations sociales, d'être un corps socialement situé* »¹³⁸. Partant, si l'on compare à ce stade les notions d'être humain et de personne juridique, on peut dire que le titulaire de la personnalité juridique peut ne pas être un être humain.

Pour ce qui est de la notion de personne humaine, elle serait à mi-chemin entre celles de personne juridique et d'être humain. La notion de personne humaine serait en effet plus large que celle de personne juridique, car on y inclurait les éléments inhérents à l'être humain notamment le corps, l'aspect social de la personne, ou encore son humanité, pour finalement aboutir à la situation où « *le concept de personne humaine lie personnalité juridique et être humain* »¹³⁹.

A priori, la notion de personne humaine serait incluse dans la notion d'être humain. La personne humaine serait un être humain (réalité biologique), reconnu par le droit (réalité juridique).

33. Émergence d'une dissociation : personne juridique, personne humaine.

Il ressort de cette multiplicité de termes que la véritable opposition se situerait entre

¹³⁷ A. GOGORZA, « La dignité humaine », *op. cit.*, p. 58.

¹³⁸ X. BIOY, « La personnalité juridique », *op. cit.*, p. 99.

¹³⁹ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 401.

les notions de personne juridique et personne humaine. La première serait plus précisément définie, mais également plus étroite que la seconde, deux caractéristiques allant probablement de pair. C'est pourquoi la notion de personne juridique est plus facile à manipuler en droit, et a contrario que la notion de personne humaine soit plus compliquée à utiliser. On le voit bien dans le Livre II du Code pénal, où la situation est la suivante : la Cour de cassation oblige, à travers sa jurisprudence, à utiliser la notion de personnalité juridique dans l'application de la protection pénale, tandis que la notion de personne humaine se retrouve reléguée à être utilisée seulement dans les titres des subdivisions du Livre II. Cela amène un auteur à constater qu' « à notre connaissance aucune définition de la personne humaine, distincte de la personne juridique n'a été encore posée par un auteur qui mettrait en avant l'appartenance au droit positif du concept de personne humaine (presque toujours les auteurs qui distinguent les deux notions de personne rejettent la personne humaine dans le droit naturel) »¹⁴⁰.

34. Un abandon partiel de la notion de personne humaine. La personne morale victime d'infractions. Si la notion de personnalité juridique ne suffit pas à définir la personne protégée par le Livre II, elle y est certainement incluse. En effet, l'emploi de cette notion par rapport à celle de personne humaine permet d'inclure dans la protection du Livre II les entités titulaires de la personnalité juridique mais n'étant pas des êtres humains, c'est-à-dire les personnes morales.

La question de savoir si ces personnes peuvent être victimes des infractions prévues par le Livre II se pose avec acuité. Cependant, l'étude des valeurs protégées par ces infractions va souvent les exclure de cette protection. On peut prendre l'exemple de la liberté sexuelle, ou encore de l'intégrité physique, parmi d'autres. En effet, les personnes morales ne correspondent à aucune réalité physique, tandis que ces valeurs juridiques sont exclusivement liées à l'existence d'une personne humaine. Mais la question est davantage ouverte concernant d'autres valeurs, telles que les atteintes à la personnalité.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 306.

Certains auteurs ont pu considérer qu'il n'était pas légitime de transposer les droits de la personnalité des personnes physiques aux personnes morales, car ces dernières ne subissent pas d'atteinte morale en cas de commission d'une infraction, l'atteinte serait seulement d'ordre pécuniaire¹⁴¹. Ces auteurs rattachent les droits de la personnalité à la notion de personne humaine et non à la personnalité juridique elle-même. Mais il est au contraire possible, comme le font d'autres auteurs, de rattacher ces droits à la personnalité juridique¹⁴².

La jurisprudence semble d'ailleurs aller dans le sens d'une inclusion des personnes morales dans la protection assurée par le Livre II. En effet, il ne semble pas aberrant de considérer qu'à sa formation, la personne morale ait un nom et un domicile, et que ces éléments doivent faire l'objet d'une protection. C'est ainsi que la Chambre criminelle a déjà retenu l'infraction de violation de domicile d'une personne morale¹⁴³. Cette protection est par ailleurs bien établie, la jurisprudence ne se limitant pas au siège social de la personne morale. Elle a en effet pu inclure le bloc opératoire d'un hôpital¹⁴⁴, ou encore un espace clos extérieur sur lequel une société faisait des essais automobiles¹⁴⁵. Outre la violation de domicile, il a été jugé que les personnes morales peuvent également être victimes de diffamation¹⁴⁶, mais également de l'infraction d'appels téléphoniques malveillants, dans le cas d'appels réitérés dans le but de saturer le standard téléphonique d'un concurrent¹⁴⁷.

¹⁴¹ L. DUMOULIN, « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. sociétés*, 2006, n° 11, p. 1.

¹⁴² H. MARTRON, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, LGDJ, 2011, p. 84-90. ; F. PETIT, « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D. Affaires*, 1998, p. 826.

¹⁴³ Cass. crim. 23 mai 1995, n° 94-81.141, Bull. Crim. n° 193.

¹⁴⁴ Cass. crim., 27 nov. 1996, n° 95-85.118, Bull. crim., n° 431.

¹⁴⁵ Cass. crim., 23 mai 1995, n° 94-81.141, Bull. crim., n° 193.

¹⁴⁶ Cass. civ. 2^e, 5 juil. 2000, n° 98-14.255, A. LEPAGE, « Pour être diffamé, il faut être une personne », *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 21.

¹⁴⁷ Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 99-87371.

De manière générale, il semble que l'on puisse étendre la solution à beaucoup d'atteintes à la personnalité¹⁴⁸. En revanche, certaines incriminations en la matière, en faisant explicitement référence à la personne physique, excluent de fait les personnes morales (articles 226-16-1 et 226-18-1 du Code pénal). L'éviction est aussi manifeste s'agissant des atteintes résultant de l'examen des caractéristiques génétiques¹⁴⁹. En revanche, le délit récent d'usurpation d'identité de l'article 226-4-1 semble pouvoir être applicable pour protéger le nom de la personne morale.

Au demeurant, l'on peut avoir un doute concernant les atteintes à la vie privée. En effet, à première vue, les procédés ne peuvent être réalisés que sur une personne physique, s'agissant de la fixation d'image ou de paroles. Mais l'on pourrait imaginer le cas du procédé réalisé sur un organe ou représentant de la personne morale, portant atteinte à la vie privée de cette dernière¹⁵⁰. On peut en effet considérer que « *l'étroitesse du lien existant entre domicile et vie privée conduit à penser que la reconnaissance du premier évoque spontanément la seconde* »¹⁵¹. Dans un arrêt du 10 mai 2001, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a statué en faveur de l'inclusion des personnes morales dans la protection pénale de la vie privée, en considérant de façon très claire que : « *les personnes morales sont susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée dès lors qu'elles sont titulaires de droits de la personnalité tels que le droit au nom, le droit au secret de leur vie intérieure [...], dès lors qu'une vie secrète peut se dérouler dans leurs locaux privés à laquelle toute personne, étrangère aux membres qui les composent, ne peut, sans leur consentement, porter une atteinte qui n'est pas autrement protégée par des règles spécifiques, notamment en matière de droit de la concurrence ou de secret des affaires ou de contrefaçon* »¹⁵². Cependant, la Cour de

¹⁴⁸ F. ROUSSEAU, « La victime des infractions contre les personnes », *op. cit.*, p. 814.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 817.

¹⁵⁰ J.-C. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *op. cit.*, n° 11. L'auteur cite un arrêt semblant aller dans ce sens, bien que fondé davantage sur la confidentialité, v. Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-81.492, Bull. crim. 2010, n° 25.

¹⁵¹ L. DUMOULIN, « Les droits de la personnalité des personnes morales », *op. cit.*

¹⁵² Aix-en-Provence, 10 mai 2001, v. obs. A. Lepage, « Les personnes morales sont susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée », *D.*, 2002, p. 2299.

cassation paraît avoir clos le débat de l'inclusion des personnes morales dans la protection de la vie privée. En effet, dans un arrêt du 17 mars 2016, elle a considéré que « *si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil* »¹⁵³. Mais ce lien fait avec l'article 9 du Code civil pose la question du rapport avec la protection pénale. En effet, la Cour n'exclut pas explicitement les personnes morales de la protection pénale de la vie privée. La mention expresse de l'article 9 et du sens qu'il donne à l'expression de vie privée semble cantonner cette solution au droit civil. Rien n'est donc aussi catégorique en matière pénale.

En définitive, on se rend compte que la personne morale peut parfois être victime de certaines infractions du Livre II, ce qui démontre la prise en compte de la notion de personne juridique.

35. Choix impossible entre la personne humaine et la personne juridique.

Le Code pénal serait-il capable de fonder sa protection sur une notion aussi peu précise que celle de personne humaine, ou même d'être humain par rapport à celle de personne juridique ? Nous avons démontré qu'il est nécessaire de dépasser la notion de personne juridique, mais à quel point cette notion doit-elle être écartée ? Si la notion de personnalité juridique permet de fonder la protection de la personne après sa naissance et avant sa mort, les notions de personne humaine et d'être humain permettent d'étendre cette protection au-delà de ces deux frontières, comme cela est nécessaire. Même si la tendance est aujourd'hui à l'extension de la personnalité juridique, afin de prendre en compte des entités nouvelles¹⁵⁴, celle-ci se révélera toujours insuffisante pour une entière protection de la personne. Cependant, la protection occasionnelle des personnes morales nécessite de tenir

¹⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2016, n° 15-14.072.

¹⁵⁴ P.-J. DELAGE, « Les fondements de la personnalité juridique », in *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 38-39. L'auteur prend l'exemple frappant de la Cour suprême indienne ayant accordé la personnalité juridique à des animaux, ou encore la Bolivie et l'Équateur qui accordent ce statut et reconnaissent des droits fondamentaux à la nature. Il évoque également l'exemple de la Nouvelle-Zélande, qui a reconnu la personnalité juridique à un fleuve et à un territoire.

compte de cette notion de personnalité juridique, et de ne pas fonder la protection pénale du Livre II exclusivement sur la notion de personne humaine.

En somme, ni la notion de personne humaine, ni celle de personne juridique ne sont satisfaisantes pour définir la personne objet de la protection du Livre II. Aucune des deux notions ne correspond à la réalité d'ailleurs puisque, finalement, le Livre II protège une personne qui n'est ni exactement la personne humaine, ni exactement la personne juridique.

36. La reconnaissance de l'hétérogénéité de la notion de personne dans le Livre II. Une multiplicité de termes et expressions peut ainsi être utilisée pour définir la personne dans le Code pénal. Et, à l'étude des infractions du Livre II, on peut constater que la notion de personne n'est pas la même en fonction des infractions. En effet, selon les incriminations et leurs besoins particuliers, une personne différente sera retenue. Par ailleurs, le plan du Livre II n'aide pas vraiment à faire un choix, car les intitulés de ses subdivisions visent alternativement la personne humaine, la personne « tout court », ou la personnalité. Ainsi, la notion de personne juridique peut suffire à fonder une partie des infractions du Livre II (infractions sexuelles, infractions contre la personnalité par exemple). En revanche, elle se révèle inadaptée aux infractions protégeant l'espèce humaine ou l'humanité, qui sont des notions qui surpassent la personne juridique¹⁵⁵, mais aussi au nécessaire dépassement des frontières de la vie.

En définitive, si l'on prend en compte les besoins de la personne humaine, celle-ci doit être protégée de sa naissance à sa mort, mais également avant et après. Avant sa naissance, la « *personne potentielle* »¹⁵⁶ doit être protégée contre les atteintes illégitimes¹⁵⁷ qui pourraient la menacer. Après sa mort, la personne doit être protégée avant tout à travers la sauvegarde de son corps et des éléments qui la

¹⁵⁵ À propos de la protection des valeurs plus grandes que la personne, v. *infra* n° 51 et suiv.

¹⁵⁶ Comité consultatif national d'éthique, *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, 22 mai 1984.

¹⁵⁷ À propos de l'articulation entre avortement et protection de la personne avant sa naissance, v. *infra* n° 302-305.

représentent – via les notions de vie privée, de respect dû aux morts, et la protection des biens liés au cadavre : tombeaux, sépultures. Les personnes morales doivent par ailleurs être prises en compte dans cette définition, afin d’être protégées contre les atteintes qu’elles pourraient subir.

Si la notion de personnalité juridique peut servir de base à la définition de la personne protégée par le Livre II, en ce qu’elle englobe la protection de la personne morale et de la personne humaine entre sa naissance et sa mort, elle doit nécessairement être dépassée pour offrir à la personne une protection plus exhaustive. Cette définition doit donc être complétée, pour finalement englober la protection de l’être humain, de sa conception à sa naissance. Par ailleurs, elle doit permettre d’inclure la protection de la personne après sa mort, à travers la protection de son corps ou d’éléments plus abstraits comme sa vie privée ou le respect qui lui est dû. Parce que les atteintes à ces éléments peuvent en théorie se réaliser indéfiniment, on peut même considérer qu’en réalité, la protection de la personne n’a pas de véritable fin déterminée.

Au-delà de la délicate définition de la personne protégée par le Livre II et plus particulièrement de la délimitation temporelle de cette notion, la protection pénale du Livre II se définit également dans un champ matériel, à travers l’identification des valeurs à protéger qui découlent de la personne.

SECTION 2 : L’IDENTIFICATION DES VALEURS PROTEGEES PAR LE LIVRE II

37. La protection de la personne fondée sur des valeurs juridiques. L’importance de la fonction de protection de la personne assurée par le Livre II rend l’exhaustivité de cette protection capitale. L’emploi de valeurs protégées pour décliner cette protection apparaît être le meilleur moyen d’assurer cette

complétude. L'expression de valeurs liées à la personne assure en outre leur promotion et l'affichage de leur dimension pour la société. En effet, « *il ne faut pas négliger la part de symbole dans le droit pénal, notamment celle qui entre dans la place des infractions qui n'est pas sans lien avec leur prestige* »¹⁵⁸. La démarche consistant à décomposer la personne en différentes valeurs peut ainsi permettre de s'assurer qu'aucune lacune n'existe, tout en assurant la délimitation matérielle le champ du Livre II (§ 1). Mais le processus d'identification des valeurs ne passe pas uniquement par un morcellement de la personne, puisque certaines de ces valeurs ne composent pas directement la personne, mais en sont une dimension supérieure (§ 2).

§ 1 : LA PROTECTION DE VALEURS LIEES A LA PERSONNE

38. Identification de valeurs protégées liées à la personne. « *L'idée est de rendre compte d'une série de caractéristiques susceptibles d'être protégées par le droit à la fois par leur caractère objectif (appartenant à toute personne), comme dans ce qu'elle a de plus subjectif (l'exercice de sa liberté individuelle)* »¹⁵⁹. L'identification de valeurs découlant de la personne tient de multiples rôles, au premier rang desquels celui de la délimitation du champ du Livre II (A). Elle passe par un processus méthodique, afin de déceler les composantes de la personne qu'il est nécessaire de protéger (B).

¹⁵⁸ A. LEPAGE, « La place des incriminations dans le Livre II du Code pénal : quels enjeux pour la codification ? », in Laurent SAENKO et al. (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014, p. 141.

¹⁵⁹ A. ZABALZA, « Introduction », *op. cit.*, p. 40.

A - Le rôle des valeurs protégées par le Livre II

39. La notion de valeur protégée. « *Le droit criminel [est] la branche du droit qui tend à garantir le respect des principaux intérêts privés, familiaux et publics, tout en protégeant les citoyens contre des poursuites, un jugement et une condamnation arbitraires* »¹⁶⁰. La protection de ces différents intérêts par la loi pénale fait d'eux des biens juridiques. La loi pénale a notamment pour objet la protection et la mise en valeur de ces biens juridiques. Ainsi, quand on parle de protection de la personne, il est indirectement fait référence à la protection des biens juridiques relatifs à la personne.

Le droit pénal ayant pour objet la protection de l'ordre public pénal, c'est-à-dire « *celui qui tend à protéger les valeurs essentielles à la vie en société* »¹⁶¹, cet ordre public pénal doit être distingué des intérêts privés, qui ne conditionnent pas la réponse pénale. C'est toujours l'intérêt social qui est en jeu, y compris lorsqu'une atteinte à un intérêt privé cause un trouble à l'ordre social¹⁶². Ainsi, pour un auteur, il découle de la notion d'ordre public pénal un ensemble de valeurs et principes à protéger, qui sont essentiels à la société à un moment précis¹⁶³. Ces biens juridiques ou valeurs protégées peuvent être définis comme l'objet de protection du droit pénal, mais aussi l'objet atteint par la commission de l'infraction¹⁶⁴. Ils apparaissent finalement comme des éléments « *dont la protection va constituer la finalité de l'infraction légalement instituée* »¹⁶⁵.

¹⁶⁰ J.-P. DOUCET, *La loi pénale : l'exercice du pouvoir législatif en matière pénale*, éd. J.-P. Doucet, 2003, p. 5.

¹⁶¹ G. RABUT, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶² *Ibid.*, p. 46.

¹⁶³ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 98, 2010, p. 3.

¹⁶⁴ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, p. 6-7.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 469.

Certains auteurs attribuent à FEUERBACH la véritable origine du concept de bien juridique, à travers la théorie des droits subjectifs qu'il a développée¹⁶⁶. Cette théorie fut émise dans le but de redéfinir les fondements du *ius puniendi* de l'État. Mais ce fut BINDING qui relia la notion de bien juridique à une conception davantage positiviste, caractérisant l'infraction comme la lésion d'un bien juridique¹⁶⁷. Au contraire pour VON LISZT, le bien juridique existe préalablement à sa reconnaissance par le droit. Il s'agit au départ d'un intérêt qui existe dans les rapports entre individus, et qui va devenir un bien juridique du fait d'une reconnaissance par le législateur. « *Le bien juridique est par conséquent l'intérêt auquel l'État a choisi d'accorder une protection juridique* »¹⁶⁸. Est ainsi mis en avant l'apport de l'école du droit naturel dans le processus de reconnaissance juridique de valeurs, ce « *faisceau de principes généraux* » étant à la source du droit positif¹⁶⁹. En effet, alors que la pensée jusnaturaliste, à l'instar de VON LISZT, fonde le droit sur des principes moraux qui le précèdent, les biens juridiques semblent suivre le même chemin, un certain nombre d'entre eux préexistant leur reconnaissance juridique. Apparaît alors la question de l'influence de la morale, « *religion de ceux qui n'en ont pas* »¹⁷⁰, sur la notion de bien juridique, présente chez ROSSI¹⁷¹. La consécration par le législateur de la morale vers un intérêt protégé serait un appui accordé à la morale, « *lui prêter sa force, norme pour norme la renforcer* »¹⁷².

¹⁶⁶ La théorie des droits subjectifs a pour but de délimiter le champ pénal, mais a également pour conséquence d'en exclure la morale et la religion, du fait de la focalisation sur les droits subjectifs. C'est ce qui va distinguer Feuerbach de Rossi, puisque celui-ci met plutôt l'accent sur la violation d'un devoir, ce qui permettrait de faire rentrer la morale dans le champ pénal. En ce sens, v. *ibid.*, p. 44.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 59.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶⁹ Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ?*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁰ J. CARBONNIER, « Morale et droit », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e édition, LGDJ, 1998, p. 91.

¹⁷¹ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷² J. CARBONNIER, « Morale et droit », *op. cit.*, p. 93.

Lorsque les biens juridiques sont reconnus par le droit, leur nature varie beaucoup selon les auteurs ; ils peuvent ainsi être un droit subjectif pour FEUERBACH, ou alors une valeur davantage objective, voire indisponible. Ces différentes natures leur permettent de remplir différents rôles : classification des infractions, *ratio legis*, délimitation du champ pénal, interprétation des infractions¹⁷³.

40. Lien entre protection de biens juridiques et Code pénal. La protection pénale doit ainsi être reliée à la protection de valeurs identifiées. C'est l'importance de ces valeurs qui va commander la nécessité d'une protection pénale. Ainsi, seules les valeurs les plus importantes doivent bénéficier d'une telle protection. Le Code pénal, en en étant le support principal, doit remplir le rôle de sauvegarde de ces valeurs. On retrouve la manifestation de cela dans la structuration du plan du Code, les valeurs protégées étant réparties selon qu'elles sont relatives à la personne, aux biens, ou à la nation, l'État et la paix publique.

Il est évident que le Code pénal n'est pas le seul instrument de protection pénale et que d'autres Codes ou lois remplissent également cette mission¹⁷⁴. Mais le statut de Code pénal fait que ce sont les valeurs les plus importantes qui doivent y être protégées, et les atteintes les plus graves à ces valeurs qui doivent y être réprimées. La codification reste en effet « *le parangon de la méthode légistique* »¹⁷⁵, permettant de répondre à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁷⁶. Une codification pénale va être le moyen privilégié d'expression de valeurs du fait de la symbolique et de la prééminence qui entourent la notion de Code pénal. Elle va permettre d'assurer « *l'univocité du message* », « *un*

¹⁷³ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *op. cit.*, p. 413.

¹⁷⁴ À propos de l'articulation entre protection pénale dans le Code pénal et dans d'autres textes, v. *infra* n° 59 et suiv.

¹⁷⁵ A. GIUDUCELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels. », *RSC*, 2007, p. 509.

¹⁷⁶ Cons. const., décision n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, cons. 13.

discours de valeurs unifié et cohérent, expression d'une morale d'autorité destinée à baliser les contours d'un projet politique et social »¹⁷⁷.

Cependant, la mention de l'importance de la codification ne se fait pas aujourd'hui sans mettre en avant que ce phénomène apparaît de plus en plus dépassé pour certains auteurs, notamment parce que l'éclatement des sources de protection pénale conduit nécessairement à « *l'incomplétude du code* »¹⁷⁸, comme l'exprime Mireille DELMAS-MARTY. Mais cette incomplétude est-elle un problème d'une telle importance qu'il efface tous les avantages d'une codification, même incomplète ? Rappelons que du point de vue des valeurs protégées, le Code pénal demeure un instrument de valorisation, d'expression de ces valeurs les plus essentielles à la société. L'on peut néanmoins partager le constat d'incohérence actuelle mis en avant par Mireille DELMAS-MARTY, et considérer que la codification est un procédé nécessaire et véritablement utile pour l'expression de valeurs, mais uniquement lorsqu'elle est animée par une cohérence suffisante pour ne pas altérer son utilité. Il s'agit donc là d'un enjeu capital pour la détermination des valeurs protégées par le Code pénal, et en particulier par le Livre II. Si le Livre II du Code pénal est consacré à la protection de la personne, celui-ci doit alors exprimer et protéger des valeurs sociales issues de celle-ci et identifiées précisément comme étant les plus essentielles. Ces valeurs doivent également répondre à une cohérence d'ensemble, qui doit être conservée à tout prix au fil des modifications législatives, sous peine d'altérer la qualité de l'expression des valeurs, comme de la protection pénale.

41. Le choix de valeurs comme détermination des limites du Livre II. La protection pénale de la personne est la raison d'être du Livre II, et cette protection pénale découle de la sélection d'un ensemble cohérent de valeurs issues de la

¹⁷⁷ Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ?*, *op. cit.*, p. 12. C'est la raison pour laquelle les incohérences dans l'expression de valeurs par le Code pénal doivent être minimisées au possible, à ce propos v. *infra* n° 97 et suiv., en particulier n° 109 et suiv.

¹⁷⁸ M. DELMAS-MARTY, « Le dernier Code pénal », in L. SAENKO, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014, p. XIII.

personne, en gardant à l'esprit qu'« un Code pénal doit tendre vers une grandeur qui dépasse la somme des dispositions qu'il contient, pour révéler un projet qui engage la société »¹⁷⁹.

Par conséquent, c'est cet ensemble de valeurs choisies qui peut permettre de révéler cette vision, et par là même déterminer le champ pénal du Livre II. Si telle ou telle valeur en lien avec la personne est tenue d'être protégée, la pénalisation des atteintes à cette valeur se doit alors de figurer dans le champ du Livre II. À l'inverse, les valeurs plus ordinaires ou superflues ne peuvent avoir leur place dans cette sphère. Le droit pénal est un instrument de dernier recours, la sanction pénale devant « [être] réservée à ce qui est marqué du sceau de la gravité »¹⁸⁰. De plus, le Livre II n'a pas le monopole de la protection de la personne, mais au contraire ne doit rassembler que la protection la plus fondamentale, pour laquelle crimes et délits apparaissent nécessaires. Partant, doivent en être exclues les atteintes les moins graves aux valeurs essentielles. Celles-ci doivent être, selon les cas, protégées par à d'autres branches du droit à même de répondre à la menace de certains comportements, ou encore être assurées par des contraventions si cela est plus approprié. On voit ainsi qu'une telle lecture des objectifs du Livre II du Code pénal peut permettre de mieux les satisfaire, et ainsi de « rationaliser la production pénale »¹⁸¹ en matière de protection de la personne. L'accent était d'ailleurs mis dans l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code pénal sur l'ensemble de ces aspects¹⁸², le véritable enjeu étant de ne pas perdre ces intentions de vue avec le temps.

Reste cependant à déterminer comment le choix de cet ensemble de valeurs doit se faire en matière de protection de la personne, afin d'identifier concrètement le champ pénal du Livre II.

¹⁷⁹ A. LEPAGE, « Le nouveau Code pénal », *op. cit.*, p. 139.

¹⁸⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 6^e édition, PUF, 2018, p. 27.

¹⁸¹ M. MASSE, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. Droit et justice, 2009, p. 76.

¹⁸² R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, *op. cit.*

42. Nécessité d'identifier des valeurs déterminées. Selon le principe d'intervention minimale du droit pénal, autrement appelé le principe d'ultima ratio, le législateur ne doit pas accorder une protection pénale à tous les intérêts. L'on pourrait protéger toutes les valeurs, mais toutes ne doivent pas l'être, ce qui nécessite de recourir à un mécanisme de sélection.

B - La détermination des valeurs issues de la personne

43. L'importance du processus de sélection. « *Élément du genre humain, l'homme doit être respecté dans sa dignité, [individu] unique et irremplaçable, l'homme doit se voir assurer le libre choix de sa destinée, [être] physique, l'homme doit bénéficier de la protection de son intégrité, [esprit] immatériel, l'homme doit être mis à l'abri de toute atteinte à sa personnalité* »¹⁸³. Face à la multitude de valeurs qui se manifestent, dans la détermination de celles qui doivent être protégées, et des atteintes à ces valeurs qui doivent être incriminées, il convient de trouver un certain équilibre. En effet, il est nécessaire de mettre en balance la précision qu'impose le principe de légalité, selon lequel chaque comportement puni doit être une infraction, et l'absence d'excès de distinction qui serait néfaste. « *Ne pouvant dès lors concevoir un délit de base général visant toute atteinte à la personne humaine, on doit nécessairement distinguer dans la personne humaine un certain nombre d'aspects distincts susceptibles de recevoir une définition précise* »¹⁸⁴.

44. Méthode de sélection. Le processus d'identification des valeurs protégées issues de la personne doit nécessairement partir de la définition de la personne. Nous avons vu que certaines définitions comme celles issues de la personnalité juridique étaient trop restrictives, et qu'il fallait au contraire prendre une définition

¹⁸³ J.-P. DOUCET, *La Protection pénale de la personne humaine*, Université de Liège, 1979, p. 31.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 30. La citation se poursuit de la façon suivante : « *Malheureusement nul n'est encore parvenu à établir une liste des aspects à protéger de la personne humaine susceptible de recevoir une approbation unanime. S'il en est ainsi, c'est sans doute parce que la nature même de l'homme prête à controverse en raison de sa complexité* ».

plus large, plus proche des concepts de personne humaine et d'être humain, qui inclut des attributs de la personne tels que son corps, son humanité ou ses facultés sociales. Il s'agit dès lors d'analyser et décomposer cette personne afin d'en tirer les éléments les plus importants qui la composent et qui permettent d'assurer son existence. En effet, « *la personne humaine a besoin, pour son plein rayonnement, de se voir reconnaître, non seulement par le droit naturel, mais par le droit positif, un certain nombre d'attributs, de droits sacrés, intangibles* »¹⁸⁵. L'identification des valeurs découlant de la personne consiste à rendre concrète la définition de la personne que l'on adopte, afin d'en tirer toutes les conséquences, et de déterminer tous les intérêts composant la personne de façon effective. « *Il y a aujourd'hui difficultés, hésitations et gênes certaines à établir une approche cohérente et globale de la protection pénale de l'humain, essentiellement liées à la diversité des valeurs concrètement protégées* »¹⁸⁶. Il ne s'agit alors pas d'établir un catalogue des valeurs concrètement protégées, mais plutôt de déterminer quelles valeurs découlent de la personne et nécessitent par essence une protection. Plus particulièrement, quelles sont les valeurs les plus éminentes nécessitant d'être protégées par le Livre II, instrument privilégié de protection de la personne ?

45. La relativité des valeurs protégées. Au préalable, il convient de souligner l'importance du relativisme dans l'énonciation des valeurs, car selon la société en question et l'époque, les valeurs énoncées ne sont pas les mêmes. Celles-ci sont en effet issues d'une « *sensibilité partagée* », qui évolue avec la société¹⁸⁷.

Par ailleurs, même lorsqu'une valeur est effectivement protégée, c'est parfois l'étendue de la protection qui va varier, comme le montre Mireille DELMAS-MARTY à partir de l'exemple du droit à la vie, qui bien qu'universellement protégé, subit des exceptions plus ou moins grandes selon les cultures, « *les instruments juridiques*

¹⁸⁵ R. SAVATIER, « Le droit de la personne et l'échelle des valeurs », in *En hommage à Victor Gothot*, Université de Liège, 1962, p. 570.

¹⁸⁶ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Éthique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 342.

¹⁸⁷ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 28.

internationaux admettent explicitement diverses exceptions, de la peine de mort à la guerre en passant par la légitime défense, mais laissent implicites des questions comme l'avortement ou l'euthanasie, renvoyées à la jurisprudence »¹⁸⁸. Cependant, certaines valeurs découlant de la personne semblent aspirer à une protection en tout temps et en tous lieux, et c'est sur ces valeurs qu'il convient de s'arrêter.

46. Identification des valeurs protégées découlant de la personne.
Protection de la vie. Avant d'identifier les valeurs composant la personne à proprement parler, la première valeur fondamentale à sauvegarder est tout simplement l'existence même de la personne, à travers la protection de sa vie. C'est qu'en effet la protection de cette valeur conditionne celle de toutes les autres. Évidemment c'est une valeur que l'on retrouve protégée au niveau national¹⁸⁹, mais aussi en droit international dans de nombreux instruments tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁹⁰, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme¹⁹¹, ou encore le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui énonce clairement que « *le droit à la vie est inhérent à la personne humaine* »¹⁹². C'est ainsi que la vie a pu être qualifiée de « *droit suprême de l'être humain* »¹⁹³, ou encore de « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »¹⁹⁴. D'un point de vue pénal, la répression des atteintes à cette valeur, quelle que soit la forme qu'elles prennent, est ainsi capitale pour la protection de la personne.

¹⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ?*, Éditions du Seuil, coll. La couleur des idées, 2011, p. 218.

¹⁸⁹ Art. 16 C. civ.

¹⁹⁰ Art. 3, Déclaration universelle des droits de l'Homme, 1948.

¹⁹¹ Art. 2, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950.

¹⁹² Art. 6, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966.

¹⁹³ Comité des droits de l'Homme, n° 146/1983, BABOERAM c/ Surinam, A/40/40.

¹⁹⁴ Cour EDH, MCCANN c/ R.-U., 27 septembre 1995, n° 18984/91.

47. Intégrité physique et psychique. Si la vie et l'existence de la personne doivent être les premiers éléments à protéger, il convient également d'inclure dans cette protection les éléments correspondant aux atteintes à la personne qui, bien que n'affectant pas l'existence même de la personne, la touchent dans un degré moindre, altérant sa condition, son état. C'est alors la protection de l'intégrité de la personne qui est en jeu. L'intégrité de la personne désigne l'« état de ce qui est sain, intact, qui n'a subi aucune altération, aucune atteinte »¹⁹⁵. La préservation de la personne impose ainsi de la protéger contre les atteintes qui, sans être de nature à lui ôter la vie, affectent son intégrité.

Jean-Jacques BURLAMAQUI écrivait en 1747 dans son traité des principes du droit naturel : « l'homme étant un être composé d'un corps et d'une âme, il y a aussi des biens et des maux de deux sortes, spirituels ou corporels »¹⁹⁶. Il est rejoint par un autre auteur, qui note qu'« ainsi peut-on présenter la personne humaine comme une unité composée d'autres unités. L'individu, l'être humain, première composante de la personne, s'analyse lui-même comme l'unité d'un corps et d'un esprit »¹⁹⁷. Sans nécessairement à avoir à faire le choix mis en avant par une auteure¹⁹⁸, entre DESCARTES et SPINOZA, entre dualisme et monisme, il ressort que la protection de l'intégrité de la personne doit, pour être complète, être déployée sur deux fronts : l'intégrité physique et l'intégrité psychique. Une distinction doit donc être faite entre les deux. Le terme physique désigne ce qui a trait à la matière, à la réalité matérielle ; par rapport à la personne, il s'agit de ce qui est « relatif au corps humain », à la personne « dans son aspect physique »¹⁹⁹. Au contraire, le terme psychique renvoie quant à lui à ce qui a

¹⁹⁵ V° Intégrité, TLFi, en ligne sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/integrité>, consulté le 13 novembre 2018.

¹⁹⁶ J.-J. BURLAMAQUI, *Principes de droit naturel*, Dalloz, 2007, p. 42.

¹⁹⁷ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 430.

¹⁹⁸ V. MALABAT, « Légalité et légitimité pénales à l'épreuve de l'extension du champ pénal. L'exemple de la protection pénale de l'intégrité psychique », in B. PY, F. STASIAK (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, PUN-Editions Universitaires de Lorraine, 2018, p. 158.

¹⁹⁹ V° Physique, TLFi, en ligne sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/physique>, consulté le 13 novembre 2018.

trait à l'esprit, à la pensée²⁰⁰. Finalement, tandis que l'intégrité physique correspond à la protection du corps humain dans sa tangibilité, l'intégrité psychique se rapporte à la protection de l'esprit de la personne contre les atteintes incorporelles. Autrement dit, « *le corps a une réalité matérielle, tandis que le psychisme en est son double spirituel et immatériel* »²⁰¹.

Puisque le corps est inhérent à la personne humaine dans sa définition, la protection du corps est une des premières choses à mettre en place. En effet, « *la personne humaine va situer la volonté dans un corps sur lequel elle a emprise et qui en est la condition* »²⁰². La promotion de l'intégrité en tant que valeur s'est d'ailleurs historiquement fondée sur l'intégrité physique ; le Conseil constitutionnel ayant, qui plus est, considéré que la prévention des atteintes à l'intégrité physique des personnes est un objectif à valeur constitutionnelle²⁰³.

Parce que les atteintes matérielles sont directement observables, contrairement aux atteintes à l'intégrité psychique, la protection de l'intégrité physique apparaît nettement plus aisée. Mais puisqu'elle compose à demi la personne, la protection de l'intégrité psychique se doit par ailleurs d'être efficace. Ainsi, par rapport à l'intégrité physique, l'intégrité psychique nécessite une plus grande attention, notamment au niveau de sa définition. Pour ce faire, une auteure fait par exemple le lien avec l'expression de santé mentale, définie par l'OMS « *qui considère que, dans son versant négatif, elle vise aussi bien les troubles mentaux que la détresse psychologique témoignant d'une souffrance psychique plus ou moins importante* »²⁰⁴. Le Code pénal a bien pris en compte ces enjeux en perfectionnant progressivement la protection de l'intégrité psychique. Celle-ci est aujourd'hui également renforcée au niveau européen, à travers par exemple la convention du

²⁰⁰ V° Psychique, TLFi, en ligne sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/psychique>, consulté le 13 novembre 2018.

²⁰¹ V. MALABAT, « Légalité et légitimité pénales à l'épreuve de l'extension du champ pénal. L'exemple de la protection pénale de l'intégrité psychique », *op. cit.*, p. 158.

²⁰² X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 330.

²⁰³ Cons. const., décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999, cons. 2.

²⁰⁴ V. MALABAT, « Légalité et légitimité pénales à l'épreuve de l'extension du champ pénal. L'exemple de la protection pénale de l'intégrité psychique », *op. cit.*, p. 162.

Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011, qui dans ses articles 33 et 34 enjoint aux parties de prendre les mesures nécessaires pour sanctionner pénalement les violences psychologiques par la contrainte et menace et le harcèlement

48. Protection de la personnalité. Entre sa naissance et sa mort, nous avons vu que la personne se voit reconnaître la personnalité juridique, c'est-à-dire l'« *aptitude à être titulaire de droits et obligations qui appartient à toutes les personnes physiques et morales* »²⁰⁵. Cette consécration est capitale, à tel point que l'on peut considérer que « *la reconnaissance de la personnalité juridique et les attributs de la personnalité sont les deux assises fondamentales du droit des personnes qui consacrent positivement en droit civil français, la valeur éminente de la personne humaine* »²⁰⁶. Le lien entre la personne et sa personnalité est si étroit qu'en réalité, il est plus juste de dire que le législateur opère la « *consécration légale d'une donnée naturelle* »²⁰⁷ plutôt qu'une création artificielle.

Quant à l'identification des composantes de cette personnalité qu'il convient de protéger, deux positions semblent s'opposer. Il est en effet possible de considérer que deux branches coexistent : le droit au respect de la vie privée et le droit au respect du corps humain, d'autres valeurs découlant respectivement de ces deux branches. Une autre partie de la doctrine estime en revanche que la personnalité n'englobe que des droits relatifs à l'intégrité morale, la protection du corps humain ne relevant pas de la personnalité²⁰⁸. Il semble en effet que si la protection du corps, comme nous avons pu le démontrer précédemment²⁰⁹, nécessite de s'étendre au-delà des événements que sont la naissance et la mort ; elle ne peut pas être reliée à la personnalité juridique, dont les frontières sont trop restrictivement bornées. Ainsi, la protection de l'intégrité physique dont nous avons parlé est davantage

²⁰⁵ V° Personnalité, CORNU Gérard et al. (dir.), *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p. 760.

²⁰⁶ G. CORNU, *Droit civil, op. cit.*, p. 13.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 14.

²⁰⁸ J.-M. BRUGUIERE, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », *D.*, 2011, p. 28.

²⁰⁹ V. *supra* n° 24 et suiv.

rattachée à la réalité biologique de la personne et donc aux notions de personne humaine et d'être humain. Pour ce qui est de la protection de la personnalité, celle-ci doit être reliée à la protection de l'intégrité morale, à travers principalement la notion de vie privée. De cette notion découlent d'autres valeurs importantes : l'identité²¹⁰, le secret des correspondances, le domicile, ou encore l'image de la personne. Jean-Paul DOUCET estime ainsi que le législateur « *doit tenir compte du besoin de sécurité qui pousse tout être vivant à s'aménager un refuge dans lequel il se trouve à l'abri de toute agression. [...] D'autre part, le législateur doit veiller à ce que chaque individu puisse s'affranchir périodiquement des inévitables contraintes qu'impose la vie sociale et s'abandonner en toute indépendance aux activités de son choix* »²¹¹.

Un auteur note que la protection de ces valeurs composant la vie privée de la personne protège en réalité l'équilibre entre vie privée et vie publique de la personne. En effet, « *l'unité de la personne s'opère également entre la vie privée et la vie publique de l'individu. Elle est ainsi associée à la notion d'identité dont le droit tend à protéger la constance dans le temps et dans les espaces que la personne occupe* »²¹². Ainsi la personne serait une unité entre un besoin de vie privée, mais aussi de facultés de socialisation et d'appartenance à un groupe. On peut alors identifier la nécessité de protection à la fois de la vie privée comme nous l'avons dit, mais également de la vie publique de la personne, correspondant à la nécessité de « *protéger la personnalité en public, protéger la personnalité du public, laisser la personne situer sa personnalité dans l'une ou l'autre sphère* »²¹³.

49. Identification des atteintes aux valeurs protégées. L'identification des valeurs à protéger découlant de la personne suppose également de reconnaître les atteintes contre lesquelles elles doivent être protégées. En effet, les atteintes pouvant

²¹⁰ Y compris aujourd'hui l'identité numérique de la personne, à ce propos v. V. CANTAT-LAMPIN, « Les atteintes à la personne par le biais des communications électroniques », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint : Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 305-315.

²¹¹ J.-P. DOUCET, *La Protection pénale de la personne humaine*, op. cit., p. 183-184.

²¹² X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit., p. 430.

²¹³ *Ibid.*, p. 585.

être distinguées selon leur nature et leur gravité, la protection pénale peut sans doute ne pas être nécessaire pour les moins graves d'entre elles. L'identification de ces atteintes a alors le même rôle de délimitation du champ du Livre II que l'identification des valeurs elles-mêmes.

Jean-Jacques BURLAMAQUI fait ainsi état de critères de distinction, comme la durée de l'atteinte : « à cet égard, les biens et les maux n'ont pas tous la même nature : les uns sont solides et durables, les autres sont passagers et inconstants »²¹⁴. Ces distinctions reflètent bien le découpage du Livre II concernant les types d'atteintes, qui différencie ainsi les atteintes volontaires et involontaires²¹⁵, ou encore qui établit différentes infractions selon l'étendue de l'atteinte et ses conséquences²¹⁶. On le remarque également pour d'autres critères que pose cet auteur, comme le caractère actuel ou éventuel des biens et des maux, ou encore la distinction entre les biens et maux particuliers, affectant quelques ou un individu, et ceux communs et universels. « De toutes ces remarques nous pouvons conclure enfin : que les biens et les maux n'étant pas tous d'une même espèce, il y a entre eux des différences, et que comparés ensemble, on trouve qu'il y a des biens plus excellents les uns que les autres, et des maux plus ou moins fâcheux »²¹⁷.

50. L'on a ainsi identifié les valeurs qui composent la personne protégée par le Livre II : sa vie, son intégrité physique et psychique, sa personnalité et les éléments qui la composent. Il est alors possible de constater que les valeurs que nous avons mises en évidence ne reflètent pas nécessairement l'ensemble de celles effectivement protégées par le Livre II. C'est qu'en effet, certaines ne devraient pas forcément l'être²¹⁸, tandis que d'autres sont comprises dans celles que nous avons

²¹⁴ J.-J. BURLAMAQUI, *Principes de droit naturel, op. cit.*, p. 43.

²¹⁵ V. en ce sens les sections 1 et 2 du Chapitre II du Titre II, qui distinguent les atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité de la personne, ou encore le Chapitre III du même titre, qui traite de la simple mise en danger de la personne.

²¹⁶ V. les art. 222-7 à 222-13, qui, en matière de violences, présentent plusieurs infractions selon la gravité du résultat de l'atteinte.

²¹⁷ J.-J. BURLAMAQUI, *Principes de droit naturel, op. cit.*, p. 43.

²¹⁸ V. n° 183 et suiv. et n° 237 et suiv.

énoncées. On peut ainsi prendre l'exemple de la protection de la liberté, que l'on aura tendance à rattacher à la protection de l'intégrité de la personne, qu'elle soit physique ou morale selon les cas.

Mais à côté des valeurs composant la personne, des interrogations demeurent quant à d'autres valeurs particulières, qui, bien qu'elles présentent un lien certain avec la personne, recouvrent des considérations qui la dépassent.

§ 2 : LA PROTECTION DE VALEURS TRANSCENDANT LA PERSONNE

51. Enjeu de la place de ces valeurs. Le processus d'identification des valeurs protégées découlant de la personne consiste en l'analyse de cette dernière afin d'en tirer des composantes. Il a cependant pour effet de laisser de côté des valeurs transcendant la personne, car reposant sur des notions plus larges, bien qu'étroitement liées à elle, à savoir l'humanité et l'espèce humaine. L'enjeu ici est de savoir si ces valeurs doivent être incluses dans la protection pénale de la personne assurée par le Livre II, ou au contraire si elles doivent être considérées comme n'ayant pas un lien suffisant avec la personne pour rentrer dans son champ. Autrement dit, il convient ici de se demander si ces valeurs font partie des valeurs liées à la personne que le Livre II doit prendre en compte ?

La protection pénale du Livre II inclut actuellement ces valeurs, dans un Titre 1 intitulé « *Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine* ». Il s'agit même des premières infractions présentées au sein de la partie spéciale du Code pénal, marque du symbole que l'on a voulu leur accorder²¹⁹. Mais cette place au fronton de la partie spéciale du Code pénal, loin de leur être acquise, est fréquemment débattue. Des auteurs proposent par exemple d'en faire un Livre à

²¹⁹ À propos de la part de symbole du plan du Livre II du Code pénal, v. *infra* n° 105.

part entière pour accroître leur valeur symbolique²²⁰. Un autre auteur se montre partisan de la création d'un livre comprenant les « *crimes et délits contre le genre humain* »²²¹. Ce livre comprendrait les crimes et délits contre l'humanité, les crimes et délits contre l'espèce humaine, les crimes et délits relatifs à la bioéthique, ainsi que les crimes et délits de guerre. On peut également citer une autre partie de la doctrine, qui met en avant le fait que les infractions liées à l'espèce humaine ne doivent pas être opposées à l'humanité et auraient davantage leur place dans le Livre V²²².

Au vu de ces propositions, afin de déterminer si ces valeurs ont un lien suffisant avec la personne pour être protégée au niveau du Livre II, il convient de les analyser avec précision.

52. La notion d'humanité. Cette notion peut être comparée à une « *morale de communauté humaine* »²²³. D'un point de vue sémantique, on trouve plusieurs définitions du terme humanité²²⁴. On peut ainsi définir l'humanité comme l'ensemble des caractères spécifiques de la nature humaine ; ou bien comme la bonté, la bienveillance de l'homme pour ses semblables ; ou encore comme l'ensemble des hommes, du genre humain, parfois considéré comme constituant un tout, un être collectif. Ces trois définitions peuvent même être reliées pour refléter la polysémie du concept d'humanité : un ensemble d'hommes, reliés par leur nature humaine spécifique, qui leur commande une certaine compassion réciproque.

²²⁰ É. BARON et al., « Propositions pour un nouveau plan du Code pénal », in V. MALABAT et al. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2009, p. 19.

²²¹ A.-T. LEMASSON, « Les places respectives du genre humain et du genre animal dans le Code pénal », *op. cit.*, p. 781.

²²² A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, p. 10.

²²³ C. LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, n° 127, 2012, p. 2.

²²⁴ V° Humanité, TLFi, en ligne sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/humanité>, consulté le 12 novembre 2017.

L'origine du concept remonte à la religion chrétienne, qui l'a fait apparaître sous la forme de communauté, d'universalité²²⁵. D'un point de vue juridique, il est communément admis que la prise en compte par le droit du concept d'humanité a véritablement vu le jour au sortir de la Seconde Guerre mondiale, et ce pour trois raisons selon une auteure : la généralisation du conflit (intérêts communs), le fait que les actes perpétrés aient été particulièrement odieux (inhumanité), et enfin la prise de conscience de la mortalité du genre humain (crainte des armes nucléaires)²²⁶. Une autre auteure met également en avant cette idée d'évolution, en considérant que « *l'humanité renvoie au processus d'évolution culturelle (humanisation) qui se exprime par l'émergence des normativités (morales, religieuses, juridiques et notamment pénales) propres à chaque groupe humain* »²²⁷.

S'il est parfois fait référence aux crimes contre l'humanité avant 1945²²⁸, il a fallu attendre le Statut du tribunal militaire international de Nuremberg, du 8 août 1945, pour avoir une première définition de ces crimes, laquelle sera suivie d'autres définitions internationales, jusqu'à celle donnée par le Statut de Rome instaurant la Cour pénale internationale²²⁹. Il faut d'ailleurs noter que la définition donnée par les statuts du tribunal militaire international, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale sont toutes différentes.

En droit français, les crimes contre l'humanité apparaissent progressivement. D'une part, la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité y fit une première référence, sans s'inscrire dans une démarche d'incrimination puisque, pour remplir son seul objectif d'établir l'imprescriptibilité de ces crimes, elle renvoya à la définition de

²²⁵ C. LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public, op. cit.*, p. 8.

²²⁶ *Ibid.*, p. 24-25.

²²⁷ M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC*, 2012, p. 495.

²²⁸ M. MASSE, « Le crime contre l'humanité au tribunal militaire international de Nuremberg », in *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, 2017, p. 31.

²²⁹ Art. 7, Statut de Rome, 1998.

Nuremberg. D'autre part, une deuxième mention à ces crimes fut faite dans l'arrêt BARBIE du 20 décembre 1985²³⁰, sans plus de portée du point de vue de leur incrimination, puisque là encore, c'est la même définition qui fut reprise.

53. Les crimes contre l'humanité dans le Code pénal. Il a fallu attendre 1994 et le nouveau Code pénal pour que le génocide et les crimes contre l'humanité soient incriminés par le droit interne français. Depuis cette date, les lois du 9 août 2010²³¹ et du 7 août 2013²³² ont quelque peu modifié la définition des crimes contre l'humanité y figurant, dans le cadre de l'adaptation de notre droit interne à la Cour pénale internationale.

Ces infractions sont situées dans le Titre I^{er} du Livre II, dans un sous-titre qui leur est dédié, un premier chapitre étant consacré au génocide et un second aux autres crimes contre l'humanité. Dans ces deux chapitres, à côté d'infractions principales, figurent également d'autres infractions annexes telles que la provocation²³³, ou encore la participation à un groupement formé dans le but de commettre un crime contre l'humanité²³⁴.

De nombreuses critiques ont pu être émises relativement à la qualité de ces incriminations. Le flou de certaines expressions employées a notamment pu être mis en avant, par exemple la mention à l'article 212-1 de « *toute autre forme de violence sexuelle* », ou encore la notion de gravité qui revient à plusieurs reprises, sans aucun seuil pour l'accompagner²³⁵. Certains auteurs vont même jusqu'à douter de l'opportunité de certaines de ces incriminations, notamment celle de participation à un groupement, puisque l'infraction d'association de malfaiteurs classique (article 450-1) pourrait parfaitement s'appliquer²³⁶. Mais il semble que la nécessité

²³⁰ Cass. crim., 20 décembre 1985, n° 85-95166, Bull Crim n° 407.

²³¹ Loi n°2010-930 du 9 août 2010, art. 2.

²³² Loi n°2013-711 du 5 août 2013, art. 15.

²³³ Art. 211-2 C. pén.

²³⁴ Art. 212-2 C. pén.

²³⁵ En ce sens, v. A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 26. ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 13.

²³⁶ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 15.

de cette incrimination se situe sur le terrain d'une part de l'aggravation de la peine, qui est la perpétuité et non dix ans de réclusion criminelle, et d'autre part dans la symbolique d'un tel interdit, comme c'est souvent le cas avec les infractions en cette matière. C'est qu'en effet cette part de symbole est un élément capital à considérer dans l'étude de la place de ces infractions, compte tenu de leur importance pour la communauté internationale.

54. Une place adéquate. Certains auteurs critiquent non seulement la place des crimes contre l'humanité dans le Livre II, mais aussi dans le Code pénal. C'est le cas de la professeure RASSAT, qui considère que les infractions contre l'humanité ne devraient pas être dans le droit national puisque ce sont des infractions internationales par nature, encombrant dès lors le droit national²³⁷. Elle critique également leur place dans le Livre II puisque pour elle, ce ne sont pas des infractions contre les personnes, ce sont même parfois des infractions de guerre, puisque ces crimes « *ne concernent pas des hommes, même s'ils passent par leur vecteur, mais l'humanité* »²³⁸. C'est la raison pour laquelle elle choisit, dans son manuel de droit pénal spécial, de placer ces infractions au sein des infractions contre la chose publique.

Il est cependant possible de défendre l'idée selon laquelle ces infractions ont un lien suffisant avec la personne pour être partie intégrante de la protection assurée par le Livre II. L'idée est que ces infractions reposeraient sur « *l'existence d'une victime collective atteinte par le biais d'une victime individuelle* »²³⁹. En effet, une personne humaine concrète serait toujours atteinte à travers ces infractions, c'est pourquoi la personne serait bien concernée. Au demeurant, l'ajout de la dimension supérieure d'humanité confère à l'infraction sa gravité et sa connotation particulière qui justifient sa place de tête dans le Livre II, ainsi que les dispositions particulières qui lui sont applicables. Finalement, le schéma respecté par les crimes contre

²³⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, 8^e édition, Dalloz, 2018, p. 859.

²³⁸ *Ibid.*, p. 360.

²³⁹ C. LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, *op. cit.*, p. 237.

l'humanité serait l'atteinte d'une victime collective à travers une victime individuelle, et c'est cette victime individuelle qui ferait le lien avec l'ensemble du Livre II. Ainsi, « *le crime contre l'humanité se distingue du crime de droit commun en ce qu'il cherche, par l'atteinte à la victime individuelle, à exclure de l'humanité le groupe humain dont celle-ci fait partie* »²⁴⁰.

Du point de vue de la valeur protégée, on pourrait également justifier le rattachement au Livre II par le fait que l'humanité ne puisse pas être considérée comme un bien juridique. En effet, « *à l'inverse de la vie, de l'intégrité corporelle ou encore de l'honneur, l'humanité n'aurait pas sa place dans la liste des biens juridiques car ceux-ci se doivent d'être concrets et palpables* »²⁴¹. Ainsi, les biens juridiques protégés par l'infraction de crime contre l'humanité seraient ceux des infractions originelles, justifiant parfaitement le lien avec le Livre II puisque ces infractions y trouvent naturellement leur place. Dans ce schéma, la place de l'humanité serait celle d' « *une modalité affectant chacune des atteintes aux biens juridiques* »²⁴², leur conférant ainsi une autre dimension.

Jean-François SEUVIC considère pour sa part que trois niveaux de valeurs sont protégés par les crimes contre l'humanité : l'atteinte à la personne physique, qui peut prendre la forme d'une atteinte à sa vie, son intégrité, sa liberté ou autre, l'atteinte à la dignité qui est, selon lui, inhérente au crime contre l'humanité et lui donne sa dimension particulière, et enfin l'atteinte à l'humanité²⁴³. Or, dans tous les cas, le lien avec la personne semble ressortir.

Finalement, quelle que soit la justification employée, il est aisément possible de rattacher les crimes contre l'humanité à la protection de la personne et donc au Livre II. Leur place dans cet ensemble ne doit ainsi pas être remise en cause.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 243.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 237.

²⁴² H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international, n° 10, 1960, p. 346.

²⁴³ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », *op. cit.*, p. 349-351.

55. Les crimes contre l'espèce humaine. Définition. La notion d'espèce humaine a fait son apparition avec les avancées scientifiques qui ont rendu possible un travail sur le génome humain, amenant également la nécessité d'une protection de l'espèce humaine contre le danger de ces pratiques²⁴⁴. C'est une notion qui a fait son apparition dans les lois bioéthiques de 1994. Concrètement, via les crimes contre l'espèce humaine, l'on vise à éviter des pratiques comme « *des manipulations génétiques telles que la création d'êtres hybrides* », ou encore « *un appauvrissement du capital génétique humain, par exemple par la technique du clonage reproductif* »²⁴⁵. Les relations entre les concepts d'espèce humaine et d'humanité semblent ambiguës, car si l'on peut parvenir à leur donner des définitions différentes, ils paraissent être étroitement liés, au point de faire dire à une auteure que « *suggérer que l'espèce humaine serait différente de l'humanité, c'est admettre qu'un être biologiquement humain pourrait appartenir à l'espèce sans pour autant appartenir à l'humanité, c'est-à-dire sans faire partie de la communauté humaine* »²⁴⁶.

La doctrine s'est fréquemment consacrée à la recherche d'une qualification juridique pour l'espèce humaine. On peut citer l'exemple de la qualification de chose commune proposée par une auteure, c'est-à-dire d'objet de droit ; l'avantage étant qu'il n'y a pas d'appropriation possible, tout en en rendant l'usage possible par tout le monde, mais dans les limites du respect de l'intégrité de la chose²⁴⁷. Cette auteure propose, plus précisément, de faire du génome humain la chose commune, tandis que l'humanité en serait le propriétaire supérieur, en tant que sujet de droit.

La piste d'une qualification de l'espèce humaine comme étant une personne a également été explorée, à travers la notion de personne morale. L'espèce humaine serait un groupement avec des intérêts distincts des intérêts collectifs. Si l'on prend l'exemple des modifications génétiques, une modification du génome d'un individu

²⁴⁴ M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.*, 2005, p. 865.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *op. cit.*

²⁴⁷ M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *op. cit.*

peut avoir des avantages pour sa santé propre, mais peut être préjudiciable pour le génome humain et ne devra donc pas être autorisée²⁴⁸. Mais la même auteure souligne que le manque d'organisation permettant d'exprimer ses intérêts à travers des représentants légaux éloigne l'espèce humaine de la qualification de personne morale. Au demeurant, la qualification de sujet de droit doit être rejetée, car l'espèce humaine ne peut pas agir en justice pour faire respecter ses droits, et est privée de droits subjectifs.

56. Espèce humaine, bioéthique et protection de la personne. Une grande partie des doutes émis relativement à la place des infractions contre l'espèce humaine dans le Code pénal est liée à de nombreuses incohérences qui font que la protection de l'espèce humaine ne bénéficie pas d'une place spécifique allouée, mais au contraire se retrouve à différents endroits de ce code²⁴⁹.

Plusieurs textes internationaux peuvent également être cités comme source de protection pénale en matière de bioéthique. C'est le cas par exemple de la Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine²⁵⁰. En France, les textes les plus notables en la matière sont les trois lois bioéthiques de 1994²⁵¹. Parmi ces lois bioéthiques, celle qui comporte le volet de droit pénal est la loi n° 94-653, à laquelle on peut associer la loi de révision des lois bioéthiques du 6 août 2004, qui a créé les infractions contre l'espèce humaine.

L'introduction d'infractions liées à la bioéthique et à l'espèce humaine dans le Code pénal s'est faite de façon pour le moins désordonnée. En effet, les infractions

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Il convient également de noter que les mêmes infractions se retrouvent dans le Code de la santé publique, par le biais de renvois. V. art. L 2163-1 et s. C. santé publ.

²⁵⁰ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997, STE n° 164.

²⁵¹ Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 *relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé* ; Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* ; Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

ont été classées de deux façons : d'une part par gravité et d'autre part par valeurs protégées.

La classification selon la gravité des infractions se manifeste avec la séparation entre les crimes contre l'espèce humaine, qui sont contenus dans le Livre II, et les délits qui sont contenus dans le Livre V. Dans le Livre II, ces crimes viennent se placer entre les crimes contre l'humanité et les infractions portant atteinte à la personne humaine (article 214-1 et suivants). Il s'agit plus précisément des crimes d'eugénisme et de clonage reproductif, englobés dans un Sous-titre II : « Des crimes contre l'espèce humaine », au sein du Titre I^{er} : « Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine ».

Concernant la classification selon les valeurs protégées par les incriminations, la division adoptée par le Code pénal dans le Livre V conduit à séparer la protection de l'espèce humaine d'un côté et la protection du corps humain de l'autre. Les délits relatifs à la protection de l'espèce humaine concernent en fait le prélèvement de gamètes à des fins de clonage reproductif (articles 511-1 et suivants). Les délits relatifs au corps humain concernent principalement les prélèvements et trafics de composants du corps humain tels qu'organes, tissus ou cellules (articles 511-2 et suivants). Enfin, une troisième section est relative à la protection de l'embryon humain (articles 511-15 et suivants).

Il est possible de considérer que l'espèce humaine doit se distinguer de la protection pénale de la personne, et donc du Livre II. Un auteur affirme ainsi clairement que « *les lois de juillet 1994 consacrent un basculement du corps humain de la catégorie du sujet à celle de l'objet* »²⁵². Mais un auteur note pour sa part que la place de ces infractions doit être reliée à la protection de la personne, faisant le parallèle entre les crimes contre l'espèce humaine et les crimes contre l'humanité, et mettant en avant la nécessité de leur conférer le même régime : « *la sélection des personnes, notamment par des atteintes à l'intégrité de l'espèce humaine, ne pouvait-elle pas s'analyser en un crime contre l'humanité ? [...] Qui plus est, les crimes contre l'humanité du titre I^{er}*

²⁵² J.-R. BINET, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, 2017, p. 29.

du Livre II sont punis de la réclusion criminelle à perpétuité et sont imprescriptibles. La parenté entre l'article 511-1 et le crime contre l'humanité est évidente, tout aussi évidente qu'est la distance séparant le régime de la répression dans les différents textes »²⁵³.

Quelle que soit l'option choisie, un terme doit être mis à l'éclatement actuel de ces infractions. En effet, si le Livre II est choisi comme place pour les crimes contre l'espèce humaine, il n'y a pas de véritable sens à reléguer ces délits dans le Livre V, le Livre II étant bien consacré aux crimes et délits contre les personnes, et non aux seuls crimes. Cette place du Livre II pour les infractions liées à l'espèce humaine semble ainsi la plus appropriée. D'abord, la gravité de ces infractions rend nécessaire la mise en œuvre du symbole que porte le Livre II. La relégation des crimes contre l'espèce humaine dans le Livre V par exemple, ne semble à ce titre pas adaptée. Ensuite, le lien entre espèce humaine et vie de la personne semble manifeste. En effet, ces infractions sont liées à l'existence même de la personne, à travers des manipulations à caractère biologique ou génétique. Les actes visés ont trait à ce qui conditionne la substance et l'essence même de la personne. Le lien avec le Livre II est donc étroit. Enfin, le regroupement de ces textes dans le Livre II aurait le mérite d'une meilleure clarté concernant cette catégorie d'infractions.

57. Terrorisme et protection de la personne. Après avoir examiné deux valeurs liées à la personne qui sont bien présentes dans le Livre II, des doutes concernant une dernière catégorie d'infractions méritent d'être levés. L'attention accordée récemment à la lutte contre le terrorisme amène à se poser la question de savoir si ces infractions peuvent également relever de la protection de la personne, et donc du Livre II. Après tout, sont souvent en jeu dans ce domaine des atteintes à l'intégrité des personnes ou à leur vie. Même s'il est difficile de nier l'ampleur des dégâts que ce phénomène a sur la vie et l'intégrité physique des personnes, de façon formelle, les infractions concernées se situent plutôt dans le Livre IV, ce qui indique davantage une atteinte à l'État et la Nation qu'à la personne.

²⁵³ A. GIUDICELLI, « Le droit pénal de la bioéthique », *Les petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149.

Le terrorisme est ainsi incriminé dans le Code pénal aux articles 421-1 et suivants. Malgré cette place au sein du Livre IV, ces infractions présentent un lien avec les infractions contre les personnes, car elles relèvent d'un principe de prélèvement, c'est-à-dire un « *principe d'incrimination porté par l'article 421-1 du code pénal, qui consiste à emprunter à des infractions existantes leurs éléments constitutifs, et à en retirer une qualification terroriste dès lors que leur réalisation s'inscrit dans un contexte d'intimidation ou de terreur* »²⁵⁴. C'est ainsi que l'article 421-1 mentionne parmi les actes de terrorisme « *les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le Livre II du présent code* ».

Partant, tout comme les crimes contre l'humanité, les infractions de terrorisme respectent le schéma d'une atteinte à un autre bien juridique à travers une victime individuelle. Mais là où, pour les crimes contre l'humanité, la notion d'humanité peut être rattachée à la personne, la valeur protégée par le terrorisme ne peut pas l'être puisqu'il s'agit bien de l'État et de la Nation. L'idée selon laquelle le terrorisme pourrait être rattaché aux crimes contre l'humanité a déjà été exprimée par un auteur²⁵⁵. Celui-ci s'est fondé sur la définition des crimes contre l'humanité de l'article 7 du Statut de Rome, en considérant que l'on pourrait l'interpréter pour y inclure le terrorisme. Il ressort ainsi, selon cet auteur, qu'en fonction des actes commis, un cumul d'infractions pourrait être envisagé, ou pour le moins un chevauchement²⁵⁶. Mais même si les actes commis peuvent se chevaucher dans certains cas, la distinction semble devoir se faire sur la valeur protégée, et donc quelque part sur l'intention recherchée par l'auteur : atteindre l'État, ou alors atteindre ce qui est protégé par les crimes contre l'humanité à savoir la dignité des personnes, leur humanité et l'existence des personnes. Il faut aussi bien noter que

²⁵⁴ Y. MAYAUD, « Terrorisme - Infractions », *Rep. pén. Dalloz*, 2018, n° 11.

²⁵⁵ C. KREB, « Actes de terrorisme : nouvelles formes de crimes contre l'humanité ? », in B. COTTE et al. (dir.), *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2017, p. 89-98.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 100.

les valeurs protégées ne sont pas les mêmes entre les infractions contre les personnes et le terrorisme. En effet, derrière le terrorisme, « *si les victimes directes sont effectivement atteintes dans leur vie, leur dignité, leur intégrité physique, leur propriété, elles ne sont en réalité qu'un instrument du terroriste. Sa véritable cible n'est pas la victime immédiate, mais l'État ou ce qu'il représente (démocratie, laïcité, ...) afin de le déstabiliser, de le détruire, d'y propager la mésentente* »²⁵⁷. Enfin, un rapprochement entre ces catégories d'infractions pourrait avoir des conséquences néfastes : assimiler les actes terroristes à des crimes contre l'humanité pourrait banaliser ces derniers et leur faire perdre de leur symbolique²⁵⁸.

On ajoutera qu'un dernier lien entre le terrorisme et le Livre II peut être fait, puisque le terrorisme est mentionné à l'article 227-24. Il s'agit de l'incrimination d'exposition de mineurs à des messages à caractère terroriste. Mais cela ne fait pas du terrorisme une infraction contre les personnes pour autant. Il ne s'agit pas avec cette infraction de protéger les victimes d'actes de terrorisme, mais de protéger les mineurs contre l'enrôlement et les images choquantes. Cette référence n'affecte donc pas l'inopportunité de relier terrorisme et protection de la personne.

Finalement, les infractions relatives au terrorisme ont bien davantage leur place dans le Livre IV que dans le Livre II. En revanche, la protection de l'espèce humaine et de l'humanité étant étroitement liée à la personne, elle doit entrer dans le champ du Livre II.

58. Conclusion du Chapitre 1. Définition de la personne protégée par le Livre II. La délimitation du champ du Livre II suppose ainsi de définir la personne que ce livre doit protéger, et d'identifier les valeurs qui composent cette personne ou y sont étroitement liées.

Le constat de l'inadéquation de certaines notions traditionnellement utilisées pour définir la personne doit être pris en compte, mais également dépassé.

²⁵⁷ C. CHOQUET, « Actes de terrorisme : nouvelles formes de crimes contre l'humanité ? », in B. COTTE et al. (dir.), *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, précité, p. 101.

²⁵⁸ F. MOLINS, « Actes de terrorisme : nouvelles formes de crimes contre l'humanité ? », in B. COTTE et al. (dir.), *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, précité, p. 116.

L'importance de l'adoption d'une définition adaptée est cependant essentielle, lorsque l'on sait que c'est cette définition qui conditionne la protection dont la personne bénéficie, et a contrario peut créer des lacunes dans cette protection. Si ce constat d'inadéquation est basé sur les frontières de commencement et de fin de vie de la personne, c'est en réalité l'ensemble de son existence qui doit être comprise dans cette définition. Celle-ci doit ainsi débiter au commencement de la vie, et non à la naissance, et se poursuivre après la mort, tant que sa protection est pertinente. En effet, la persistance d'éléments composant la personne après sa mort fait que cette protection n'a pas de véritable raison de s'arrêter. Elle demeure au contraire indispensable.

Finalement, la personne protégée par le Livre II est l'alliance d'une réalité biologique (un être biologique matérialisé par un corps et caractérisé par son humanité) et d'une réalité juridique (l'attribution par le droit d'une personnalité juridique).

Bien que ces deux réalités n'aient pas les mêmes frontières matérielles et temporelles, la protection autonome de chacune d'elle est nécessaire à la protection de la personne dans son entièreté. C'est la distinction de ces deux réalités qui permet de protéger efficacement la personne. En effet, il est des situations dans lesquelles seule l'une de ces réalités pourra être constatée chez la personne protégée par le Livre II. La réalité biologique seule est constatée chez l'être humain avant sa naissance et après sa mort, c'est donc à travers cette réalité que la personne doit être protégée dans ces moments. Les deux réalités sont ensuite regroupées et protégées tant que la personnalité juridique dure. Quant aux personnes morales, leur protection ne relève que de la seule réalité juridique.

En définitive, la personne protégée par le Livre II allie une réalité biologique et une réalité juridique, ces deux réalités étant tantôt alternatives, tantôt cumulatives.

De cette définition de la personne l'on peut au demeurant tirer plusieurs valeurs qui nécessitent d'être protégées, le champ du Livre II s'en trouvant ainsi délimité. Celui-ci doit en effet se consacrer à la protection de la personne via la

sauvegarde de ces valeurs. Il ne doit ni présenter de lacunes, afin d'assurer une protection complète, ni aller au-delà de cette protection, afin qu'elle demeure nécessaire et non superflue.

CHAPITRE 2 : UNE DELIMITATION EXTERNE RELATIVEMENT SIMPLE

59. Absence de monopole pour la protection des personnes. Si la raison d'être du Livre II du Code pénal est incontestablement la garantie d'une protection pénale des personnes, celle-ci n'est pas pour autant l'apanage de ce livre. La protection des personnes étant un des objectifs principaux et fondamentaux de tout système juridique, de nombreux autres textes s'y attachent également.

Du point de vue de la protection pénale, le Livre II est l'instrument principal et privilégié de protection de la personne, mais jamais un instrument exclusif. La sauvegarde de valeurs liées à la personne transparaît ainsi à plusieurs reprises dans d'autres textes pénaux, qu'ils soient dans le Code pénal ou non.

Dans le Code pénal, une telle concurrence peut, de prime abord, paraître paradoxale au regard de la nécessité d'un champ pénal propre à chaque livre du code. Ces occurrences doivent dès lors être étudiées afin de déterminer si elles sont problématiques, afin d'établir si de tels empiètements sont nécessaires, justifiés, ou superflus. L'étude de ces situations peut permettre en outre d'approfondir les critères de délimitation entre les livres du Code pénal et donc de mieux maîtriser les frontières du Livre II lui-même, le but étant de définir quelles infractions y ont leur place et quelles infractions doivent, le cas échéant, être déplacées, soit pour les y inclure, soit pour les en éloigner.

Mais, outre les empiètements pouvant être constatés entre les livres du Code pénal, la concurrence concernant l'objectif de protection des personnes peut également s'observer entre le Livre II et d'autres textes qui, eux, sont extérieurs au Code pénal.

Ainsi, que ce soit dans l'étude des relations entre le Livre II et les autres livres du Code pénal (Section 1), ou entre le Livre II et des textes extérieurs à ce

Code (Section 2), la délimitation du champ pénal du Livre II se doit d'être approfondie.

SECTION 1 : LIVRE II ET AUTRES LIVRES DU CODE PENAL

60. La protection des personnes au fil du Code pénal. Le constat de l'apparition de valeurs liées à la protection des personnes en dehors du Livre II ne doit pas nécessairement être négatif. L'objectif devant guider notre analyse est, en effet, avant tout, celui d'une cohérence entre les livres du Code pénal. Partant, si certaines infractions protégeant d'autres valeurs ont pour effet incident un lien avec la protection des personnes, ce n'est pas pour autant que ces infractions doivent se retrouver dans le Livre II. À ce titre, la protection de la personne en second plan de certaines incriminations figurant dans d'autres livres est parfois justifiée (§ 1). Pour d'autres incriminations, la frontière apparaît en revanche plus ténue, si bien que la légitimité de la place de ces infractions peut être remise en question (§ 2).

§ 1 : LES APPARITIONS JUSTIFIEES DE LA PROTECTION DES PERSONNES DANS D'AUTRES LIVRES DU CODE PENAL

61. L'apparition de valeurs liées à la personne dans les Livres III et IV. Le plan du Code pénal et le classement des infractions au sein de ce plan étant basés sur une organisation selon les valeurs qu'elles protègent, les frontières entre ces subdivisions sont parfois incertaines. En effet, il est possible que certaines infractions protègent plusieurs valeurs à la fois, ou que les valeurs protégées se situent à mi-chemin entre deux subdivisions. Il en résulte que la protection des personnes fait son apparition dans d'autres livres du Code pénal, notamment le

Livre III, consacré à la protection des biens (A), et le Livre IV, consacré à la protection de l'État, la nation et la paix publique (B).

A - Les apparitions de la protection des personnes dans le Livre III

62. Dans l'aggravation de certaines infractions contre les biens. Des valeurs découlant de la personne apparaissent, tout d'abord, dans les circonstances aggravantes accompagnant certaines infractions contre les biens. Il en est ainsi des circonstances aggravantes prévues pour le vol. Les articles 311-4 à 311-7 visent en effet le vol avec violences selon différentes modalités liées à l'ITT²⁵⁹. L'article 311-10, quant à lui, sanctionne le vol avec violences ayant entraîné la mort ou actes de torture et barbarie.

Des circonstances aggravantes comparables sont prévues pour l'extorsion avec à chaque fois un degré de peine supérieur (articles 311-2 et suivants). Ce degré est logique puisque l'extorsion est à la base punie plus sévèrement que le vol. La sanction de violences accompagnant l'infraction se retrouve également dans les destructions, dégradations et détériorations avec danger pour les personnes (articles 322-8 à 322-10). Concernant les destructions, dégradations et détériorations sans danger pour les personnes, l'on y retrouve aussi des circonstances relatives aux personnes à travers l'aggravation de l'infraction due à la vulnérabilité de la victime (article 322-3, 2°). Cette circonstance de vulnérabilité de la victime se retrouve par ailleurs dans l'escroquerie (article 313-2, 4°) et l'abus de confiance (article 314-2, 4°). Enfin, on peut également citer la circonstance aggravante liée à la commission de l'infraction en raison d'un motif discriminatoire, présente dans les infractions de vol (article 311-4, 9°), d'extorsion (article 312-2, 3°), et de destruction, dégradation et détériorations de biens dangereuses pour les personnes (article 322-8, 3°).

À travers les circonstances aggravant la peine en raison d'une atteinte à l'intégrité physique de la personne ou en raison d'une atteinte à sa vie, l'irruption

²⁵⁹ Art. 311-4 à 311-7, qui échelonnent les peines selon que les violences n'ont pas causé d'ITT, un ITT de moins de 8 jours, un ITT de plus de 8 jours, une mutilation ou infirmité permanente.

de la protection des personnes au sein des infractions contre les biens est manifeste. Comme nous l'avons vu, il s'agit là de deux valeurs fondamentales découlant directement de la personne. Concernant la circonstance de vulnérabilité de la victime de ces infractions contre les biens, elle est à relier à une protection des personnes, annexée à la protection des biens. En effet, une répression aggravée en raison de la vulnérabilité est le signe d'une protection accrue de ces personnes, puisqu'elles « *présentent un risque accru d'être victimes* »²⁶⁰. Pour des auteurs, la circonstance aggravante liée à la vulnérabilité est même un signe majeur d'expression de valeurs liées à la personne, considérant cette circonstance aggravante comme la manifestation d'hypothèses où « *la fonction expressive du droit pénal prend [...] le pas sur les nécessités de la répression* »²⁶¹. Enfin, concernant la circonstance liée à un motif discriminatoire, elle est manifestement le prolongement de l'infraction de discrimination présente dans le Livre II à l'article 225-1. L'on constate d'ailleurs des similitudes de formulation entre la circonstance aggravante et l'incrimination. L'objectif qui apparaît ici est la sanction de la discrimination hors les cas énumérés par l'article 225-2 qui délimitent l'infraction générale. La discrimination est par là même sanctionnée lorsqu'elle est le fondement de la commission d'une infraction contre les biens, ce qui aboutit à protéger également les personnes qui en sont victimes.

63. Légitimité d'une protection des personnes par ces circonstances aggravantes. En réalité, la question que posent ces circonstances aggravantes est celle de l'autonomie de la valeur protégée par elles : faut-il y voir une nouvelle valeur qui s'ajoute à celle de l'incrimination principale, ou au contraire y voir une mutation et donc un remplacement de la valeur protégée initiale par une autre valeur ?

Selon Jean-Paul DOUCET, la combinaison entre l'infraction et ses circonstances aggravantes serait un cumul créant un délit complexe : « *si les*

²⁶⁰ J.-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », *RSC*, 2008, p. 59.

²⁶¹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 15^e édition, Economica, 2008, p. 25.

*circonstances aggravantes produisent des délits dérivés lorsqu'elles ne modifient pas l'intérêt protégé par l'infraction de départ, elles donnent naissance à des délits complexes (dits aussi délits composés), lorsqu'elles ajoutent un intérêt protégé à celui qui figure déjà dans le délit de base.[...] On ne sera dès lors pas surpris d'observer que certaines infractions classiques trouvent place dans deux, voire trois, familles d'infractions »*²⁶². Au contraire, pour Olivier MOUYSET, la circonstance aggravante pourrait avoir pour effet de changer le bien juridique protégé par une infraction, par exemple à l'occasion du vol avec violences²⁶³.

Il semble cependant qu'il faille davantage rejoindre la première conception. En effet, il paraît constant que la valeur initiale protégée par l'infraction principale ne disparaisse jamais avec l'aggravation. Ainsi, le vol avec violence demeure une infraction contre les biens, l'atteinte aux personnes n'étant qu'une modalité de la répression de cette atteinte aux biens. Camille DE JACOBET DE NOMBEL l'explique, en considérant que « lorsqu'il est ajouté un intérêt nouveau à celui protégé par l'incrimination initiale, l'objet de l'infraction ne se trouve pas à proprement parler changé [...]. Il n'y a pas substitution d'un intérêt à un autre, mais adjonction d'un nouvel intérêt au premier. Dès lors, l'incrimination englobante apparaît bien comme une précision de l'incrimination initiale, puisqu'elle en renferme tous les éléments, et non comme une infraction *sui generis* »²⁶⁴. Partant, la présence de valeurs liées à la protection des personnes parmi les infractions contre les biens n'est pas, dans ces cas, nocive à la clarté du plan du Code et de sa structuration en plusieurs livres. En effet, l'infraction conserve à chaque fois sa valeur initiale, l'annexion de valeurs complémentaires ayant pour but de compléter cette protection pénale principale.

Par ailleurs, il semblerait que certaines circonstances aggravantes soient plus expressives de valeurs que d'autres. Celles-ci auraient donc davantage valeur de

²⁶² J.-P. DOUCET, *La loi pénale, op. cit.*, p. 226.

²⁶³ O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 43, 2008, p. 170.

²⁶⁴ C. de JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006, p. 126-127.

symbole. Il s'agit par exemple des motifs de discrimination²⁶⁵. C'est ainsi qu'un auteur estime que « *le recours massif aux circonstances aggravantes démontre surtout, dans la tendance actuelle, une volonté du législateur de témoigner son intérêt, voire sa compassion, pour une situation ou une victime particulière* »²⁶⁶. Or, ce rôle de symbole n'est pas à négliger car il participe à expliquer les éléments de protection des personnes présents dans le Livre III. Le but est alors de montrer que la protection des biens ne se fait pas au prix de la protection des personnes et que celles-ci ne sont jamais négligées, même lorsqu'elles ne sont pas l'objet principal de la protection pénale.

64. Dans certaines infractions contre les biens. Outre l'apparition de valeurs liées à la personne dans des circonstances aggravantes, de telles valeurs se retrouvent parfois également dans les infractions elles-mêmes. L'étude de certaines infractions contre les biens révèle ainsi que celles-ci peuvent aussi avoir pour effet de protéger les personnes. Par exemple, parmi les atteintes directes aux biens, c'est-à-dire les infractions de destruction, détérioration et dégradation de biens, l'on distingue deux catégories : les atteintes aux biens sans danger pour les personnes, et les atteintes aux biens présentant un danger pour les personnes (articles 322-5 et suivants). Cela montre bien que la distinction entre infractions contre les biens et contre les personnes est relative, puisqu'une même infraction peut protéger des valeurs relevant de ces deux catégories. Ces infractions contre les biens dangereuses pour les personnes sont d'ailleurs, de manière générale, plus lourdement punies que les atteintes aux biens sans danger pour les personnes.

Plusieurs catégories sont alors à distinguer au sein de ces infractions.

65. Les infractions d'imprudence. Pour ce qui est des destructions, dégradations et détériorations de biens dangereuses commises par imprudence, l'article 322-5 n'exige ni une atteinte effective aux personnes ni même une mise en

²⁶⁵ V. TELLIER-CAYROL, « Faut-il régénéraliser les circonstances aggravantes ? », in G. BEAUSSONIE (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 190.

²⁶⁶ Gilles GRECOURT, *L'évolution de la notion de violence à l'aune du droit pénal*, thèse dactyl., Poitiers, 2012, p. 251.

danger concrète pour la constitution de l'infraction. L'atteinte effective et la mise en danger concrète sont en effet réprimées au titre des circonstances aggravantes, comme nous l'avons vu. Par conséquent, sur le terrain du résultat, cette infraction ne présente pas d'élément qui concerne les personnes, le résultat ne concerne que les biens. Cela justifie que dans le plan du code, cette infraction se place plutôt dans les atteintes aux biens que dans les infractions de mise en danger des personnes.

66. Les infractions intentionnelles. Concernant les infractions volontaires, présentes à l'article 322-6, là encore le texte n'exige pas d'atteinte aux personnes, ni effective, ni potentielle. L'on requiert seulement un « *acte de nature à* » être dangereux pour les personnes. La mention de la mise en danger concerne uniquement la définition de l'acte. Il suffit alors de démontrer qu'abstraitement, le moyen employé est dangereux pour les personnes. Ainsi, il s'agit d'une infraction matérielle du point de vue de l'atteinte aux biens, et plutôt d'un délit-obstacle du point de vue de l'atteinte aux personnes. De plus, depuis un arrêt du 30 septembre 2003, la chambre criminelle considère que la consommation de l'infraction ne nécessite pas la présence effective d'une personne sur les lieux²⁶⁷. Cela s'explique par le fait que le comportement peut être dangereux, qu'une personne soit présente ou pas. Partant, étant donné qu'une mise en danger n'est pas exigée au niveau du résultat, la volonté de mettre en danger les personnes n'est pas non plus requise au titre de l'élément moral. On exige seulement une conscience que le procédé employé est dangereux. Là encore, on voit bien que le danger pour les personnes n'est qu'un élément qualificatif de l'acte, qui lui reste focalisé sur l'atteinte aux biens. Ces infractions ne posent donc pas de difficulté quant à leur place au sein du Livre III.

67. Liens avec les infractions contre les personnes du fait des procédés réprimés. Outre les liens entre certaines infractions contre les biens et une protection des personnes du fait d'actes dangereux pour les personnes, il semble possible de faire des rapprochements entre Livres II et III pour d'autres infractions,

²⁶⁷ Cass. crim., 30 septembre 2003, n° 02-87535, Bull. Crim. n° 171.

au regard des procédés qui sont réprimés. On pense par exemple à l'extorsion (article 312-1), dont l'acte peut être constitué par des violences, menaces de violences, ou une contrainte. La réponse à la question du placement de ces infractions dans le plan du code peut cependant être la même que pour les destructions, dégradations et détériorations contre les biens : là encore, l'atteinte à la personne n'est mentionnée qu'au titre de l'acte constitutif de l'infraction. Aucun élément relatif à la personne ne se retrouve dans le résultat, qui n'est relatif qu'à l'atteinte au bien. Or c'est bien le résultat juridique, c'est-à-dire la valeur protégée, qui doit conditionner le placement d'une infraction au sein du code. Ce résultat, attaché aux biens, justifie donc la place de cette infraction dans le Livre III, même si l'acte en lui-même peut sembler attentatoire à la personne.

Par ailleurs, il est à ce stade possible de mentionner les menaces de commettre des destructions, dégradations et détériorations de biens (articles 322-11 et suivants), qui font écho aux menaces sanctionnées dans le Livre II aux articles 222-17 et suivants. Dans les menaces traditionnelles comme dans celles des articles 322-11 et suivants, le procédé de menace constitue une atteinte à la liberté morale de la personne. Cela conduit une auteure à souligner que « *menacer de détruire une maison ne fait pas peur à la maison mais à son occupant* »²⁶⁸. Cependant, là encore, c'est le procédé employé, autrement dit l'acte constitutif de l'infraction, qui se rapproche d'une protection de la personne. La valeur protégée par ces infractions du Livre III est en revanche liée aux biens. Il s'agit en effet de sanctionner l'agent avant un éventuel passage à l'acte relatif à une atteinte aux biens. Partant, les menaces incriminées dans le Livre III apparaissent comme l'équivalent, pour les biens, de ce que sont celles du Livre II pour la vie et l'intégrité physique des personnes. On peut également considérer que les articles 322-11 et suivants viennent compléter les menaces du Livre II²⁶⁹. Et leur place dans le Livre III doit donc être approuvée.

²⁶⁸ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal, op. cit.*, p. 57.

²⁶⁹ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, 7^e édition, Cujas, 2017, p. 701.

68. Absence d'étanchéité des frontières entre Livres II et III. Il apparaît ainsi que certaines infractions du Livre III, parfois de façon autonome, et parfois par le jeu de leur circonstance aggravante, ont un lien avec la protection des personnes. Leur maintien dans le Livre III se justifie amplement comme nous l'avons vu, au regard du critère des valeurs protégées, ces valeurs étant davantage attachées aux biens pour ces infractions. Il n'en demeure pas moins vrai que pour certaines infractions, les termes employés ou les actes réprimés peuvent laisser subsister un doute.

69. Abus de faiblesse. Découpage équivoque avec le Livre III. On peut ici citer le cas bien connu de l'infraction d'abus de faiblesse, qui a été transférée du Livre III au Livre II par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001²⁷⁰. Avant que cette infraction ne devienne une infraction contre les personnes, il s'agissait donc d'une infraction contre les biens qui avait pour but de protéger la propriété (article 313-4 ancien). On la trouve aujourd'hui parmi les infractions de mise en danger de la personne, à l'article 223-15-2.

Ce déplacement a eu une influence sur la structure de l'infraction, qui se manifeste dans la définition de l'acte gravement préjudiciable que la victime a consenti à la suite des pressions subies. Il peut dorénavant s'agir d'un préjudice matériel, mais également de préjudices corporels et moraux du fait de la nouvelle place de l'infraction²⁷¹. Cependant, les applications de ce texte sont encore majoritairement patrimoniales, dans les cas où la personne faible va être dépouillée de ses biens. Malgré le déplacement de l'infraction, ses applications pratiques restent donc identiques, et demeurent relatives aux atteintes aux biens.

En revanche, si l'on se penche sur la question de la valeur protégée par l'infraction, il convient de noter que par un arrêt du 12 janvier 2000, la Cour de cassation a estimé qu'il importait peu que le préjudice soit réalisé et donc qu'il y ait

²⁷⁰ À propos de l'infraction d'abus de faiblesse, v. *infra* n° 265 et 269.

²⁷¹ V. par exemple Cass. crim. 19 févr. 2014, n° 12-87.558, M. VERON, « Relations sexuelles avec une patiente : une autre forme de maltraitance médicale », *Dr. Pén.*, 2014, comm. 52.

une atteinte effective ou non à la propriété²⁷². Par conséquent, pour la Cour de cassation, l'infraction n'a pas de liens étroits ni de liens d'exclusivité avec la protection de la propriété. De plus, son déplacement dans le Livre II laisse penser que la protection porte davantage sur le libre consentement de la personne, sa « *liberté de décision* »²⁷³ faisant alors apparaître un lien avec la protection de l'intégrité psychique de la personne.

En outre, la loi de 2001 a été l'occasion d'élargir la définition de l'incrimination²⁷⁴, notamment pour l'appliquer aux hypothèses de suicides collectifs ou mutilations collectives dans les sectes, et de façon générale à toutes les situations où les personnes sont en état de sujétion psychologique, renforçant le lien de cette infraction avec le Livre II et la protection des personnes. De la sorte, malgré les ambiguïtés liées au déplacement de l'infraction et à ses applications en matière patrimoniale, l'infraction d'abus de faiblesse s'est aujourd'hui suffisamment rapprochée de la protection des personnes pour que sa place dans le Livre II puisse être justifiée.

70. Escroquerie. Un autre exemple de porosité entre les Livres II et III réside dans l'infraction d'escroquerie. C'est ainsi que certains auteurs considèrent que cette infraction serait aujourd'hui davantage une infraction contre les personnes qu'une infraction contre les biens²⁷⁵. Les arguments utilisés sont relatifs à une primauté de la protection de la volonté de la personne et de son consentement dans cette infraction, du fait de l'indifférence à un préjudice économique pour sa consommation. Mais on peut considérer, avec une autre partie de la doctrine, que

²⁷² Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim. 2000, n° 15, M. VERON, « Abus du médecin traitant », *Dr. Pén.*, 2000, comm. 69 ; R. OTTENHOF, « Abus de faiblesse. Article 313-4 du code pénal et articles L 122-8 et 10 du code de la consommation », *RSC*, 2000, p. 614.

²⁷³ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 147.

²⁷⁴ Plusieurs élargissements étant déjà survenus au fil des années ; pour un historique de l'infraction v. C. AMBROISE-CASTEROT, « L'abus de faiblesse, infraction bicéphale », *AJ Pénal*, 2018, p. 220.

²⁷⁵ P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 423-424 ; M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.*, 2005, p. 464. L'auteure va jusqu'à faire le parallèle entre l'abus de faiblesse et l'escroquerie quant à un éventuel déplacement.

l'indifférence à un préjudice économique n'est pas décisive ; au contraire, l'infraction nécessite soit la remise d'un bien, qui porte nécessairement atteinte au patrimoine, même sans préjudice, soit l'obtention du consentement à un acte opérant obligation ou décharge, ce qui implique un engagement patrimonial²⁷⁶.

C'est pourquoi, finalement, ce manque d'étanchéité entre les livres n'est le plus souvent pas vraiment problématique, puisque les occurrences que l'on a citées peuvent toujours être justifiées. Partant, chaque infraction semble être à sa place sans que la cohérence des Livres II et III ne soit remise en cause.

Mais qu'en est-il des manifestations de la protection des personnes qui apparaissent aussi dans le Livre IV ?

B - Les apparitions de la protection des personnes dans le Livre IV

71. Les dédoublements entre Livres II et IV. Outre les chevauchements constatés entre les Livres II et III, des regroupements existent également entre les Livres II et IV. C'est ainsi que l'on remarque que certaines incriminations du Livre II se retrouvent dans le Livre IV sous forme d'« *incriminations dédoublées* »²⁷⁷. Le critère de ce dédoublement est celui de l'auteur de l'infraction, puisque les incriminations du Livre II jouent lorsque celui-ci est un particulier tandis que celles du Livre IV sont privilégiées lorsque celui-ci est une personne dépositaire de l'autorité publique ou bien chargée d'une mission de service public.

²⁷⁶ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 457-458.

²⁷⁷ A. LEPAGE, « Réflexions sur quelques incriminations dédoublées (Livre II/Livre IV du Code pénal) », in G. BEAUSSONIE (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 49.

Cette distinction concerne quatre infractions : les discriminations²⁷⁸, l'atteinte au secret des correspondances²⁷⁹, la violation de domicile²⁸⁰, et les atteintes à la liberté d'aller et venir²⁸¹.

72. Justification de ces dédoublements. Plusieurs justifications peuvent être avancées à l'appui de cette séparation entre les Livres II et IV. Il s'agit d'abord de la nécessité de prévoir des peines plus élevées lorsque l'auteur des infractions concernées est une personne dépositaire de l'autorité publique²⁸². La qualité de l'auteur ne correspond pas cependant ici à une simple circonstance aggravante comme c'est le cas pour d'autres infractions du Livre II. Pour la professeure LEPAGE, la création d'une infraction autonome est en effet justifiée par le fait que les actes incriminés sont bien distincts. En effet, pour ce qui est des incriminations du Livre IV, il s'agit à chaque fois d'incriminer un abus d'autorité. Elle souligne que la commission de ces infractions entraîne ainsi une double atteinte aux valeurs protégées : à celle qui correspond à l'infraction générale du Livre II, mais aussi à « *la confiance que la société a placée dans les personnes exerçant une fonction publique, eu égard aux prérogatives qui leur ont été confiées* »²⁸³. Par ailleurs, le recours à des circonstances aggravantes n'intervient que dans les cas où l'infraction principale ne correspond pas à des actes que la personne peut régulièrement commettre dans l'exercice de ses fonctions, comme pour les violences ou le vol. Nous avons donc ici un cas supplémentaire où c'est la notion de valeur protégée qui permet de délimiter les frontières entre deux livres du Code pénal.

Il est à noter que le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur cette question des doubles incriminations. Dans une décision de 2013 rendue à

²⁷⁸ Art. 225-1 et suivants, art. 432-7.

²⁷⁹ Art. 226-15 et 432-9.

²⁸⁰ Art. 226-4 et 432-8.

²⁸¹ Art. 224-1 et suiv., art. 432-4 et suiv.

²⁸² A. LEPAGE, « Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ? », *op. cit.*, p. 54.

²⁸³ *Ibid.*, p. 58.

propos des fraudes aux allocations, il a considéré que « *la loi pénale ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente, sauf à ce que cette différence soit justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi* »²⁸⁴. Dans le cas qui était soumis, la différence de peine entre les textes était cependant substantielle, puisque le même comportement était puni soit de 5.000€ d'amende, soit de 5 ans d'emprisonnement et 375.000€ d'amende. Par ailleurs, l'aggravation de peine des infractions du Livre IV par rapport à leurs équivalents du Livre II peut être justifiée par le fait qu'elles soient commises par un auteur au statut particulier, rendant le comportement plus grave.

73. Les menaces contre les personnes exerçant une fonction publique.

L'infraction de menaces a également été scindée entre plusieurs livres, pour respecter le plan du Code pénal selon la valeur protégée. Ainsi, outre la menace de commettre un crime ou délit contre les personnes (articles 222-17 et suivants), et celle de commettre un crime ou délit contre les biens (article 322-12), déjà mentionnées, la menace dirigée contre les personnes exerçant une fonction publique est incriminée à l'article 433-3. Sont par exemple concernés les élus, magistrats, avocats, ou fonctionnaires de police ou de douanes. Ce cas diffère de celui des infractions dédoublées dont nous avons parlé puisque la personne exerçant une fonction publique est alors victime et non auteur de l'infraction.

Il faut noter qu'une partie de la doctrine estime que cette infraction est identique à celle du Livre II, et que la qualité de la victime n'aurait dû être qu'une circonstance aggravante²⁸⁵. Cependant, le raisonnement justifiant la place de cette infraction dans le Livre IV est le même que pour les infractions précédemment évoquées, à savoir que les victimes ayant un statut particulier du fait de leurs fonctions, la commission de ces menaces à leur rencontre est une atteinte aux valeurs représentées par le Livre IV. En effet, ces comportements n'atteignent pas les personnes concernées elles-mêmes, mais plutôt l'État et son administration.

²⁸⁴ Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, cons. 3.

²⁸⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, op. cit., p. 1324.

74. Cas des atteintes à l'autorité de la justice. Enfin, il convient de mentionner le délit d'expulsion sans droit figurant à l'article 226-4-2, qui date de 2014. A contrario des infractions déjà citées, il apparaît être un cas d'erreur de placement au sein du Livre II. Ce délit est constitué par « *le fait de forcer un tiers à quitter le lieu qu'il habite sans avoir obtenu le concours de l'État dans les conditions prévues à l'article L. 153-1 du code des procédures civiles d'exécution, à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes* ». Certes, les procédés cités se rapprochent des méthodes violentes incriminées par le Livre II. Cependant, comme nous l'avons vu, l'incrimination de procédés se rapprochant de la protection des personnes n'est pas un critère de placement d'une infraction. Au sein du Livre II, cette incrimination fait partie des atteintes à la vie privée. C'est sans doute le fait de déloger la victime et donc l'atteinte au domicile qui a justifié cette place dans l'esprit du législateur. Mais l'on pourrait également penser que cette infraction a pour but de protéger le respect de la force des jugements et titres exécutoires, puisque c'est à eux que fait référence l'article L 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution. En ce sens, il semble que le Livre IV serait une place plus appropriée pour cette infraction, d'autant que celui-ci comporte un chapitre dédié aux atteintes à l'autorité de la justice.

Au demeurant, ces observations semblent valables pour d'autres infractions du Livre II assez comparables, celles des articles 227-4-2 et 227-4-3 sanctionnant le non-respect des ordonnances prises par le juge aux affaires familiales en cas de violences. Ces articles répriment en effet le fait de ne pas se conformer aux obligations ou interdictions édictées par une ordonnance prise en cas de violences familiales. Si l'atteinte à l'autorité de la justice semble pouvoir être mise en avant, la violation de ces ordonnances est en réalité aussi une mise en danger de la personne puisque le but de l'ordonnance est de la protéger contre les éventuelles violences qu'elle pourrait subir.

Ces deux hypothèses correspondent donc à des cas où la frontière entre Livres II et IV apparaît plus ténue. Les deux livres paraissent pouvoir accueillir ces infractions si l'on se base sur les valeurs protégées. Dans un tel cas, l'important est alors de conserver une cohérence d'ensemble. Le législateur semble l'avoir fait en plaçant ces infractions dans le Livre II plutôt que de les séparer. Mais l'on ne peut

s'empêcher de se demander si la cohérence ne serait pas plus grande si l'ensemble des atteintes à l'autorité de la justice étaient réunies dans le Livre IV, qu'elles protègent en plus la personne ou non.

Quoi qu'il en soit, ce cas ne semble pas être le plus problématique, car chaque solution peut se justifier. En revanche, il est d'autres cas où la répartition des infractions apparaît plus ambiguë.

§ 2 : LA REPARTITION AMBIGUË DE CERTAINES INFRACTIONS LIEES A LA PROTECTION DES PERSONNES

75. Livre V. Autres crimes et délits. Outre les Livres II, III et IV, consacrés aux personnes, aux biens, à la nation, l'État et la paix publique, il est un Livre V, qui lui a plus de difficultés à être relié à la protection de valeurs identifiées, puisqu'il « *n'en protège apparemment aucune* »²⁸⁶. En effet, défini a contrario des livres qui le précèdent, il est dédié aux « *autres crimes et délits* ».

Malgré des ambitions initiales assez importantes, à savoir la codification en son sein de l'ensemble des infractions pénales ne pouvant intégrer les autres livres du Code pénal, en particulier celles du domaine économique et financier²⁸⁷, le Livre V est finalement devenu un ensemble d'infractions vide de sens et pauvre en contenu. Les rares infractions qu'il contient posent cependant la question de leurs relations avec le Livre II.

76. Frontières avec le Livre II. De façon similaire aux croisements que nous avons cités entre le Livre II et les Livres III et IV, il n'est pas possible de créer une frontière absolument hermétique entre le Livre II et le Livre V, puisque certaines

²⁸⁶ A.-T. LEMASSON, « Les places respectives du genre humain et du genre animal dans le Code pénal », *op. cit.*, p. 779.

²⁸⁷ À propos du processus d'inventaire de l'ensemble des infractions existantes, v. P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 184-196.

infractions seront toujours en balance entre deux catégories. Ainsi, dans l'hypothèse où le Livre V serait consacré à une véritable catégorie d'infractions, de tels empiètements pourraient toujours exister.

On peut citer à titre d'exemple la proposition faite par un auteur de dédier le Livre V aux « *infractions contre le corps social* »²⁸⁸, y incluant notamment les infractions contre l'environnement. Or les liens entre protection de l'environnement et protection de la santé publique et de l'intégrité de la personne sont manifestes. Dans ce cas, les chevauchements entre Livre II et Livre V seraient cependant justifiés de la même manière que ceux que nous avons cités concernant les Livres III et IV. Ainsi, si le Livre V présentait un contenu fourni et cohérent tel que proposé par certains auteurs, la question des relations avec le Livre II pourrait continuer à se poser, même si elle trouverait des réponses justifiées.

En revanche, le manque de cohérence actuel lié à la conception du Livre V entraîne, lui, des chevauchements injustifiés.

77. L'espèce humaine dans le Livre V. Le positionnement de délits relatifs à la protection de l'espèce humaine est une question que nous avons déjà mentionnée pour en dénoncer l'absurdité²⁸⁹. Il n'y a en effet pas de raison à un tel éclatement de ces infractions entre les livres II et V. Cela a même des conséquences néfastes sur la clarté de cette catégorie d'infractions, les deux ensembles contenant « *des infractions tellement complémentaires* »²⁹⁰.

Au demeurant, le manque de cohérence du Livre V aboutit à atténuer le rayonnement de ces infractions. Leur maintien dans une subdivision, faisant penser à un classement par défaut, s'accompagne par ailleurs d'une juxtaposition avec les infractions relatives à la protection des animaux, ce qui envoie un message

²⁸⁸ A.-T. LEMASSON, « Les places respectives du genre humain et du genre animal dans le Code pénal », *op. cit.*, p. 779.

²⁸⁹ V. *supra* n° 56.

²⁹⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, *op. cit.*, p. 878.

étonnant. En effet, à l'heure de l'élévation des dénonciations liées à la réification de la personne²⁹¹, une telle démarche peut surprendre.

Finalement, ces infractions qui, comme nous l'avons montré, doivent être reliées à la protection de la personne, ne peuvent pas être maintenues dans le Livre V. L'ambiguïté créée par un tel éclatement devrait prendre fin.

78. Livre IV Bis. La protection des personnes en temps de guerre. Outre les quatre livres qui composaient initialement la partie spéciale du Code, la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 consacrée à la mise en conformité du droit français avec le Statut de Rome a créé un Livre IV bis, dédié aux crimes et délits de guerre. Ces infractions, liées à un contexte particulier, sont définies par l'article 461-1 comme celles qui sont « *commises, lors d'un conflit armé international ou non international et en relation avec ce conflit, en violation des lois et coutumes de la guerre ou des conventions internationales applicables aux conflits armés, à l'encontre des personnes ou des biens visés aux articles 461-2 à 461-31* ». Ce livre contient ensuite différents paragraphes dédiés successivement aux atteintes à la vie et à l'intégrité physique ou psychique, à la liberté individuelle, aux droits des mineurs, ou encore à la liberté et aux droits des personnes dans les conflits armés internationaux. Il est également deux paragraphes dédiés aux méthodes de combat prohibées, qui regroupent des infractions en lien étroit avec la protection de la vie et de l'intégrité physique des populations. Outre ces infractions, en lien manifeste avec la protection des personnes, un unique paragraphe contenant deux infractions (articles 461-15 et 461-16) est enfin consacré aux atteintes aux biens en temps de guerre.

La question de la place de ces infractions se pose ainsi avec acuité. Dans ce cas, il ne s'agit pas en effet de protéger des valeurs transcendant la personne, comme pour les crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine, mais bien la personne elle-même. La particularité de ces infractions tient seulement à leur contexte. Il

²⁹¹ A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *JCP G*, 2004, p. 1949. ; J. SAINTE ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *Rev. Pénit.*, 2004, p. 855-859.

convient alors de s'interroger sur le fait de savoir si ce contexte à lui seul justifie l'éloignement du Livre II d'infractions liées à la protection de la personne.

Un auteur a mis en avant la nécessité en droit interne d'un ensemble cohérent et structuré d'infractions de guerre, permettant une meilleure appréhension de leur spécificité²⁹². Mais on peut se demander s'il ne faudrait pas réserver à cet ensemble une place similaire à celle des crimes contre l'humanité et crimes contre l'espèce humaine ? Cela permettrait en effet de mettre en avant leur gravité en les plaçant au fronton de la partie spéciale du code, tout en les maintenant dans un ensemble délimité. Le problème résiderait alors dans la présence dans cet ensemble de deux infractions contre les biens, qui n'auraient pas leur place dans le Livre II. Or, un éclatement entre les Livres II et III aurait un effet néfaste sur la clarté des infractions de guerre. De ce point de vue, le regroupement dans un livre autonome semble donc justifié. La place de ce livre peut cependant elle aussi faire débat, comme le souligne un auteur : « *quelle idée de l'avoir placé à la fin du code juste avant le Livre V fourre-tout !* »²⁹³. Il poursuit en considérant que la meilleure solution serait de regrouper les crimes contre l'humanité, les infractions contre l'espèce humaine, et les infractions de guerre dans un Livre I *bis*. Dans ce cas, la sortie du Livre II des crimes contre l'humanité et des infractions contre l'espèce humaine pourrait cependant être déplorée, du fait de leur lien avec la protection des personnes. Il semble ainsi qu'aucune solution ne soit pleinement satisfaisante. Sans doute faut-il alors se résigner à la persistance d'une ambiguïté quant aux relations entre les crimes et délits de guerre et le Livre II.

²⁹² É. VERGES, « Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, une avancée marquante de la répression en France des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », *RSC*, 2010, p. 896.

²⁹³ A.-T. LEMASSON, « Les places respectives du genre humain et du genre animal dans le Code pénal », *op. cit.*, p. 784-785.

SECTION 2 : LIVRE II ET AUTRES LOIS

79. Incomplétude du Code pénal en matière de protection de la personne.

Comme nous l'avons vu, la protection des personnes n'est pas l'apanage du Livre II en ce que d'autres livres du Code pénal contiennent des incriminations liées à la protection des personnes. Mais la protection des personnes n'est pas non plus l'apanage du Code pénal, des incriminations hors Code pénal pouvant participer à cet objectif. Là encore, c'est la question du regroupement de ces infractions sous l'étendard de leur objectif commun de protection de la personne qui se pose alors. Si l'opportunité d'un tel rassemblement est contestable dans de nombreux cas, certaines situations apparaissent plus ambiguës.

Il peut en être ainsi que les infractions soient contenues dans d'autres codes que le Code pénal (§ 1), ou figurent dans des lois non codifiées (§ 2).

§ 1 : LIVRE II ET AUTRES CODES

80. Recoupements avec d'autres Codes. La protection des valeurs liées à la personne que l'on a identifiées précédemment n'est pas assurée exclusivement par le Code pénal. Au contraire, une partie significative des infractions en la matière se retrouve dans d'autres codes, en raison du fait que le Code pénal ne regroupe pas l'ensemble des infractions pénales. La multiplication des différents codes spécialisés s'accompagne d'ailleurs d'un éparpillement des infractions, celles-ci étant réparties selon le domaine de spécialité de chaque code. C'est ainsi que selon les domaines qu'ils représentent, certains codes vont être étroitement liés à certaines valeurs.

81. Infractions liées à la protection de la vie et de l'intégrité physique. Infractions du Code de la route. On peut d'abord citer le Code de la route, qui

contient de nombreuses infractions dédiées à la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes. En effet, tandis que les statistiques font état de 3684 décès et 76840 blessés liés à des accidents corporels de la circulation en 2017²⁹⁴, cette catégorie d'infractions apparaît grandement nécessaire à la protection des personnes.

C'est ainsi que ce code contient de nombreuses infractions obstacles permettant une meilleure protection de la vie et de l'intégrité physique. Un grand nombre d'entre elles sont des contraventions, mais il existe aussi certains délits. On peut prendre l'exemple de la conduite sous l'empire d'un état alcoolique (article L 234-1 C. route), de la conduite avec usage de stupéfiants (article L 235-1 C. route), ou encore la récidive de dépassement de la vitesse maximale autorisée (article L 413-1 C. route). Ces trois infractions apparaissent essentielles pour la protection des personnes lorsque l'on sait que la vitesse excessive est la cause de 30% d'accidents mortels, que la conduite sous l'empire d'un état alcoolique est la cause de 20% de ces accidents, et que la consommation de stupéfiants est la cause de 9% de ces accidents²⁹⁵.

Enfin, il convient de noter que le Livre II du Code pénal contient des articles relatifs à la circulation routière, concernant l'homicide et les blessures involontaires commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur²⁹⁶, et qui sont d'ailleurs repris dans le Code de la route (articles L 232-1 et L 232-2).

82. Infractions du Code de la sécurité intérieure et du Code de la défense.

Les relations entre le Code de la sécurité intérieure et le Livre II du Code pénal se sont renforcées depuis le transfert en 2016 dans le Livre II de dispositions relatives à la législation sur les armes (articles 222-52 et suivants). Un tel transfert démontre d'ailleurs la volonté du législateur de rapprocher cette catégorie d'infractions de la

²⁹⁴ Observatoire national interministériel de la sécurité routière, *La sécurité routière en France. Bilan de l'accidentalité de l'année 2017*, 2018, p. 8.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Art. 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1. À propos de l'opportunité de la présence de tels articles dans le Livre II et de ses conséquences, v. *infra* n° 234.

protection des personnes. Ces infractions doivent alors être entendues comme des infractions obstacles permettant de renforcer la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes.

Pourtant, de nombreuses infractions liées au port et au trafic d'armes demeurent dans le Code de la sécurité intérieure. Ces infractions sont présentes aux articles L 317-1 et suivants de ce code. Il s'agit à la fois d'infractions différentes de celles qui sont présentes dans le Livre II, mais également d'infractions du même type pour des catégories d'armes différentes. Qui plus est, en ce domaine, d'autres infractions sont également présentes dans le Code de la défense. On peut prendre à titre d'exemple la fabrication ou commerce d'armes de catégories A ou B sans autorisation préalable²⁹⁷, ou encore l'importation sans autorisation²⁹⁸. En réalité, ce sont des dizaines d'infractions qui sont aujourd'hui dispersées entre ces trois codes. Ainsi, dans ce domaine précis des infractions relatives aux armes, l'objectif de protection de la personne n'est pas non plus l'apanage du Livre II.

83. Infractions du Code de la santé publique. Le Code de la santé publique est un autre cas de code présentant des frontières fines avec le Livre II du Code pénal. La protection de la santé étant liée à la protection de la vie et de l'intégrité des personnes, les liens avec le Livre II paraissent en effet évidents. Au demeurant, il y a déjà eu des transferts d'infractions entre le Code de la santé publique et le Livre II du Code pénal, concernant les infractions liées au trafic de stupéfiants, lors de l'élaboration du nouveau Code pénal.

Aujourd'hui, dans le Code de la santé publique, de multiples infractions sont liées à la protection de la vie et de l'intégrité des personnes. Il s'agit par exemple des infractions liées aux débits de boissons, notamment la vente ou offre de boissons alcoolisées à des mineurs (art. L 3353-3 C. santé publique). Cette infraction semble directement liée à celle de l'article 227-19 du Code pénal, réprimant la provocation d'un mineur à la consommation excessive ou habituelle d'alcool. Il existe d'ailleurs

²⁹⁷ Art. L 2332-1 et L 2339-2 C. défense.

²⁹⁸ Art. L 2331-1, 2335-1 et 2339-10 C. défense.

un renvoi vers cette dernière infraction à l'article L 3353-4 du Code de la santé publique. Finalement, l'infraction de l'article L 3353-3 de ce code apparaît comme un délit obstacle à celle du Livre II du Code pénal, le lien entre les deux étant alors manifeste.

En lien avec la protection de l'intégrité de la personne, il est également possible de citer les infractions liées aux interruptions de grossesse²⁹⁹, mais également celles liées à la commercialisation des médicaments³⁰⁰.

84. Infractions du Code de l'environnement. Les liens entre la protection de l'environnement et la protection de la vie et de l'intégrité des personnes peuvent sembler davantage éloignés que dans les cas d'autres codes déjà cités. Cependant, certaines infractions du Code de l'environnement apparaissent liées à la protection de la santé des personnes. À ce titre, l'on peut citer l'infraction de l'article L 216-6 de ce code, sanctionnant le déversement de substances nuisibles dans les eaux souterraines ou superficielles ou dans la mer territoriale. Cet article mentionne d'ailleurs expressément le fait que la substance soit nuisible pour la santé des personnes³⁰¹.

85. Infractions liées à la protection de la sécurité, de l'égalité et de l'intégrité morale des personnes. Infractions du Code du travail. Plusieurs incriminations liées à la protection de la personne se retrouvent par ailleurs dans le Code du travail.

Il est d'abord possible de citer les infractions relatives à la sécurité des personnes, l'article L 4741-1 formulant une infraction générale aux règles d'hygiène et de sécurité.

²⁹⁹ Interruption illégale de grossesse (art. L 2222-2 C. santé publique), entrave à l'interruption de grossesse (art. L 2223-2 C. santé publique), aide illégale à l'interruption de grossesse (art. L 2222-4 C. santé publique), distribution illicite d'abortifs (art. L 5435-1 C. santé publique).

³⁰⁰ Commercialisation d'un médicament dépourvu d'autorisation de mise sur le marché (Art. L 5421-2 C. santé publique), non signalement d'un effet indésirable grave (Art. 5421-6-1 C. santé publique).

³⁰¹ V. également les art. L 218-11 et suivants du même code concernant le rejet de substances polluantes tels que les hydrocarbures et autres substances nocives.

Le Code du travail présente également des incriminations de harcèlement moral et sexuel. Depuis la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, le Code du travail ne fait cependant que reproduire les définitions de ces deux incriminations données par le Code pénal, laissant à ce dernier le soin de la répression à travers ses articles 222-33 et 222-33-2. Une telle démarche démontre la volonté de maintenir la part symbolique de la présence de ces incriminations dans le Code du travail, sans pour autant interférer avec leur répression. L'on tranche ainsi avec la situation qui avait cours précédemment, notamment par rapport au fait que les anciennes versions de l'article L 1155-2 du Code du travail posaient pour les harcèlements moral et sexuel des sanctions différentes de celles qui existaient parallèlement dans le Code pénal.

Enfin, il est intéressant de noter que l'article L 1155-2 est aujourd'hui consacré aux discriminations à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel³⁰². Or le Livre II du Code pénal présente une infraction similaire à l'article 225-1-1. L'infraction du Code pénal est cependant plus étroite puisqu'elle ne vise que les faits de harcèlement sexuel, ainsi que les cas de discriminations strictement énumérés à l'article 225-2, sanctionnant ces faits d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 45.000€ d'amende, là où le Code du travail prévoit un an d'emprisonnement et 3.750€.

Finalement, les infractions de harcèlement sont une manifestation claire du lien existant entre le Code pénal et le Code du travail, ces derniers présentant un objectif commun de protection de la personne.

86. Protection de la liberté de consentement de la personne. L'abus de faiblesse dans le Code de la consommation. Un dernier parallèle peut être fait entre le Livre II du Code pénal et un autre code. Il s'agit ici du Code de la consommation, plus précisément concernant l'infraction d'abus de faiblesse. L'on sait qu'au sein du Code pénal, l'infraction d'abus de faiblesse figure dans le Livre II

³⁰² On peut également citer l'article L 2146-2 consacré aux discriminations relatives aux activités syndicales.

depuis son déplacement³⁰³. Mais il est intéressant de noter que le Code de la consommation présente également une infraction d'abus de faiblesse, dont la définition figure à l'article L 121-8 et les peines à l'article L 132-14. Si les peines sont les mêmes, à savoir trois ans d'emprisonnement et 375.000€ d'amende³⁰⁴, les définitions diffèrent de façon significative. En effet, l'incrimination présente dans le Code de la consommation n'emploie pas les distinctions de l'article 223-15-2 du Code pénal relatives à la victime et à son état de vulnérabilité. L'article L 121-8 vise ainsi toute personne s'étant engagée pécuniairement alors qu'elle ne pouvait mesurer la portée de son engagement du fait de ruses ou artifices ou du fait d'une contrainte. La définition du Code de la consommation est donc moins restrictive sur les victimes potentielles de l'infraction, mais l'est davantage par rapport à l'acte consenti, qui n'est pas nécessairement un acte pécuniaire dans l'infraction du Code pénal.

Malgré leurs différences, ces infractions se rejoignent sur le but de protection de la personne, ayant toutes deux pour objectif de protéger la liberté de son consentement.

87. Justification du partage du rôle de protection de la personne entre différents codes. Les différentes infractions que nous venons d'évoquer montrent que le Livre II n'est pas le réceptacle exclusif des infractions relatives à la protection de la personne. D'un point de vue quantitatif, il est même possible de dire qu'il existe sans doute plus d'infractions liées à la protection de la personne hors du Livre II qu'en son sein.

Dans ce cas, comment délimiter le Livre II par rapport à son objectif de protection de la personne ? Comment justifier l'éparpillement des infractions que l'on vient de constater ? Il apparaît manifeste que l'impératif de clarté et d'accessibilité de la loi commande qu'à des domaines spéciaux correspondent des codes spéciaux. Un tel découpage en fonction des secteurs (Code de la santé

³⁰³ V. *supra* n° 69.

³⁰⁴ L'article L 132-14 du Code de la consommation prévoyant par ailleurs que l'amende peut être portée à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel.

publique, Code de l'environnement) ou en fonction des circonstances (Code du travail) est en effet beaucoup plus commode et efficace. L'on mesure encore plus cet avantage lorsqu'on envisage l'alternative qui serait le regroupement de ces infractions dans le Code pénal, celui-ci devenant alors un instrument certes exhaustif, mais probablement indigeste et complexe. Son cantonnement aux infractions générales, non concernées par un domaine particulier et aux les infractions les plus graves est donc logique et nécessaire. Il est dès lors compréhensible que des codes présentant des matières techniques, ayant leur propre logique, contiennent des infractions pénales qui, de près ou de loin, protègent les personnes, des recoupements étant inévitables.

Ce partage du rôle de protection de la personne entre différents codes apparaît ainsi bien souvent justifié. On peut, à titre d'exemple, évoquer le cas des infractions qui concernant la gestion des débits de boissons présentes dans le Code de la santé publique. Certes elles présentent des liens étroits avec le Livre II mais il est logique de regrouper l'ensemble des dispositions relatives à la gestion de boissons dans un seul et même code. Cela rend le régime de ces règles plus clair, leur transfert dans le Code pénal n'aurait aucun sens de ce point de vue.

En revanche, dans certains cas le partage se justifie moins. Il s'agit notamment des incriminations relatives aux armes, partagées entre le Code pénal, le Code de la sécurité intérieure et le Code de la défense. Mais le problème réside alors davantage dans le fait qu'il s'agit d'une catégorie d'infractions scindée entre plusieurs codes, ce qui a des effets néfastes sur la clarté et l'accessibilité de la loi. Au contraire, la logique est conservée lorsque l'ensemble d'une catégorie d'infractions est dans un code dédié à cette matière. L'idée de l'exhaustivité du Livre II doit ainsi être mise en balance avec la nécessité de maintenir l'accessibilité et la clarté de la loi. C'est donc parce que le regroupement de certaines branches du droit dans des codes spécialisés participe à cet objectif que l'éparpillement des infractions est acceptable. Mais une telle conclusion soulève alors la question des infractions liées à la protection des personnes présentes dans des lois non codifiées.

§ 2 : LIVRE II ET LOIS NON CODIFIÉES

88. Étendue des lois non codifiées. Le principe de non-exhaustivité du Code pénal se vérifie au-delà des autres codes que l'on a étudiés. Il est en effet de nombreuses infractions qui prennent leur source dans des lois non codifiées.

À ce titre, le rapport LEGER, qui a eu l'occasion d'étudier ce foisonnement, présente des statistiques intéressantes. Ainsi, à la date du rapport, deux crimes, 599 délits et 1379 contraventions figuraient dans ce type de lois, représentant un total de 1980 infractions³⁰⁵.

89. La loi de 1881 sur la liberté de la presse. La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est une loi ayant vocation à régir les activités de presse, fondant la liberté de la presse et établissant dans le même temps les différentes responsabilités pouvant avoir cours en la matière. D'un point de vue pénal, cette loi regroupe les infractions commises par voie de presse. Néanmoins, il est aisément concevable que ce type d'infractions puisse empiéter en théorie sur le champ du Livre II, notamment par rapport à des infractions telles que la diffamation ou l'injure.

Ce qui rend encore plus floues les relations entre ces deux ensembles est le fait que la loi de 1881 ne contient pas l'ensemble des délits dits d'expression³⁰⁶. Agathe LEPAGE prend l'exemple de plusieurs infractions du Livre II qui présentent un élément de publicité : la provocation publique à commettre un génocide (article 211-2), le *happy slapping* (article 222-33-3), la publicité liée à la provocation au suicide (article 223-14), la diffusion d'images pédopornographiques (article 227-23 et 227-24). Cependant, elle conclut que ces infractions s'intègrent dans leurs propres ensembles cohérents et qu'il n'est pas opportun de les adjoindre

³⁰⁵ P. LEGER, *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, op. cit., p. 48. À titre de comparaison, le rapport faisait état d'un total de 10249 infractions, dont 7763 figuraient hors du Code pénal, soit dans d'autres codes, soit dans des lois non codifiées.

³⁰⁶ A. LEPAGE, « Les délits d'expression incriminés par le Code pénal », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), vol. 1, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice, 2011, p. 171.

à la loi de 1881. Mais outre les infractions en rapport avec une notion de publicité présentes dans le Livre II, il semble que certaines infractions de la loi de 1881 présentent pour leur part un lien avec la protection des personnes. Cette loi comporte d'ailleurs une subdivision intitulée « *Délits contre les personnes* ».

90. Diffamation. En la matière, l'on distingue la diffamation publique (loi du 29 juillet 1981, article 29 et suivants) qui est un délit et la diffamation non publique (R 621-1 du Code pénal) qui est une contravention. Au sein de la loi de 1881, il existe plusieurs infractions de diffamation (articles 30, 31, 32), selon la personne visée par la diffamation.

Le lien avec la protection des personnes apparaît surtout à l'article 32 de la loi de 1881, qui vise la diffamation commise à l'encontre d'un particulier. Dans tous les cas, la diffamation consiste en la publication d'une allégation ou imputation d'un fait précis, portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne. L'article 32 sanctionne la diffamation à l'encontre des particuliers d'une amende de 12.000€, la peine étant portée à un an d'emprisonnement et 45.000€ d'amende lorsque la diffamation est commise en raison des motifs classiquement cités liés à l'ethnie, la nation, la race, la religion, le sexe, l'orientation ou l'identité sexuelle ou encore le handicap de la personne.

La jurisprudence ne fait pas de distinction entre l'honneur et la considération. Elle retient une approche objective³⁰⁷. Mais ces deux notions semblent présenter un lien étroit avec la personne, l'honneur étant même considéré comme un « *élément de son patrimoine moral* »³⁰⁸. À travers cette expression, il semble donc possible de rattacher ces éléments à la protection de l'intégrité morale de la personne. Des auteurs semblent d'ailleurs classer la diffamation ainsi que l'injure parmi les atteintes à la personne³⁰⁹.

³⁰⁷ Cass. crim., 9 juillet 1982, n° 80-93643.

³⁰⁸ V° Honneur, CORNU G. et al. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

³⁰⁹ V. à ce titre J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., qui classent ces infractions dans les atteintes à la condition de la personne, plus précisément dans les atteintes à sa dignité. V. également M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, op. cit., qui les classe dans

91. Autre exemple. Interdiction de mise à disposition de certains documents aux mineurs. Les articles 32 à 35 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs comportent des infractions obstacles à des infractions présentes dans le chapitre du Livre II dédié aux mineurs. Cela concerne plus précisément les supports présentant un danger en raison de leur caractère pornographique ou de « *la place faite au crime, à la violence, à l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants, à l'incitation à la consommation excessive d'alcool ainsi qu'à la discrimination ou à la haine contre une personne déterminée ou un groupe de personnes* » (article 32 de la loi n°98-468 du 17 juin 1998). Ces textes ont pour objet d'imposer des mentions spéciales à ces supports pour mettre en évidence l'interdiction de mise à disposition aux mineurs. L'absence d'une telle mention est sanctionnée d'un an d'emprisonnement et 15.000€ d'amende.

Cet exemple est intéressant, car il s'agit d'une infraction obstacle directement liée à des infractions du Livre II (article 227-23 et 227-24 du Code pénal). Un lien aussi étroit conduit à s'interroger sur la place des infractions de la loi de 1998 par rapport au Livre II.

92. Justification de la place de ces infractions. Il est possible d'avoir le même raisonnement que pour les infractions présentes dans les autres codes que le Code pénal, que nous avons développé plus haut. Cependant, il existe une différence de taille, qui est que les infractions présentes dans un autre code bénéficient des avantages liés à la codification à savoir l'accessibilité et la clarté de la loi, ce qui n'est pas le cas pour les infractions présentes dans les lois non codifiées.

L'intégration d'infractions telles que la diffamation et l'injure au sein du Livre II pourrait donc se concevoir. La professeure RASSAT tend d'ailleurs vers cette

leur propre chapitre parmi les atteintes aux personnes, mais qui classe également d'autres infractions de la loi de 1881 dans les atteintes aux personnes, particulièrement dans les atteintes au principe d'égalité. V. enfin P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, qui les classe explicitement parmi les atteintes à l'intégrité morale de la personne, plus précisément dans les atteintes aux sentiments.

solution, dénonçant une situation « *tellement absurde, pour tout observateur de bonne foi, qu'on a du mal à comprendre comment le législateur a pu ne pas saisir l'occasion de la rédaction du nouveau Code pénal pour y mettre un terme* »³¹⁰. Elle met en avant le fait que ces infractions, bien que présentes dans la loi de 1881, ne se commettent pas nécessairement par voie de presse, mais peuvent se commettre entre particuliers tant que la condition de publicité est remplie³¹¹.

En revanche, concernant des infractions telles que l'interdiction de mise à disposition de certains documents aux mineurs, la réponse doit sans doute être plus nuancée. Certes cette infraction est liée à une valeur protégée par le Livre II, mais, comme nous l'avons déjà dit, le Livre II ne doit pas présenter toutes les atteintes à ces valeurs, uniquement celles qui sont les plus graves. En ce sens, il n'est pas sûr qu'une infraction telle que celle-ci ait sa place dans le Livre II. La présence d'infractions de ce type aurait probablement pour effet de diluer la symbolique portée par le Livre II. Il s'agit là des limites de la codification. La nécessité d'en conserver le symbole et la clarté commande de ne pas l'alourdir avec des infractions de moindre importance.

93. Conclusion du Chapitre 2. Il convient finalement de ne pas trop se focaliser sur l'idée d'une incomplétude du Code pénal en général, et de son Livre II en particulier. Celui-ci est en effet plus clair et plus accessible lorsqu'il ne regroupe pas l'ensemble des infractions existant. La protection de la personne devant être une priorité pour le législateur, il est nécessaire qu'un très grand nombre d'infractions soit lié à cet objectif. Mais lorsque ces infractions sont associées à des domaines précis ou techniques, leur répartition dans des codes spécialisés s'entend parfaitement.

Ainsi, le Livre II ne doit pas être conçu comme l'instrument exclusif de protection des personnes mais comme l'instrument privilégié de cette protection, en ce qu'il doit protéger les valeurs les plus éminentes, les plus symboliques, et les

³¹⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal, op. cit.*, p. 594.

³¹¹ Consciente de la spécificité du régime que la loi de 1881 accorde à ces infractions, elle propose de le maintenir dans l'hypothèse d'un transfert de ces infractions dans le Code pénal.

plus fondamentales pour la vie commune. Par rapport à ces valeurs, il ne doit réprimer que les atteintes les plus graves qui y sont portées. La délimitation du Livre II relativement à son objectif de protection de la personne ne doit donc pas se faire dans un rapport d'exclusivité, ni dans un rapport quantitatif, mais davantage dans un rapport de fond. Le Livre II doit comporter l'essentiel des infractions de protection de la personne, au sens où il doit n'en conserver que l'indispensable.

Il serait d'ailleurs nocif à ce livre et à la symbolique qu'il porte de vouloir lui infliger une obligation d'exhaustivité, qui ne ferait que l'alourdir et noyer la hiérarchie des valeurs qu'il met en avant. Ce n'est ainsi qu'à une condition de non-exhaustivité que le Livre II du Code pénal peut être un bon instrument de protection des personnes.

CONCLUSION DU TITRE 1

94. Une délimitation nécessaire. Ainsi effectuées, les délimitations internes et externes du Livre II permettent de cerner les contours de celui-ci avec plus de précision. Parce que le Livre II est dédié à la protection de la personne contre les atteintes que celle-ci peut subir, l'établissement d'une définition de la personne que ce livre vise à protéger apparaît indispensable. Une telle définition a pu, par le passé, susciter de nombreux débats. Il convient, sans les occulter, de les dépasser afin de se concentrer davantage sur l'objectif de protection des personnes assigné au Livre II. En effet, la définition de la personne protégée par le Livre II conditionne la protection dont elle bénéficie. Afin que cette protection soit la plus complète et adéquate possible, la définition de la personne à adopter ne doit être ni trop restrictive, ni trop vague. C'est pourquoi finalement, l'abandon de notions trop limitées, telle que celle de personne juridique, est nécessaire pour délimiter l'étendue interne du Livre II. Cet abandon se fait au profit d'une définition de la personne protégée par le Livre II alliant une réalité juridique et une réalité biologique³¹².

Si l'identification de la personne protégée par ce livre, ainsi que des valeurs qui en découlent permet de mieux cerner le contenu du Livre II, celui-ci doit également faire l'objet d'une délimitation externe. En effet, il est nombre d'infractions présentes, soit dans d'autres livres du Code pénal, soit à l'extérieur du Code pénal, qui ont pour objet ou pour effet de protéger la personne. À première vue, une telle dispersion semble troubler les frontières du Livre II. Si celui-ci doit rassembler les infractions protégeant la personne, comment expliquer que de nombreuses infractions remplissant cet objectif ne s'y trouvent pas ? En réalité, cette

³¹² V. *supra* n° 58.

situation n'a, la plupart du temps, pas pour effet d'affaiblir la qualité du Livre II comme sa finalité. Certaines incriminations ne protègent la personne que de manière incidente et sont donc logiquement classées dans des livres du Code pénal correspondant à leur valeur juridique principale. D'autres, parce qu'elles concernent des domaines techniques, sont classées dans d'autres codes dédiés à ces matières, ou dans des lois non codifiées.

Finalement, le Livre II du Code pénal, s'il se définit par rapport à son objectif de protection de la personne, ne doit pas prétendre à l'exhaustivité. En tant qu'instrument privilégié de protection des personnes, il doit contenir l'ensemble des infractions les plus graves, les plus symboliques, mais aussi les plus générales, contre les personnes. Son manque d'exhaustivité ne doit pas être pointé du doigt, mais au contraire encouragé, sous peine d'un risque de dénaturation.

95. Une assise conditionnant l'étude des incriminations du Livre II. Une telle délimitation du Livre II nous permet avec plus d'aisance de déterminer quelles infractions doivent figurer dans cet ensemble, et lesquelles n'y ont pas leur place. Mais une fois ce choix effectué, il convient encore de déterminer leur organisation en son sein.

TITRE 2 : LA RESTRUCTURATION DU LIVRE II, UNE PERSPECTIVE A ENVISAGER

96. **Une édification d'architecte**³¹³. L'étendue du contenu du Livre II déterminée, la question de son agencement interne apparaît essentielle. Une telle organisation remplit en effet plusieurs rôles. D'une part, la quantité d'infractions présentes dans le Livre II commande que celui-ci soit aménagé de façon à en faciliter l'accessibilité et la lecture³¹⁴. D'autre part, le système de présentation et de classement des infractions a une influence sur la symbolique qu'elles portent. L'ordre et l'enchaînement des infractions sont des paramètres qu'il ne faut donc pas négliger de ce point de vue là. La hiérarchisation des valeurs protégées par le Livre II passe ainsi par son plan.

Lors de l'élaboration du Code pénal de 1994, l'accent mis sur les valeurs protégées et la fonction expressive de la loi pénale³¹⁵ eu une influence sur la construction du Livre II. Ce sont en effet sur ces valeurs que repose son plan. Une telle mise en avant des valeurs protégées par le Livre II dans son plan n'est d'ailleurs pas à négliger. En effet, « *le Code pénal d'une société donnée constitue, au moment où il est adopté, un reflet assez exact des valeurs auxquelles elle se montre attachée et [en] conséquence, le plan d'un tel code ne saurait être tenu pour anodin* »³¹⁶.

³¹³ P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal*, op. cit.

³¹⁴ Cette ambition doit être reliée à l'objectif à valeur constitutionnelle dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999. Quant à des considérations plus pragmatiques, liées au fait que le Code pénal a vocation à être utilisé par les praticiens, il convient de noter que l'organisation interne du Livre II a également une influence sur sa facilité d'utilisation.

³¹⁵ R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, op. cit., p. 4.

³¹⁶ M. DANTI-JUAN, « La notion de dignité humaine en droit pénal », in J. PRADEL (dir.), *Questions contemporaines de science criminelle*, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, n° 16, 1996, p. 108.

L'étude du plan du Livre II révèle ainsi de nombreuses forces, mais également des faiblesses présentes dès son élaboration. Ce livre affiche, dès 1994, un plan d'apparence claire, notamment du point de vue de la hiérarchie des valeurs protégées, même si une étude plus approfondie laisse déjà apparaître plusieurs incohérences (Chapitre 1). Ces incohérences se sont révélées avec acuité à l'épreuve du temps, d'autres faiblesses s'y ajoutant au fil des modifications apportées à ce livre (Chapitre 2).

Chapitre 1

Une organisation interne originellement imparfaite

Chapitre 2

Une organisation interne mise à l'épreuve

CHAPITRE 1 : UNE ORGANISATION INTERNE ORIGINELLEMENT IMPARFAITE

97. **Des choix initiaux amenant un cadre strict.** Lors de l'élaboration du Code pénal, le législateur a choisi de fonder l'organisation du Livre II sur les valeurs juridiques que ce livre protège. Ces valeurs apparaissent à la lecture de son plan et des intitulés de ses subdivisions, certaines d'entre elles se divisant parfois en plusieurs autres. Les infractions sont ainsi classées dans ces subdivisions selon la valeur juridique qu'elles protègent à titre principal³¹⁷.

Les valeurs protégées renvoyant parfois à des concepts souples, il est alors possible de constater une certaine porosité entre les subdivisions du Livre II. Certaines infractions semblant protéger plusieurs valeurs, elles pourraient ainsi appartenir à plusieurs chapitres en même temps. Mais dans sa globalité, l'agencement choisi semble poser une structure stricte et plutôt claire pour le classement des infractions du Livre II.

En mettant en place une telle organisation, le législateur a néanmoins commis certaines digressions *ab initio*. C'est ainsi que toutes les distinctions du classement du Livre II ne respectent pas nécessairement le système mis en place. Par exemple, le classement en fonction des valeurs protégées laisse parfois place à un classement en fonction des personnes protégées (en particulier les mineurs). Le classement selon les valeurs n'est par ailleurs pas uniforme au fil des subdivisions, car les plus inférieures d'entre elles peuvent parfois viser non pas des valeurs, mais des listes d'infractions³¹⁸, ou encore des distinctions plus pédagogiques³¹⁹.

³¹⁷ Certaines infractions protègent en effet plusieurs valeurs à la fois. Nous l'avons vu par exemple à l'occasion de l'étude du découpage entre les différents livres du Code pénal (v. *supra* n° 61 et suiv.).

³¹⁸ V. par exemple le paragraphe intitulé « *De l'exhibition sexuelle et du harcèlement sexuel* ».

³¹⁹ V. par exemple les deux sections distinguant les atteintes volontaires et involontaires à la vie.

Ainsi, si le principe d'un classement selon les valeurs protégées a fondé l'organisation du Livre II (Section 1), les rédacteurs du Code pénal ont parfois eu quelques difficultés à le respecter (Section 2), rendant l'organisation interne de ce livre imparfaite dès l'origine. Ces imperfections originelles ont souvent persisté depuis, certaines d'entre elles ayant été alimentées par la création ou la modification d'infractions.

SECTION 1 : LE PRINCIPE D'UNE ORGANISATION SELON LES VALEURS PROTEGEES

98. L'importance de la fonction expressive du droit pénal pour l'élaboration du plan du Livre II. Parce qu'il est un instrument de protection des personnes, le Livre II est la toile privilégiée d'expression de valeurs essentielles, et l'une des manifestations les plus abouties de la fonction expressive que l'on assigne à la loi pénale. Le principe d'une organisation du plan de ce livre selon les valeurs protégées permet de le montrer (§ 1), comme la mise en place d'une hiérarchie entre ces valeurs (§ 2).

§ 1 : UNE ORGANISATION EN FONCTION DES VALEURS PROTEGEES

99. Historique. Différentes possibilités de classement des infractions. Au fil des siècles, plusieurs modes de classement des infractions ont été envisagés. Jean-Marie CARBASSE fait ainsi état de plusieurs méthodes d'ordonnement sous l'Ancien Régime, selon les auteurs. Les infractions étaient ainsi parfois classées selon que la procédure applicable était ordinaire ou extraordinaire, selon leur fréquence de commission et donc du nombre de procès qu'elles engendraient, ou

bien encore selon la gravité de l'infraction³²⁰. Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES font état d'un classement selon les peines encourues mais aussi selon l'intérêt protégé³²¹. En ce sens, ils mettent en avant les travaux de BRISSOT DE WARVILLE, qu'ils considèrent comme le premier à adopter un classement des infractions selon l'intérêt social qu'elles protègent³²². Dans ses travaux, l'auteur distinguait en effet les « *crimes publics* » des « *crimes particuliers* », fondant son raisonnement sur le fait que « *dans toute société, il n'y a que deux intérêts, l'intérêt général et l'intérêt des particuliers* »³²³. Il semble cependant qu'une telle division binaire pouvait déjà être constatée antérieurement chez d'autres auteurs³²⁴. On sait qu'elle fut par la suite reprise par les codes pénaux de 1791 et 1810.

100. Ordonnements proposés en doctrine. BENTHAM. La lecture des travaux de BENTHAM fournit d'autres possibilités relatives aux divisions que l'on pourrait adopter pour classer les infractions. Le juriste anglais propose en effet de classer les infractions de la façon suivante : infractions privées, semi-publiques, réflexives et publiques.

Les différentes méthodes de classement qu'il expose dans ses travaux présentent l'intérêt d'avoir un lien avec les valeurs protégées par les infractions. Il met ainsi en avant la protection de l'« *homme, son bonheur et sa sécurité, en un mot ses plaisirs et sa protection contre les douleurs* »³²⁵, tout en mentionnant les atteintes aux relations entretenues avec les autres personnes. Dans cette dernière catégorie, il

³²⁰ J.-M. CARBASSE, P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2014, p. 340.

³²¹ P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 75. Les auteurs citent notamment les classements faits par des magistrats afin de constituer des recueils servant surtout d'outils professionnels.

³²² *Ibidem*.

³²³ J.-P. BRISSOT DE WARVILLE, *La théorie des lois criminelles*, J.-P. Aillaud, 1836, p. 103. Il est à noter que la première impression date en réalité de 1781.

³²⁴ Voir à ce titre J.-M. CARBASSE, P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 340, qui fait état de ce classement entre crimes publics et privés d'abord en droit romain, puis sous l'Ancien Régime chez certains auteurs du XVI^e siècle tels que DAMHOUDERE DE BRUGES.

³²⁵ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, Éd. J. Vrin, trad. BOZZO-REY M. et al., 2011, p. 234-235.

distingue les personnes avec qui l'on a des relations spécifiques³²⁶, desquelles découlent une atteinte au statut personnel, et les personnes avec qui l'on n'a pas de relations particulières, desquelles découlent une atteinte à notre réputation³²⁷. Parmi les atteintes à la personne elle-même, il préconise un classement selon que l'atteinte vise le corps ou l'esprit de la personne, pour ensuite classer les infractions selon la nature de l'atteinte : positive ou négative, volontaire ou involontaire, mortelle ou non, provoquant des dommages temporaires ou irrémédiables³²⁸.

D'autres infractions contre les personnes se retrouvent dans la catégorie qu'il nomme les infractions semi-publiques, notamment les mises en danger, qu'il classe selon qu'elles sont intentionnelles ou non³²⁹.

On voit bien que le classement proposé par Jeremy Bentham repose en partie sur un ordonnancement par valeurs protégées, analogue à celui retenu aujourd'hui dans le Livre II. L'avantage qu'il met en avant relativement à un tel classement est qu'il s'agit d'une méthode de classement naturelle, c'est-à-dire « *selon les propriétés que les hommes ont coutume de remarquer de par la constitution de la nature humaine, indépendamment de toutes les impressions accidentelles qu'ils ont pu recevoir* », permettant de « [fournir] à la compréhension et à la mémoire une aide que ces facultés chercheraient en vain dans une classification artificielle »³³⁰.

Mais pour lui, les avantages à un tel classement ne s'arrêtent pas là : « *cette méthode est organisée de telle sorte que la place même qu'on attribue à chaque infraction suggère la raison pour laquelle elle y a été placée. Elle indique non seulement que telles ou telles actions sont constituées en infractions, mais aussi la raison pour laquelle elles doivent l'être. [...] C'est alors une sorte de justification permanente adressée aux sujets, indiquant quelles sont les entraves qu'il est nécessaire d'infliger à la liberté de chacun afin d'assurer la*

³²⁶ Par exemple un lien matrimonial ou un lien de filiation.

³²⁷ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., p. 235-236.

³²⁸ *Ibid.*, p. 265-266.

³²⁹ *Ibid.*, p. 237. Les mises en danger non intentionnelles seraient classées dans la catégorie des « *infractions semi-publiques provoquant des catastrophes* » et les mises en danger intentionnelles le seraient dans la catégorie des « *infractions semi-publiques provoquées par simple délinquance* ».

³³⁰ *Ibid.*, p. 313.

sécurité et la liberté de tous. C'est aussi une sorte de leçon perpétuelle adressée au législateur, servant en même temps à rectifier ses préjugés et à freiner ses passions. Un acte nuisible lui a échappé ? Dans une classification naturelle et exhaustive à la fois, il ne peut manquer de le trouver. Est-il parfois tenté d'assimiler par force l'innocence à la culpabilité ? La difficulté de lui trouver une place lui indique son erreur. Voilà les usages d'une carte universelle des actes délictueux [...]. Suivez-là et tout ce qu'il y a d'arbitraire dans la législation s'évanouit. Un législateur mal intentionné ou empli de préjugés n'osera pas la regarder en face. Il l'interdirait, et avec raison, car elle tournerait ses lois en ridicule »³³¹.

Or, la lecture des avantages mis en avant par BENTHAM à une classification des infractions selon des valeurs universelles semble justifier la classification adoptée par le Livre II aujourd'hui, en particulier le principe d'une classification selon les valeurs qu'il doit protéger. Que ce soit du point de vue de la facilité d'organisation, de la justification de la pénalisation ou de l'encadrement de l'action du législateur, une telle méthode apparaît, il est vrai, clairement opportune.

101. Autre ordonnancement proposé. Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES ont cependant proposé un autre ordonnancement, quoiqu'également fondé sur les valeurs protégées par les incriminations³³². Ils catégorisent en effet les incriminations d'abord dans des classes, correspondant à une catégorisation juridique, par exemple la classe des homicides involontaires. Les incriminations ainsi classées sont ensuite regroupées selon le type d'intérêt protégé, et sont enfin classées dans des « catégories ou rationalités incriminatrices »³³³.

On voit bien là encore que le système de classement proposé repose, en partie, sur les valeurs protégées. Le premier niveau retenu, ayant trait à un

³³¹ *Ibid.*, p. 314-315.

³³² P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 296.

³³³ *Ibid.*, p. 297. À propos de ce dernier niveau de catégorisation, le plus haut, les auteurs en distinguent quatre types : « les incriminations organisant la protection du patrimoine naturel de l'homme, qui relèvent d'une rationalité de type morale naturelle », « la régulation des échanges sociaux quotidiens [qui] correspond à une rationalité de type morale civique », « la protection des institutions publiques et des fonctionnements démocratiques [qui] participe d'une rationalité politique », et « une quatrième catégorie d'incriminations, enfin, correspond à une rationalité économique et sociale et a trait aux échanges économiques et aux relations au sein du monde du travail ».

classement davantage technique et juridique, présente cependant également un intérêt. Il manifeste en effet le fait qu'au-delà d'un ordonnancement selon les valeurs, il est nécessaire de classer les infractions selon des catégories qui sont plus descriptives, plus pratiques et concrètes, aidant « *l'activité expert (sic) des techniciens du droit qui rapportent des cas singuliers à une classe d'équivalence juridique en vue de leur traitement policier et judiciaire* »³³⁴. Finalement, si un classement des infractions selon les valeurs qu'elles protègent apparaît clairement approprié, celui-ci doit être couplé à des subdivisions inférieures plus techniques.

102. L'expression de valeurs dans le plan du nouveau Code pénal. Les rédacteurs du nouveau Code pénal ont manifestement voulu mettre en avant certaines valeurs, en organisant les infractions du Livre II. La comparaison du plan qu'ils ont retenu pour ce livre avec celui du Code pénal de 1810 avant son abrogation le montre.

Le plan de l'ancien Code pénal ne faisait ainsi état que de listes d'infractions dans chaque subdivision, là où la structure du Livre II actuel met en avant les différentes valeurs qu'il protège. On peut citer à titre d'exemple les infractions volontaires contre la vie et l'intégrité physique de la personne, qui, dans l'ancien Code pénal, étaient notamment regroupées dans une section intitulée « *Meurtres et autres crimes capitaux, menaces d'attentats contre les personnes* », suivie d'une autre intitulée « *Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre et autres crimes et délits volontaires* ». Toutes ces infractions sont aujourd'hui regroupées dans des subdivisions axées sur les valeurs, au sein de chapitres intitulés « *Des atteintes à la vie de la personne* », et « *Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne* ».

Le passage d'un schéma à l'autre a d'ailleurs été mis en avant par Robert BADINTER dans son exposé des motifs du projet de loi de nouveau Code pénal : « *le nouveau code pénal doit prendre pour fin première la défense de la personne humaine et tendre à assurer son plein épanouissement en la protégeant contre toutes les atteintes,*

³³⁴ *Ibid.*, p. 296.

qu'elles visent sa vie, son corps, ses libertés, sa sûreté, sa dignité, son environnement »³³⁵. La hiérarchie des valeurs que devait contenir le Livre II fut également exprimée à cette occasion, puisque, dans la suite de cet exposé des motifs, sont successivement étudiés les crimes contre l'humanité, les atteintes à la vie de la personne, à son intégrité physique et psychique, à sa dignité, à sa liberté, à sa vie privée, puis les atteintes aux mineurs et aux personnes vulnérables³³⁶, une présentation conforme à la structure sur laquelle repose le Livre II depuis son entrée en vigueur.

103. Possibilité d'organisations alternatives. Certains ont toutefois pu s'interroger sur cette classification et ont proposé, ce faisant une organisation alternative. Le professeur SEUVIC a ainsi proposé de distinguer, parmi les infractions contre les personnes, les infractions contre l'humanité, c'est-à-dire « *la spécificité de la communauté humaine* »³³⁷, dans lesquelles il classe les crimes contre l'humanité, les infractions contre l'espèce humaine, et les infractions contre la dignité humaine ; des infractions contre les êtres humains et choses humaines, dans lesquelles il classe les infractions contre la vie et l'intégrité physique (infractions contre les êtres humains) et les infractions contre les produits humains et les cadavres humains (infractions contre les choses humaines).

On voit bien dans une telle proposition que le classement selon les valeurs protégées demeure le principe d'organisation, ce qui permet d'en conserver les avantages. En revanche, la façon dont devraient s'articuler ces différentes valeurs selon le professeur SEUVIC est totalement différente du classement retenu par le Livre II. On notera en particulier la place qu'il accorde aux infractions contre la dignité humaine, qui est notamment liée au rapprochement qui en est fait avec les crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine. Une telle démarche permet sans doute d'appréhender la spécificité de ces infractions contre la dignité d'une meilleure façon que celle du Livre II, qui a davantage tendance à les noyer parmi

³³⁵ R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal, op. cit.*, p. 15.

³³⁶ *Ibid.*, p. 18-23.

³³⁷ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », *op. cit.*, p. 344.

les autres³³⁸. Cette proposition alternative n'est cependant sans doute pas pleinement satisfaisante, de même que le plan retenu par les rédacteurs du nouveau Code pénal, qui ont ensuite dû hiérarchiser les valeurs exprimées par le plan du Livre II.

§ 2 : UN CLASSEMENT FONDE SUR LA HIERARCHIE DE CES VALEURS

104. Positionnement d'une hiérarchie entre valeurs. L'organisation des infractions dans le Livre II repose sur un classement de ces infractions selon les valeurs protégées auxquelles elles correspondent, des valeurs elles même hiérarchisées.

Le Livre II est d'abord divisé en deux titres, dont les intitulés choisis par le législateur en 1992 marquent clairement une telle hiérarchie. Ainsi, le Livre II accorde en premier lieu sa protection à l'humanité dans un Titre I^{er}, et en second lieu à la personne humaine dans son Titre II. D'un point de vue quantitatif, le deuxième titre est le plus conséquent puisqu'il contient sept chapitres, dont les intitulés font également ressortir une hiérarchie. Sont ainsi traitées successivement les atteintes à la vie, puis à l'intégrité physique, puis à des attributs de la personne que sont sa liberté, sa dignité, ou sa personnalité³³⁹.

Il en résulte une hiérarchie entre ces différentes valeurs liées à la personne, en lien avec le degré de protection dont elles doivent bénéficier. L'on comprend aisément que la protection de l'intégrité physique vienne après celle de la vie de la personne, mais avant celle des autres attributs qui composent sa personnalité. En suivant cette démarche d'une hiérarchie entre valeurs, il apparaît logique qu'une valeur telle que la personnalité n'arrive qu'en sixième position. En effet,

³³⁸ À propos du chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne, v. *infra* n° 111 et suiv.

³³⁹ À propos du septième chapitre, ne s'inscrivant pas dans cette logique de hiérarchisation de valeurs puisque n'étant pas consacré à une véritable valeur protégée mais aux atteintes aux mineurs et à la famille, v. *infra* n° 129 et suiv.

contrairement à des droits comme le droit à la vie ou le droit à la dignité, qui sont indisponibles, la personnalité se caractérise par la place laissée à la volonté individuelle, nombre des infractions y portant atteinte n'étant d'ailleurs pas constituées en présence du consentement de la victime³⁴⁰.

105. Importance de la symbolique de la hiérarchie mise en place pour certaines valeurs. La part de symbole qui est liée à l'expression de valeurs dans le plan du Livre II constitue, par ailleurs, un paramètre capital. En effet, comme nous en avons fait état, l'affichage de certaines valeurs a pour objectif d'en assurer la promotion et d'en manifester l'importance. Or la hiérarchie mise en place entre elles par les rédacteurs du Code pénal confère à certaines une dimension autre que celle que l'on pouvait leur accorder antérieurement.

C'est par exemple le cas de la protection de l'humanité, que l'on retrouve en tête du Livre II. Les crimes contre l'humanité apparaissent alors comme les premières infractions réprimées par le droit pénal français, ce qui permet d'en mesurer la dimension et la priorité que le législateur a choisies d'y accorder. Cette part de symbole s'accroît lorsque l'on prend en compte les propos de Valérie MALABAT, qui souligne la place de l'intérêt protégé dans ces incriminations. Pour elle, l'expression de valeurs est même leur raison d'être, puisqu'elles n'ont pas de réelle vocation à s'appliquer. Elles sont là surtout pour le symbole de l'interdit³⁴¹. La place de ce symbole au fronton de la partie spéciale du Code pénal apparaît donc essentielle.

La dignité de la personne est une autre valeur protégée qui, à l'entrée en vigueur du Code pénal, a bénéficié d'une certaine élévation, puisqu'un chapitre

³⁴⁰ A. LEPAGE, « Le Code pénal et la protection de la personnalité : propos sur l'autonomie et la codification du droit pénal », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 535.

³⁴¹ V. MALABAT, « Morale et droit pénal », in D. BUREAU et al. (dir.), *Droit et morale: aspects contemporains*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2011, p. 229. L'auteure critique toutefois les dispositions ayant une seule visée expressive, telles que l'inceste, puisque chaque texte doit avoir également une utilité technique.

entier lui est consacré, chose inédite jusqu'alors³⁴². Si l'on peut discuter de l'opportunité et du contenu d'un tel chapitre, la démarche consistant à consacrer une subdivision du Livre II à la dignité de la personne témoigne bien d'une volonté de lui accorder un certain poids et une autre portée que celle qui lui était accordée jusque-là.

106. Classement des infractions par leur gravité au sein de la hiérarchie des valeurs. Outre la mise en avant de ces valeurs, on constate à la lecture du Livre II que la mise en place d'une hiérarchie a aussi permis de promouvoir certaines infractions. C'est ainsi qu'en matière de protection de l'intégrité physique des personnes, la création de l'infraction de tortures et actes de barbarie (article 222-1), et son insertion en tête du chapitre consacré à ces atteintes, n'est pas à négliger du point de vue de l'expression de valeurs³⁴³.

De façon plus générale, au sein des subdivisions, l'idée d'un classement décroissant des infractions selon leur gravité l'emporte régulièrement. C'est ce qui explique par exemple le positionnement des atteintes volontaires à la vie avant celui des atteintes involontaires, ou encore celui des violences réalisées avant celui des simples menaces.

107. Abandon occasionnel du schéma hiérarchique. Une telle logique de classement selon la gravité n'est cependant pas constante dans le Livre II. On peut ici prendre l'exemple du Chapitre III du Titre II, consacré à la mise en danger de la personne, au sein duquel on constate une progression au niveau des peines

³⁴² L'apport d'un tel chapitre est à nuancer, puisqu'il s'agit surtout d'un affichage sans véritable cohérence de fond. V. à ce titre *infra* n° 111 et suiv.

³⁴³ Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal, l'idée de la promotion d'infractions par leur placement en tête d'une subdivision a été renouvelée en matière d'esclavage (articles 224-1 A, 224-1 B et 224-2 C). Ces infractions ont été introduites dans le Livre II par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013, le législateur ayant été jusqu'à leur conférer une numérotation particulière pour leur assurer une place au fronton du Chapitre IV, manifestation claire de l'importance que l'on a voulu donner à ces infractions.

encourues concernant les infractions principales des trois premières sections³⁴⁴, ce qui montre bien que le classement n'a pas été fait ici en fonction de leur gravité.

Il est cependant possible de trouver une autre logique à cette classification : l'organisation des infractions selon qu'elles correspondent à un comportement général ou plus particulier. C'est ainsi que pour le Chapitre III, l'infraction générale de mise en danger d'autrui est positionnée en premier, laissant ensuite place à des infractions plus spécifiques mettant également en danger les personnes.

À ce stade il est également intéressant de mentionner le cas du Chapitre II de ce Titre II, consacré aux atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne, qui combine à la fois un classement selon la gravité des infractions, et un classement en fonction du caractère général ou spécial de celles-ci. En effet, sont d'abord présentées les infractions générales de violences, puis des infractions constituant des atteintes plus particulières à l'intégrité physique ou psychique de la personne³⁴⁵. À ce classement s'ajoute une hiérarchie selon la gravité des infractions concernant les infractions générales, puisque les violences volontaires précèdent les violences involontaires au sein de ce chapitre.

108. Classement des infractions selon leur gravité au sein d'une subdivision.

Exemple des violences volontaires. Si, au sein des chapitres du Livre II, les subdivisions inférieures sont parfois classées selon la gravité des infractions qu'elles prévoient, la logique d'un tel classement peut également se retrouver au sein d'une même subdivision, dans le classement des infractions elles-mêmes. L'exemple qui peut être ici pris est celui de l'ordonnancement des infractions de violences (articles 222-7 à 222-16-3). Au sein du paragraphe qui leur est consacré, ces infractions sont classées par ordre décroissant de gravité, allant des violences ayant

³⁴⁴ Ainsi, l'article 223-1 punit l'exposition d'autrui à un risque d'un an d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, l'article 223-3 punit le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, et l'article. 223-5 punit l'entrave aux mesures d'assistance de sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende.

³⁴⁵ Telles que les infractions sexuelles, le harcèlement moral, ou encore le trafic de stupéfiants.

entraîné la mort sans intention de la donner (article 222-7), aux violences ayant entraîné huit jours ou moins d'incapacité de travail (article 222-13)³⁴⁶.

Un tel classement présente une logique certaine, en assurant la promotion des infractions les plus graves que sont les violences mortelles, tout en garantissant un ordonnancement cohérent de ces infractions.

Cet agencement a malgré tout pu être critiqué. C'est ainsi que la professeure RASSAT, après avoir salué le classement en fonction de la gravité des infractions, estimant qu'il « met [...] pour une fois, un ordre précieux dans une situation antérieure très confuse », exprime par la suite de façon inattendue que « comme le nouveau Code a beaucoup de mal à faire les choses correctement, il procède en allant du plus grave au moins grave ce qui est une méthode si inhabituelle et injustifiée qu'elle n'est suivie par aucun de ses commentateurs et que nous ne la suivrons pas non plus »³⁴⁷. Une telle critique apparaît surprenante. Au contraire, il semble que le nouveau Code pénal « ait fait de nombreuses choses correctement », notamment en ce qui concerne la hiérarchisation des infractions. Le fait de décliner ces dernières du résultat le plus grave au résultat le moins grave n'a en effet rien d'aberrant. Une telle technique semble courante et justifiée, en ce qu'elle permet un classement entre les atteintes aux valeurs protégées, apportant une clarté inhérente à la mise en place d'une hiérarchie. Le fait que les infractions soient présentées dans un ordre décroissant s'inscrit par ailleurs dans la logique du reste du Code, puisque l'on sait que l'entier Code pénal est construit sur un plan allant des atteintes les plus graves aux moins graves (d'abord entre ses livres, ensuite entre ses titres et chapitres). Ainsi, le fait d'adopter pour les violences un ordre croissant aurait peu de sens à cet égard.

Ce sont finalement des principes relativement clairs et cohérents qui gouvernent l'organisation du Livre II. Une clarté et une cohérence qui ont été parfois difficile à respecter.

³⁴⁶ À la suite de cette dernière infraction, et donc de la gradation des violences générales, le paragraphe comporte des infractions plus spécifiques, telles que la participation à un groupement violent (art. 222-14-2), l'administration de substances nuisibles (art. 222-15), ou encore l'embuscade (art. 222-15-1).

³⁴⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, op. cit., p. 407.

SECTION 2 : UNE ORGANISATION SELON LES VALEURS PROTEGEES DIFFICILE A METTRE EN ŒUVRE

109. Un manque d'harmonie entre l'ordonnement voulu et l'ordonnement adopté. La structure du Livre II fondée sur les valeurs qu'il protège n'est pas parfaite. L'on constate parfois un décalage entre les valeurs affichées par les intitulés des chapitres, et les infractions qu'ils contiennent concrètement. Or, « *si l'énoncé de valeurs telles que la vie, la liberté, la dignité, est satisfaisant intellectuellement, encore faut-il que les incriminations y soient classées correctement, ce qui n'a peut-être pas toujours été le cas* »³⁴⁸.

C'est ainsi que certaines subdivisions sont affaiblies du fait de l'inadéquation des valeurs sur lesquelles elles reposent (§ 1), tandis que d'autres le sont à cause d'écarts commis par un législateur qui ne s'est pas toujours conformé au principe d'une organisation selon les valeurs protégées (§ 2). S'ajoute à cela le fait que ces deux tendances originelles n'ont souvent été qu'accentuées par le jeu de certaines modifications législatives.

§ 1 : LA SELECTION DES VALEURS FONDANT LES SUBDIVISIONS, UN CHOIX FREQUEMMENT DELICAT

110. Un choix essentiel. Fonder le plan du Livre II sur les valeurs qu'il protège suppose un processus rigoureux de sélection de ces valeurs. Or, certaines, parce qu'elles renvoient à des concepts trop souples, ne sont pas adaptées pour constituer le fondement d'une subdivision du Livre II (A). Il peut également arriver que les infractions d'une subdivision semblent protéger d'autres valeurs que celle qu'elle affiche (B).

³⁴⁸ J. BOSSAN, « Penser la légalité comme source », in J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LexisNexis, 2017, p. 43.

A - Le choix de biens juridiques inadaptés pour le classement des infractions : l'exemple de la dignité

111. **Les difficultés d'une définition de la dignité.** Il est habituel de constater que la notion de dignité n'a pas de définition précise, bien qu'elle ne soit « *pas beaucoup moins précise que la liberté* »³⁴⁹. Or ce flou dans la définition de la dignité est problématique pour une notion qui a été désignée par le législateur pour fonder un chapitre du Livre II³⁵⁰.

De nombreuses tentatives de définition ont pourtant été faites. Étymologiquement, la dignité correspond à la *dignitas*, titre ou fonction honorifique qui donne à l'individu un rang privilégié dans la société. Par la suite, sous l'influence de la pensée chrétienne, la dignité est devenue un attribut de chaque personne. Des conceptions modernes ont fait de la dignité une valeur qui s'impose de manière absolue, sans condition³⁵¹. On a alors attaché à la dignité l'adjectif « humaine », la dignité étant ainsi un trait intrinsèque à l'Homme, qui « *va de pair avec la nature humaine* »³⁵², puisque « *la seule appartenance au genre humain confère une dignité* »³⁵³.

L'évolution de la nature de la dignité au fil des siècles n'empêche pourtant pas certains auteurs de continuer à rapprocher la notion de dignité de la *dignitas* romaine, mettant en avant le fait qu'elles présentent toujours des similitudes, telles que le fait qu'il s'agisse toujours d'un statut (non plus social mais humain), ou

³⁴⁹ G. VERMELLE, « Émergence de la dignité », in *Dix ans après la réforme de 1994, quels repères dans le Code pénal ?*, Cujas, 2005, p. 96.

³⁵⁰ Il s'agit du Chapitre V du Titre II du Livre II, intitulé « *Des atteintes à la dignité de la personne* », inséré entre le chapitre consacré aux atteintes aux libertés de la personne et celui consacré aux atteintes à la personnalité ; et correspondant aux articles 225-1 et suivants.

³⁵¹ A. ZABALZA, « Introduction », *op. cit.*, p. 46-47.

³⁵² K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 54, 2012, p. 5.

³⁵³ E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005, n° 1, p. 23.

encore le fait qu'elles aient la même fonction, c'est-à-dire fonder des droits et obligations³⁵⁴.

La notion de dignité a été progressivement juridicisée après la Seconde Guerre mondiale³⁵⁵. C'est ainsi que le préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dispose que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* », et que son article 1 dispose que « *tous les êtres humains naissent et demeurent égaux en dignité et en droits* »³⁵⁶.

En droit interne, il semble que l'année 1994 ait constitué un tournant pour cette notion. Alors que son intégration dans le plan du nouveau Code pénal en constitue une manifestation certaine, la dignité a également été mise en avant par le Conseil Constitutionnel dans sa décision relative aux lois bioéthiques, dans laquelle cette notion est érigée en principe à valeur constitutionnelle³⁵⁷. La même année, la notion de dignité fait par ailleurs son entrée dans le Code civil, en son article 16.

112. Contenu de la notion de dignité. Selon les auteurs, il existe de multiples conceptions et de multiples définitions du concept de dignité. L'on peut par exemple considérer qu'il s'agit d'une notion liée à l'honneur, mais qui recouvre en réalité de multiples valeurs telles que le droit à la vie et à l'intégrité, l'égalité, les mœurs, la décence, l'interdiction de réification de l'Homme, la protection du cadavre, et plusieurs autres³⁵⁸.

³⁵⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Une dignitas humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits*, 2008, vol. 2, n° 48, p. 59.

³⁵⁵ K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, *op. cit.*, p. 8.

³⁵⁶ La place du mot dignité avant le mot droits n'est pas anodine, puisqu'elle est porteuse de l'idée selon laquelle la dignité est le fondement des droits, v. à ce propos DELMAS-MARTY M. (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Maison des sciences de l'homme, 1997, p. 133. Il convient de noter que la notion de dignité est également aujourd'hui présente dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁵⁷ Cons. const. 27 juillet 1994, DC n° 94-343/344, cons. 18.

³⁵⁸ A. GOGORZA, « La dignité humaine », *op. cit.*, p. 106.

Si la dignité présente une multitude de facettes, on peut remarquer qu'elle fait « moins l'objet d'une définition en soi qu'elle ne se dessine par opposition de son contraire, à savoir l'indignité »³⁵⁹. Cette indignité, c'est-à-dire une définition de la dignité prise de manière négative, correspond ainsi au fait de « traiter l'homme en dessous de sa condition »³⁶⁰, et aux atteintes les plus graves aux intérêts protégés. Il y aurait ainsi des atteintes « basiques » aux valeurs protégées comme le droit à la vie ou à la liberté, et certaines atteintes plus graves, qui seraient, en plus, des atteintes à la dignité. Le meilleur exemple de cette approche est la construction des crimes contre l'humanité, qui se base sur les atteintes de droit commun. Il y aurait ainsi un « seuil de l'intolérable », au-delà duquel on basculerait dans les atteintes à la dignité³⁶¹. Mais est-ce à dire qu'un meurtre de droit commun est tolérable, et qu'il ne devient intolérable que lorsqu'il est commis massivement et selon un plan concerté ? Et si on prend les infractions du Chapitre V consacré à la dignité, est-ce à dire que la dissimulation forcée du visage est plus intolérable qu'une atteinte à la vie par exemple, qui n'a pas la chance de faire partie de ce chapitre ?

113. Lien avec la notion d'humanité. Le lien entre dignité et humanité est d'ailleurs régulièrement fait en doctrine, tout comme celui entre indignité et actes inhumains³⁶². En adoptant une définition négative de la dignité, on peut considérer qu'il s'agit du « rejet de l'inhumain, et, à ce titre, le refus que l'homme puisse être rabaissé au rang de la chose »³⁶³. Par conséquent, « tous les êtres humains sans exception (même les malades et les mourants, et même les meurtriers et les terroristes) doivent être traités dignement. Dignement pour un être humain signifie « humainement », comme un être humain (et non pas comme une chose ou un animal) »³⁶⁴. Le lien entre dignité et

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 107-108.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 110.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 112.

³⁶² *Ibid.*, p. 108-109.

³⁶³ P.-J. DELAGE, « Les fondements de la personnalité juridique », *op. cit.*, p. 53.

³⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.

humanité est ainsi posé. Selon une telle conception, le principe de dignité promeut une façon humaine de traiter les êtres humains et au contraire, met en évidence les traitements qu'ils ne doivent pas subir. C'est ainsi que pour Muriel FABRE-MAGNAN, « *dignement pour un être humain signifie "humainement", c'est-à-dire comme un être humain, ni plus (comme un Dieu), ni moins (comme une chose ou un animal [...])* »³⁶⁵. Pour elle, c'est donc le concept de dignité qui permet de relier la personne à l'humanité ou l'espèce humaine, allant jusqu'à énoncer que « *le principe de dignité marque l'unité du genre humain* »³⁶⁶.

114. Le rôle de la dignité en tant que valeur. Finalement, il semble impossible de fournir davantage que des indices pour saisir le concept de dignité. Peut-être faut-il se réduire à en faire un axiome, comme l'évoque Muriel FABRE-MAGNAN : « *la dignité de la personne humaine est le dogme premier, l'axiome de base au fondement du système juridique, en réalité son but ultime* »³⁶⁷. Ainsi, d'après elle, le concept de dignité, en tant que fondement du droit, doit être une donnée que l'on pose, sans la démontrer, comme quelque chose d'incontestable et d'indéfinissable.

Mais une telle conception pose la question des relations entre la dignité et les autres valeurs, et plus précisément celle de savoir si les autres valeurs ont pour source la dignité ou si la dignité coexiste avec elles sur le même plan. Autrement dit, n'y aurait-il pas une atteinte à la dignité de la personne derrière chaque infraction ? Pour certains auteurs, par rapport aux autres valeurs, il semblerait qu'il faille « *saisir la dignité comme valeur supérieure ou autonome* »³⁶⁸, celle-ci faisant partie des principes « *matriciels* », « *des valeurs nourricières* »³⁶⁹. Une telle conception expliquerait d'ailleurs la montée en puissance du principe de dignité, puisque

³⁶⁵ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *RIEJ*, 2007, vol. 58, n° 1, p. 24.

³⁶⁶ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *op. cit.*

³⁶⁷ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *op. cit.*, p. 10.

³⁶⁸ G. VERMELLE, « Émergence de la dignité », *op. cit.*, p. 93.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 97.

celui-ci serait apparu « *parce que les droits de l'homme traditionnels, centrés sur l'individu, sa liberté, sa vie privée, et son autonomie, ne suffisaient précisément plus* »³⁷⁰.

115. Le rôle de la dignité en tant que valeur structurante du Livre II. Cependant, par rapport au Livre II du Code pénal, si la dignité est une valeur transcendante à toutes les autres, et est commune à toutes les infractions, quelle logique y a-t-il alors à consacrer un chapitre aux atteintes à la dignité, ne regroupant que quelques infractions ? En effet, on imagine mal comment les infractions sexuelles, les tortures et actes de barbarie, ou encore la réduction en esclavage et surtout les crimes contre l'humanité ne seraient pas également des atteintes à la dignité de la personne. Or tel n'est pas le cas si on suit le plan du Livre II. La critique est d'autant plus fondée que le contenu de ce Chapitre V sur la dignité apparaît, dès l'origine, décousu, sans que cela se soit d'ailleurs arrangé au fil des années.

En réalité, pour une auteure, la dignité apparaît la plupart du temps « *comme le doublon d'autres valeurs pénalement protégées* »³⁷¹. Mais là encore, retenir une telle conception semble aller à l'encontre du bien-fondé d'un chapitre dédié aux atteintes à la dignité, puisqu'aucune infraction ne porterait atteinte purement et uniquement à la dignité de la personne humaine.

Dans tous les cas, le choix d'une valeur telle que la dignité pour délimiter un chapitre du Livre II apparaît donc contestable. Le manque de précision de cette notion empêche en effet un classement véritablement clair des infractions. Même à considérer que dans ce Chapitre V du Livre II, le concept de dignité ne sert qu'à regrouper des infractions, et intervient « *dans un registre plutôt catégoriel* »³⁷², c'est-à-dire n'ayant pas pour but d'être utilisée comme concept précisément défini regroupant des infractions correspondant à cette définition stricte, il semble que les frontières d'une telle catégorie soient tellement floues que les conséquences sur l'ordonnement du Livre II sont nécessairement néfastes. L'on pourrait en effet

³⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *op. cit.*

³⁷¹ R. KOERING-JOULIN, « La dignité de la personne en droit pénal », in M.-L. PAVIA, T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 83.

³⁷² M. DANTI-JUAN, « La notion de dignité humaine en droit pénal », *op. cit.*, p. 109.

classer beaucoup d'infractions sinon la majorité dans cette catégorie des atteintes à la dignité, rendant la délimitation totalement subjective et précaire.

116. La dignité dans le Livre II. Évaluation du Chapitre V. Absente de l'ancien Code pénal, la notion de dignité fait l'objet d'un chapitre entier dans l'actuel Code pénal et est également présente dans certaines incriminations. En 1994, lors de l'entrée en vigueur du Code pénal, « *le mot pèse lourd symboliquement parlant* »³⁷³. Certains considèrent d'ailleurs que « *le concept de dignité semble davantage l'objet d'un affichage que d'une intégration véritable* »³⁷⁴, ou encore que « *la consécration du concept de dignité humaine dans le Code Pénal de 1994 réside beaucoup plus dans la présentation des choses que dans leur contenu* »³⁷⁵, même si, dans le même temps, il est mis en avant que « *ce serait [...] faire injure au législateur que de croire que la violation de la dignité se résume pour lui aux quatre groupes de comportements incriminés au sein de ce chapitre* »³⁷⁶.

Mais peut-on se satisfaire de cette approche ? Le Chapitre V correspond aux articles 225-1 et suivants du Code pénal, et regroupe aujourd'hui des infractions telles que les discriminations, la traite des êtres humains, la dissimulation forcée du visage, le proxénétisme, le recours à la prostitution, l'exploitation de la mendicité et de la vente à la sauvette, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, le travail forcé, la réduction en servitude, le bizutage, et les atteintes au respect dû aux morts. On remarque d'ailleurs à la lecture des sections qui composent ce chapitre des erreurs graves au niveau de la hiérarchie mise en place entre elles, puisque le travail forcé (article 225-14-1) et la servitude (article 225-14-2) apparaissent après des infractions comme les discriminations (article 225-1) ou la dissimulation forcée du visage (article 225-4-10), qui apparaissent tout de même être d'une gravité moindre.

L'existence même d'un Chapitre V consacré à la dignité de la personne et le regroupement de ces infractions en son sein suppose, par principe, et si l'on est

³⁷³ R. KOERING-JOULIN, « La dignité de la personne en droit pénal », *op. cit.*, p. 68.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 77.

³⁷⁵ M. DANTI-JUAN, « La notion de dignité humaine en droit pénal », *op. cit.*, p. 106.

³⁷⁶ R. KOERING-JOULIN, « La dignité de la personne en droit pénal », *op. cit.*, p. 68.

attaché à un ordonnancement logique du Livre II, que toutes les infractions portant atteinte à la dignité y soient regroupées. Cela suppose également que les infractions qui y figurent soient bien des infractions qui portent atteinte à cette valeur au premier plan.

C'est ainsi que la vision de certains auteurs que nous venons d'exposer, consistant à dire que le titre du Chapitre V n'a qu'une valeur symbolique, qu'il convient de ne pas relier les infractions qu'il contient à une véritable notion de dignité, mais aussi que ce chapitre ne contient pas nécessairement toutes les atteintes à la dignité, n'est pas satisfaisante. Il est certes possible, de façon ponctuelle, que certaines infractions aient leur place dans plusieurs chapitres, du fait de leur nature, ou encore que d'autres infractions n'aient pas été correctement placées par le législateur au sein du Livre II. Mais peut-on accepter qu'un chapitre entier du Livre II soit porteur d'un tel flou ? Il apparaît difficile de le justifier avec des arguments consistant à dire que ce chapitre est porteur d'un lourd symbole, et dans le même temps, qu'il ne convient pas de considérer la dignité dans toute sa dimension mais davantage en tant que catégorie d'infractions. Une telle position apparaît encore plus difficile à tenir lorsque l'on constate que les liens entre les infractions du Chapitre V et la dignité ne sont pas toujours évidents, mais aussi que d'autres infractions du Livre II pourraient y avoir leur place. Le contenu de ce Chapitre V semble ainsi ne pas être totalement en accord avec la notion de dignité, faisant s'interroger un auteur sur les infractions qu'il englobe : « *ne s'agit-t-il pas d'infractions d'importance trop limitée alors que la dignité apparaît aujourd'hui comme la caractéristique fondamentale de l'humain ?* »³⁷⁷.

117. Liens parfois distendus entre infractions du Chapitre V et dignité. À l'étude des infractions du Chapitre V, l'on constate que certaines infractions ne présentent pas un lien évident avec la dignité de la personne. C'est notamment la question de la place des discriminations (articles 225-1 et suivants) qui se pose ici et qui a déjà pu être débattue en doctrine. Un auteur considère en effet que toutes les

³⁷⁷ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », *op. cit.*, p. 359.

discriminations ne sont pas des atteintes à la dignité de la personne. Il prend l'exemple de la discrimination à l'embauche en raison de l'âge, qui serait « *une violence morale, non constitutive d'une atteinte à la dignité* », car l'acte « *n'implique absolument pas qu'il considère que la personne plus âgée n'est pas humaine* »³⁷⁸. Cependant, il nous semble que, par le biais d'une discrimination, une atteinte à la dignité est nécessairement portée. L'atteinte à la dignité n'est en effet pas forcément une négation totale du genre humain, mais peut exister du fait de l'établissement d'une hiérarchie entre personnes humaines, un tel comportement dénotant une démarche qui consisterait à dire que certains êtres humains n'ont pas assez de valeur pour être traités comme les autres. En cela une atteinte à la dignité de la personne peut être constatée. Dans tous les cas, l'existence d'un débat démontre que selon la conception de la dignité que l'on adopte, le classement des infractions du Livre II peut ne pas être le même. Le problème tient donc bien à l'usage d'une définition précise de la dignité, qui est impossible, ce qui, en conséquence, ne permet pas de délimiter de façon satisfaisante ce chapitre du Livre II.

Le même raisonnement peut d'ailleurs être adopté concernant l'infraction de bizutage (article 225-16-1), puisque cette infraction semble trouver sa place en fonction des faits d'espèce et de leur gravité. Certaines pratiques peuvent avoir pour effet de rabaisser la victime à un rang inhumain, tandis que d'autres sont davantage inoffensives de ce point de vue là. Par conséquent, le flou entourant la définition de la dignité fait qu'une telle infraction n'a pas entièrement sa place dans le Chapitre V.

118. Infractions hors Chapitre V liées à la dignité. Dans tous les cas, quelle que soit la conception de la notion de dignité que l'on adopte, celle-ci se manifeste dans le Livre II à plusieurs reprises hors du Chapitre V. La manifestation la plus évidente de cette présence de la dignité hors Chapitre V réside dans les infractions de harcèlement moral (articles 222-33-2 et suivants) et harcèlement sexuel (article 222-33), qui emploient explicitement ce terme dans leurs définitions.

³⁷⁸ P. ROUSSEAU, *Autonomie personnelle et droit pénal*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2016, p. 41.

Par ailleurs, plusieurs infractions hors du Chapitre V présentent des liens parfois étroits avec la notion de dignité. On peut par exemple citer, les infractions contre l'espèce humaine et l'humanité, puisque « *la sauvegarde de l'intégrité de l'espèce humaine présente des liens indéfectibles avec le principe de dignité de la personne humaine* » en ce que ce principe interdit « *que les hommes ne soient détachés de la famille humaine à laquelle ils appartiennent* »³⁷⁹.

En réalité, beaucoup d'infractions protègent à la fois la dignité de la personne et une autre valeur. Mais la logique semble commander que ces infractions soient alors classées dans les chapitres relatifs à cette seconde valeur protégée. Une auteure l'exprime ainsi : « *la dignité de la personne humaine ne doit être mobilisée que lorsqu'il s'agit vraiment de protéger un intérêt que les notions classiques ne suffisent pas à assurer* »³⁸⁰. Il est possible de mentionner à titre d'exemple les infractions sexuelles telles que le viol, les agressions sexuelles, ou le harcèlement sexuel, dont la commission affecte également la dignité de la victime. C'est aussi le cas des actes de torture et de barbarie, qui touchent tout autant cette notion du fait qu'ils comportent intrinsèquement l'idée d'une mise en infériorité de la victime, accompagnée de l'idée d'une négation de sa valeur d'être humain. Des auteurs mettent ainsi en avant que « *l'agent doit avoir la volonté de faire souffrir sa victime, de lui causer des souffrances aiguës* », mais aussi « *de nier en elle la dignité de la personne humaine* », ce qui différencie cette infraction des violences ordinaires³⁸¹. L'infraction constitue ainsi une double atteinte à la fois à la dignité et à l'intégrité physique de la victime.

119. Contenu souhaitable du Chapitre V. En suivant un tel raisonnement, le chapitre consacré la dignité, s'il doit exister, ne doit contenir que les infractions qui protègent exclusivement cette valeur. A contrario, les infractions qui protègent manifestement une autre valeur en plus de la dignité gagneraient à être classées dans des subdivisions davantage appropriées à cette seconde valeur. Pour Muriel

³⁷⁹ A. GOGORZA, « La dignité humaine », *op. cit.*, p. 135.

³⁸⁰ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *op. cit.*, p. 19.

³⁸¹ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 76.

FABRE-MAGNAN, « *en réalité, le principe de dignité de la personne humaine, contrairement à toutes les hypothèses évoquées, n'a pas pour horizon la protection d'une personne particulière, ni même d'une catégorie de personnes, mais de l'humanité en général. La dignité n'entre alors vraiment dans aucune des catégories juridiques répertoriées, et qui ont toutes comme sujet une personne particulière* »³⁸².

En ce qui concerne les infractions protégeant la dignité à titre exclusif, un auteur les définit comme les « *infractions qui asservissent l'homme, fin en soi, en le réduisant à un moyen ou à un objet* »³⁸³. Au vu des infractions actuellement présentes dans le Chapitre V, il semble que certaines ne correspondent pas à une telle logique. Par exemple, les infractions relatives au recours à la prostitution de mineurs ou de personnes vulnérables protègent avant tout l'intégrité du consentement de ces personnes, dont on peut douter, et donc leur liberté sexuelle. Le lien avec les autres infractions sexuelles du Livre II peut donc être fait. C'est aussi le cas des infractions de proxénétisme, qui peuvent être reliées à la protection de valeurs telles que la protection de la tranquillité des riverains, mais aussi des bonnes mœurs faisant ainsi également le lien avec les infractions sexuelles³⁸⁴. Le bizutage, quant à lui, peut être aisément relié à la protection de l'intégrité physique et morale de la personne. L'infraction est en effet fondée sur deux catégories d'actes : amener la victime à subir ou commettre des actes humiliants ou dégradants, ce qui correspond à une atteinte à son intégrité psychique, ou l'amener à consommer de l'alcool de manière excessive, ce qui, à travers la mise en danger de sa santé, correspond à une atteinte à son intégrité physique.

Ainsi, s'il apparaît qu'une redistribution des infractions dans le Livre II pourrait être envisagée, c'est bien l'inadéquation de la dignité en tant que valeur structurante du Livre II qui est en jeu. Le choix d'un plan reposant sur les valeurs

³⁸² M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *op. cit.*, p. 21.

³⁸³ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », *op. cit.*, p. 363.

³⁸⁴ B. LAVAUD-LEGENDRE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits*, 2009, n° 49, p. 57-81. À propos de l'hypothèse d'un regroupement des infractions sexuelles, v. *infra* n° 127.

protégées trouve alors ici une de ses limites, qui est la nécessité d'une sélection soignée des valeurs employées.

B - Les perturbations suscitées par la protection croissante de biens juridiques non apparents

120. Présence de valeurs dans le Livre II non apparentes dans son plan. Le processus de sélection des valeurs servant à ordonnancer les infractions du Livre II doit également être en adéquation avec les valeurs exprimées par les infractions. Or, la comparaison entre les valeurs servant à définir les subdivisions du livre, et les valeurs effectivement protégées par les infractions que celles-ci contiennent, révèlent parfois quelques discordances. Ces discordances, si elles étaient déjà présentes à l'entrée en vigueur du Code pénal, participant ainsi du caractère imparfait de l'organisation originelle du Livre II, ont parfois été accentuées avec la création ou la modification de certaines infractions.

121. Émergence contemporaine de nouvelles valeurs protégées. C'est ainsi que certaines modifications législatives ont eu pour effet d'introduire dans le Livre II des infractions qui, soit induisent un doute sur la valeur qu'elles protègent, soit protègent une valeur qui n'est pas nécessairement celle de la subdivision dans laquelle elles ont été placées³⁸⁵.

Il en est ainsi de l'infraction de dissimulation forcée du visage présente à l'article 225-4-10. Bien que classée parmi les atteintes à la dignité de la personne, cette infraction laisse cependant entrevoir la protection d'une autre valeur, qui est celle de la laïcité. Il convient en effet de noter que le principe de laïcité a été extrêmement présent lors des débats, et déterminant à la création de cet article, alors qu'il ne vise pas à protéger la personne elle-même, mais est davantage « *une règle*

³⁸⁵ À propos de la tendance contemporaine à l'éloignement de la fonction expressive traditionnelle du droit pénal et à l'expression de nouvelles valeurs, v. *infra* n° 175 et suiv.

d'organisation des relations entre l'État et les confessions anciennement établies »³⁸⁶. Le renvoi à une telle valeur, combiné à la présence de cette infraction dans le chapitre consacré à la dignité de la personne, rend distendu le lien qu'elle a avec les valeurs juridiques et provoque ainsi des incertitudes.

La protection de la tranquillité des personnes constitue un autre exemple. Une telle protection se manifeste dans des infractions telles que les appels téléphoniques malveillants (article 222-16), ou l'usurpation d'identité (article 226-4-1), qui y font explicitement référence alors qu'il ne s'agit pas d'une valeur mise en exergue par le plan du Livre II.

Toutes ces manifestations provoquent des décalages entre ces infractions et les subdivisions qui les contiennent, amoindrissant le lien étroit qu'elles devraient pourtant avoir entre elles. Or le fait que les infractions du Livre II s'éloignent de sa structure ne peut qu'affaiblir cette dernière.

122. Confusions quant à la valeur protégée par les infractions sexuelles. Les infractions sexuelles constituent par ailleurs une catégorie d'infractions qui suscite des doutes quant à leur classement au sein du Livre II, si bien qu'il s'agit d'une question qui fait régulièrement débat. Une grande partie de ces infractions a en effet été classée parmi les atteintes à l'intégrité de la personne³⁸⁷. Mais un tel classement peut susciter des critiques, en raison des confusions existant quant à la valeur protégée par ces infractions, qui peut aussi bien être l'intégrité, le consentement, la liberté sexuelle, mais également la dignité de la personne, ou encore les bonnes mœurs³⁸⁸.

³⁸⁶ C. DUVERT, « La nécessité pénale à l'épreuve de l'ultra-minoritaire : à propos de la loi du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public » », in K. PARROT, O. CAHN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 88.

³⁸⁷ Art. 222-22 et suivants (« Section 3 : Des agressions sexuelles », contenue dans le Chapitre II relatif aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne).

³⁸⁸ À propos de la réapparition d'un standard de morale dans les infractions sexuelles, v. *infra* n° 186.

123. Valeur protégée par le harcèlement sexuel. C'est d'abord l'infraction de harcèlement sexuel qui suscite des doutes. Ceux-ci, bien que présents dès l'entrée en vigueur du Code pénal pour certains, n'ont fait que se multiplier avec les évolutions de l'infraction. Après avoir présenté plusieurs rédactions différentes³⁸⁹, puis subi une censure du Conseil Constitutionnel³⁹⁰ et par conséquent une nouvelle réécriture³⁹¹, le harcèlement sexuel n'apparaît en effet toujours pas entièrement satisfaisant. Dans sa rédaction actuelle, les propos ou comportements tenus par l'auteur doivent aboutir à porter atteinte à la dignité de la victime ou créer une situation intimidante, hostile, ou offensante pour elle, sans qu'il ne soit fait référence à une atteinte à la liberté sexuelle de la victime. Ces éléments peuvent ainsi porter à confusion, deux auteures allant même jusqu'à estimer que ces comportements relèvent alors davantage « *d'autres infractions, telles que les violences psychologiques, les menaces, l'injure, ou le harcèlement moral* », en raison d'un « *déplacement de son centre de gravité provoquant une incertitude sur la valeur sociale effectivement protégée* »³⁹². L'article 222-33 est par ailleurs aujourd'hui porteur d'une seconde incrimination du harcèlement sexuel, considéré comme un harcèlement sexuel par assimilation, qui fait, quant à elle, référence à la finalité d'obtenir une faveur sexuelle, ce qui rapproche alors l'incrimination des autres infractions sexuelles.

En raison de ces nombreux doutes, la professeure RASSAT considère qu'« *il ne s'agit ni d'une infraction de violence ni d'une infraction de nature sexuelle mais d'une*

³⁸⁹ L'infraction fut créée à l'occasion de l'élaboration du Code pénal. Elle subit une première modification par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998, puis avec la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, qui aboutit à une rédaction sommaire définissant le harcèlement sexuel de la façon suivante : « *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* ». Pour une étude critique de cette rédaction, v. not. P. CONTE, « Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons. À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *JCP G*, 2002, act. 320.

³⁹⁰ Cons. const., décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, R. PARIZOT, « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », *Petites Affiches*, 2012, n° 104, p. 3. ; D. GUERIN, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *Dr. Pén.*, 2012, étude 12.

³⁹¹ P. CONTE, « Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *Dr. Pén.*, 2012, étude 24.

³⁹² A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 312.

infraction portant atteinte à la tranquillité des personnes »³⁹³. Elle va alors jusqu'à envisager la création d'une subdivision dédiée aux atteintes à la liberté, la sécurité et la tranquillité de la personne, dans laquelle figureraient notamment le harcèlement, les appels téléphoniques malveillants, ou encore les menaces³⁹⁴.

124. Place du consentement en tant que valeur protégée par les infractions sexuelles. Un autre auteur entretient la confusion, en considérant que le harcèlement est constitutif d'une « *atteinte à la liberté sexuelle inhérente à la dignité de tout être humain* »³⁹⁵. Dans le même temps, il note que le harcèlement sexuel vise à « *protéger surtout et avant tout la liberté de chacun de consentir à un acte sexuel* »³⁹⁶. La protection du consentement de la personne serait donc une valeur supplémentaire à prendre en compte. Jean DANET se s'interroger, ne sachant pas quelle piste privilégier entre « *la norme sexuelle du consentement ou celle de la dignité ?* »³⁹⁷. Pour lui, la place du consentement en tant que valeur protégée par les infractions sexuelles semble cependant claire, l'absence de celui-ci étant à la base de la répression de certains comportements sexuels. Après avoir fait référence à la pudeur et à la place des bonnes mœurs comme valeur protégée par les infractions sexuelles, il note que le consentement reste malgré tout à la base des infractions de viol et d'agressions sexuelles. Reste le cas particulier des atteintes sexuelles sur mineurs, pour lesquelles le consentement du mineur est indifférent. Cependant, il ne s'agit pas de dire que le consentement ne domine plus ici. Dans ce cas particulier, le législateur a fait le choix de considérer que les mineurs de 15 ans ne consentaient nécessairement pas à un acte sexuel commis sur eux. Mais à côté de cette question du consentement, la question des bonnes mœurs transparait pour une partie de la doctrine, qui considère que « *le législateur, portant un jugement de valeur, considère*

³⁹³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal, op. cit.*, p. 539.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 499.

³⁹⁵ P. MISTRETTA, « Harcèlement », *Rep. pén. Dalloz*, 2013, n° 11.

³⁹⁶ *Ibid.*, n° 7.

³⁹⁷ J. DANET, « Économie de la sexualité et droit pénal au début du XXI^e siècle », in *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 484.

simplement que les relations ou les actes de nature sexuelle avec une victime mineure constituent une infraction »³⁹⁸.

Les choses semblent aussi peu claires dans le cas particulier de l'atteinte sur mineur âgé de 15 à 18 ans. Dans cette hypothèse, il n'y a pas d'infraction si le mineur est consentant, sauf si l'auteur est un ascendant ou a autorité sur lui (article 227-27). Les confusions quant aux valeurs protégées par la catégorie des infractions sexuelles s'accroissent alors. L'infraction de l'article 227-27 est indifférente au consentement, mais prend en compte le fait que l'auteur soit un ascendant ou aie autorité sur la victime, ce qui est caractéristique de la constatation d'une contrainte morale (article 222-22-1). Une telle référence fait ainsi le lien avec les agressions sexuelles. Une incertitude apparaît alors. Soit, en visant ces deux circonstances de fait, le législateur a effectivement en tête la contrainte morale, auquel cas cette incrimination se chevauche avec celles de viol et d'agression sexuelles³⁹⁹, soit il a seulement pour volonté de punir en tant que tels tous les actes sexuels entre mineur de 15 à 18 ans et ascendants ou personnes ayant autorité, indifféremment de la question du consentement, en ce qu'elles sont contraires à un standard de morale. Dans cette seconde hypothèse, la valeur juridique de bonnes mœurs refait alors son apparition, faisant dire à Jean DANET que « *le moraliste ne sait plus comment aider le juriste à justifier une politique criminelle qu'il ne sait pas très bien lire* »⁴⁰⁰. Outre la question de la lecture de cette politique criminelle, ce sont bien les difficultés de classement au sein du Livre II qui sont en cause ici.

Un doute similaire entre une protection liée au consentement et une protection liée à un standard de morale existe avec les infractions liées au recours à la prostitution. La notion de consentement apparaît dans le cas où l'activité de prostitution concerne des mineurs ou des personnes vulnérables, la raison d'être de l'incrimination étant alors que leur consentement n'a pas pu être intègre, lucide, et

³⁹⁸ V. MALABAT, « Infractions sexuelles », *Rep. pén. Dalloz*, 2002, n° 59.

³⁹⁹ Ce qui ne signifie pas forcément qu'elle n'ait pas lieu d'être, les peines étant différentes, et la spécificité criminologique du comportement méritant d'être visée par une incrimination spécifique.

⁴⁰⁰ J. DANET, « Économie de la sexualité et droit pénal au début du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 487.

éclairé. Mais la question se pose tout de même de savoir si le législateur incrimine ces comportements précisément à cause de cette absence de consentement, ou s'il les incrimine car il considère contraire au standard de morale sexuelle le fait d'avoir recours à la prostitution de mineur ou de personne vulnérable. Un autre fondement possible serait la dignité de la personne prostituée, qui serait nécessairement atteinte lorsqu'elle se livre à cette activité. Ainsi, pour cette incrimination, la question de la valeur protégée se pose également avec acuité, rendant là encore le classement au sein du Livre II quelque peu malaisé.

125. L'exhibition sexuelle. L'exhibition sexuelle correspond à l'ancien délit d'outrage public à la pudeur (article 330 de l'ancien Code pénal). Pour définir cette incrimination, Jean DANET mentionne deux volets : un acte qui serait analogue à une agression sexuelle, mais uniquement visuelle (le fait d'imposer la vue d'un comportement à autrui), et un acte se rapprochant davantage d'un dol éventuel, qui consisterait à être vu car l'on n'a pas pris les mesures nécessaires pour se dissimuler⁴⁰¹. Ici la question quant à la valeur protégée par cette infraction est celle de savoir si la raison pour laquelle l'exhibition sexuelle est incriminée est davantage reliée à une pudicité, un standard de morale, comme c'était le cas sous l'ancien Code pénal, auquel cas cette valeur protégée est en lien avec les bonnes mœurs ; ou si le consentement a aujourd'hui pris le pas, et ainsi l'exhibition sexuelle serait sanctionnée car elle impose une sexualité à la vue d'autrui sans son consentement. C'est alors la protection du consentement et de la liberté sexuelle qui prédominerait.

À ce sujet, la jurisprudence de la Cour de cassation semble apporter des réponses. Dans sa jurisprudence relative à l'exhibition sexuelle, la Cour a en effet opéré à deux reprises une hiérarchie entre les valeurs protégées par cette infraction. Sans tenir compte de l'exigence relative à l'accomplissement de l'acte dans un lieu accessible au regard du public, la Cour se fonde ainsi exclusivement sur l'absence

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 495.

de consentement de la victime⁴⁰². Évidemment, un tel choix entre les valeurs protégées opérées par la Cour de cassation n'est pas sans poser problème, faisant considérer à un auteur que « *le législateur a entendu subordonner la répression à deux conditions cumulatives, portant sur des intérêts pénalement protégés distincts, les juges n'ont pas à s'arroger la faculté de procéder à la réécriture des textes d'incrimination ; c'est là l'affaire du législateur* »⁴⁰³. Mais une telle prise de position des juges met bien en avant l'étendue des confusions régnant sur la valeur protégée par de nombreuses infractions sexuelles.

126. Infraction de messages outrageants. Dans le Livre II, on retrouve l'expression de l'infraction de messages outrageants en ce qui concerne les mineurs aux articles 227-23 et 227-24⁴⁰⁴. Ici encore, il est question de consentement : les victimes devraient ne pas avoir à se voir imposer des images à caractère sexuel qu'elles ne consentent pas à voir. Mais les choses sont en fait plus subtiles. L'article 227-23 sanctionne, entre autres, l'enregistrement, la diffusion de l'image pornographique d'un mineur, ainsi que la consultation habituelle de site internet présentant un contenu pédopornographique. L'article 227-24 vise la fabrication, le transport ou la diffusion de messages à caractère violent, incitant au terrorisme, de nature pornographique, de nature à porter atteinte à la dignité ou pouvant inciter des mineurs à se mettre en danger par des jeux. Le message doit être susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

On voit bien dans ces textes l'orientation de ces incriminations : lutter contre la pédopornographie. Mais les éléments qui les composent peuvent alternativement ou cumulativement être interprétés comme, d'une part, le fait d'imposer un standard de morale (il est immoral de consulter des éléments présentant ces

⁴⁰² Cass crim 12 mai 2004, n° 03-84.592, G. ROUJOU DE BOUBEE, « La publicité dans l'exhibition sexuelle », *D.*, 2004, p. 2750. ; Y. MAYAUD, « De la condition de publicité propre à l'exhibition sexuelle », *RSC*, 2004, p. 879.

⁴⁰³ O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁰⁴ En ce qui concerne les majeurs, cette infraction demeure une simple contravention que l'on retrouve à l'article R 624-2 du Code pénal.

caractères), et d'autre part, la volonté de prévenir les actes de pédophilie en empêchant la consultation de supports pédopornographiques. Ces infractions seraient alors des infractions obstacles par rapport aux infractions telles que les atteintes sexuelles sur mineurs ou les agressions sexuelles⁴⁰⁵.

Là encore, de multiples valeurs protégées apparaissent donc avec ces infractions.

127. Classement souhaitable des infractions sexuelles. Face aux doutes quant aux valeurs protégées par les infractions sexuelles, la solution serait dès lors de les regrouper dans une subdivision dédiée. En effet, en l'état actuel, les incertitudes dont nous avons fait état ont une influence néfaste sur la qualité de la structure du Livre II. Ce manque de lien entre les infractions sexuelles et les subdivisions qui les contiennent affaiblit la cohérence du classement des infractions dans le Livre II.

L'éparpillement de ces infractions nuit nécessairement à la clarté de la catégorie et au symbole qui devrait pourtant s'y attacher. Sur ce dernier point, on peut notamment souligner que les infractions sexuelles principales, à savoir les agressions sexuelles, sont noyées au sein du chapitre consacré aux atteintes à l'intégrité de la personne, précédées par les atteintes involontaires à l'intégrité, et suivies par le harcèlement moral et l'enregistrement d'images violentes. Un tel manque de mise en avant peut également être souligné concernant les infractions

⁴⁰⁵ La logique de notre droit interne étant de couper le lien entre les personnes présentant des tendances pédophiles et toute sexualisation du mineur, dans le but de les empêcher de commettre des infractions plus graves. À titre de comparaison, il est intéressant de présenter les travaux de l'institut Philippe Pinel à Montréal, un établissement de soins psychiatriques sécuritaires, qui utilise de nombreuses techniques de thérapie, l'une d'elles consistant en l'utilisation de la réalité augmentée et d'images de synthèse de mineurs dans des situations pouvant provoquer un passage à l'acte. Le but est de tester la réaction et la capacité de se contrôler des individus présentant des tendances pédophiles, puis dans un second temps de leur proposer des méthodes et des exercices, pour peu à peu parvenir à contrôler cette paraphilie. On voit bien que la volonté du législateur français de couper tout lien avec toutes les formes de pédopornographie s'éloigne de ces méthodes de thérapie virtuelle. À ce propos, v. J. ENDRASS et al., « The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending », *BMC Psychiatry*, 2009, vol. 9. ; Y. CHAZALVIEL, *La pédophilie : méthodes d'évaluation de la démarche intellectuelle et des stratégies de passage à l'acte des agresseurs sexuels pédophiles*, 1999, Institut des hautes études de la sécurité intérieure. ; N. GRAFEILLE, J.-M. GRAFEILLE, *La pédophilie ou Les maux d'enfants*, 1999, Ellipses.

liées à la prostitution et les infractions sexuelles concernant les mineurs. Parce que ces infractions sont contenues dans des chapitres consacrés à des catégories larges⁴⁰⁶, la spécificité liée à la nature sexuelle de ces infractions s'en retrouve niée. Face à une telle situation, le regroupement de l'ensemble des infractions sexuelles dans une subdivision dédiée permettrait nettement mieux d'appréhender leur particularité. En effet, « *plus les textes s'intègrent dans un ensemble planifié, plus ils reposent sur une construction expressive, et plus est facilité l'accès à leur philosophie et à leur raison d'être* »⁴⁰⁷.

La mise en œuvre d'une telle subdivision pose cependant la question de l'étendard sous lequel regrouper ces infractions. Un chapitre autonome intitulé « *Des infractions sexuelles* » contreviendrait à la logique d'organisation selon les valeurs protégées. Un tel chapitre ne peut pas en effet reposer seulement sur une catégorie d'infractions exprimée de manière purement technique. Le regroupement des infractions sexuelles ne peut donc se faire que si la subdivision en question repose sur la protection d'une valeur qu'il convient dès lors d'identifier. Or, à l'étude des différentes infractions sexuelles, nous en avons identifié plusieurs. Cependant, toutes ne sont pas à mettre sur le même plan quant à la catégorisation des infractions sexuelles. Par exemple, on ne saurait se fonder sur une valeur telle que la dignité, qui est inadéquate en tant que valeur structurante, comme nous l'avons déjà exprimé. De plus, la place de la dignité en matière d'infractions sexuelles semble devoir être encadrée et limitée, en raison d'interrogations telles que celles formulées par Jean DANET : « *vers quelle police du « sexe digne » s'engage-t-on alors ? Et qui dira ce qui est digne ?* »⁴⁰⁸.

La valeur protégée par les infractions sexuelles semble pouvoir être identifiée en tenant compte du fait que ces infractions accordent toujours une place importante à la protection du consentement. Il semble que le fil conducteur à

⁴⁰⁶ À savoir les atteintes à la dignité et les atteintes aux mineurs et à la famille.

⁴⁰⁷ Y. MAYAUD, « La loi pénale instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 16.

⁴⁰⁸ J. DANET, « Économie de la sexualité et droit pénal au début du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 488.

l'ensemble des infractions sexuelles soit en définitive la liberté sexuelle à travers la protection du consentement de la personne. En effet, dans les infractions dont nous avons fait état, la protection du consentement transparaissait de manière constante. Manifestement, pour certaines infractions, d'autres valeurs font parfois leur apparition, telles que la protection d'une moralité publique, ou de la dignité de la personne, mais ces autres valeurs semblent tout de même pouvoir être à chaque fois considérées comme présentant un lien avec la protection de la liberté sexuelle.

Le regroupement des infractions sexuelles est ainsi non seulement opportun mais semble aussi possible. Il permettrait de conforter la structure du Livre II qui présente d'autres écueils, le législateur ayant eu des difficultés à respecter les principes d'organisation qu'il s'était imposés.

§ 2 : LA DIFFICULTE DE S'EN TENIR A DES PRINCIPES STRICTS

128. Un manque d'uniformité dans le schéma retenu. Même si le choix d'une organisation fondée sur les valeurs protégées a été fait par le législateur, celui-ci s'est parfois éloigné de la rigueur d'un tel classement. On peut le constater à la lecture du Chapitre VII, consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille (A), mais également en constatant la présence, au fil du Livre II, de certaines distinctions artificielles qui en affaiblissent la cohérence d'ensemble (B).

A - L'exception à l'organisation selon les valeurs : l'exemple du Chapitre VII

129. Une rupture de logique. Au sein du Titre II, à la suite des six premiers chapitres déclinant diverses valeurs protégées, figure un septième chapitre consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille. Celui-ci est régulièrement critiqué, principalement du fait qu'il rompt avec la logique du reste du Livre II, car, en visant des catégories de victimes, il ne s'inscrit pas dans un classement en termes de

valeurs protégées. Une étude plus poussée de l'opportunité d'une telle subdivision révèle que si le principe de son existence est acceptable (1), c'est à la condition d'une restructuration (2).

1 - Un chapitre acceptable

130. Existence de critiques sur l'existence du Chapitre VII. Consacré aux « atteintes aux mineurs et à la famille », le Chapitre VII du Titre II rompt manifestement avec le principe d'organisation des infractions selon les valeurs protégées. Une telle rupture est, de prime abord, contestable. L'on peut en effet penser qu'un classement exclusivement fondé sur les valeurs protégées pourrait davantage bénéficier à la structure du Livre II et en renforcer la qualité.

Certains auteurs se montrent ainsi très critiques à l'égard de ce chapitre. Pour la professeure RASSAT par exemple, « ce chapitre comporte, en effet, un grand nombre d'infractions de natures diverses, qui figurent à cet endroit uniquement parce que leurs victimes sont des mineurs mais sans que l'intitulé et le regroupement ne se justifient par une idée d'intégration familiale de celles-ci. Cela aboutit à un grand désordre de l'ensemble du code puisque la minorité, qui y est souvent prise en compte, l'est tantôt comme élément constitutif ou circonstance aggravante des infractions contenues dans les autres livres ou chapitres, tantôt comme condition préalable des infractions qui la concernent »⁴⁰⁹.

131. Nécessité de relativiser les critiques faites à l'encontre du Chapitre VII. Le principe même de l'existence d'un chapitre consacré aux mineurs est ainsi bien souvent critiqué. Cependant, il semble qu'une telle critique puisse être relativisée. En effet, il ne paraît pas aberrant de consacrer une protection spéciale aux mineurs. En tant que personnes davantage vulnérables que les autres, il est opportun d'accorder aux mineurs une protection spécifique et une répression accrue et spécialisée des atteintes qui leur sont portées, mises en exergue formellement par un chapitre dédié.

⁴⁰⁹ V° M.-L. RASSAT, JCI Code pénal, Fasc. 20 : Agressions sexuelles. – Viol. – Autres agressions sexuelles. – Exhibition sexuelle. – Harcèlement sexuel, n° 4.

Au sein du Livre II, un droit commun de la protection pénale des personnes, et un droit spécial, spécifique aux mineurs, peuvent ainsi parfaitement cohabiter. Il est possible d'aller à l'encontre de la critique consistant à dire que « *les infractions contre le mineur et la famille ne [constituent] plus qu'une subdivision des infractions contre les personnes, ce qui tend à nier leur particularisme en tant qu'infractions contre une forme intermédiaire d'organisation sociale qui est la famille* »⁴¹⁰. On peut même considérer que le fait, dans le Livre II, de déroger au principe d'une organisation selon les valeurs protégées spécifiquement pour les infractions contre les mineurs et la famille, a pour effet de leur conférer une certaine particularité et de les faire ressortir par rapport aux autres incriminations, contrairement à l'hypothèse d'un éparpillement de ces infractions dans les autres subdivisions du Livre II.

Bien qu'une telle structure aille à l'encontre de la logique d'organisation du Livre II selon les valeurs protégées par les infractions, il convient toujours de conserver une certaine souplesse dans l'agencement du Livre II. Trop de rigidité dans la poursuite d'un modèle ne le sert en effet pas nécessairement. Le principe même d'une catégorisation d'infractions selon la victime qu'elles concernent n'est donc pas à rejeter en soi. Les infractions contre les mineurs existent en nombre, et doivent être placées dans le Livre II du Code pénal. À partir de là, le classement dans un chapitre qui leur est dédié n'est pas une solution aberrante, bien qu'elle tranche avec le reste de l'organisation du Livre II. Elle a, qui plus est, le mérite de clarifier et de faciliter la manipulation de ces infractions.

132. Inadéquation des solutions alternatives. De plus, prôner la suppression du Chapitre VII revient nécessairement à répartir les infractions qu'il contient dans le reste du Livre II, ce qui n'est pas forcément bénéfique pour ce dernier. En effet, cela alourdirait le reste des chapitres, et engendrerait un éclatement de cette catégorie d'infractions. Le regroupement des atteintes aux mineurs semble donc adéquat, d'autant plus qu'ils sont la seule catégorie de victimes spécifiquement

⁴¹⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal, op. cit.*, p. 361.

visée dans le Livre II. L'avantage d'un tel regroupement par rapport à l'état de ces infractions dans l'ancien Code pénal a d'ailleurs déjà été mis en avant en doctrine⁴¹¹. Il facilite au demeurant le travail des praticiens, pour qui un regroupement de cette catégorie est manifestement plus aisé. Cependant, le Chapitre VII n'est pas exempt de tout reproche, et ne peut demeurer une subdivision satisfaisante du Livre II que s'il subit certaines modifications.

2 - Un chapitre à restructurer

133. La nécessité d'une redéfinition du Chapitre VII. Si le principe d'un chapitre consacré aux mineurs est acceptable, encore faut-il que son champ soit adapté. Or, actuellement, les frontières de son contenu semblent parfois devoir être précisées, certaines infractions ne s'y trouvant pas pouvant y figurer et, au contraire, certaines infractions y figurant n'y ayant pas forcément leur place.

134. Centrer le Chapitre VII sur la protection de la personne. Le Chapitre VII du Titre II n'est ainsi pas seulement consacré aux infractions contre les mineurs, puisque son intitulé vise les « *atteintes aux mineurs et à la famille* ».

Un tel intitulé conduit à y faire figurer des infractions telles que les atteintes à la filiation et à l'état civil (articles 227-12 et 227-13), qui, bien que présentant un lien matériel avec les mineurs et la famille, ne sont en réalité pas consacrées à la protection de la personne. La protection de l'état civil, en particulier, a en effet davantage sa place dans le Livre IV du Code pénal, parmi les atteintes à l'État. Tel est également le cas des infractions contenues dans la Section 2 du Chapitre VII, en matière d'abandon de famille, ainsi que de celles de la Section 2 *bis*, concernant la violation des ordonnances prises par le juge aux affaires familiales en cas de violences. Dans le cas de ces infractions, l'atteinte à l'autorité de la justice est

⁴¹¹ V. notamment M. VERON, *Droit pénal spécial*, Éditions Masson, 3^e édition, 1988, p. 265, mentionnant l'éclatement important des infractions relatives aux mineurs et à la famille qui avait cours avant le nouveau Code pénal, ainsi que les incohérences que cela générait.

évidente, le lien avec la protection du mineur et des personnes étant extrêmement ténu.

Un raisonnement analogue peut être appliqué aux infractions contre la famille⁴¹². En effet, la famille correspond à un groupe de personnes, une construction sociale et juridique distincte de la personne puisqu'étant la « *cellule vitale de la société, mode irremplaçable d'ancrage de la personne dans le groupe* »⁴¹³. Si la famille peut être définie de multiples façons, si bien qu'une définition unique est difficilement envisageable, toutes les définitions renvoient à l'idée d'un groupe⁴¹⁴.

Des auteurs considèrent ainsi que les infractions contre la famille ne protègent pas véritablement la personne du mineur mais son environnement ou son milieu⁴¹⁵. Ces infractions n'ont donc pas de lien avec la protection de la personne et, en cela, ne devraient figurer ni dans le Chapitre VII, ni dans le Livre II. Il s'agit en fait d'un exemple parlant de l'impact des carences du Livre V. En effet, il est ici possible de reprendre la proposition faite par deux auteurs, que nous avons déjà citée, de dédier le Livre V aux atteintes au corps social⁴¹⁶. Outre la pertinence d'une telle proposition, dont la supériorité par rapport au contenu actuel du Livre V est manifeste, il nous semble que les infractions contre la famille seraient typiquement le genre de catégorie d'infractions qui y auraient parfaitement sa place. Mais parce que le Livre V n'est pas, à l'heure actuelle, un tel ensemble structuré, cette catégorie d'infractions est vouée à occuper une place illégitime dans le Chapitre VII du Titre II du Livre II, et compromet ainsi la qualité de la structure de ce dernier.

⁴¹² Il s'agit notamment des atteintes à l'autorité parentale (Section 3 du Chapitre VII, art. 227-5 à 227-11), mais des auteurs y incluent également les infractions que nous venons de mentionner en matière d'abandon de famille, de violation des ordonnances du juge aux affaires familiales, et d'atteintes à la filiation.

⁴¹³ F. TERRE et al., *Droit civil : la famille*, Dalloz, 9^e édition, 2018, p. 1.

⁴¹⁴ La famille peut ainsi alternativement être considérée comme « *l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun* », comme « *le groupe restreint des père et mère et de leurs enfants* », comme « *l'ensemble des parents et alliés* », ou encore comme « *le groupe des personnes vivant sous le même toit* ». V^o Famille, CORNU G. et al. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

⁴¹⁵ P. BONFILS, A. GOUTTENORE, *Droit des mineurs*, 2^e édition, Dalloz, 2014, p. 1055.

⁴¹⁶ P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal*, op. cit., p. 184-196.

135. Les éventuels ajouts au Chapitre VII. Au sein du Livre II, le mineur est protagoniste de certaines infractions qui ne figurent pas pour autant dans le Chapitre VII. Il s'agit notamment du recours à la prostitution de mineur, incriminé par l'article 225-12-1. Cet article a subi des modifications substantielles ces dernières années. Avant la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, l'article 225-12-1 incriminait le seul recours à la prostitution de mineur. La présence d'une telle incrimination hors du Chapitre VII, si elle se justifiait par le regroupement des infractions relatives à la prostitution dans une subdivision dédiée, était la manifestation d'un éparpillement des infractions contre les mineurs et de l'incomplétude du Chapitre VII. Depuis 2003, l'article 225-12-1 incrimine le recours à la prostitution d'un mineur ou d'une personne vulnérable. La question d'un transfert de cette incrimination dans le Chapitre VII apparaît moins justifiée, et ce d'autant que, depuis 2016, du fait de la pénalisation générale du recours à la prostitution, le recours à la prostitution de mineur ou de personne vulnérable est présenté à l'article 225-12-1 comme une circonstance aggravante du recours à la prostitution général. Toutes ces modifications font que l'incrimination a donc totalement perdu de son autonomie, ce qui rend moins pertinent son transfert dans le Chapitre VII.

La place de l'article 222-14 hors du Chapitre VII est également source de confusion quant à la structure du Livre II. Il réprime les violences habituelles sur mineur et personne vulnérable et est, à ce titre, classé dans le paragraphe relatif aux violences volontaires, au sein du Chapitre II consacré aux atteintes à l'intégrité de la personne. Là encore, la protection du mineur est associée à celle des personnes vulnérables. Le découpage de l'incrimination en vue de l'intégration des violences habituelles sur mineur dans le Chapitre VII ne semble pas pertinent, le regroupement des incriminations de violence participant en effet de la clarté de cette catégorie. Cela étant, cette incrimination illustre à nouveau les limites de la catégorisation des infractions contre les mineurs et de la rupture de la logique du classement selon les valeurs protégées. L'on voit alors bien que l'ensemble des incriminations d'atteintes aux mineurs ne peut pas figurer dans le Chapitre VII,

affaiblissant d'autant plus la cohérence de ce dernier, et donc l'organisation du Livre II.

B - La présence de distinctions artificielles affaiblissant l'organisation générale

136. Nécessité d'un partage des subdivisions entre valeurs protégées et classifications techniques. Comme nous l'avons déjà mentionné, le classement des infractions selon les valeurs protégées laisse sa place, pour les subdivisions inférieures, à des modes d'ordonnement plus techniques, relatifs par exemple au mode de commission de l'infraction, ou encore à l'intention de l'auteur⁴¹⁷. Une telle organisation se justifie parfaitement. Cependant, ces subdivisions inférieures sont en réalité parfois trop artificielles, nuisant par là même à la qualité globale du plan du Livre II.

137. Viol et autres agressions sexuelles. C'est d'abord le cas pour la catégorie des infractions sexuelles. En la matière, il convient de rappeler que le législateur leur consacre, au sein du chapitre portant sur les atteintes à l'intégrité de la personne, une Section 3 intitulée « *Des agressions sexuelles* ». Cette section est divisée en plusieurs paragraphes, qui distinguent notamment le viol des autres agressions sexuelles. Or, la facilité d'un tel découpage va de pair avec son manque d'intérêt et de subtilité.

Le législateur est même allé plus loin dans cette démarche simpliste, en y apportant des incohérences. Les rédacteurs du Code pénal ont ajouté dans cette section un troisième paragraphe consacré au harcèlement sexuel. Le harcèlement sexuel est donc considéré comme une agression sexuelle selon le titre de la Section 3, sans pour autant figurer dans le paragraphe consacré aux « *autres agressions sexuelles* » que le viol.

⁴¹⁷ V. *supra* n° 107.

À ces subdivisions originelles douteuses, il convient d'ajouter qu'en 2010, l'exhibition sexuelle fut déplacée du paragraphe consacré à ces autres agressions sexuelles pour rejoindre le harcèlement sexuel au rang des infractions sexuelles non véritablement classées. La justification de ce plan n'apparaît pas évidente, et son apport en clarté est aujourd'hui loin d'être quantifiable. D'autant que les infractions de harcèlement sexuel et d'exhibition sexuelle se retrouvent aujourd'hui dans un paragraphe commodément intitulé « *De l'exhibition sexuelle et du harcèlement sexuel* ». Ainsi, cette imperfection originelle dans le plan du Livre II, née avec le Code pénal, n'a fait qu'empirer depuis. Qu'il s'agisse d'une erreur matérielle ou d'une indécision sur la nature de ces infractions, il semble que dans un souci de lisibilité, une modification soit ici à faire. Une solution logique et pertinente constituerait, par exemple, à laisser le découpage de ces trois paragraphes en l'état, mais en modifiant leurs intitulés pour distinguer le viol, les agressions sexuelles avec contact physique, et les agressions sexuelles sans contact physique. C'est ce plan qui est d'ailleurs parfois repris en doctrine⁴¹⁸.

Certains auteurs vont toutefois plus loin en critiquant la place même du harcèlement sexuel au sein des agressions sexuelles. La professeure RASSAT considère ainsi que la section relative aux agressions sexuelles doit uniquement contenir des actes constitués par un « *contact ou spectacle imposé* »⁴¹⁹. Elle poursuit en estimant que « *si le Code pénal avait été convenablement ordonné, ce qu'il n'est pas, cette infraction aurait dû figurer à une subdivision visant les atteintes à la tranquillité des personnes avec les menaces et les persécutions téléphoniques, par exemple, qui apportent à leur victime un trouble de même nature* ». Mais il nous semble au contraire qu'un tel découpage reviendrait à nier la spécificité de la nature sexuelle du harcèlement sexuel. Celui-ci a, selon nous, bien sa place dans les agressions sexuelles, à condition de suivre le découpage que nous avons indiqué, séparant les agressions sexuelles avec contact de celles sans contact avec la victime. Cependant, il reste certain qu'en

⁴¹⁸ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 170-183.

⁴¹⁹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, op. cit., p. 538.

l'état des subdivisions actuelles, l'organisation de ces infractions n'est pas satisfaisante.

138. Génocide et autres crimes contre l'humanité. Un raisonnement similaire peut être tenu dans une autre subdivision du Livre II du Code pénal. Le législateur a en effet usé d'une méthode similaire de classement des infractions pour distinguer les différents crimes contre l'humanité. C'est ainsi que dans le Sous-Titre I^{er} du Titre I^{er} du Livre II, ces infractions sont séparées de manière aussi artificielle que le sont les infractions sexuelles. L'on y trouve un Chapitre I^{er} consacré au génocide, et un Chapitre II consacré aux « *autres crimes contre l'humanité* ».

En la matière, on peut considérer que le fait d'avoir placé le génocide devant le reste des crimes contre l'humanité permettait d'accentuer la symbolique autour de la gravité de cette infraction⁴²⁰. Le contenu et l'intitulé du Chapitre I^{er} ne sont ainsi pas nécessairement à mettre en cause. L'on peut cependant regretter que le Chapitre II repose sur un libellé aussi peu parlant, surtout lorsque l'on a à l'esprit l'importance de ces infractions et du symbole qui les entoure. Un intitulé aussi simpliste n'est en effet pas à la hauteur d'un tel symbole⁴²¹.

139. Conclusion du Chapitre 1. L'organisation du Livre II repose sur des principes relativement bien établis. Comme nous l'avons vu, ce sont les valeurs juridiques protégées qui ont guidé l'établissement et l'enchaînement des subdivisions en son sein. Cette organisation se vérifie pour ce qui est des titres et des chapitres, permettant d'en définir les contours et de former une hiérarchie entre eux.

Une telle organisation n'est cependant pas absolue. C'est ainsi que l'ensemble du plan du Livre II ne repose pas sur ce schéma, bien que ce dernier demeure de principe. L'idée de l'existence d'une hiérarchie entre ces valeurs n'est

⁴²⁰ G. ROUJOU DE BOUBEE et al., *Code pénal commenté, op. cit.*, p. 107.

⁴²¹ Le traitement de ces infractions par le Livre II est à comparer avec celui effectué par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui place également le génocide avant les crimes contre l'humanité, tout en ne faisant pas de ces derniers une catégorie englobant le génocide. V. les art. 6 et 7 du Statut de Rome du 17 juillet 1998.

ainsi pas toujours respectée au fil des subdivisions. Par ailleurs, parmi ces dernières, il en est certaines qui sont totalement étrangères à un classement des infractions selon les valeurs, privilégiant au contraire leur catégorisation en fonction de la victime qu'elles concernent. C'est le cas du Chapitre VII du Titre II consacré aux infractions contre les mineurs et la famille. Mais, dans ce cas, l'abandon de la logique des valeurs protégées n'est pas nécessairement à condamner, comme nous l'avons montré. C'est cependant à la condition de certaines modifications que le Chapitre VII peut s'intégrer dans le Livre II de façon satisfaisante.

De façon plus générale, l'étude du plan du Livre II révèle, dès 1994, les imperfections que nous avons mises en avant. L'élaboration des subdivisions du Livre II ne s'est en effet pas faite de façon optimale. Le choix des valeurs protégées structurant le Livre II, en particulier, est, il est vrai, une question délicate engendrant de nombreux doutes. C'est notamment le cas en ce qui concerne le Chapitre V consacré aux atteintes à la dignité. C'est également le cas pour certaines infractions qui, parce qu'elles expriment plusieurs valeurs juridiques, présentent des difficultés à être classées.

Ces maladresses n'ayant jamais été corrigées par le législateur, elles continuent d'affecter la qualité formelle du Livre II et la cohérence de sa structure. Plus encore, certaines d'entre elles ont parfois été renouvelées, comme nous l'avons vu. Au demeurant, à ces défauts originels parfois accentués, se sont ajoutées d'autres malformations au fil des ans.

CHAPITRE 2 : UNE ORGANISATION INTERNE MISE A L'ÉPREUVE

140. L'épreuve du temps. Avec Georges VERMELLE, l'on peut affirmer que « *le poids des ans enlaidit les codifications* »⁴²². Les progrès sur la forme que l'on pouvait constater lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal ont ainsi été affectés par les nombreuses modifications intervenues depuis. On peut même regretter une tendance à la révision permanente, l'activité législative visant le Livre II ayant été particulièrement importante depuis l'entrée en vigueur du Code pénal, alors qu'« *une recodification aurait dû laisser l'espoir d'une longue pause législative* »⁴²³. C'est ainsi qu'en 1994, on pouvait compter dans le Livre II 107 incriminations, et 150 circonstances aggravantes. Dans sa version en vigueur au 1^{er} mars 2019, on trouve 215 incriminations⁴²⁴, et 296 circonstances aggravantes⁴²⁵. Quant aux infractions entrées en vigueur en 1994, elles ont été modifiées à de nombreuses reprises, rares étant celles n'ayant subi aucune modification en vingt-cinq ans.

Ces modifications peuvent, il est vrai, être justifiées par la nécessité de combler les lacunes présentes dès 1994, mais aussi par le besoin de s'adapter aux évolutions de la société et d'incriminer de nouveaux comportements, puisque « *dans la course qu'ils se livrent, le fait a toujours une longueur d'avance sur le droit, ce qui impose au droit de redoubler d'effort pour rejoindre le fait* »⁴²⁶. Le nombre de ces modifications

⁴²² G. VERMELLE, *Le nouveau droit pénal*, Dalloz, 1994, p. 15.

⁴²³ J.-H. ROBERT, « L'enfance du nouveau Code pénal », *Dr. Pén.*, 1996, p. 4.

⁴²⁴ Soit une multiplication par 2,01.

⁴²⁵ Soit une multiplication par 1,97, sachant qu'il est estimé que dans l'ensemble de la partie spéciale du Code pénal, il existe une centaine de circonstances aggravantes différentes. V. M. DALLOZ, « Circonstances aggravantes », *Rep. pén. Dalloz*, 2017, n° 19.

⁴²⁶ Y. MAYAUD, « Le Code pénal, une réforme toujours en cours », in *Bicentenaire du Code pénal 1810-2010*, coll. Les colloques du Sénat, en ligne sur :

est toutefois tel que l'on peut aujourd'hui quasiment parler d'une recodification constante. Sans avoir, comme en 1994, la forme véritable d'une recodification, les révisions du Code sont telles qu'elles en ont au moins la substance⁴²⁷.

141. Occurrences de failles originelles renouvelées. Parmi les ajouts et modifications ayant mis à l'épreuve l'organisation du Livre II, certains correspondent à des imperfections originelles, présentes à l'entrée en vigueur du Code pénal, que le législateur n'a non seulement pas corrigées, mais dans lesquelles il a persisté. Il s'agit de cas que nous avons déjà évoqués, que ce soit par exemple en matière d'identification des valeurs juridiques⁴²⁸, ou encore de classement des infractions sexuelles⁴²⁹. Ces situations peuvent alors ici être écartées, au profit de l'étude des modifications législatives créatrices de nouvelles imperfections.

142. Les conséquences sur la structure du Livre II. Il est en effet aisément compréhensible que les nombreux correctifs et ajouts apportés au Livre II aient eu une influence sur sa structure. Même si celle-ci, notamment l'organisation des subdivisions et le système de numérotation, a été pensée lors de l'élaboration du Code pénal afin d'en faciliter les modifications, le législateur a parfois commis des erreurs, qui ont eu une influence sur l'agencement du Livre II (Section 1). Par ailleurs, toutes les modifications législatives apportées au Livre II ont conduit à une multiplication des circonstances aggravantes, également néfaste à l'organisation interne de ce livre (Section 2).

https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf, p. 143.

⁴²⁷ Si bien que l'idée avancée par une partie de la doctrine de la nécessité d'une recodification semble exagérée. V. à ce titre R. CABRILLAC, « Les défis d'une recodification pénale », *op. cit.* L'auteur expose que l'intensité de l'activité législative et les incohérences qu'elle a entraînées rendent nécessaire une recodification. Mais il nous semble au contraire, que le rythme législatif ne doit pas être vu comme une cause de vieillissement. La recodification serait apparue comme indispensable si le législateur n'avait pas su faire évoluer le Code pénal. C'est en réalité ce rythme qui rend inutile toute recodification, au prix, il est certain, de quelques erreurs.

⁴²⁸ V. *supra* n° 120-126.

⁴²⁹ V. *supra* n° 127.

SECTION 1 : UNE ORGANISATION INTERNE MALMENEÉE PAR LES MODIFICATIONS LEGISLATIVES

143. Une organisation entravée. Les effets néfastes de l'accumulation et de l'ajout progressifs d'infractions et de subdivisions au sein du Livre II se ressentent aujourd'hui lorsque l'on étudie la structure de ce livre. Il en résulte des incohérences quant au découpage des chapitres et sections du Livre II (§ 1), mais aussi quant à la place des infractions elles-mêmes au sein de ce livre (§ 2).

§ 1 : DES INFLUENCES NEFASTES SUR LES SUBDIVISIONS

144. Des ajouts entraînant nécessairement un usage abusif d'adverbes multiplicatifs. En 1994, lorsqu'il est entré en vigueur, le Livre II du Code pénal ne présentait aucun adverbe multiplicatif, tels que *bis*, *ter* ou *quater*. Mais au fil des modifications législatives, le législateur a été contraint, lorsqu'il a dû insérer des subdivisions supplémentaires au sein de ce livre, d'y adjoindre de telles occurrences. Ainsi, celles-ci font aujourd'hui de nombreuses apparitions dans le plan du Livre II, exclusivement en son Titre II. Les sections sont particulièrement touchées avec onze adverbes multiplicatifs, et ce phénomène touche également un chapitre, le Chapitre I^{er} *bis* consacré aux « atteintes à la personne constituées par les disparitions forcées ». En fin de compte, les seuls chapitres du Titre II qui ne sont pas du tout touchés par ce phénomène sont le chapitre consacré aux atteintes à la vie (Chapitre I) ainsi que le chapitre consacré aux atteintes à la personnalité (Chapitre VI).

145. Le découpage du Chapitre V, un exemple frappant. Le recours abusif aux adverbes multiplicatifs se manifeste parfaitement lorsque l'on prend l'exemple du Chapitre V consacré aux atteintes à la dignité de la personne. En 1994, ce chapitre

ne traitait que de quatre types d'infractions : les discriminations, le proxénétisme, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, et les atteintes au respect dû aux morts. Depuis, ce ne sont pas moins de six sections qui sont venues s'ajouter aux quatre initiales, alourdissant d'autant plus la structure de ce chapitre⁴³⁰.

Le législateur a ainsi opéré de nombreuses révisions au sein de ce chapitre, sans toujours les y avoir correctement intégrées. C'est ainsi que l'on y trouve aujourd'hui l'enchaînement suivant de subdivisions : Section 1, Section 1 *bis*, Section 1 *ter*, Section 2, Section 2 *bis*, Section 2 *ter*, Section 2 *quater*, Section 3, Section 3 *bis*. Aucune gradation logique ne s'attache pourtant à un tel découpage, ce qui en accentue d'autant plus l'incohérence⁴³¹.

146. Une alternative insatisfaisante. L'exemple de la section consacrée au trafic d'armes. L'alternative à l'emploi d'adverbes multiplicatifs pour insérer des subdivisions au sein du Livre II constitue probablement l'adjonction, en fin de chapitre, de nouvelles sections. C'est par exemple ce qui fut fait par le législateur avec la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, insérant dans le Livre II une Section consacrée aux infractions relatives au trafic d'armes⁴³². Ne suivant pas le schéma qu'il emploie usuellement lorsqu'une section doit être ajoutée à l'un des chapitres du Livre II, le législateur n'a pas choisi ici l'usage d'un adverbe multiplicatif, mais a tout simplement ajouté cette nouvelle section à la fin du Chapitre II du Titre II, consacré aux atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne.

Or, l'on connaît la part de symbole qui entoure l'arrivée de cette section dans le Livre II du Code pénal. En effet, le transfert de ces infractions à cet endroit avait en partie pour but leur promotion et un affichage meilleur de ces dispositions. La

⁴³⁰ Les sections en question sont relatives à la traite des êtres humains, la dissimulation forcée du visage, au recours à la prostitution, à l'exploitation de la mendicité, l'exploitation de la vente à la sauvette, et au bizutage.

⁴³¹ À propos des incohérences liées à l'existence même du Chapitre V, v. *supra* n° 115.

⁴³² À propos de l'opportunité de présence de ces infractions dans le Livre II et du contenu de cette section, v. *infra* p. 198.

place de ces infractions au sein du Chapitre II du Titre II permet cependant de se rendre compte que le législateur n'est pas allé au bout du symbole.

C'est ainsi qu'au sein de ce chapitre se trouvent aujourd'hui six premières sections consacrées à diverses infractions, suivies d'une Section 5 consacrée aux « *Peines complémentaires applicables aux personnes physiques* », d'une Section 6 comportant des « *Dispositions communes aux personnes physiques et aux personnes morales* », et, enfin, d'une Section 7 intitulée « *Du trafic d'armes* ». Une telle organisation apparaît ainsi plutôt insatisfaisante. Les sections 5 et 6 dédiées aux peines complémentaires, qui sont des sections que l'on retrouve d'ailleurs dans l'ensemble des chapitres du Livre II, devraient, comme à l'accoutumée, se trouver en toute fin de chapitre. L'ajout de la section relative aux armes après ces sections n'a alors pas vraiment de sens, puisque les peines complémentaires sont mises dans une position où elles scindent en deux les dispositions contenant des incriminations. Une telle démarche donne véritablement l'impression d'une subdivision annexée au Chapitre II à la hâte, et non d'une subdivision véritablement intégrée de façon réfléchie au sein du Livre II. La création d'une telle section est cependant caractéristique des modifications contemporaines malavisées du Livre II.

Outre la place discutable de cette section à la suite des sections relatives aux peines complémentaires, il convient par ailleurs de noter que la promotion souhaitée de ces infractions est également relativisée par le fait que la Section 7 vient après des sections consacrées à des infractions telles que le trafic de stupéfiants (Section 4), le *happy slapping* (Section 3 *ter*), ou encore le harcèlement moral (Section 3 *bis*). La logique de hiérarchie, qui anime habituellement le Livre II et que nous avons déjà mentionnée, aurait pu la conduire à une place supérieure au sein de ce chapitre, tant le lien avec la protection de l'intégrité des personnes est important.

Enfin, au-delà de ces considérations quant à la position de cette section au sein du chapitre consacré aux atteintes à l'intégrité de la personne, il est important de souligner que son placement aurait également pu se concevoir au sein du chapitre consacré aux atteintes à la vie de la personne. La possession et le trafic

d'armes sont en effet autant susceptibles de porter atteinte à la vie de la personne qu'à son intégrité physique, d'autant plus lorsqu'on traite d'armes de catégories A et B comme c'est le cas de ces incriminations. Le législateur aurait ainsi pu offrir à ces infractions une place encore plus adéquate du point de vue du symbole et de l'affichage.

Finalement, il semble que ce soit la solution la moins satisfaisante qui ait été retenue en 2016, et ce au prix de la cohérence de la structure du Livre II. L'insertion d'une telle section dans le Livre II, accompagnée d'un adverbe multiplicatif, bien que n'étant pas totalement satisfaisante, aurait sans doute été préférable. Il apparaît ainsi que même si elle n'est pas idéale, cette solution, qui va de pair avec le système de classement adopté lors de l'élaboration du Code pénal, soit la moins dommageable pour l'organisation du Livre II. La seule alternative permettant d'éviter les adverbes multiplicatifs tout en insérant les nouvelles subdivisions entre d'autres serait de décaler les numéros de section à chaque insertion. Une telle gymnastique apparaît cependant irréalisable tant elle serait source d'instabilité. Il semble donc que les options qui s'offrent au législateur pour les modifications du Livre II soient vouées à en compromettre la structure et la qualité, rendant l'épreuve du temps particulièrement douloureuse pour lui. Outre la structure du Livre II, c'est parfois la place des incriminations en son sein qui est affectée par les modifications législatives.

§ 2 : DES INFLUENCES NEFASTES SUR LA PLACE DES INFRACTIONS

147. L'ajout d'infractions et donc d'articles dans le Livre II a parfois une influence significative sur sa qualité formelle. Ces nouveaux textes, dont l'emplacement dans le Livre II peut s'avérer délicat (A), affectent souvent la numérotation des articles (B).

A - Le placement délicat de certaines infractions

148. L'existence d'infractions mal placées. Par rapport aux subdivisions existantes, il est des cas où certaines incriminations ne semblent pas à une place adéquate. C'est ainsi que Pierre COUV RAT faisait remarquer que « *certaines infractions ont dû être quelque peu « forcées » pour entrer dans tel ou tel chapitre (par ex. (sic) le trafic de stupéfiants dans les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne ou bien encore l'interruption illégale de grossesse dans la mise en danger)* »⁴³³.

Les deux exemples qu'il cite permettent d'illustrer les problèmes posés. En effet, si l'on prend le cas du trafic de stupéfiants, l'atteinte à l'intégrité de la personne n'est pas nécessaire pour la consommation de l'infraction. C'est pourquoi certains auteurs n'hésitent pas à classer ces infractions sous une catégorie dédiée à la « *mise en danger de la personne et de la santé* »⁴³⁴. Le lien entre ces infractions et la subdivision qui les accueille, dédiée à la protection de l'intégrité de la personne, n'est donc pas étroit, affectant par là même la qualité de l'ordonnement des infractions par le Livre II. Le même raisonnement peut être transposé à l'interruption illégale de grossesse, celui-ci ne présentant pas davantage de liens avec la mise en danger de la personne que le trafic de stupéfiants n'en présente avec l'intégrité. De plus, l'incrimination située à l'article 223-10 fait explicitement référence au consentement de l'intéressée, laissant penser que c'est en réalité celui-ci qui est protégé, et à travers lui la liberté de choix et donc l'intégrité morale de la personne.

149. Disparitions forcées. Les disparitions forcées constituent un exemple d'intégration maladroite d'une infraction dans le Livre II. Elles y ont été ajoutées par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013, notamment dans le cadre d'une mise en conformité avec la Convention internationale de New York du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

⁴³³ P. COUV RAT, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *RSC*, 1993, p. 469.

⁴³⁴ P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal*, op. cit., Annexe IV.

C'est l'article 221-12 qui contient l'incrimination des disparitions forcées, tandis que les articles 221-13 à 221-17 incluent des dispositions annexes relatives à la complicité de ce crime et aux peines complémentaires applicables. Cette infraction est contenue dans un chapitre qui lui est dédié, inséré entre les atteintes à la vie et les atteintes à l'intégrité de la personne, laissant présumer l'existence d'un lien avec la protection de ces deux valeurs. Or la lecture du texte révèle que l'infraction est constituée par « *l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté d'une personne* ». La privation de liberté est donc clairement mise en avant. Par ailleurs, le texte n'exige aucunement d'atteinte à la vie ou à l'intégrité de la victime. Cela remet nécessairement en cause la place choisie pour cette incrimination par le législateur. Ces doutes sont accentués lorsqu'on sait que le Titre II du Livre II comporte un Chapitre IV dédié aux atteintes aux libertés de la personne qui ne comporte d'ailleurs que trois groupes d'infractions et qui n'aurait pas eu de mal à accueillir les disparitions forcées⁴³⁵. Leur intégration dans ce chapitre aurait ainsi évité la création d'un chapitre supplémentaire nécessitant l'adjonction de l'adverbe « *bis* » pour favoriser son rattachement au plan du Livre II. Finalement, la création d'un chapitre autonome ne se justifiait pas, ces articles pouvant s'insérer dans un chapitre existant.

B - Les pertes de qualité quant à la numérotation

150. Une numérotation reflet d'un déclin. Au moment de l'élaboration du nouveau Code pénal, la numérotation de ses articles fit l'objet d'une attention particulière. En effet, ceux-ci ont tous été numérotés selon le même schéma, en

⁴³⁵ Une auteure suit d'ailleurs un raisonnement analogue et traite cette infraction dans son manuel de droit pénal spécial parmi les atteintes à la liberté de la personne, plus précisément parmi les atteintes à la liberté de mouvement, v. V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 229. A contrario, une autre auteure, après avoir pourtant également constaté que cette infraction était constitutive d'« *une atteinte morale consistant en une entrave à la liberté d'aller et de venir* », plaide étonnamment pour leur intégration dans le Livre IV, du fait de la commission de ces atteintes par des agents publics, et ne les traite donc pas avec le reste des infractions contre les personnes, alors que cette infraction ne semble pas être une atteinte à la nation, l'État, ou la paix publique, v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal, op. cit.*, p. 373.

fonction de la place de l'infraction dans le plan du Code pénal. Le premier chiffre correspond ainsi au livre, le second au titre, et le troisième au chapitre qui accueillent l'infraction concernée. À la suite de ces trois premiers chiffres, un tiret précède des numéros propres à chaque infraction.

Un tel système de numérotation a pour conséquence que toute insertion d'article nécessite l'ajout de tirets. De nombreux articles le montrent, parmi lesquels on peut citer à titre d'exemple les infractions de bizutage (articles 225-16-1 à 225-16-3), ou d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse (articles 223-15-2 à 223-15-4).

Le problème de l'usage de ces tirets supplémentaires est qu'il peut donner une fausse impression au lecteur. Il est ainsi possible de penser que, par exemple, les articles 225-16-1 à 225-16-3 sont des textes en lien avec l'article 225-16, qui lui ont été annexés car lui étant secondaires ou accessoires. Le même raisonnement peut être transposé à l'ensemble des infractions concernées. Une telle impression est, qui plus est, favorisée par le fait que parfois, un tel usage de tirets dans la numérotation est précisément utilisé dans le but d'annexer des articles accessoires à un article principal. C'est par exemple le cas des articles 222-22-1 et 222-22-2 par rapport à l'article 222-22, concernant les agressions sexuelles⁴³⁶.

151. Les infractions de harcèlement. La complexification de la numérotation est par ailleurs révélatrice de l'accumulation des révisions législatives. On peut prendre l'exemple des textes relatifs au harcèlement. Aujourd'hui, en matière de harcèlement moral, sont en vigueur les articles 222-33-2-1 et 222-33-2-2. En la matière, l'article 222-33-2 est porteur de l'incrimination de harcèlement moral au travail, tandis que l'article 222-33-2-1 est relatif au harcèlement moral par le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin. L'article 222-33-2-2 est quant à lui relatif au harcèlement moral général. Là encore, l'idée de hiérarchie laisse supposer que les articles 222-33-2-1 et 222-33-2-2 sont des articles accessoires à l'article 222-33-2, ce qui, en l'état des choses, n'a pas de sens

⁴³⁶ Les articles 222-22-1 et 222-22-2 précisant la notion de contrainte exposée à l'article 222-22 pour l'application des infractions d'agressions sexuelles.

véritable. À supposer qu'une telle numérotation doive subsister, la logique voudrait que ce soit l'incrimination générale de harcèlement moral qui figure à l'article 222-33-2 et les incriminations plus particulières de harcèlement au travail et harcèlement par le conjoint, partenaire ou concubin qui figurent aux articles 222-33-2-1 et 222-33-2-2.

Une telle lourdeur dans la numérotation de ces articles montre parfaitement que l'inflation législative s'accompagne d'une complexification de cette numérotation. Ainsi le système adopté en 1994, qui était l'une des plus grandes avancées du nouveau Code pénal du point de vue de la forme, perd de sa valeur. Le législateur donne alors raison à Pierre COUVRAT, qui prévoyait dès 1994 que « *le code n'a pas été conçu pour accueillir de nouveaux venus* »⁴³⁷. Effectivement, s'il est possible de mettre en évidence toutes les maladresses apparues avec les ajouts faits depuis 1994, le système de numérotation mis en place ne laisse en réalité pas d'alternative.

152. L'insertion des incriminations d'esclavage. Une perte de qualité est également à noter au niveau de la numérotation des articles porteurs des incriminations d'esclavage. C'est la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 qui a créé ces articles, et fait le choix de les placer en tête du Chapitre IV du Titre II, consacré aux atteintes aux libertés de la personne. Un tel choix quant au placement de ces infractions est évidemment compréhensible tant leur gravité commande de leur accorder une place symbolique forte.

La numérotation de chaque article du reste du chapitre ne pouvant manifestement pas être décalée complètement, des lettres ont donc été affectées aux nouveaux articles, chose inédite pour le Livre II. Les trois textes concernés figurent ainsi depuis 2013 aux articles 224-1 A, relatif à l'infraction de réduction en esclavage, 224-1 B, relatif à l'infraction d'exploitation d'une personne réduite en esclavage, et 224-1 C, présentant les circonstances aggravantes attachées à ces infractions. Il s'agit là encore d'une source d'incohérence, l'esclavage étant la seule

⁴³⁷ P. COUVRAT, « Préface », in Christine LAZERGES (dir.), *Réflexions sur le nouveau code pénal*, A. Pédone, 1995, p. 7.

infraction concernée par un tel schéma de numérotation au sein de ce livre. Ces modifications affectent incontestablement la qualité formelle du Livre II en tant qu'ensemble de textes. Il faut d'ailleurs noter que dans une version initiale de la loi, ces infractions devaient se situer aux articles 224-5-3 et suivants, ce qui aurait représenté une numérotation plus classique⁴³⁸.

SECTION 2 : UNE ORGANISATION INTERNE PARASITEE PAR LES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES

153. Les enjeux des choix faits quant aux modes de classement. Comme l'exprime Jean CARBONNIER, « *il faut classer, rassembler, compléter les dispositions les unes par les autres, bref, mettre en ordre. C'est une science que cette exposition systématique des règles constituant le droit, coordonnées logiquement à l'unité du système. [...] Dans cette activité, la science du droit use d'une technique, d'une série de procédés pour atteindre la systématisation* »⁴³⁹. L'importance d'un tel classement et d'une telle systématisation est particulièrement grande en matière de circonstances aggravantes. Les enjeux tiennent en effet à la clarté de leur régime ainsi qu'à leur accessibilité, conditionnant la répression pénale. Or leur nombre croissant au fil des modifications législatives rend cet exercice d'ordonnement de plus en plus périlleux, mais également de plus en plus nécessaire. Le choix d'un mode de classement de ces circonstances aggravantes est donc capital (§ 1), de même que leur gestion, une fois ce mode de classement défini (§ 2).

⁴³⁸ Amendement n° 10 à la loi du 5 août 2013, présenté par Mme LEMAIRE, Doc. AN, 5 mai 2013. À propos de la modification ayant abouti à l'ajout de lettres, v. Sous-amendement n° 29, présenté par Mme KARAMANLI, Doc. AN, 14 mai 2013.

⁴³⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Volume I, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, 27^e édition, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 54.

§ 1 : LE CLASSEMENT DES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES DANS LE CODE PENAL

154. Choix de présentation des circonstances aggravantes. Recours à des listes spéciales. Définies comme « *le moyen, pour la loi, de nuancer le jugement de valeur qu'elle porte sur le comportement répréhensible et d'adapter en conséquence la peine* »⁴⁴⁰, les circonstances aggravantes occupent une place importante dans le Livre II. Leur intégration au sein de cet ensemble est ainsi une question fondamentale, dont la réponse a une influence certaine sur la structure du Livre II et son organisation.

En la matière, le système choisi par le législateur est principalement celui de leur énumération au sein d'un ou plusieurs articles, et ce pour chaque infraction, ou chaque groupe d'infractions, qui en comporte. Le résultat est que ces articles consacrés aux circonstances aggravantes se présentent sous forme de listes, souvent répétitives les unes par rapport aux autres, donnant raison à Raymond GASSIN, qui note qu'« *en droit pénal les énumérations sont légion* »⁴⁴¹. C'est ainsi qu'au fil des articles du Livre II, nombre d'entre eux sont consacrés à de telles énumérations⁴⁴².

155. Recours à des circonstances aggravantes générales. Mais le recours à des listes n'est pas le seul mode de traitement utilisé. En effet, les circonstances aggravantes peuvent être séparées dans une classification qui « *oppose celles qui sont générales, c'est-à-dire communes à toutes les infractions, à celles qui sont spéciales, c'est-à-dire propres à une ou à plusieurs d'entre elles* »⁴⁴³. C'est ainsi qu'au sein de la

⁴⁴⁰ C. de JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., p. 4.

⁴⁴¹ R. GASSIN, « Les définitions dans les textes en matière pénale », *RRJ*, 1987, n° 4, p. 1038.

⁴⁴² Ces listes de circonstances aggravantes ne se retrouvent pas exclusivement dans des articles dédiés, mais sont parfois contenus dans l'article incriminant l'infraction principale qu'elles accompagnent. V. par exemple les articles 222-33, 222-52, et 227-19.

⁴⁴³ C. de JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., p. 11.

partie générale du Code pénal, une section est consacrée à l'énumération de circonstances aggravantes dites générales (articles 132-71 et suivants)⁴⁴⁴.

Les deux modes de présentation des circonstances aggravantes cohabitent donc, sans que le législateur n'ait tranché exclusivement dans un sens ou l'autre, tant chacun présente à la fois des avantages et des inconvénients. Le mode de présentation des circonstances aggravantes fait pourtant débat en doctrine. Ainsi, l'Association internationale de droit pénal s'est montrée favorable au traitement généralisé des circonstances aggravantes dès 1964⁴⁴⁵. Certains auteurs suivent aujourd'hui cette position, notamment en mettant en avant « *une certaine lourdeur dans la répétition systématique des circonstances aggravantes* »⁴⁴⁶. Une autre auteure a formulé une proposition intermédiaire, en considérant à propos des circonstances aggravantes qu'il convient de « *les regrouper en construisant le Code pénal en deux livres consacrés aux principes généraux du droit pénal (droit pénal général), puis aux infractions particulières (droit pénal spécial) pour pouvoir placer les questions communes au droit pénal spécial dans un chapitre préliminaire du second livre qui lui serait consacré* »⁴⁴⁷.

156. Inconvénients du recours à des circonstances aggravantes générales. Il semble en réalité impossible d'abandonner totalement le recours à des circonstances aggravantes spéciales. Cela entraînerait en effet un alourdissement considérable de la partie générale du Code pénal, puisque celui-ci devrait définir individuellement chaque circonstance aggravante. Qui plus est, le recours uniquement à des circonstances aggravantes générales obligerait à des renvois constants, afin de savoir quelle circonstance aggravante est applicable à telle infraction, mais également le degré d'aggravation qui y est attaché.

⁴⁴⁴ Il convient cependant de noter que cette section est en grande partie consacrée à la définition de certaines circonstances aggravantes, sans que celles-ci ne soient nécessairement applicables à l'ensemble des crimes et délits. Il n'y a en réalité que trois circonstances aggravantes véritablement générales développées dans cette section. V. *infra* n° 159.

⁴⁴⁵ AIDP, « Le IXe congrès international de droit pénal (La Haye, 24-30 août 1964) », RSC 1965 p. 192-193.

⁴⁴⁶ V. TELLIER-CAYROL, « Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ? », *op. cit.*, p. 184.

⁴⁴⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, *op. cit.*, p. 61.

Pour les professionnels, une telle solution rendrait probablement le Code pénal moins praticable. La méthode de la liste choisie par le législateur, bien que fastidieuse, assure que le Code reste aussi un bon outil de travail. Elle permet d'avoir immédiatement à disposition la totalité des aggravations applicables pour l'infraction concernée. Certes, cela aboutit à des articles extrêmement longs et surtout à des répétitions, mais selon la formule du professeur Emmanuel DREYER, « *peut-on regretter le recours à la loi dans un domaine gouverné par le principe de légalité ?* »⁴⁴⁸.

C'est pourquoi la présence d'articles consacrés à la présentation de listes de circonstances aggravantes, bien qu'elle soit source de répétitions, paraît inévitable. L'élaboration et l'évolution de l'organisation du Livre II doivent donc nécessairement en tenir compte.

§ 2 : LA GESTION DES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES DANS LE LIVRE II

157. Le caractère indigeste de certaines listes de circonstances aggravantes. Le choix de l'énumération des circonstances aggravantes pour chaque infraction, associé aux multiples ajouts de telles circonstances depuis l'entrée en vigueur du Code pénal, aboutit à une détérioration de la forme du Livre II. En vingt-cinq ans, le nombre de circonstances aggravantes a en effet doublé, provoquant des situations où ces listes peuvent atteindre une longueur impressionnante. L'exemple peut être pris de l'article 222-12, prévoyant les circonstances aggravantes pour l'infraction de violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours (article 222-11). Cet article, modifié seize fois depuis son entrée en vigueur, présente aujourd'hui une liste de vingt et une circonstances aggravantes, alors qu'il en

⁴⁴⁸ E. DREYER, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », in V. MALABAT et al. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2009, p. 63.

comptait déjà onze en 1994. Une telle augmentation nuit manifestement à la clarté de cet article, la même remarque pouvant être faite pour d'autres articles similaires⁴⁴⁹.

Une auteure fait d'ailleurs remarquer que le traitement des circonstances aggravantes pour les infractions de violences volontaires est particulièrement inapproprié. Elle note ainsi qu'au lieu de prévoir des listes de circonstances aggravantes pour chaque infraction de violence, « *il eût été beaucoup plus simple, cohérent et lisible de lister l'ensemble des circonstances aggravantes pour toutes les violences volontaires, dans un seul et même article à la fin du paragraphe traitant de ces infractions !* »⁴⁵⁰.

158. Présence d'incohérences liées aux circonstances aggravantes dans le Livre II. Outre la question de leur multiplication, le mode de gestion des circonstances aggravantes dans le Livre II révèle parfois certaines incohérences. Les violences en constituent, là encore, un exemple parlant. La possibilité que nous venons de mentionner d'un article unique réunissant l'ensemble des circonstances aggravantes applicables aux violences semble d'ailleurs irréaliste en raison des inconsistances du législateur. En effet, si à chaque incrimination de violence s'attache un nombre important de circonstances aggravantes, celles-ci ne sont pas toujours les mêmes. Un auteur note ainsi, en prenant l'exemple des circonstances aggravantes d'aide ou assistance par un mineur, d'état alcoolique, et d'emprise manifeste de produits stupéfiants, que « *les violences les moins graves font l'objet d'aggravations non prévues lorsque ces mêmes violences ont causé la mort d'autrui, sans intention de la donner, ou occasionné une mutilation ou infirmité permanente* »⁴⁵¹.

L'on peut par ailleurs citer le cas de l'exhibition sexuelle, qui présente la particularité de n'être accompagnée d'aucune circonstance aggravante. Un auteur

⁴⁴⁹ V. ainsi les art. 222-8 et 222-10 (seize circonstances aggravantes), ou 222-24 (quinze circonstances aggravantes).

⁴⁵⁰ V. TELLIER-CAYROL, « Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ? », *op. cit.*, p. 186.

⁴⁵¹ E. DREYER, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », *op. cit.*, p. 65.

remarque en effet que « *s'exhiber sexuellement à plusieurs devant des mineurs n'emporte aucune aggravation pénale* »⁴⁵², ce qui semble peu cohérent.

159. Exemple d'une refonte récente. Les circonstances aggravantes liées aux discriminations. Face à la croissance des circonstances aggravantes dans le Livre II, la question d'une refonte peut se poser. Cette question se pose d'autant plus que la grande majorité des circonstances aggravantes se répète pour beaucoup d'infractions, et donc dans de nombreux articles.

Par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, le législateur a modifié le mode de gestion de certaines circonstances aggravantes. Il s'agit des circonstances relatives à un motif discriminatoire, c'est-à-dire qui « *reposent, subjectivement, sur le sentiment de supériorité ressenti par l'auteur des faits et qui le conduit à hiérarchiser entre eux les individus ou groupes d'individus* »⁴⁵³. Les motifs discriminatoires visés par la loi de 2017 sont, d'une part, l'appartenance ou la non-appartenance de la victime, « *vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée* » (article 132-76), et d'autre part « *son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre* » (article 132-77).

Avant cette loi de 2017, les articles 132-76 et 132-77 prévoyaient déjà une aggravation des peines dans les cas visés par ces circonstances. Elles renvoyaient cependant aux seuls cas prévus par la loi, et en cela ne constituaient pas de véritables circonstances aggravantes générales. La circonstance aggravante de motif raciste visée par l'article 132-76 se retrouvait ainsi dans le meurtre (ancien article 221-4), les tortures et actes de barbarie (ancien article 222-3), les violences (anciens articles 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13), les menaces (ancien article 222-18-1), les violations de sépulture et atteinte aux cadavres (ancien article 225-18), le vol (ancien article 311-4) et l'extorsion (ancien article 312-2), les destructions et dégradations (anciens articles 322-2 et 322-8). La circonstance

⁴⁵² L. BELFANTI, « Poursuite et répression du délit d'exhibition sexuelle », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 301, p. 19.

⁴⁵³ J. DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC*, 2017, p. 677.

aggravante de l'article 132-77 était applicable à une liste limitative d'infractions un peu différente, à savoir le meurtre, les violences, le viol (ancien article 222-3) et l'agression sexuelle (ancien article 222-30), les tortures et actes de barbarie, les menaces, le vol et l'extorsion. Chaque circonstance aggravante était donc prévue pour huit infractions, et avait un champ d'application effectivement limité. Bien que certaines de ces infractions soient des infractions contre les biens contenues dans le Livre III, la majorité d'entre elles étaient bien des infractions contre les personnes contenues dans le Livre II.

Or, la loi de 2017 a eu pour effet de modifier le mode de gestion de ces circonstances aggravantes. En effet, leur classement dans les nombreuses listes de circonstances aggravantes a laissé place à un régime global, mis en place à travers la suppression de ces circonstances des listes particulières présentes dans la partie spéciale du Code, et la réécriture des articles 132-76 et 132-77 du Code pénal. Ces deux articles constituent aujourd'hui, avec l'article 132-79⁴⁵⁴, les trois seules circonstances aggravantes véritablement générales, c'est-à-dire applicables à l'ensemble des crimes et délits⁴⁵⁵. Ainsi, si ces circonstances aggravantes concernaient en majorité des infractions du Livre II, et avaient donc en cela un lien étroit avec la protection des personnes, elles concernent aujourd'hui l'ensemble des crimes et délits, distendant leur lien avec le Livre II. Cependant, elles demeurent étroitement liées à l'objectif de protection des personnes du fait de leur objet, c'est-à-dire la lutte contre les discriminations.

Plusieurs raisons ont été avancées dans les travaux préparatoires de la loi de 2017, en faveur d'une telle généralisation de ces circonstances⁴⁵⁶. Au fond,

⁴⁵⁴ Cet article vise l'utilisation pour la préparation ou la commission d'un crime ou d'un délit d'un moyen de cryptologie. La nouvelle rédaction des articles 132-76 et 132-77 emprunte d'ailleurs le schéma de cet article. Il convient de noter que certains auteurs traitent la récidive comme une autre circonstance aggravante générale, mais nous ne l'incluons pas ici puisqu'elle ne suit pas exactement la même logique et qu'elle présente des conditions d'applications et des conséquences particulières. Elle est d'ailleurs traitée à part dans le Code pénal (art. 132-8 et suivants).

⁴⁵⁵ Sous réserve des rares infractions explicitement exclues par les articles 132-76 et 132-77.

⁴⁵⁶ Il convient par ailleurs de mentionner l'influence du droit européen sur cette mesure, puisque l'article 4 de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre

l'avantage mis en avant était celui de les étendre à davantage d'infractions. Le rapport fait au nom de la commission spéciale mentionnait d'ailleurs les effets néfastes d'une liste limitative sur les condamnations : « *la limitation des infractions susceptibles d'aggravation a pour conséquence le faible nombre des condamnations prononcées par les juridictions – de l'ordre de moins d'une centaine par an* »⁴⁵⁷.

Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'au cours des débats parlementaires, l'Assemblée nationale et le Sénat, bien que s'étant entendus sur la nécessité d'une refonte de ces deux circonstances aggravantes, n'étaient pas d'accord sur le mode opératoire. En effet, l'Assemblée nationale privilégiait la seule présence de ces circonstances dans les articles 132-76 et 132-77 réécrits, tandis que le Sénat, même s'il était favorable à la réécriture de la définition de ces circonstances aggravantes, était favorable à leur maintien dans des listes particulières disséminées dans la partie spéciale du Code⁴⁵⁸. Les travaux de l'Assemblée faisaient alors état du fait que « *les députés acceptent le risque – fortement limité – d'une extension générale sous le contrôle du juge pour éviter la certitude d'une énumération incomplète que l'autorité judiciaire ne pourrait aucunement pallier* »⁴⁵⁹. Ce différend parlementaire se matérialisa par la saisine par des sénateurs du Conseil Constitutionnel, notamment fondée sur une violation du principe de légalité du fait de l'application indifférenciée de ces circonstances aggravantes à tous les crimes et délits. Dans une décision du 26 janvier 2017, le Conseil s'est rangé du côté de l'Assemblée. Il a considéré que l'établissement de circonstances aggravantes générales ne portait pas atteinte au principe de légalité puisque « *les dispositions contestées définissent de*

certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal prescrit que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte que la motivation raciste et xénophobe soit considérée comme une circonstance aggravante* ».

⁴⁵⁷ R. HAMADI, *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « □égalité et citoyenneté□*», 17 juin 2016, Doc AN, n° 3851.

⁴⁵⁸ V. à ce titre Amendement présenté par F. GATEL, Doc. Sénat N° COM-654, 9 septembre 2016, qui visait à réintroduire les circonstances aggravantes réécrites auprès de chaque infraction auxquelles elles devaient s'attacher.

⁴⁵⁹ R. HAMADI, *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, en nouvelle lecture, le projet de loi, modifié par le sénat, « □égalité et citoyenneté□*», 9 nov. 2016, Doc AN, n° 4191 (rectifié).

manière précise les conditions dans lesquelles un crime ou un délit peut être aggravé »⁴⁶⁰. Il a ajouté que, certaines infractions ayant été exclues par les articles 132-76 et 132-77, le principe de proportionnalité des peines était bien respecté, et que, par ailleurs, les objectifs à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi l'étaient aussi⁴⁶¹. Ce faisant, et notamment par le biais de la référence à ces objectifs à valeur constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel a validé la méthode employée par le législateur de la généralisation de ces circonstances aggravantes.

Une telle refonte de ces circonstances aggravantes présente, qui plus est, des avantages. Un auteur⁴⁶² fait ainsi remarquer que la réécriture des articles 132-76 et 132-77 du Code pénal a pour bénéfice de mettre fin au paradoxe qui avait auparavant cours, lié à la présence de ces circonstances dans la partie générale du Code alors que le législateur maintenait un principe de spécialité pour leur application, car celle-ci ne pouvait se faire que « *dans les cas prévus par la loi* »⁴⁶³. Par ailleurs, le même auteur met en avant que la gestion de ces circonstances aggravantes par le biais d'une généralisation plutôt que par le biais d'une spécialisation consacre une égalité réelle entre les victimes, puisque « *la globalisation d'une circonstance aggravante met immédiatement fin au traitement différencié des victimes des effets d'un même mobile discriminatoire* »⁴⁶⁴.

Cette réécriture n'est toutefois pas parfaite pour ce même auteur, l'article 132-77 excluant expressément le cumul entre les circonstances de motif discriminatoire qu'il pose, et les circonstances liées à la qualité de conjoint, de concubin ou de partenaire lié par un pacte civil de solidarité, ou à la contrainte en vue de contracter un mariage ou une union. Ainsi, « *il en résulte que la spécification*

⁴⁶⁰ Cons. const. Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, cons. n° 102.

⁴⁶¹ Cons. const. Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, cons. n° 103-105.

⁴⁶² J. DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *op. cit.* : « *L'effet de la généralité se cantonnait, dans ces circonstances, à l'amélioration de la visibilité des mobiles que le législateur avait choisi d'exposer fièrement en tête du code* ».

⁴⁶³ Art. 132-76 et 132-77 C. pén, anciens.

⁴⁶⁴ J. DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *op. cit.*

l'emporte sur l'effort de généralisation et amène à hiérarchiser, entre eux, les mobiles discriminatoires »⁴⁶⁵.

160. L'opportunité de la généralisation d'autres circonstances aggravantes liées à la protection de la personne. Face à ce changement de gestion des circonstances aggravantes de motif discriminatoire, la question de l'opportunité de la généralisation d'autres circonstances aggravantes se pose nécessairement, même s'il semble impossible de généraliser l'ensemble des circonstances aggravantes.

Parmi les circonstances pour lesquelles une généralisation pourrait être envisagée, l'on peut notamment citer celle liée à la vulnérabilité de la victime. Celle-ci se retrouve en effet dans de nombreuses infractions du Livre II⁴⁶⁶. Le critère du nombre d'infractions auxquelles une circonstance aggravante est applicable semble cependant un peu léger pour justifier à lui seul une généralisation. En effet, un tel changement, surtout lorsqu'on prend en compte l'exemple de la loi de 2017, semble devoir emporter un certain symbole. Des auteurs font d'ailleurs remarquer qu'« à l'évidence, de nombreuses circonstances aggravantes ont été créées dans le nouveau Code, moins pour augmenter le niveau des peines que pour exprimer certaines valeurs »⁴⁶⁷.

Ainsi, ne devraient bénéficier d'une généralisation analogue à celle des motifs discriminatoires que les circonstances aggravantes les plus importantes, c'est-à-dire celles qui accordent une protection particulièrement forte à la personne, méritant par conséquent leur mise en exergue dans la partie générale du Code. Si la vulnérabilité de la victime de l'infraction pourrait parfaitement entrer dans cette catégorie, il n'en est pas de même pour d'autres circonstances aggravantes, bien qu'elles soient attachées à de nombreuses infractions. On pense par exemple aux trois circonstances aggravantes de pluralité d'auteurs, que l'on retrouve dans 17

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

⁴⁶⁶ Même si la majorité des infractions aggravées par cette circonstance sont des infractions du Livre II, elle n'est cependant pas exclusive à ce livre puisqu'on la retrouve également dans le Livre III pour des infractions telles que le vol (art. 311-4, 5°) l'escroquerie (art. 313-2, 4°) et l'extorsion (art. 312-2, 2°).

⁴⁶⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 25.

infractions du Livre II⁴⁶⁸, et à celle de bande organisée, qui, à elle seule, se retrouve dans 16 infractions du Livre II. Cela étant, si la part de symbole en lien avec la victime est moindre pour ces circonstances aggravantes qu'elle ne l'est pour la vulnérabilité, il est indéniable que, d'un point de vue formel, la poursuite du mouvement de généralisation concernant ces circonstances aggravantes aurait une influence sur la forme du Livre II. Elle présenterait l'avantage d'alléger les listes de circonstances aggravantes spéciales qui y sont présentes, et de poursuivre la démarche employée par la loi du 27 janvier 2017, qui a déjà eu pour effet d'en supprimer deux pour un certain nombre d'infractions.

161. Conclusion du Chapitre 2. L'épreuve du temps a donc eu une grande influence sur la structure et la forme du Livre II. Mais les efforts faits lors de son élaboration continuent de porter leurs fruits, malgré les modifications et ajouts opérés par le législateur au fil des ans. Ainsi, même si des défauts peuvent être relevés, la clarté globale du Livre II semble préservée⁴⁶⁹. Le travail fait de 1986 à 1994 sur l'organisation interne du Livre II doit être mis en avant, puisqu'aujourd'hui, il constitue encore un cadre aux réformes effectuées par le législateur. Il représente une garantie minimale, d'harmonie, de cohérence, et du maintien d'une certaine clarté face aux ajouts répétés. Comme le souligne le professeur Yves MAYAUD, « *Le Code pénal a [...] beaucoup gagné à sa réforme, par une structure interne nettement plus élaborée, avec toutes les facilités de lecture attendue, et une meilleure articulation des dispositions entre elles* »⁴⁷⁰. Une autre partie de la doctrine n'est pas aussi laudative et se concentre sur les incohérences que nous avons

⁴⁶⁸ Il s'agit des circonstances aggravantes de réunion, de commission par au moins deux personnes, et de commission par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice. Pour la liste détaillée des infractions du Livre II aggravées par ces circonstances, v. M. DALLOZ, « Circonstances aggravantes », *op. cit.*, n° 27.

⁴⁶⁹ La numérotation choisie garantit une logique minimale dans la répartition des infractions, même si elle peut être parfois source des dérives que nous avons mis en avant. Le plan, quant à lui, manifeste malgré tout une progression logique des valeurs juridiques. Loin d'être parfait, il reste tout de même lisible, ce qui est déjà fort méritoire.

⁴⁷⁰ Y. MAYAUD, « La loi pénale instrument de valorisation sociale », *op. cit.*, p. 14.

soulignées, en les considérant comme le signe que le Code pénal est devenu « *un épais maquis, voire une jungle impénétrable* »⁴⁷¹.

Il est indéniable que l'organisation actuelle du Livre II présente des faiblesses. La numérotation des articles du Code pénal, les ajouts répétés au fil des ans, qui provoquent parfois des difficultés dans le placement des infractions, ou encore la création de nouvelles subdivisions, parfois inadaptées, mettent à mal une organisation pourtant mûrement réfléchi. À ces difficultés il faut encore ajouter celles liées à la place et la gestion des circonstances aggravantes dans le Livre II. Leur quantité augmente au gré des modifications législatives de plus en plus nombreuses, ce qui nuit incontestablement à la qualité formelle d'ensemble du Livre II. La généralisation de certaines d'entre elles semble alors bienvenue, bien qu'elle doive être encadrée avec minutie.

Il apparaît néanmoins que les critiques sur ces faiblesses organisationnelles doivent être relativisées. Les erreurs provoquées par les interventions législatives au fil des ans doivent évidemment être corrigées et ne pas être répétées. Mais le plus important est que le Livre II demeure lisible, accessible, et praticable, ce qu'il reste malgré tout.

⁴⁷¹ R. CABRILLAC, « Les défis d'une recodification pénale », *op. cit.*, p. 9.

CONCLUSION DU TITRE 2

162. L'importance d'une organisation équilibrée. L'organisation interne du Livre II se doit d'être irréprochable si l'on veut que ce livre atteigne son objectif : être un instrument satisfaisant de protection des personnes. En effet, comme l'indique le professeur MAYAUD, « *les divisions sont, au sein d'un code ou d'un texte particulier, l'expression d'une progression planifiée, de sorte que leurs intitulés traduisent la logique du système de répression, avec pour conséquence de remonter facilement à la source de ce qui les a inspirés* »⁴⁷².

Les infractions contre les personnes, doivent, qui plus est, remplir une fonction à la fois répressive et expressive, c'est-à-dire de symbole. Or, concernant la fonction répressive, un agencement optimisé de ces infractions facilite leur accès par les citoyens et les praticiens, et donc aussi leur application. En ce qui concerne la fonction expressive, la mise en place d'un plan cohérent et hiérarchisé est la manifestation de l'expression des valeurs les plus chères à la société. Le fait que le classement des infractions du Livre II repose sur ces valeurs est donc, à cet égard, capital. Le processus de sélection des valeurs structurant le Livre II, ainsi que celui de hiérarchisation de ces valeurs a en effet une importance quant au message envoyé par le législateur, et donc la société.

C'est pourquoi les quelques erreurs et maladroites qu'il a commises dans l'élaboration du plan du Livre II ont une influence néfaste sur la qualité de cet ensemble. On peut notamment regretter le choix de consacrer un chapitre aux atteintes à la dignité, alors que cette valeur est si insaisissable qu'elle ne permet pas

⁴⁷² Y. MAYAUD, « La loi pénale instrument de valorisation sociale », *op. cit.*, p. 14.

de structurer et délimiter correctement une telle subdivision. On peut également déplorer les confusions provoquées par l'apparition de valeurs juridiques secondaires dans les incriminations elles-mêmes alors que celles-ci n'apparaissent pas dans le plan. Un tel phénomène, pour les infractions concernées, a pour effet de distendre le lien entre ces infractions et les subdivisions qui les contiennent, affaiblissant d'autant plus la légitimité du plan du Livre II.

163. L'influence de l'action législative. De telles faiblesses originelles ne pouvaient, assez logiquement, qu'empirer au fil des ans, lorsque l'on prend la mesure des ajouts faits par le législateur au Livre II. « *Boulimie législative* »⁴⁷³, « *éléphantiasis* »⁴⁷⁴, « *omniprésence juridique* »⁴⁷⁵, « *densification normative* »⁴⁷⁶, « *multiplication exponentielle des lois* »⁴⁷⁷, « *frénésie législative* »⁴⁷⁸, « *jungle luxuriante et instable* »⁴⁷⁹, sont autant de formules régulièrement utilisées pour dénoncer la tendance contemporaine à l'inflation législative, qui se manifeste plus particulièrement dans le Livre II. Les nouvelles incriminations et subdivisions issues de ces évolutions législatives pèsent indéniablement sur la structure de ce livre. En effet, plus les ajouts sont nombreux et parfois difficilement justifiables, plus cette structure doit s'accommoder d'articles à classer dans un plan présentant déjà quelques maladroites, et s'adaptant parfois mal à de nouvelles subdivisions.

Le Livre II, en tant qu'ensemble, ne pouvant que grandir, les atteintes portées à la cohérence de son organisation se trouvent par ailleurs vouées à se répéter. Pourtant, certaines tendances législatives récentes semblent encourageantes. Il s'agit par exemple de l'amorce d'une généralisation de certaines circonstances

⁴⁷³ J. PRADEL, « Notre Code pénal, vingt ans à peine et déjà des dérives qui n'ont pas attendu le nombre des années », *JCP G*, 2014, n° 9, p. 259.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ C. ATIAS, « Coûteuse insécurité juridique », *D.*, 2015, p. 167.

⁴⁷⁶ C. THIBIERGE, « La densification normative », *D.*, 2014, p. 834.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

⁴⁷⁸ C. LAZERGES, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC*, 2010, p. 725.

⁴⁷⁹ D. MARTIN, « Choc de simplification. - Nouvelle incantation ou réelle révolution ? », *JCP G*, 2013, n° 25, p. 722.

aggravantes, permettant de décharger d'autant le Livre II. Par ailleurs, il est à noter que si, en raison de certaines décisions prises au cours de l'élaboration du Code pénal, le législateur a parfois été obligé de faire des choix qui ne sont pas totalement satisfaisants, certaines erreurs faites dans l'organisation des infractions au sein du Livre II, que nous avons citées, apparaissent aisément rectifiables, ce qui montre que la qualité du plan du Livre II n'est pas nécessairement promise à un déclin sans fin.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

164. Le Livre II en tant qu'ensemble. L'étude du Livre II en tant qu'ensemble d'infractions a permis de mettre en évidence l'importance de la détermination de ses frontières ainsi que de son organisation interne pour savoir s'il est un instrument satisfaisant de protection des personnes. Il convient en effet de toujours garder à l'esprit que le Livre II doit être un ensemble d'infractions tendant à la protection de la personne. C'est donc le respect de cet objectif qui doit permettre de déterminer quelles infractions y ont leur place, et comment celles-ci doivent y être ordonnancées.

165. Les frontières d'un ensemble. Le processus de délimitation du champ du Livre II suppose, au préalable, de définir la personne que l'on souhaite protéger par ce livre. Les notions traditionnellement utilisées, telle que celle de personnalité juridique, semblent inadaptées à une protection pénale. Il convient dès lors, selon nous, d'opter pour une définition aux frontières moins strictes afin d'assurer une protection pénale moins lacunaire, susceptible de se prolonger avant la naissance et après la mort. L'accent mis sur l'alliance entre la réalité biologique et la réalité juridique de la personne protégée est donc capital⁴⁸⁰. De cette définition de la personne, il est ensuite possible de déduire des valeurs juridiques, toutes aussi essentielles pour délimiter le champ du Livre II. Qu'elles soient issues de la personne ou qu'elles la transcendent, ces valeurs juridiques en lien avec la personne conditionnent la qualité du Livre II en tant qu'ensemble.

La délimitation du Livre II nécessite également de s'interroger à son environnement. À ce titre, comme l'exprimait Claude LOMBOIS, « *dans le droit, fait*

⁴⁸⁰ V. *supra* n° 58.

pour lui, l'homme est partout »⁴⁸¹. L'étude des autres livres du Code pénal et des infractions présentes à l'extérieur du Code a montré que l'objectif de protection des personnes était loin d'être l'apanage du Livre II. D'un point de vue quantitatif il est d'ailleurs probable qu'il y ait moins d'infractions liées à cet objectif en son sein qu'en dehors. Cependant, les apparitions de la protection des personnes dans d'autres ensembles d'infractions sont très souvent largement justifiées. On a pu le constater avec les infractions de destruction, dégradation, détérioration de biens dangereuses pour les personnes, lesquelles sont avant tout des infractions contre les biens. Il existe de nombreux autres exemples d'infractions qui participent à la protection des personnes et figurent dans d'autres livres du Code pénal, dans d'autres codes, voire dans des lois non codifiées dont l'existence est aussi justifiée. Si le Livre II n'est donc pas l'instrument exclusif de protection des personnes, il en est cependant l'instrument privilégié, en ce qu'il contient les infractions les plus graves⁴⁸² et au symbole le plus fort liées à cet objectif.

166. L'organisation d'un ensemble. Pour que le Livre II réponde pleinement à son objectif de protection des personnes, il doit par ailleurs être organisé de façon méthodique. Les choix faits par le législateur lors de l'élaboration du Code pénal quant à l'organisation des infractions au sein du Livre II mais également au sein du reste du Code pénal selon les valeurs juridiques qu'elles protègent ont privilégié les valeurs liées à la personne pour structurer le Livre II. C'est principalement l'idée d'une hiérarchie qui prédomine dans son organisation, cette hiérarchie étant liée à la fois à la gravité des infractions concernées, et au caractère symbolique des valeurs concernées.

Un tel agencement, s'il permet un classement clair et pédagogique des infractions, comporte cependant quelques erreurs et maladresses commises par le législateur, dès l'origine, et qui se sont aggravées au fil des réformes ayant touché le Livre II depuis 1994. Il est alors souhaitable de corriger ces imperfections, le

⁴⁸¹ C. LOMBOIS, « La personne, corps et âme », *op. cit.*, p. 58.

⁴⁸² C'est-à-dire les infractions réprimant les atteintes les plus graves aux valeurs juridiques les plus importantes pour la société.

classement des infractions du Livre II au sein d'une structure cohérente, fiable, et légitime étant une condition préalable à la satisfaction de l'objectif de protection des personnes assignée à ce livre. En cela, la perspective d'une restructuration du Livre II doit être mise en avant. En effet, plus le Livre II sera un ensemble harmonieux et accessible, meilleure en ressortira la protection des personnes.

Encore faut-il cependant que les incriminations qui y figurent soient adaptées à cette protection et suffisantes pour l'assurer.

PARTIE 2 : LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE LIVRE II PERTURBEE PAR UN CONTENU DEFICIENT

167. L'appréciation de la qualité de la protection des personnes dans le Livre II. Une fois le Livre II étudié en tant qu'ensemble, et ses contours délimités, reste à apprécier la qualité de la protection des personnes qu'il assure au regard des incriminations qu'il comporte. Cette interrogation invite à analyser les comportements incriminés au fil du Livre II, une telle analyse permettant de mettre en avant les éventuelles lacunes par rapport à l'objectif assigné. Ainsi une protection de qualité sera une protection pénale réprimant les atteintes contre les valeurs essentielles liées à la personne, que nous avons identifiées⁴⁸³.

168. Une qualité reposant sur des tendances inverses. L'étude des incriminations présentes dans le Livre II fait apparaître des tendances diverses, voire inverses. Si l'on peut s'attendre à une protection pénale parfois incomplète, révélant de multiples lacunes dans les comportements incriminés, l'action législative s'inscrit parfois dans une logique différente. Dans ces cas, sans qu'il soit possible de dire que le législateur n'en fait pas assez, l'on peut au contraire estimer qu'il en fait trop, répondant à des objectifs autres. Ainsi, au-delà des lacunes dans la répression des atteintes aux personnes que l'on pourra identifier, et qui

⁴⁸³ V. *supra* n° 43 et suiv.

constituent la manifestation la plus évidente des raisons pour lesquelles le Livre II n'est pas un instrument de protection des personnes totalement satisfaisant, une réflexion s'impose également quant à l'inadaptation de certaines incriminations du Livre II par rapport à cet objectif. C'est ainsi que l'étude de ces incriminations révèle qu'à une protection des personnes en partie lacunaire (Titre 2), s'ajoutent des incriminations en partie inadaptées (Titre 1).

Titre 1

Des incriminations en partie inadaptées

Titre 2

Une protection des personnes en partie lacunaire

TITRE 1 : DES INCRIMINATIONS EN PARTIE INADAPTEES

169. Un besoin continu d'adaptation. Les nombreux ajouts faits par le législateur au Livre II depuis son entrée en vigueur ont des implications sur sa forme⁴⁸⁴, mais également sur le fond, du point de vue des incriminations elles-mêmes. Théoriquement, par rapport à l'objectif de protection des personnes, le fait que le législateur ajoute des incriminations au sein du Livre II, ou en renforce d'autres par le jeu de modifications est une démarche louable, puisque signe d'un renforcement constant du dispositif de protection existant. Les ajouts faits au Livre II au fil des ans, même nombreux, ne devraient dès lors pas être critiquables en soi, mais au contraire approuvés tant qu'ils s'inscrivent dans cette logique de consolidation.

170. Une adaptation excessive. Ce n'est cependant pas toujours le cas. Bien qu'une telle logique semble gouverner nombre de réformes adoptées ces dernières années, elle est parfois poussée trop loin. Or, « *l'adaptation trop recherchée ne peut aboutir qu'à l'actualité de la mode. Elle est toujours superficielle, et, au surplus, elle vient toujours en retard* »⁴⁸⁵. Évidemment, l'adaptation des infractions contre les personnes est nécessaire et doit être encouragée. Cette adaptation est en effet une nécessité compte tenu des évolutions de la société et de la délinquance, que ce soit par rapport à de nouvelles atteintes ou à l'emploi de nouveaux procédés. Mais certaines

⁴⁸⁴ V. *supra* n° 140 et suiv.

⁴⁸⁵ H. DE LUBAC, *Paradoxes, Oeuvres complètes* : XXXI, Éd. du Cerf, 1999, p. 25.

évolutions apparaissent critiquables, les infractions contemporaines étant souvent le signe d'une adaptation poussée à son paroxysme, et n'allant alors pas dans le sens d'une meilleure protection des personnes.

171. Annonce de plan. L'objectif de protection des personnes que visent les incriminations du Livre II peut ainsi être perdu de vue à deux égards : certaines incriminations occultant une telle protection en s'orientant vers d'autres logiques (Chapitre 1), d'autres n'assurant qu'une protection superficielle et loin d'être nécessaire (Chapitre 2).

Chapitre 1

La protection des personnes oubliée

Chapitre 2

La protection des personnes exacerbée

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DES PERSONNES OUBLIEE

172. Un objectif perdu de vue. Classiquement, le Livre II est reconnu comme l'instrument privilégié de protection de la personne. À cette fin, nous avons identifié les valeurs qu'il doit protéger contre les atteintes les plus graves⁴⁸⁶. Mais, comme l'indique Renée KOERING-JOULIN, « *si pour protéger les valeurs sociales il faut se résoudre à choisir comme ultime recours la réponse pénale, il importe que cela se fasse sur la base stricte de textes et de procédures de qualité* »⁴⁸⁷.

Si, fort heureusement, de nombreuses infractions du Livre II présentent ce standard de qualité et ne doivent ainsi faire l'objet que de peu de critiques, ce n'est pas le cas de toutes. Les infractions issues des lois contemporaines semblent, en particulier, s'éloigner de ces exigences. La rupture est même parfois nette, si bien qu'Yves JEANCLOS va jusqu'à nommer ces infractions contemporaines les « *infractions de nouvelle génération* »⁴⁸⁸. Dans ces infractions plus récentes, d'autres objectifs et priorités, que ce soit du point de vue de la répression des atteintes aux valeurs juridiques, ou du point de vue de l'expression de ces valeurs, prennent alors souvent le pas sur l'objectif de protection des personnes traditionnellement dévolu aux infractions du Livre II.

173. Des dérives difficiles à encadrer. Ce dévoiement de certaines incriminations contemporaines est un phénomène qui semble difficile à enrayer. Le

⁴⁸⁶ V. *supra* n° 43 et suiv.

⁴⁸⁷ R. KOERING-JOULIN, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 1998, n° 7, p. 106.

⁴⁸⁸ Y. JEANCLOS, *Droit pénal nouveau : pratique criminelle, dynamique décisionnelle*, Economica, 2016, p. 16.

principe de légalité, principal instrument permettant de contrôler l'action du législateur en matière pénale, ne suffit souvent pas à le faire. La mise en œuvre de contrôles fondés sur d'autres principes pourrait alors apparaître comme une alternative satisfaisante. L'on pense notamment à un contrôle fondé sur la nécessité des incriminations, d'autant plus pertinent que les atteintes portées à ce principe par les infractions contemporaines semblent nombreuses, notamment dans le Livre II. Un auteur met ainsi en évidence le lien entre ces évolutions contemporaines et les conséquences qu'elles ont sur la qualité des incriminations, notant que « *les atteintes au principe de nécessité [...] mettent en lumière l'éloignement progressif du système pénal contemporain du droit classique fondé sur le primat de la sûreté individuelle. Elles dévoilent d'éventuelles nouvelles fonctions assignées au droit pénal* »⁴⁸⁹. Le lien entre ces atteintes au principe de nécessité et l'apparition de nouveaux objectifs dans l'action du législateur autres que la protection des personnes est ainsi fait. L'auteur poursuit, en considérant que « *l'atténuation de l'exigence de nécessité consiste, au fond, à considérer que la fin (sécurité) justifie les moyens (atteintes aux libertés). Elle permet également de retenir une conception extensive des fonctions de la norme répressive : par exemple, comme sanction de règlements administratifs, comme réponse aux atteintes aux bonnes mœurs ou comme outil de contrôle des personnes dangereuses. Le prisme de la nécessité permet donc de développer une approche critique des mutations de la politique pénale depuis les années 90* »⁴⁹⁰.

De la sorte, certaines incriminations du Livre II répondent aujourd'hui à des objectifs autres que la protection de la personne, laquelle est, en conséquence, oubliée. Ces incriminations dévoyées (Section 1) posent la question de leur nécessité (Section 2).

⁴⁸⁹ P. BEAUVAIS, « L'aseptisation de l'espace public », in K. PARROT, O. CAHN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 68.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

SECTION 1 : DES INCRIMINATIONS DEVOYÉES

174. Des ruptures d'équilibre. Les infractions ayant intégré le Livre II ces dernières années semblent s'éloigner de l'objectif de protection des personnes qui lui est assigné. Un tel éloignement marque des ruptures d'équilibre face aux fonctions de la loi pénale, à savoir la répression de comportements et l'expression de valeurs juridiques. Ainsi, l'éloignement par rapport à la fonction expressive entraîne un basculement vers une prise en compte trop importante de la fonction répressive de la loi pénale. Ce phénomène est couplé avec une utilisation abusive de l'anticipation de la répression, laquelle aboutit à un exercice de la fonction répressive qui n'est pas non plus satisfaisant. Finalement, ce sont les deux fonctions de la loi pénale qui sont par là même oubliées, les incriminations contemporaines du Livre II s'éloignant des modes classiques d'expression de valeurs juridiques (§ 1), mais également des méthodes de répression traditionnelles (§ 2). Ces deux aspects combinés expliquent que l'action législative récente se soit détournée d'une véritable protection de la personne, pour au contraire se concentrer sur d'autres buts.

§ 1 : DES INCRIMINATIONS S'ÉLOIGNANT DES MODES CLASSIQUES D'EXPRESSION DES VALEURS

175. L'expression par le Livre II de valeurs nécessaires à la protection de la personne. Il est possible d'avoir une vision assez utilitariste du Livre II, en considérant que doivent y être réprimés tous les comportements portant atteinte à la personne (sous réserve qu'ils soient assez graves pour figurer dans le Livre II). Le Livre II devrait ainsi contenir toutes les incriminations nécessaires à la lutte contre ces atteintes, et exprimer les valeurs les plus importantes par rapport à la personne, afin de lui assurer une protection optimale. Cela suppose l'absence d'incriminations

superflues, qui serviraient seulement à satisfaire des besoins déclaratifs ou pédagogiques. Autrement dit, en légiférant, le législateur devrait avoir uniquement à l'esprit cet objectif pur : protéger la personne. Mais avec les infractions contemporaines, le Livre II évolue dans un sens s'éloignant de l'expression traditionnelle de valeurs. Dans certains cas, cette fonction semble en effet détournée (A), tandis que dans d'autres cas, elle est dédiée à l'expression de nouvelles valeurs (B).

A - Le détournement de la fonction expressive du droit pénal

176. La loi pénale, instrument classique de valorisation. L'expression de valeurs protégées est une des deux fonctions classiques du droit pénal. Ce fut d'ailleurs l'un des grands enjeux de la réforme du nouveau Code pénal que de garantir une telle fonction. L'exposé des motifs du projet de loi de 1986 mentionnait ainsi, dès son premier paragraphe, l'importance « *des valeurs consacrées par la conscience collective* »⁴⁹¹, mais aussi le fait que « *pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau code pénal doit être un Code humaniste, un Code inspiré par les Droits de l'Homme* »⁴⁹².

177. L'expression de valeurs dans le Livre II. Mise en avant par Robert BADINTER, cette fonction expressive de la loi pénale se retrouve en particulier dans le Livre II du Code pénal. En effet, choisi comme fronton de la partie spéciale du Code en raison de la volonté affichée d'une protection accrue de la personne humaine⁴⁹³, le Livre II doit remplir encore davantage cette fonction de symbole, et constitue ainsi la toile privilégiée de l'expression de valeurs essentielles.

⁴⁹¹ R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal, op. cit.*, p. 1.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 15.

⁴⁹³ *Ibidem.*

178. Une fonction détournée. Mais à l'étude des infractions contemporaines, il apparaît que cette logique d'expression de valeurs semble s'être perdue, d'autres fonctions ayant pris le pas. Plusieurs expressions sont utilisées en doctrine pour désigner ces nouvelles fonctions du droit pénal, proches de la fonction expressive, mais qui la détournent en réalité. Ces expressions démontrent un changement de logique, passant de l'expression pure de valeurs chères à la société, à d'autres buts et méthodes, plus contestables.

Selon les auteurs, il est ainsi question d'une fonction déclarative du droit pénal⁴⁹⁴, d'une fonction de rite incantatoire⁴⁹⁵, ou encore d'une « *fonction de communication* », abusée par une société « *consommatrice de règles pénales dont l'objet n'est parfois que de répondre à des besoins ponctuels ou à des demandes de circonstance* »⁴⁹⁶. Une auteure mentionne également le développement d'une fonction éducatrice voire moralisatrice de la loi pénale : « *il ne s'agit plus seulement d'interdire les actes qui portent une atteinte grave aux valeurs fondamentales, indispensables à la vie en société, mais d'induire un modèle de conduite, de nouvelles « bonnes mœurs » auxquelles il faut se conformer alors que jusqu'ici, celles-ci ne relevaient que de la morale de chacun* »⁴⁹⁷. Cette auteure prend pour exemple les infractions sanctionnant les abstentions comme l'omission de porter secours, mais également certaines infractions concernant les mineurs telles que l'incitation à commettre une infraction ou à consommer des stupéfiants. Elle mentionne aussi la volonté grandissante du législateur d'imposer un standard de morale sexuelle à travers notamment le harcèlement sexuel⁴⁹⁸.

Dans la même lignée, Mireille DELMAS-MARTY utilise l'expression de fonction magique du droit pénal. Il en est ainsi quand « *la loi pénale intervient en présence de besoins très réels, mais n'apporte qu'une réponse apparente et de pure façade* », avec une

⁴⁹⁴ C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, 2004, p. 194.

⁴⁹⁵ P. MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP G*, 2005, act. 70.

⁴⁹⁶ A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC*, 2007, p. 509.

⁴⁹⁷ M. DAURY-FAUVEAU, « Des listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *RSC*, 2015, p. 67.

⁴⁹⁸ À propos de la mise en avant d'un standard de morale dans l'incrimination du harcèlement sexuel, v. *infra* n° 186.

« utilisation du droit à des fins politiques, sorte d'exorcisme législatif où le texte de loi n'a plus qu'une valeur incantatoire »⁴⁹⁹. Le terme incantatoire renvoie ici aussi à un détournement de l'expression de valeurs par le droit pénal. Là encore, la production législative est attendue comme un remède, sans apporter de réelle plus-value en termes de protection pénale des valeurs juridiques. Mireille DELMAS-MARTY fait par ailleurs état d'autres méthodes législatives, le droit pénal bureaucratique correspondant à l'hypothèse où la loi intervient sans besoin réel. Ici aussi, la fonction expressive est alors perdue de vue, car le but de l'intervention législative est encore une fois un but déclaratif et d'affichage.

179. Définition et causes du phénomène. Bien que les termes et expressions employés diffèrent selon les auteurs, tous mettent en avant le même phénomène. L'on cherche certes à chaque fois à exprimer quelque chose, mais ce n'est plus l'importance d'une valeur protégée. Dans le Livre II, de tels buts, de telles fonctions proches de la fonction expressive font que l'on se détourne du but premier : la protection des personnes et des valeurs juridiques qui en découlent. Le Livre II perd alors son objectif de vue, puisque la protection de valeurs liées à la personne laisse place aux fonctions que l'on a énoncées, de déclaration, d'affichage, de communication, de tranquillisation. Ainsi, ce ne sont souvent plus des valeurs juridiques qui sont exprimées, mais une volonté politique de lutter contre des phénomènes criminels.

Il est impossible de lister l'ensemble des causes à ce phénomène, mais l'on peut en identifier certaines. On peut d'abord mentionner la prise en compte grandissante des faits divers et de l'opinion publique pour la création d'incriminations, que ce soit dans le Livre II du Code pénal ou dans le droit pénal de façon plus générale. Cette tendance serait « le résultat d'un processus qui peut être résumé par le triptyque : télévision, émotion, législation »⁵⁰⁰. La prise en compte de

⁴⁹⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit : du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 66.

⁵⁰⁰ V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in V. MALABAT et al. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2009, p. 74.

l'opinion publique apparaît d'autant plus importante que celle-ci est prise d'un sentiment d'insécurité croissant, à la fois général et ciblé, contre des événements et groupes spécifiques (violences urbaines, terrorisme, etc.).

Il faut tout de même noter que la prise en compte de l'opinion publique et des faits divers pour la création d'infractions n'est pas systématiquement critiquable en soi. En effet, il peut parfaitement arriver qu'un fait divers révèle une lacune dans la protection pénale de la personne, rendant nécessaire une intervention du législateur pour la combler. L'action du législateur devient cependant critiquable lorsque la réaction au fait divers consiste en l'adoption urgente et irréfléchie de textes dont la qualité en souffre nécessairement.

180. Exemples. Les infractions contemporaines du Livre II ne sont évidemment pas épargnées par cette « *logique de spectacle* »⁵⁰¹, qui se retrouve à plusieurs reprises parmi les infractions contre les personnes.

Le délit de racolage passif, aujourd'hui abrogé⁵⁰², en constituait un exemple typique. L'hypocrisie de la situation consistant à autoriser la prostitution, et, dans le même temps, à réprimer le racolage démontre bien que ce n'est pas la protection de la personne qui fut au centre des préoccupations du législateur de 2003, mais bien la tranquillité publique⁵⁰³. Manifestation du passage d'un but de protection de valeur à un but d'affichage, l'incrimination utilisait par ailleurs des notions floues, telles que celle de relations sexuelles⁵⁰⁴. Le flou portait également sur la passivité du racolage, qui pouvait recouvrir des actes extrêmement vagues et indéfinis. La Cour de cassation ayant précisé que le fait d'être dans une tenue légère, sur un trottoir dans un lieu connu pour abriter de la prostitution ne caractérisait pas

⁵⁰¹ M. VOGLIOTTI, « Mutations dans le champ pénal contemporain, vers un droit pénal de réseau ? », *RSC*, 2002, p. 724.

⁵⁰² La loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 a abrogé le délit de racolage (ancien art. 225-10-1 du Code pénal), qui avait été créé par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁵⁰³ À propos de la protection de la personne en matière de prostitution, v. *infra* n° 243. À propos de la prise en compte de la tranquillité publique, v. *infra* n° 187.

⁵⁰⁴ É. CLEMENT, « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs », *RSC*, 2015, p. 813.

l'infraction⁵⁰⁵, celle-ci requérait nécessairement un acte ou un comportement supplémentaire, ce qui fait du racolage un racolage nécessairement actif, et réduisait le champ du racolage passif à un domaine sommaire.

Le délit d'embuscade, figurant à l'article 222-15-1 et issu de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, est également représentatif de cette tendance. Les actes visés par le texte en font une infraction qui se situe tellement en amont de la répression traditionnelle des violences que le lien avec la protection de l'intégrité physique des personnes est pour le moins distendu⁵⁰⁶. Là encore, la fonction de l'expression de valeurs juridiques s'éloigne au profit d'une fonction répressive de la loi pénale exacerbée.

L'on peut enfin prendre l'exemple de l'article 222-14-2, issu de la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010, incriminant la participation à une bande violente. Ce délit est un exemple révélateur du déclin de la fonction expressive du Livre II, puisque le législateur indique ici protéger à la fois les personnes et les biens. Certes, le principe d'un cumul de valeurs protégées au sein d'une même infraction ne doit pas être entièrement rejeté⁵⁰⁷. Cependant, combiné à une anticipation de la répression et à l'emploi de termes flous pour définir les comportements incriminés, il semble qu'il s'agisse ici non pas d'un cumul de valeurs, mais d'une indifférence au bien juridique protégé par l'infraction. Ainsi, peu importe quelle valeur est protégée par le texte ou même s'il en existe une, l'objectif est la lutte contre les bandes à visée violente. Pour cela, viser les atteintes aux personnes et aux biens permet d'élargir le champ de la répression autant que possible, au prix, ici encore, d'une rupture d'équilibre entre les fonctions expressive et répressive de la loi pénale. Dès lors, peut-être, comme le considère la professeure PARIZOT, « *faut-il se résigner à une absence de bien juridique identifié et constater que le véritable fondement de*

⁵⁰⁵ Cass. crim., 25 mai 2005, n° 04-84769.

⁵⁰⁶ Pour une description plus précise de ces actes, v. *infra* n° 196.

⁵⁰⁷ À propos d'autres infractions protégeant à la fois les biens et les personnes, v. *supra* n° 61 et suiv.

*la proposition de loi n'existe pas et est remplacé par un effet d'annonce : dire que nous allons mieux lutter contre les bandes violentes »*⁵⁰⁸.

181. Conséquences sur la qualité de ces incriminations. Ce détournement de la fonction expressive du droit pénal n'est pas sans conséquence. Ainsi, c'est d'abord souvent le principe de légalité qui se trouve malmené à travers une rédaction des incriminations souvent approximative dans les cas concernés⁵⁰⁹.

Ces lois présentent en outre des dangers face à l'objectif de protection des personnes : « *le verbe remplace l'action, le problème est censé être résolu car on a gravé son intention de le résoudre dans le marbre de la loi. C'est en fait à un subterfuge, à un trompe-l'œil que l'on a recours. La confiance des citoyens dans la loi ne peut qu'en être gravement affectée* »⁵¹⁰. Ces conséquences ne sont pas à minimiser. En effet, non seulement la protection des personnes est mise à mal, car les lacunes ne sont pas comblées du fait de ce type de textes, mais l'opinion des citoyens s'en trouve également affectée. Soit ceux-ci parviennent à voir le caractère superficiel de la répression que le législateur essaie de mettre en place dans un but d'affichage, auquel cas leur confiance en la loi peut être ébranlée, soit ils se contentent de cette illusion, ce qui est tout autant néfaste, car ils portent alors leur confiance sur une protection qui n'existe pas en réalité.

Du point de vue des valeurs protégées, cette tendance est par ailleurs génératrice d'incohérences dans la logique d'organisation du Livre II faite selon une hiérarchie des valeurs que nous avons déjà mentionnée⁵¹¹. Ainsi, « *il est assez piquant de voir certaines de ces incriminations aussi nouvelles qu'artificielles classées parmi les atteintes à la dignité, où se côtoient désormais la traite des êtres humains et l'exploitation de*

⁵⁰⁸ R. PARIZOT, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.*, 2009, p. 2701.

⁵⁰⁹ À propos de la rédaction des infractions du Livre II, v. *infra* n° 254.

⁵¹⁰ B. MATHIEU, *La loi*, 3^e édition, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, p. 103.

⁵¹¹ V. *supra* n° 104 et suiv.

la vente à la sauvette »⁵¹². L'auteur fait ici référence à la hiérarchie des incriminations dans le Chapitre V du Titre II du Livre II, consacré aux infractions relatives à la dignité de la personne. Il est vrai que la hiérarchie des incriminations de ce chapitre a progressivement perdu de sa cohérence avec l'ajout de nouvelles incriminations⁵¹³.

182. Importance de la notion de valeur juridique face à cette tendance. Au vu de ces conséquences, on ne peut dès lors que plaider pour que les critères d'intervention du législateur se centrent davantage sur la protection de biens juridiques liés à la personne que sur ces considérations davantage superficielles et éloignées de la structure classique du droit pénal. Outre les bienfaits d'une telle organisation d'un point de vue formel⁵¹⁴, l'utilisation constante des valeurs protégées comme guide pour l'élaboration des incriminations est en effet capitale. Il est important de garder à l'esprit que l'incrimination doit être reliée à un bien juridique, et doit sanctionner un acte qui lui porte atteinte. Cela impose une plus grande rigueur dans la création d'infractions, afin de conserver l'équilibre entre les fonctions expressive et répressive de la loi pénale.

Jean-Paul DOUCET montre bien en quoi le fait de se centrer sur l'objectif et la méthode de la protection des valeurs permettent de contrer les dérives que l'on a énoncées. Selon lui, il existe deux modèles alternatifs : soit l'on prend comme référent le bien juridique et la protection de divers intérêts, soit l'on prend comme priorité la protection de l'ordre social : « *Les diverses législations oscillent entre deux conceptions extrêmes qui voient dans la justice criminelle, soit une gardienne inflexible de l'ordre social, soit une protectrice ombrageuse des intérêts individuels* »⁵¹⁵.

⁵¹² C. ANDRE, « Alternance et politique pénale : le droit pénal français en quête de sens (1981-2005) », in D. COHEN et al. (dir.), *L'exigence de justice: mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 12.

⁵¹³ À propos de la structure et de la forme du Chapitre V, voir *supra* n° 116.

⁵¹⁴ À propos des avantages à l'utilisation des valeurs protégées dans l'organisation du Livre II, v. *supra* n° 41 et n° 99 et suiv., en particulier n° 100.

⁵¹⁵ J.-P. DOUCET, *La loi pénale, op. cit.*, p. 6.

Dans le modèle donnant priorité à l'ordre social, l'on va « *déclarer délictueuse toute atteinte effective à l'ordre public* », notamment la simple menace⁵¹⁶. Les infractions sont alors de nature purement objective, écartant des éléments tels que l'intention. Par ailleurs, « *afin de ne pas gêner les magistrats dans leur mission de protection de la société et des intérêts privés majeurs, le législateur se garde bien d'enfermer les incriminations dans des limites précises* »⁵¹⁷, comme on peut le constater à propos de certaines infractions contemporaines, dans lesquelles les comportements visés et la rédaction sont extrêmement vagues. Dans ce modèle, les risques viennent alors du trop grand pouvoir donné aux autorités, notamment les grandes possibilités d'interprétation des incriminations, et du risque de dérive totalitaire. À l'inverse, dans le modèle gardien des libertés individuelles, on retrouve des incriminations aux définitions précises, une subjectivisation de l'infraction, mais aussi dans le même temps des peines fixes et une instruction accusatoire, ce qui est plus critiquable⁵¹⁸. Il conclut en mettant en avant la nécessité d'un équilibre entre protection de l'ordre social et protection contre l'arbitraire.

Or, on peut relier la description de ces deux modèles aux nouvelles fonctions du droit pénal et à la perte de vue de sa fonction expressive. En effet, on voit bien que lorsque le législateur se détourne du schéma classique d'utilisation des valeurs protégées en adoptant des lois, ces dernières présentent de plus en plus de défauts tels que l'imprécision. La protection de l'ordre public plutôt que d'intérêts liés à la personne se manifeste alors à travers l'utilisation de valeurs davantage collectives, telles que la tranquillité ou la sécurité. Finalement, on se rend compte que l'élaboration de la loi procède d'une oscillation constante entre ces deux modèles, et que les dérives que l'on constate dans les infractions contemporaines quant aux détournements de la fonction expressive de la loi pénale sont des pertes d'équilibre entre ces modèles.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 18-19.

B - L'expression de nouvelles valeurs

183. Des valeurs plutôt collectives. En parallèle d'un affaiblissement de la fonction expressive de la loi pénale, il est possible de noter que lorsque l'on peut identifier l'expression de biens juridiques dans les infractions concernées, ceux-ci présentent une dimension davantage collective par rapport à ceux exprimés par les infractions traditionnelles. Ainsi, plutôt que l'expression de valeurs tirées de la personne et de ses intérêts, qui sont usuellement privés et individuels⁵¹⁹, les incriminations contemporaines mentionnent des valeurs collectives, liées au groupe et à la vie commune. Ce n'est alors plus la protection de la personne qui est au centre des préoccupations, c'est la protection d'intérêts collectifs, celle des bonnes relations entre individus du groupe. L'on protège alors davantage le bien-être du groupe que la personne en particulier, par exemple en prenant en compte la protection de l'espace public et de sa tranquillité. De multiples valeurs de ce type sont de la sorte apparues ces dernières années. L'une d'entre elles est la protection de la laïcité, que nous avons déjà mentionnée⁵²⁰, mais il en existe plusieurs autres.

184. La montée en puissance de la dignité face à l'autonomie personnelle. Nous avons déjà mentionné la notion de dignité, en mettant en avant la difficulté à en obtenir une définition précise⁵²¹. Ce qui ressort cependant, c'est l'indisponibilité d'une telle valeur, et son indépendance par rapport à la volonté individuelle⁵²². La dignité de la personne humaine est ainsi un concept plus grand que l'individu :

⁵¹⁹ À propos de l'identification des valeurs protégées découlant de la personne, v. *supra* n° 43 et suiv.

⁵²⁰ À ce propos, v. *supra* n° 121.

⁵²¹ V. *supra* n° 111.

⁵²² Les infractions correspondant aux atteintes à la dignité dans le Livre II sont ainsi indifférentes au consentement de la victime. L'article 225-16-1 du Code pénal, porteur de l'incrimination du bizutage, précise même que l'infraction est constituée même avec le consentement de la victime. V. A. GOGORZA, « La dignité humaine », *op. cit.*, p. 115.

il ne peut y renoncer et la dignité va contre son consentement. Elle sert donc aussi à limiter ses actions lorsqu'elles peuvent lui être contraires, puisque « *la dignité favorise autant l'autonomie individuelle qu'elle justifie à l'inverse une intervention publique potentiellement liberticide censée garantir la reconnaissance réciproque de la valeur de la personne* »⁵²³. Ainsi, l'emploi croissant de la notion de dignité dans les infractions contre les personnes est bien le signe d'une priorisation de plus en plus grande d'intérêts collectifs, la préservation de la dignité de l'humanité en tant que groupe ; par rapport à des intérêts plus individuels, incarnés par le consentement de la personne⁵²⁴.

185. La montée en puissance de la dignité. Exemple du harcèlement sexuel.

La prise en compte grandissante de la dignité au sein des infractions contre les personnes est également une manifestation de cette tendance⁵²⁵. L'exemple le plus notable est celui de l'infraction de harcèlement sexuel (article 222-33), telle que réécrite en 2012⁵²⁶, à la suite de la censure de son texte d'incrimination Conseil constitutionnel⁵²⁷. Avant cette réécriture, il n'y avait pas de doute sur la valeur protégée par l'infraction, et on pouvait affirmer que « *le harcèlement sexuel est bien une agression sexuelle dans la mesure où il implique un refus de la victime de céder aux actes de harcèlement et de subir la situation de harcèlement ce qui signifie qu'il protège bien la liberté sexuelle de la victime tout comme les agressions sexuelles* »⁵²⁸. Depuis 2012 et la nouvelle rédaction de cette incrimination, les propos ou comportements constitutifs d'un harcèlement doivent aboutir à porter atteinte à la dignité ou créer

⁵²³ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit., p. 17.

⁵²⁴ À propos du rôle du consentement de la victime face à la pénalisation de certains comportements, v. *infra* n° 237 et suiv.

⁵²⁵ À propos de la dignité en tant que valeur protégée, v. *supra* n° 114.

⁵²⁶ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012, art. 1.

⁵²⁷ Cons. const., décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, R. PARIZOT, « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », op. cit. ; D. GUERIN, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », op. cit.

⁵²⁸ V. MALABAT, « À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Dr. soc.*, 2003, note 23, p. 491.

une situation intimidante, hostile, ou offensante. Or cette référence à la dignité suscite toujours de nombreuses incertitudes, que ce soit dans la caractérisation de l'infraction (comment définir un propos ou comportement portant atteinte à la dignité humaine ?), ou dans l'identification de la valeur protégée par l'infraction⁵²⁹. Dès lors, cette mise en avant de la dignité au détriment de la liberté sexuelle des personnes apparaît encore une fois caractéristique d'une volonté de protéger quelque chose de plus grand que cette personne. En passant par la notion de dignité humaine, le législateur affiche ainsi sa volonté de privilégier des valeurs plus collectives, communes à l'humanité.

186. L'apparition d'un standard de morale dans les infractions sexuelles. De façon plus générale, il est possible de remarquer un changement de philosophie concernant les infractions sexuelles. Le nouveau Code pénal marquait l'abandon de notions subjectives telles que les bonnes mœurs ou la morale au profit de termes « *neutre(s) et sans coloration morale* »⁵³⁰, mais certaines infractions contemporaines semblent y revenir. Ainsi, certains comportements sont réprimés non pas parce qu'ils atteignent une personne en particulier, mais parce qu'ils contreviennent à ce standard de morale. « *Certes, le concept n'est plus apparent, mais incidemment, au détour des subdivisions formelles, des maladroites rédactionnelles et des expressions retenues par le législateur contemporain, on observe que le concept de mœurs est bien vivant dissimulé derrière les masques que sont par exemple la dignité, les nouveaux droits reconnus et les libertés laissées à chacun dans le choix de sa vie*

⁵²⁹ À propos de l'identification de la valeur protégée par les infractions sexuelles, v. *supra* n° 122 et suiv.

⁵³⁰ J.-P. VAUTHIER, « D'une loi à l'autre. Les mots du sexe à l'épreuve des mouvances de la loi pénale », in A. DARSONVILLE, J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. Santé, qualité de vie et handicap, 2015, p. 33. L'auteur parle également de « □standardisation des mots du sexe□ ». Les mœurs apparaissent dans l'intitulé de certaines infractions telles que les attentats aux mœurs (articles 330 et suivants, ancien Code pénal), les bonnes mœurs pouvant être définies comme des « *pratiques sexuelles normales que le législateur entend imposer au nom de la morale sociale* », v. P. MISTRETTA, « 2016, l'odyssée des mœurs en droit pénal et médical », in B. PY, F. STASIAK (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN-Editions Universitaires de Lorraine, 2018, p. 194.

et de ses habitudes de vie »⁵³¹. Cela montre bien que pour ces infractions, il n'est pas question de protéger une personne, mais un standard de morale alimenté par l'opinion publique, ce que le groupe juge immoral devant être réprimé. Il en résulte que l'on préserve en premier lieu les mœurs collectives, le bien-être et la pensée du groupe, avant les morales individuelles.

On peut à ce titre prendre l'exemple de « l'incrimination » de l'inceste, dont l'aspect purement déclaratif en fait un instrument de stigmatisation d'une pratique considérée comme déviante. La surqualification d'inceste fut d'abord introduite en 2010 dans le Code pénal, à l'article 222-31-1, alors que le terme n'était jamais apparu dans le code auparavant. L'on pouvait seulement avoir recours à l'application de certaines circonstances aggravantes pour les infractions sexuelles, qui englobaient l'inceste sans le nommer. L'article fut cependant censuré par une décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2011⁵³². La raison invoquée était la trop grande imprécision du texte quant à la délimitation de la cellule familiale, cette imprécision constituant ainsi une violation du principe de légalité criminelle. Le législateur était donc libre de réintroduire un article similaire à condition de délimiter de façon plus précise le cercle familial, ce qu'il a fait avec la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance. L'article 222-31-1 recréé apparaît comme un texte qui vient en surenchère puisqu'il permet de qualifier expressément les infractions sexuelles mentionnées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises dans le cadre de la famille. Il s'agit ainsi d'une qualification symbolique, n'emportant aucune conséquence juridique, confortant le « *rôle de thérapeute du droit pénal qui vient panser les plaies des victimes* »⁵³³. Or, à l'heure où l'inflation législative est de plus en plus pointée du doigt, tant du

⁵³¹ P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC*, 2017, p. 273.

⁵³² Cons. const., décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, J.-C. PLANQUE, « Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 110, p. 13.

⁵³³ A. LEPAGE, « Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Dr. Pén.*, 2016, étude 11.

point de vue de la clarté du droit que de sa qualité, ce type de loi devrait être évité. N'ayant pour vertu que d'alimenter les débats, ce genre de texte ne participe en effet en aucun cas à renforcer la protection de la personne. Du point de vue de l'expression de valeurs, il apparaît vide de sens, sauf à exprimer, ici encore, les bonnes mœurs collectives.

Le harcèlement sexuel peut constituer un autre exemple si l'on considère que la référence à la dignité peut être le signe d'une référence à la morale imposée par l'infraction. La notion de dignité n'est en effet pas définie précisément et est donc extrêmement malléable. Une auteure considère d'ailleurs que cela « *redonne au juge le rôle qu'il endossait jadis lorsqu'il devait se prononcer sur l'outrage aux bonnes mœurs, avec le même risque de fluctuation* »⁵³⁴. De plus, le texte emploie les termes « offensant » et « dégradant », qui peuvent facilement être reliés à la notion de morale ou de mœurs, le mot dégradant pouvant par exemple être défini comme quelque chose « *qui diminue la valeur morale* »⁵³⁵.

Enfin, l'on peut mentionner le recours à la prostitution en état de récidive (article 225-12-1). L'infraction de base en ce domaine se trouve dans le Livre VI du Code pénal, car il s'agit d'une contravention (article 611-1), tandis que la même infraction en état de récidive bénéficie d'un article dédié dans le Livre II, et même d'une section entière créée en 2016 avec l'infraction, juxtaposée à la section dédiée au proxénétisme, la Section 2 *bis* intitulée « *Du recours à la prostitution* ». Cette infraction présente des problèmes intrinsèques, notamment du fait qu'elle aboutit à sanctionner l'usage d'une activité qui, elle, n'est pas interdite, ce qui pose problème ; d'autant que la même loi de 2016 a en même temps aboli l'infraction de racolage. Un tel glissement d'une infraction à l'autre fait douter de la valeur qu'entend protéger le législateur avec ces infractions, alors que les travaux parlementaires soulignaient la volonté d'afficher la position abolitionniste de la

⁵³⁴ C. COURTAIGNE-DESLANDES, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Dr. Pén.*, 2013, étude 5.

⁵³⁵ V° Dégradant, TLFi, en ligne sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/degradant>, consulté le 8 octobre 2018.

France⁵³⁶. Ces incertitudes quant à la valeur protégée par l'infraction conduisent certains auteurs à identifier celle-ci comme relevant là encore de la morale : « *le législateur entend à travers cette nouvelle infraction liée à la prostitution imposer sa conception normative de la sexualité et sa logique des bonnes mœurs sexuelles. Il s'agit de redéfinir le cadre de la bonne sexualité, laquelle est nécessairement domestiquée* »⁵³⁷.

187. La prise en compte croissante de la tranquillité. La présence de plus en plus importante de la notion de tranquillité des personnes dans les infractions du Livre II est une manifestation supplémentaire de cette tendance d'expression de nouvelles valeurs, qui se doit d'être remarquée. De manière générale, il faut noter que « *le droit pénal de fond s'ingère [...] de plus en plus dans la vie quotidienne : sont incriminées les incivilités, les impolitesses agressives, la vulgarité* », et ce à travers de plus en plus de délits plutôt que de contraventions⁵³⁸. Ici cependant, il ne s'agit pas nécessairement de l'expression de valeurs collectives auxquelles on a déjà pu faire référence. En effet, hormis les infractions liées à la prostitution, qui visaient davantage le contrôle de l'espace public et donc la tranquillité publique, les infractions du Livre II qui font référence à la tranquillité désignent la tranquillité d'autrui, donc de la personne prise individuellement. Ce dernier aspect de la tranquillité peut être défini comme l'« *état d'un individu qui n'éprouve aucune inquiétude morale, qui n'est affecté par aucun souci, qui connaît le repos du corps et de l'esprit* »⁵³⁹. L'augmentation des références implicites ou explicites à la notion de tranquillité, qu'elle soit publique ou individuelle, s'inscrit nettement dans la tendance d'expression de nouvelles valeurs. En effet, derrière ces infractions protégeant la tranquillité d'autrui se trouve ce qu'on peut appeler l'émergence d'un

⁵³⁶ M. OLIVIER, *Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner, en nouvelle lecture, la proposition de loi, modifiée par le sénat en deuxième lecture (n° 3149), visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées*, Doc. AN n° 3350.

⁵³⁷ P. MISTRETTA, « 2016, l'odyssée des mœurs en droit pénal et médical », *op. cit.*, p. 198.

⁵³⁸ P. BEAUVAIS, « Le principe de nécessité en droit pénal », *op. cit.*, p. 70.

⁵³⁹ V° Tranquillité, TLFi, en ligne sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/tranquillité>, consulté le 8 octobre 2018.

droit pénal de confort. Ce dernier, conçu sans égard à la protection de valeurs juridiques, est centré sur le bien-être et la préservation du niveau de vie des personnes, et se manifeste par des « *infractions de société développée qui sont souvent des infractions de luxe* »⁵⁴⁰.

L'exemple peut être pris des infractions liées à la prostitution. Plusieurs de ces infractions concernent l'espace public, la tranquillité et la sécurité des riverains. Avant 2016, il s'agissait par exemple de l'infraction de racolage (article 225-10-1), mentionnée plus haut⁵⁴¹. Aujourd'hui, le terme de tranquillité se retrouve dans plusieurs incriminations du Livre II. C'est notamment le cas des appels téléphoniques malveillants, l'article 222-16 qui les incrimine faisant expressément référence à la tranquillité de la personne, puisque les actes que cet article prévoit doivent avoir été commis dans le but de troubler la tranquillité d'autrui. L'on retrouve le même schéma dans l'infraction plus récente d'usurpation d'identité (article 226-4-1 issu de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 dite Loppssi II). Dans les deux cas, la référence à la tranquillité prend ainsi la forme d'un dol spécial.

Il faut noter que la plupart du temps, ce type d'infraction présente de grandes difficultés d'application, et constitue surtout un « *outil programmé de police générale* » plutôt qu'une « *affirmation symbolique et [de] défense d'une valeur fondamentale mise en danger par de nouveaux phénomènes* »⁵⁴². L'on voit bien ainsi le changement d'objectif derrière ces incriminations : de l'expression de valeurs à un droit pénal utilisé comme outil de gestion.

Par ailleurs, l'un des problèmes posés par la reconnaissance de cette valeur protégée de tranquillité est que, dans la catégorie des infractions y faisant référence, l'on pourrait inclure de nombreuses infractions qui ne sont pas dans le Livre II du Code pénal. Par exemple, l'une d'entre elles se situe dans le Livre III : l'installation sur le terrain d'autrui en réunion et sans autorisation (article 322-4-1) qui, outre le

⁵⁴⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, *op. cit.*, p. 497.

⁵⁴¹ V. *supra* n° 180.

⁵⁴² C. DUVERT, « Le principe de nécessité en droit pénal », *op. cit.*, p. 82.

droit de propriété⁵⁴³, protège également la tranquillité des personnes. Ainsi, accorder une place plus importante à cette valeur suppose de redéfinir les contours des Livres II et III afin de déterminer lequel de ces deux ensembles doit en assurer la protection.

L'expression de nouvelles valeurs par les infractions contemporaines pose ainsi de nombreux problèmes, et marque une évolution significative par rapport à la fonction classique de la loi pénale liée à l'expression de valeurs. Mais ce sont également des modes classiques de répression dont s'éloignent ces infractions.

§ 2 : DES INCRIMINATIONS S'ÉLOIGNANT DES MODES CLASSIQUES DE RÉPRESSION

188. L'évolution de la fonction répressive. À côté de sa fonction expressive, le droit pénal a un rôle classique de répression, puisque « *sa fonction naturelle est de punir le criminel, après la commission des faits dommageables* »⁵⁴⁴. Or, les incriminations contemporaines semblent s'éloigner de ces considérations classiques. Pour certaines infractions, le modèle de répression n'est plus la punition après la commission d'une véritable atteinte, mais il s'agit, au contraire, de punir les personnes qui risquent de commettre ces atteintes. La répression intervient ainsi en amont dans le processus infractionnel.

Cette pénalisation, éloignée de toute atteinte effective à un bien juridique, puisqu'antérieure à celle-ci, participe de ce que l'on a pu appeler le « *droit pénal de l'anticipation* »⁵⁴⁵, la répression d'un comportement « *avant la réalisation d'une atteinte*

⁵⁴³ Puisque l'infraction est assimilable à un vol d'usage.

⁵⁴⁴ O. DECIMA, « Terreur et métamorphose », *D.*, 2016, p. 1826.

⁵⁴⁵ M. MASSE, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *Un droit pénal postmoderne ?*, *op. cit.*, p. 29.

grave à une valeur protégée »⁵⁴⁶. Autrement dit, « le droit pénal ne se donne plus pour seul objet de sanctionner celui qui a violé la règle, il cherche à identifier celui qui pourrait à nouveau la violer »⁵⁴⁷. Le but est, avec ces infractions-obstacle, d'enrayer un comportement avant qu'il ne puisse causer un dommage effectif, c'est-à-dire finalement, tenter d'éviter la réalisation du dommage qui se serait produite si l'on avait laissé le comportement se poursuivre. Le schéma classique de répression a, il est vrai, pour inconvénient qu'une fois la punition arrivée, le mal est déjà fait.

On peut voir une des causes de ce phénomène dans le développement grandissant d'un sentiment d'insécurité chez les citoyens, dû à des facteurs tels que la « *dégradation du lien social et des conditions de vie* », l'« *imprévisibilité dans nos sociétés* », lesquels génèrent « *l'exigence chez les citoyens d'une politique de précaution parant à toute atteinte individuelle comme sociétale avec, en tout domaine, l'exigence d'un risque zéro* »⁵⁴⁸.

Or ce phénomène d'anticipation de la répression est de plus en plus présent dans la législation contemporaine, et se manifeste en particulier dans le Livre II (A). Parce qu'il a des conséquences non négligeables pour les libertés individuelles, se pose la question de sa remise en cause (B).

A – Une anticipation manifeste de la répression dans certaines incriminations

189. Des manifestations classiques acceptables. Les infractions formelles. Le droit pénal admet depuis longtemps que l'on anticipe l'atteinte effective à un bien juridique, comme le montre l'exemple des infractions formelles. Une infraction formelle est une infraction qui « *existe indépendamment de tout dommage, même si le*

⁵⁴⁶ R. PARIZOT, « L'anticipation de la répression », in K. PARROT, O. CAHN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 124.

⁵⁴⁷ M. MASSE, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., p. 137.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 176.

résultat voulu par l'agent n'a pas été obtenu »⁵⁴⁹. Dans un tel cas, il n'est pas nécessaire de constater une atteinte à la valeur protégée, puisque l'agent est sanctionné à un moment où son comportement n'a pas encore été entièrement réalisé ou n'a pas encore produit l'ensemble de ses conséquences, alors que ce comportement est bien de nature à produire de telles conséquences. L'infraction d'empoisonnement en constitue le meilleur exemple, le législateur considérant que « *l'administration de substances toxiques, par la probabilité de mort qu'elle contient et la menace sérieuse qu'elle représente pour la vie [est] une attitude répréhensible en soi* »⁵⁵⁰. Ce type d'incrimination est tout à fait acceptable, puisqu'il permet une meilleure protection de la valeur sociale concernée contre les atteintes qui pourraient lui être portées, tout en ne s'éloignant pas excessivement de ces atteintes. Elles permettent de prévenir de telles atteintes en incriminant en amont des comportements dangereux sans attendre la réalisation d'un résultat dommageable.

190. La distinction avec les délits obstacles. Ces infractions formelles doivent être distinguées des délits obstacles. Ces délits ont en effet plutôt pour objet d'empêcher la réalisation d'une infraction matérielle, à la différence des infractions formelles. Ainsi, le délit obstacle « *pénaliserait l'acte préparatoire de l'infraction matérielle analogue tandis que l'infraction formelle punirait son commencement d'exécution* »⁵⁵¹. Pour la professeure MALABAT, la différence résiderait dans le fait que « *dans l'infraction formelle, [...] l'acte est en tout point identique à celui qui peut produire un dommage et donc réaliser une infraction matérielle parce que toutes les conditions en sont réunies* », tandis que « *l'acte du délit obstacle n'est pas de nature, en lui-même et sans la survenance d'une autre circonstance, à causer un dommage érigé en résultat d'une infraction matérielle* »⁵⁵².

⁵⁴⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 233.

⁵⁵⁰ Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *RSC*, 1983, p. 604.

⁵⁵¹ M. DAURY-FAUVEAU, « La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, 2012, LexisNexis, p. 183.

⁵⁵² V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 457.

Les délits obstacles sont un instrument fréquemment utilisé par le législateur dans le Livre II du Code pénal. On peut citer l'exemple de l'incrimination du mandat criminel, qui est un exemple évident d'anticipation de la répression. Créée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II, cette incrimination a été ajoutée au Livre II dans la section consacrée aux homicides volontaires (article 221-3-1). Avec cette incrimination, la sanction intervient dans le cas où un assassinat ou un empoisonnement n'a été ni commis ni tenté : l'on est ainsi bien dans un schéma d'anticipation de la répression. Il s'est agi par là même de combler une lacune dans la répression, puisque les comportements visés ne pouvaient pas auparavant être sanctionnés ni par la complicité, ni via l'association de malfaiteurs. En effet, en l'absence de fait principal punissable lorsqu'un crime n'a été ni commis ni tenté, la complicité ne peut s'appliquer. Par ailleurs, si l'infraction du mandat criminel peut sembler proche de celle de l'association de malfaiteurs, en réalité, le mandat criminel incrimine une autre hypothèse, car il se situe encore en amont. L'association de malfaiteurs exige en effet que l'association se soit caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, et que l'accord soit conclu, alors que le mandat criminel incrimine, pour sa part, la proposition dès qu'elle est faite, peu importe qu'elle ait été acceptée ou pas⁵⁵³. L'incrimination de ces hypothèses précises était donc bel et bien nécessaire pour éviter des situations d'impunité regrettables⁵⁵⁴.

191. Des manifestations contemporaines contestables. Une répression en amont peut ainsi, en théorie et dans certains cas, avoir des avantages. Elle permet en effet de compléter l'arsenal répressif par l'incrimination de certains types de comportements qui ne seraient pas punissables autrement. Cela aboutit à une

⁵⁵³ À propos du chevauchement entre mandat criminel et association de malfaiteurs, v. *infra* n° 221.

⁵⁵⁴ Le fait que l'infraction comble une véritable lacune ne veut pas dire qu'elle soit exempte de toute critique. On peut en faire deux, l'une sur le fait qu'en voulant se détacher de l'association de malfaiteurs, le législateur incrimine encore plus en amont, ce qui peut rendre le texte inapplicable faute de preuve. La deuxième critique est que le mandat criminel ne punit que la personne qui a fait la proposition, alors que la personne qui l'a acceptée mais n'est pas allée au bout est tout aussi dangereuse d'un point de vue criminologique. V. à ce propos V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 72.

répression plus complète, et donc corrélativement à une meilleure protection des personnes.

Il en va cependant différemment lorsque l'on poursuit ce mouvement d'anticipation et que l'on s'éloigne encore plus de l'atteinte effective au bien juridique, c'est-à-dire lorsque l'on « [s'engage] *dans la voie d'un droit pénal à la fois trop abstrait et fort menaçant pour les libertés individuelles* »⁵⁵⁵. Or c'est bien une telle direction que semble avoir prise le législateur ces dernières années.

192. Un mouvement amorcé par le nouveau Code pénal. Un tel phénomène d'anticipation est apparu dès 1994 et l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, dans lequel a notamment été créée l'infraction de mise en danger d'autrui. Cette infraction relève de ce que l'on appelle parfois les « *incrimination[s] de police morale* »⁵⁵⁶. Avant 1994, aucune infraction ne permettait de punir l'individu qui prenait un risque susceptible de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui. À l'époque, le mouvement d'anticipation de la répression n'étant pas autant développé qu'aujourd'hui, le législateur essaya donc, en créant le délit de mise en danger, de trouver des compromis, une voie médiane, pour ne pas porter une atteinte trop grande aux libertés individuelles. Il fit dès lors des efforts pour délimiter le champ d'application de cette infraction.

193. Restrictions au niveau de l'élément matériel. On peut d'abord le constater à l'étude de l'acte constitutif de l'infraction clairement identifié, à savoir la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement. Par un tel acte, le législateur a restreint la répression : l'auteur n'étant pas puni lorsqu'il enfreint une obligation générale de prudence, il faut que l'obligation ait un contenu suffisamment précis.

S'y ajoutent d'autres restrictions quant au risque, tel que défini par l'infraction. Certes, l'exposition à un risque ne suppose pas que le risque se soit réalisé. Aucune atteinte effective à la valeur protégée n'est donc exigée, et c'est bien

⁵⁵⁵ Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *op. cit.*, p. 605.

⁵⁵⁶ J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, *op. cit.*, p. 195.

le risque d'atteinte en lui-même, considéré comme dangereux pour la vie et l'intégrité physique des personnes, qui est sanctionné. Mais encore faut-il que ce risque soit particulièrement grave, et toute la difficulté réside dans l'interprétation de cette gravité, étant donné que par définition aucun dommage ne s'est réalisé. Il est évident que « *les juges ne [peuvent alors] raisonner qu'en termes de probabilité* »⁵⁵⁷. Le législateur a encore restreint l'application du délit en exigeant un lien de causalité direct et immédiat.

194. Restrictions au niveau de l'élément moral. Enfin, la restriction de la répression se manifeste également au niveau de l'élément moral. L'exposition à un risque doit en effet être délibérée, ce qui renvoie à la notion de faute délibérée figurant à l'article 121-3 du Code pénal. L'on se situe alors entre l'intentionnel et le non intentionnel : l'auteur a voulu le comportement qui a pour effet l'exposition à un risque, mais n'a pas forcément eu la volonté d'atteindre une victime. Ainsi, il faut que l'acte, c'est-à-dire la violation de l'obligation, soit volontaire⁵⁵⁸.

195. Des restrictions n'empêchant pas une application délicate des textes. L'étude de cette infraction d'exposition d'autrui à un risque, qui fut une des premières incursions du droit pénal de l'anticipation dans le Code pénal, montre que le législateur n'a pas voulu trop étendre la répression. Le champ d'application de ce délit est en effet restreint par le biais de conditions particulières à tous les niveaux de l'infraction. Par ailleurs, certains termes utilisés présentent un flou certain, ce qui constitue l'une des caractéristiques du droit pénal de l'anticipation. De nombreuses infractions contemporaines s'inscrivant dans ce modèle présentent en effet ces traits, ce qui aboutit au mieux à un besoin important d'interprétation de la part du juge, au pire à des textes inapplicables, et donc incapables de fonder des condamnations.

⁵⁵⁷ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 136.

⁵⁵⁸ V. en ce sens Cass. crim. 9 mars 1999, Bull. crim. n° 34 : « *l'élément intentionnel de l'infraction résulte du caractère manifestement délibéré de la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, de nature à causer un risque immédiat de mort ou de blessures graves à autrui* ».

196. Exemples plus récents. L'embuscade. Après l'entrée en vigueur du Code pénal en 1994, le législateur a poursuivi dans cette voie, avec des incriminations de plus en plus éloignées de l'atteinte à la valeur protégée.

À titre d'exemple, on peut d'abord citer, en matière de violences, le délit d'embuscade prévu par l'article 222-15-1, issu de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007. Ce délit est constitué par le fait d'attendre certaines personnes, telles qu'un dépositaire de l'autorité publique, dans le but de commettre à leur rencontre des violences avec usage ou menace d'une arme. C'est un exemple caractéristique d'une répression par anticipation, puisqu'il s'agit de punir la personne qui, dans un futur proche, commettra des violences. C'est bien l'état dangereux de la personne qui est ici déterminant. On peut cependant s'interroger sur la pertinence de ce texte, dont l'inapplicabilité a été soulignée en doctrine⁵⁵⁹, et dont la conformité au principe de nécessité des incriminations peut également être soulevée⁵⁶⁰.

Du point de vue de la rédaction de ce délit, il convient en effet de souligner l'imprécision des termes employés par la loi. « *Or s'agissant d'une infraction formelle, qui sera donc constituée sans que la victime pressentie n'ait subi la moindre atteinte à son intégrité, la définition de l'acte prend toute son importance* »⁵⁶¹. L'imprécision se retrouve au niveau de l'acte d'attente, qui est vague, l'auteur pouvant, qui plus est, toujours nier être en position d'attente. Sur cet aspect, certaines précisions existent dans le texte d'incrimination, mais elles paraissent inutiles : l'auteur doit se trouver dans un lieu déterminé et attendre un certain temps. De plus, il est nécessaire de caractériser un but de violence, par un ou plusieurs faits matériels. Or une telle

⁵⁵⁹ V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 75. : « *La lecture du Code pénal apprend ainsi que l'embuscade consiste à attendre un certain temps (mais combien de temps ? Attendre n'implique-t-il pas de le faire un certain temps ?) dans un lieu déterminé (mais déterminé en quoi et comment ? Peut-on attendre ailleurs que dans un lieu déterminé ?) dans le but caractérisé par un ou plusieurs faits matériels (un fait n'est-il pas nécessairement matériel ? L'attente pendant un certain temps et dans un lieu déterminé n'est-elle pas déjà un fait matériel, et faut-il alors que celui permettant de caractériser le but soit différent ?) de commettre des violences avec usage ou menace d'une arme à l'encontre de certaines personnes qui sont – elles – précisées par le texte* ».

⁵⁶⁰ À propos du principe de nécessité des incriminations, v. *infra* n° 204 et suiv.

⁵⁶¹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 74.

condition entraîne des difficultés de preuve, car l'auteur peut très bien attendre de façon passive en ayant un but de violences, sans que ce but ne soit extériorisé. Par ailleurs, ces violences doivent également viser des catégories de personnes déterminées⁵⁶². Là encore, comment prouver que la victime visée appartient à ces catégories, sans manifestation effective de la part de l'auteur ? Enfin, du point de vue de l'élément moral, il convient de noter que l'attente doit être volontaire, dans le but de commettre des violences contre ces personnes. Il s'agit donc d'un dol spécial, pour lequel il y a, à nouveau, de grandes difficultés de preuve du fait de la trop grande anticipation de la répression.

197. La participation à un groupe ayant des visées violentes. L'incrimination figurant à l'article 222-14-2 et issue de la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupe, en constitue un autre exemple. Cet article dispose que « *le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 d'amende* ». Manifestement, la répression se situe, à nouveau ici, en amont de la commission d'une infraction, puisque la participation à un groupe suffit pour caractériser l'infraction. Il a pu être avancé que cette incrimination était contraire au principe de nécessité des peines⁵⁶³. Le texte a d'ailleurs fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel, en vain, puisque ce dernier refusa de censurer le texte, au motif que le principe de nécessité des peines n'interdit pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner

⁵⁶² À savoir « *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* ».

⁵⁶³ R. PARIZOT, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *op. cit.*, p. 2702.

lieu à différentes qualifications pénales, l'infraction n'ayant par ailleurs pas le même domaine que d'autres infractions proches telles que l'association de malfaiteurs⁵⁶⁴.

Cette incrimination, en réprimant une atteinte à un bien juridique portée totalement en amont d'une répression classique, peut soit se révéler inapplicable, soit être appliquée beaucoup trop largement à des comportements divers et variés. De telles imprécisions ont donc des répercussions importantes sur la répression, conduisant certains à affirmer que ce texte « *porte en germe un arbitraire policier et judiciaire qui n'est pas acceptable en démocratie* »⁵⁶⁵. En effet, la rédaction approximative de cette infraction engendre beaucoup de doutes sur son champ d'application. À titre d'exemple, des interrogations existent concernant l'acte constituant l'infraction, notamment pour ce qui est du nombre de personnes dans le groupement, la définition du groupement temporaire, ou encore la définition de la participation à ce groupement⁵⁶⁶. L'inapplicabilité et le flou entourant le texte doivent par ailleurs être associés aux mots de Mireille DELMAS-MARTY, pour qui « *on pourrait se sentir rassuré à l'idée que le mal produit en quelque sorte son propre antidote, l'ineffectivité. Mais l'antidote est peu satisfaisant, car – rappelons-le – il entraîne à terme la dévalorisation de la loi pénale et contient toujours en germe l'insécurité juridique du citoyen, qui vit sous la menace d'une poursuite à l'initiative de quelque fonctionnaire plus savant et plus exigeant* »⁵⁶⁷.

198. Exemple des infractions relatives au trafic d'armes. Il convient par ailleurs de mentionner un autre exemple récent lié à l'insertion d'une Section 7 dans le chapitre relatif aux atteintes à la vie et à l'intégrité des personnes. Cette section est intitulée « *Du trafic d'armes* », et concerne principalement les atteintes à la législation en vigueur sur les armes de catégories A et B (détention, transport

⁵⁶⁴ Cons. const. 25 février 2010, déc. n° 2010-604 DC, considérant 6 ; E. ALLAIN, « Le Conseil constitutionnel valide en grande partie la loi sur les violences de groupe », *D.*, 2010, p. 495.

⁵⁶⁵ *Communiqué du syndicat de la magistrature*, 30 juin 2009, en ligne sur : [http://www.syndicatmagistrature.org/Proposition de loi anti bandes.html](http://www.syndicatmagistrature.org/Proposition_de_loi_anti_bandes.html), consulté le 7 nov. 2016.

⁵⁶⁶ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁶⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, *op. cit.*, p. 66.

illicite)⁵⁶⁸. Traditionnellement les infractions relatives aux armes figuraient plutôt dans le Code de la sécurité intérieure ou le Code de la défense que dans le Code pénal.

L'ajout de cette section par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, dans le Livre II du Code pénal fut décidé par un amendement de la commission des lois, qui s'était donné pour objet « *de créer une section nouvelle relative au trafic d'armes au sein du code pénal afin d'en améliorer le cadre répressif* »⁵⁶⁹. Il a surtout été générateur d'un éclatement de la répression du trafic d'armes, puisque, dorénavant, le Livre II du Code pénal contient les dispositions relatives aux armes de catégories A et B, le Code de la sécurité intérieure celles relatives aux armes de catégories C et D, tandis que le Code de la défense abrite celles relatives aux armes de catégorie A et B lorsque l'infraction est commise à une échelle industrielle⁵⁷⁰.

Cette nouvelle section contient des infractions liées au trafic d'armes, telles que l'acquisition, la détention ou la cession non autorisée d'armes ou de munitions (article 222-52 du Code pénal). La plupart de ces infractions ont été transférées depuis le Code de la sécurité intérieure, mais l'une d'entre elles l'a été depuis le Livre IV du Code pénal, l'infraction correspondant au fait pour une personne autorisée à pénétrer dans une école avec une arme, à l'article 222-55). Ce transfert ne s'est pas fait à droit constant, le législateur en ayant profité pour aggraver les peines encourues. Quant à l'infraction de l'article 222-59, relative à la constitution,

⁵⁶⁸ Les armes de catégorie A correspondent à des armes de guerre interdites à l'acquisition et à la détention pour les particuliers tandis que les armes de catégorie B sont des armes soumises à autorisation. La classification en catégories (A, B, C, D), avait été introduite par la loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif.

⁵⁶⁹ *Amendement n° COM-95 au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale* n° Doc. Sénat n° 445, 21 mars 2016.

⁵⁷⁰ La distinction entre les catégories d'armes se fait « *notamment en fonction des modalités de répétition du tir et du nombre de coups tirés sans qu'il soit nécessaire de procéder à un réapprovisionnement de l'arme* », v. M. MERCIER, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, 23 mars 2016, n° Doc. Sénat n° 491, p. 129.

reconstitution ou modification d'une arme ayant pour effet de la faire changer de catégorie, elle constitue une véritable nouveauté.

Il est difficile, de prime abord, de justifier le déplacement de ces infractions dans une nouvelle section du Livre II, mais ce déplacement se conçoit si l'on intègre ces infractions dans le mouvement d'anticipation de la répression, en les considérant comme des infractions obstacles aux atteintes à l'intégrité des personnes. Il s'agit alors, encore une fois, d'incriminer des comportements que l'on peut dire préparatoires, afin d'empêcher la survenance d'atteintes effectives aux personnes. La section consacrée aux armes rejoint ainsi l'embuscade, ou encore la participation à une bande ayant des visées violentes dans cette catégorie. Il convient également de noter que cet ajout dans le Livre II a une portée symbolique. Assortie à l'aggravation de la répression à laquelle ce transfert a abouti, l'intégration de ces infractions dans le Code pénal n'est en définitive que le symbole, à destination de l'opinion publique, d'une lutte renforcée contre le terrorisme⁵⁷¹. Le fait de placer ces infractions dans le Code pénal plutôt que dans un code plus spécialisé leur donne effectivement davantage d'importance, par le biais d'un affichage et d'une publicité plus grands. Cela apparaît de façon évidente lorsqu'on prend en compte le fait que les infractions relatives aux armes de catégories C et D sont, elles, demeurées dans le Code de la sécurité intérieure⁵⁷². Cet effet de symbole est d'ailleurs d'autant plus accentué que c'est le Livre II, au fronton de la partie spéciale du code, qui a été choisi

⁵⁷¹ Les récentes attaques terroristes étaient à ce titre explicitement mentionnées dans le rapport de la commission des lois, v. M. MERCIER, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, op. cit., p. 130.

⁵⁷² S'instaure ainsi une hiérarchie entre les infractions, qui dépend de la catégorie des armes. Ainsi, le Code pénal contient les infractions les plus graves, celles-ci faisant l'objet d'un symbole plus fort et d'un plus grand affichage. Il n'est pas sûr cependant que la force de ce symbole soit significative. En effet, en matière de terrorisme, l'opinion publique sera davantage attachée à l'existence d'une répression, à sa rapidité et à son intensité. La place du fondement de cette répression, qu'elle soit au sein du Code pénal ou du Code de la sécurité intérieure, n'aura qu'une influence que l'on imagine limitée.

pour accueillir cette section, alors que le Livre IV aurait également pu être envisagé⁵⁷³.

En faveur de ce transfert, on peut aussi avancer l'argument d'une répression facilitée pour les praticiens, « *en la rendant plus accessible (les parquets manipuleraient mieux le Code pénal que le Code de la sécurité intérieure) et intelligible* »⁵⁷⁴ ; l'amélioration de l'efficacité de la répression, passant également par la prise en compte de la tentative⁵⁷⁵. La fonction répressive est de la sorte clairement mise en avant.

On voit ainsi à travers ces exemples l'ampleur du mouvement d'anticipation de la répression dans le Livre II du Code pénal, et l'impact qu'il a sur l'exercice de la fonction répressive, au point que cette fonction répressive peut parfois être aujourd'hui considérée comme s'étant mutée en une fonction préventive⁵⁷⁶. Or, cette mutation du droit pénal, en lien avec les dangers qu'elle engendre pour les libertés individuelles, rendent nécessaire de se poser la question du maintien de ce droit pénal de l'anticipation.

B – Une anticipation de la répression à questionner

199. Dangers et dérives de ce mouvement. Les conséquences de l'anticipation de la répression font se poser de nombreuses questions, notamment quant à sa viabilité et aux critiques que ce mouvement génère. En effet, peut-on maintenir une

⁵⁷³ Une intégration dans le Livre IV aurait été concevable puisque « *le trafic d'armes est en effet, fondamentalement, une infraction contre la chose publique, précisément la sécurité publique, qui lèse l'intérêt social sans faire, nécessairement, de victime particulière* », v. M. DAURY-FAUVEAU, « Commentaire du volet «*armes*» de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », *Dr. Pén.*, 2016, n° 10, étude 22.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ M. MERCIER, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 136-140.

⁵⁷⁶ J. ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », in *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 433.

telle logique dans le temps, ou celle-ci est-elle tellement critiquable qu'il convient de l'abandonner le plus vite possible ?

L'on voit bien, à travers les exemples que l'on a donnés, que l'on s'éloigne du schéma classique d'incrimination d'une atteinte à un bien juridique pour passer à l'incrimination du risque d'atteinte à un bien juridique. Du point de vue de l'acte, l'on est très en amont d'une répression classique, le législateur incriminant parfois des « *actes préparatoires aux actes préparatoires* »⁵⁷⁷. Celui-ci est en effet obligé de procéder de la sorte, c'est-à-dire par voie d'incrimination spéciale, étant donné que les règles entourant une répression anticipée sont normalement strictes en droit pénal général. L'article 121-4 prévoit ainsi que si la tentative des crimes est punissable, celle des délits ne l'est que lorsque le législateur le prévoit expressément. En outre, l'article 121-5 dispose que la tentative est « *manifestée par un commencement d'exécution* ». Ayant la volonté de se situer en amont de la tentative, le législateur ne peut donc se contenter de ces règles et doit y déroger par le seul moyen à sa disposition : la création d'incriminations spécifiques.

Outre qu'elles s'éloignent du schéma classique de l'infraction, ces incriminations apparaissent dangereuses du point de vue des droits et libertés individuels. En effet, « *ce n'est en définitive que la perpétration de l'acte dommageable lui-même qui traduit sans contestation possible l'existence d'une résolution criminelle. Force est donc, pour éviter une répression arbitraire s'appuyant sur des actes équivoques, de partir des actes dommageables et de remonter avec prudence l'iter criminis aussi loin que l'importance de l'intérêt à protéger l'impose* »⁵⁷⁸. L'arbitraire de la répression est donc un danger qui va de pair avec une répression de plus en plus anticipée. L'impact sur les libertés individuelles se mesure aisément quand on sait que par définition, une infraction prohibe un comportement, ce qui porte, par exemple, atteinte à la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion, ou encore la liberté d'expression.

⁵⁷⁷ C. LAZERGES, H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, p. 649.

⁵⁷⁸ J.-P. DOUCET, *La Protection pénale de la personne humaine, op. cit.*, p. 12.

200. Lien avec le développement d'un droit pénal de l'ennemi. Ces évolutions peuvent par ailleurs être mises en parallèle avec le développement d'un droit pénal de l'ennemi⁵⁷⁹, c'est-à-dire un droit pénal dans lequel la figure de l'ennemi est traitée « *comme paradigme, c'est-à-dire comme une référence pour la construction d'un droit pénal nouveau* »⁵⁸⁰. L'on peut aussi considérer qu'« *une politique criminelle fondée sur le paradigme de l'ennemi se base essentiellement sur l'idée que les règles juridiques en vigueur pour le citoyen ne peuvent s'appliquer à qui rejette totalement les règles qui sont à la base de la société civile parce qu'il y porte atteinte brutalement, totalement, précisément sans aucune règle* »⁵⁸¹.

C'est le professeur Günther JAKOBS qui fut, en 1985, à l'origine de la notion du droit pénal de l'ennemi. Voulant identifier les règles renvoyant au droit pénal de l'ennemi des autres règles, il identifia les premières comme celles qui « *mettraient en jeu, dans le fonctionnement de la justice pénale, un principe de dangerosité qui, relève le juriste, est radicalement hétérogène à la conception de la liberté et de la responsabilité individuelles promue dans la théorie pénale dominante* »⁵⁸². Il conclut ainsi que « *les sujets auxquels s'appliquent ces mesures ne sont pas traités comme des citoyens, mais comme des ennemis : car, selon lui, leurs comportements seraient nécessairement envisagés sous l'angle du danger qu'ils constituent pour l'ordre social* ».

Le parallèle entre anticipation de la répression et droit pénal de l'ennemi peut être fait pour plusieurs raisons. La répression d'actes en amont de toute atteinte à la valeur protégée, c'est-à-dire en réalité la sanction d'un risque d'atteinte se focalise essentiellement sur un danger. C'est donc le danger que représente un

⁵⁷⁹ G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité. Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010, p. 69 ; C. LAZERGES, H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*

⁵⁸⁰ M. PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC*, 2009, p. 3.

⁵⁸¹ *Ibidem.*

⁵⁸² D. LINHARDT, C. MOREAU DE BELLAING, « Lutte contre le terrorisme et droit pénal de l'ennemi », in *États généraux de la recherche sur le droit et la justice : actes du colloque tenu sous l'égide du ministère de la Justice et du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, LexisNexis, 2018, p. 610-611.

comportement ou un groupe de personnes qui est visé. Ce genre d'infractions constitue alors pour certains auteurs « *l'expression d'une pédagogie de la menace et de l'intimidation* »⁵⁸³. Ceux-ci mettent également en avant le fait que le flou entourant ce type d'incriminations et l'influence néfaste que cela a sur le principe de légalité sont caractéristiques d'un droit pénal de l'ennemi tel que théorisé par Günther JAKOBS⁵⁸⁴.

Les liens entre anticipation de la répression et droit pénal de l'ennemi, même s'ils sont possibles, doivent cependant être relativisés. En effet, bien que l'anticipation de la répression soit un élément caractéristique du droit pénal de l'ennemi, elle n'en est pas la seule manifestation. En effet, le droit pénal de l'ennemi se caractérise également par l'émergence de procédures pénales dérogatoires, l'adaptation des règles relatives à l'exécution des peines, un traitement de la dangerosité au stade postsentenciel⁵⁸⁵. Finalement, l'anticipation de la répression dans le Livre II du Code pénal, bien qu'elle puisse, dans une certaine mesure, être mise en relation avec un droit pénal de l'ennemi, n'en est qu'une manifestation parmi d'autres. Plus encore, il convient de ne pas aller trop loin en considérant que chaque occurrence d'une anticipation de la répression constitue dans le même temps une expression de ce droit pénal de l'ennemi, la théorie de Günther JAKOBS ne devant pas être utilisée pour automatiquement critiquer les infractions d'anticipation de la répression.

201. Une meilleure protection en apparence. Quoi qu'il en soit, on ne peut que constater le développement d'une nouvelle structure de l'infraction. Mais quelles conséquences ce développement a-t-il ? Si l'on se place du point de vue strict de la protection de la personne contre les atteintes qui pourraient lui être portées, le développement de ce type d'infraction n'est pas nocif, au contraire. Le développement des infractions obstacles et des infractions punissant des

⁵⁸³ C. LAZERGES, H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*

⁵⁸⁴ *Ibidem.*

⁵⁸⁵ Pour des exemples de chacune de ces caractéristiques, v. *ibidem.*

agissements antérieurs à toute atteinte a même pour vertu d'empêcher, en théorie, la réalisation de tout dommage. Dans le schéma classique de l'infraction, l'auteur est sanctionné alors que le dommage est déjà réalisé, et parfois déjà irréversible. Les infractions d'anticipation peuvent dès lors apparaître tentantes : l'auteur pouvait être puni et le processus infractionnel arrêté avant l'atteinte à la personne. Il ne semble donc y avoir que des avantages par rapport à l'objectif de protection des personnes : l'auteur est sanctionné du fait d'un comportement répréhensible au vu des conséquences qu'il pourrait produire, à un stade où la société et la personne ne sont pas victimes d'une véritable atteinte.

202. Les risques de cette répression pour l'auteur. Une telle vision est cependant restrictive, puisqu'elle occulte le point de vue de la personne pour laquelle ce type de répression présente des risques, à savoir l'auteur de l'infraction (ou plus généralement toute personne dont le comportement rend les infractions en question applicables).

Tout d'abord, le flou constaté dans la rédaction des incriminations conduit certains de ces textes à être inapplicables en l'état, sauf à ce que le juge use d'un pouvoir trop grand d'interprétation qu'il ne possède pas en matière pénale, en vertu du principe de légalité, duquel découle celui d'interprétation stricte. Ces infractions font, en conséquence, courir le risque qu'un juge s'arroge d'un pouvoir d'interprétation large, alors qu'il n'en a pas les prérogatives, et menace ainsi les droits et libertés de l'auteur de l'infraction. En effet, une interprétation large et extensive des textes peut alors avoir pour effet de faire rentrer dans le champ de la répression de nombreux comportements, qui ne sont pas en eux-mêmes répréhensibles.

Ensuite, plus la répression se situe en amont du résultat, plus le juge doit raisonner en termes de probabilités pour caractériser l'infraction. Il doit déterminer quelles sont les chances que le comportement génère un risque, quelles sont les chances que ce risque soit grave, et quelles sont les chances qu'il se réalise. Cela rend alors la répression extrêmement aléatoire et arbitraire, même s'il est des cas où ce raisonnement par probabilité est davantage aisé que d'autres.

Enfin, si l'on sanctionne trop en amont c'est-à-dire avant la véritable réalisation d'actes matériels, on aboutit à ne sanctionner qu'une intention, un état d'esprit de l'agent, une « *simple étape intellectuelle* »⁵⁸⁶, et non plus un acte ou un comportement. Cela est critiquable en soi, car traditionnellement le droit pénal ne réprime que des comportements établis, afin de ne pas porter une atteinte trop grande aux libertés individuelles. De plus, la répression d'une simple intention pose nécessairement des problèmes de preuve, tant la preuve d'un état d'esprit est difficile sans avoir recours à des suppositions ou à des présomptions, ce qui est évidemment problématique. Il est évident que la meilleure protection des libertés individuelles ne peut se faire, comme l'a affirmé l'Association Internationale de Droit Pénal, qu'« *en décrivant des comportements objectifs et concrets, en évitant le recours à des clauses générales [...] et en évitant également de criminaliser la seule intention de commettre une infraction* »⁵⁸⁷.

À tous ces risques que pose une répression anticipée, on peut encore, selon une auteure, en ajouter un autre. Selon elle, en effet, par ces incriminations, l'on « *ôte au délinquant toute motivation pour renoncer à son projet avant la consommation de l'infraction ou se désister volontairement après avoir commencé à l'exécuter. Par exemple, le prévenu qui participe à la préparation d'un affrontement entre bandes rivales est punissable sur le fondement de l'article 222-14-2. Il n'a donc rien à perdre à « aller jusqu'au bout » de son projet* »⁵⁸⁸.

203. Une meilleure acceptation des infractions de risque par l'intégration de ces infractions dans les classifications d'infractions. La multiplication des infractions d'anticipation de la répression au sein du Livre II fait cependant qu'on ne peut les ignorer. Certains auteurs apportent d'ailleurs des éléments pour favoriser leur intégration parmi les autres infractions.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ « Résolutions du XVIII^e Congrès de l'AIDP (Istanbul, 22 - 27 septembre 2009) », *RIDP*, 2015, vol. 86, n° 1, p. 206.

⁵⁸⁸ M. DAURY-FAUVEAU, « La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes », *op. cit.*, p. 188.

Il est en effet possible de considérer que les infractions de mise en danger et de risque ont un véritable résultat juridique, si l'on admet qu'elles imposent de « caractériser concrètement l'existence du danger », et que ce danger est le résultat permettant la consommation de l'infraction⁵⁸⁹. Pour être considéré comme le résultat de l'infraction, le risque doit dès lors revêtir une certaine autonomie. C'est-à-dire qu'il ne faut pas le considérer comme une conséquence inhérente à la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, mais comme un élément distinct de cette violation, causée par elle, mais devant être caractérisé de façon autonome par ailleurs. Autrement dit, pour caractériser les éléments constitutifs du délit de risques causés à autrui, il faut non seulement constater le comportement de l'agent, mais également la création d'un risque et un lien de causalité entre les deux. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation semblent, au demeurant, valider ce raisonnement, et exiger la caractérisation d'un risque comme résultat de l'infraction⁵⁹⁰.

Un auteur propose par ailleurs de modifier la distinction entre infractions matérielles et infractions formelles, en y ajoutant une troisième catégorie : les infractions de risque⁵⁹¹. L'avantage d'une telle proposition est qu'elle permet de dépasser la distinction entre infractions formelles et matérielles, en attribuant une véritable place aux infractions de risque, qui n'en auraient pas autrement. Ainsi, si les infractions matérielles sont les infractions où le bien juridique est atteint, les infractions de risque seraient les infractions où le bien juridique est mis en danger, et les infractions formelles seraient les infractions où l'atteinte ou la mise en danger sont indifférentes, puisque l'on se situe encore en amont. On pourrait ainsi définir les infractions de risque de la façon suivante : « sont des infractions de risque celles qui comportent un élément de définition légale qui impose au juge, pour établir leur

⁵⁸⁹ J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles formelles », *RSC*, 2008, p. 849.

⁵⁹⁰ Cass. crim. 3 avril 2001, n° 00-85546, Bull. crim. n° 90 ; Cass. crim. 23 juin 1999, n° 97-85267, Bull. crim. n° 154.

⁵⁹¹ J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger », *op. cit.*

consommation, la vérification concrète d'une situation de hausse des probabilités de réalisation de l'atteinte effective au bien juridique protégé par l'incrimination pénale »⁵⁹².

Cette troisième catégorie d'infractions pourrait justifier dans une certaine mesure une forme d'anticipation de la répression. En effet, à partir du moment où l'infraction anticipée est reliée à un risque d'atteinte à la personne, défini de façon précise, le principe de l'anticipation peut être accepté au nom d'une meilleure protection de la personne. Il convient, à cet égard, de garder à l'esprit les efforts faits par le législateur pour encadrer l'infraction de risques causés à autrui en 1994, comme nous l'avons mentionné plus haut⁵⁹³. Ainsi, si certaines infractions d'anticipation sont aujourd'hui trop attentatoires aux libertés individuelles, leur redéfinition par rapport à la notion de risque pourrait permettre d'atténuer ces conséquences.

Une telle démarche, pour être respectueuse des libertés, suppose toutefois une rigueur certaine, puisque le risque doit être défini assez strictement pour que les infractions ne puissent pas recouvrir des comportements remontant trop dans *l'iter criminis*. Dans tous les cas, la précision de la rédaction des incriminations semble être un élément capital.

La création et le développement d'incriminations s'éloignant des modes classiques d'expression des valeurs et de répression ne sont donc pas à condamner en soi, mais doivent s'accompagner d'une certaine rigueur. Parmi les éléments qui pourraient encadrer l'action du législateur en ce sens, figure le principe de nécessité des incriminations. Cependant, les garanties qu'il pourrait accorder sont, en pratique, minimisées.

⁵⁹² *Ibidem*.

⁵⁹³ V. *supra* n° 192-194.

SECTION 2 : DE LA NECESSITE DE CES INCRIMINATIONS

204. Une action à encadrer. L'action législative opérée sur le Livre II ces dernières années manifeste le besoin d'un certain encadrement. Certains garde-fous existent évidemment, au premier rang desquels le principe de légalité. Mais les écarts commis ces dernières années sont une manifestation de son insuffisance chronique. Face à cela, certains auteurs mettent en avant le principe de nécessité des incriminations, qui peut être résumé par les mots du doyen CARBONNIER : « *N'accepte de faire de loi que si tu y crois, non pas à la loi, mais à la nécessité d'en faire une* »⁵⁹⁴. Cependant, ce principe, bien que comportant de nombreuses garanties (§ 1), semble délicat à mettre en œuvre (§ 2).

§ 1 : LA NECESSITE DES INCRIMINATIONS COMME PRINCIPE REGULATEUR

205. La recherche d'une délimitation du champ pénal relatif à la protection de la personne. Pour Valérie MALABAT, il semble que l'on ne puisse pas « *toujours déceler une politique pénale cohérente dans les incriminations créées ou modifiées. Malgré tout, il semble que l'on puisse dégager le sens général des changements opérés vers un droit plus répressif* »⁵⁹⁵. Cette tendance répressive suppose toutefois, conformément au principe de légalité, des textes « *précis pour éviter l'arbitraire et les applications extensives, et [...] clairs pour être compris* »⁵⁹⁶. Mais manifestement, le principe de légalité ne suffit pas toujours à contraindre le législateur à rédiger des textes de qualité, même avec la menace des trois contrôles qu'il suppose, effectués par les juridictions judiciaires, par le Conseil constitutionnel, et éventuellement par la Cour

⁵⁹⁴ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e édition, Defrénois, 1995, p. 225.

⁵⁹⁵ V. MALABAT, « Le changement en droit pénal », *Revue de Droit d'Assas*, 2015, n° 10, p. 33.

⁵⁹⁶ R. KOERING-JOULIN, « Droits fondamentaux et droit criminel », *op. cit.*

européenne des droits de l'Homme. L'encadrement de l'action législative apparaît pourtant nécessaire lorsque l'on sait que « *pour chaque question, pour chaque problème, la réponse a été trop souvent l'instauration d'une loi nouvelle plutôt que la recherche d'une action plus efficace dans le cadre des lois existantes* »⁵⁹⁷.

206. Le principe de l'opportunité des choix du législateur. Cette action législative repose cependant sur un principe d'opportunité, qui la rend difficile à encadrer. Ce principe d'opportunité est indissociable de la souveraineté étatique, en vertu de laquelle la création de dispositions de droit pénal correspond à l'exercice d'une fonction régaliennne. En effet, « *d'un point de vue juridique, la souveraineté fonde le droit pénal : l'État dispose en effet du pouvoir pénal du fait qu'il détient, en tant qu'entité souveraine, la compétence de la compétence, c'est-à-dire la compétence originnaire et générale* »⁵⁹⁸. Cette compétence pour créer des infractions est donnée au législateur par les articles 34 et 37 de la Constitution, dont les dispositions ont été reprises à l'article 111-2 du Code pénal. Elle suppose, dans son exercice, un jugement axiologique des valeurs dignes de protection⁵⁹⁹.

207. Le choix des valeurs nécessitant une protection. Ainsi, dans le processus de création d'une infraction, lorsqu'une valeur doit bénéficier d'une protection, le législateur érige un commandement soit positif (exigence d'un comportement) soit négatif (interdiction d'un comportement). Finalement, l'incrimination est donc « *cette décision prise par le législateur de traduire dans les faits ce que sa doctrine lui dicte de principes essentiels* »⁶⁰⁰.

La question qui se pose ici est celle de savoir comment le législateur peut procéder à la sélection des valeurs. Comme nous l'avons évoqué, le principe

⁵⁹⁷ A. LAMBERT, J.-C. BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 26 mars 2013, p. 10.

⁵⁹⁸ P. BEAUVAIS, « Les mutations de la souveraineté pénale », in D. COHEN et al. (dir.), *L'exigence de justice: mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 72.

⁵⁹⁹ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *op. cit.*, p. 415.

⁶⁰⁰ Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *op. cit.*, p. 598.

gouvernant ce choix est un principe d'opportunité et d'arbitraire. Il semble cependant nécessaire de l'entourer de lignes directrices. À ce propos, le professeur BEAUVAIS note que l'« on assiste d'ailleurs à un intéressant renversement des rôles : alors que la tradition française, depuis Montesquieu et Beccaria, voue un culte au Législateur et se méfie de l'arbitraire du Juge, c'est désormais à la sagesse de ce dernier qu'on s'en remet pour limiter les excès du populisme pénal législatif »⁶⁰¹.

L'on peut déjà noter que ce choix des valeurs à protéger est tout à fait relatif. En effet, « le contenu d'un Code pénal dépend des caractères propres de chaque civilisation et de son régime politique »⁶⁰². Ainsi, le choix des valeurs par le législateur diffère selon l'époque et le pays concerné, selon des variables telles que l'histoire passée, la culture politique et juridique du pays. Cependant, il est intéressant de noter qu'il existe des intérêts protégés de tout temps et en tous lieux : droit à la vie et à l'intégrité physique des personnes, droit à la propriété, intégrité de l'État ou du gouvernement. Un auteur note ainsi que l'un des critères de choix pourrait être « leur éventuelle capacité de contribuer au progrès social ou à la sécurité de la vie en commun des hommes dans la société », le progrès social correspondant à « une société où la paix règne et où chaque acte de l'homme membre de cette société contribue à renforcer cette paix en se solidarissant avec les autres »⁶⁰³.

208. Lien entre choix des valeurs à protéger et prévention des troubles à l'ordre public. Pour certains auteurs, de façon générale, c'est le trouble à l'ordre public qui justifie l'intervention de la loi pénale⁶⁰⁴. En effet, une incrimination existe parce que le comportement qu'elle concerne constitue un trouble à l'ordre public ou alors est une menace, un risque d'atteinte à l'ordre public. Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON considèrent que « pour procéder à la détermination des

⁶⁰¹ P. BEAUVAIS, « Le principe de nécessité en droit pénal », *op. cit.*, p. 69.

⁶⁰² J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, *op. cit.*, p. 205.

⁶⁰³ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *op. cit.*, p. 415.

⁶⁰⁴ G. RABUT, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit.*, p. 47.

incriminations, le législateur part du résultat dont la survenance provoquerait un trouble qu'il juge excessif pour l'ordre public, et, remontant la chaîne des causes, choisit les comportements, des plus proches aux plus éloignés, qui méritent d'être incriminés »⁶⁰⁵. Derrière la protection de l'ordre public, l'on retrouve immanquablement le choix de valeurs juridiques à protéger. En effet, l'incrimination est justifiée lorsqu'il y a « une mise en danger des valeurs jugées essentielles à la vie en société »⁶⁰⁶. Ainsi, pour une auteure, « il faut bien noter que la vérification de la nécessité des incriminations suppose [...] de s'assurer que l'incrimination en cause a bien pour objet de protéger un bien juridique identifié, le bien juridique renvoyant à la valeur sociale telle qu'appréhendée par le législateur et jugée digne de protection. En effet, le trouble potentiel à l'ordre public pénal, c'est-à-dire le risque d'atteinte à la sécurité des valeurs sociales, ne peut être contrôlé que par le biais de la vérification de l'existence d'un bien juridique protégé par l'incrimination. S'il n'est pas possible de déceler le bien juridique protégé par l'incrimination, alors la vérification du trouble à l'ordre public ne sera que formelle, puisqu'il n'est pas suffisant de s'attacher à l'objectif affiché de la loi pour conclure à sa nécessité »⁶⁰⁷.

Enfin, dans tous les cas, la justification de l'existence d'une incrimination semble devoir passer par la vérification que celle-ci a bien pour objet la protection d'un bien juridique, soit en incriminant l'atteinte à ce bien, soit en incriminant la mise en danger de ce bien. Le processus de choix des valeurs à protéger apparaît donc capital.

209. La portée limitée du principe d'*ultima ratio*. Ce choix des valeurs à protéger n'est pas le seul choix devant être effectué par le législateur lors du processus d'incrimination d'un comportement. Celui-ci doit en effet déterminer le degré d'atteinte à cette valeur devant être incriminé. En effet, toutes les atteintes à

⁶⁰⁵ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e édition, A. Colin, 2004, p. 180.

⁶⁰⁶ G. RABUT, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 48-49. L'auteure poursuit en prenant l'exemple de la décision du Conseil constitutionnel concernant l'infraction de racolage public, « qui avait bien relevé l'existence d'un bien juridique protégé par l'incrimination, à savoir la dignité humaine, puisque le Conseil avait relevé que l'incrimination faisait échec au trafic des êtres humains », et qui avait donc validé la nécessité de cette infraction.

une valeur ne doivent pas nécessairement relever d'une incrimination, toutes ne présentant pas un degré de gravité suffisant. C'est alors le principe d'*ultima ratio* qui intervient pour guider ce choix. Selon ce principe, le droit pénal ne doit être qu'un outil de dernier recours. Son usage serait issu de « *l'ancienne expression ultima ration regum qui était inscrite sur les canons fabriqués par le cardinal Richelieu et Louis XIV afin de rappeler que la résolution des conflits entre États ne devait se faire par les armes qu'en dernier recours* »⁶⁰⁸. Le fait que le droit pénal ne soit qu'un outil de dernier recours signifie que s'il n'est pas absolument nécessaire pour mettre fin à un trouble à l'ordre social, à une atteinte à une valeur protégée, il convient d'utiliser d'autres modes de gestion de ces occurrences : par exemple une gestion familiale, sociétale, ou encore une gestion juridique, mais assurée par d'autres branches du droit tel que le droit civil ou administratif. Ce principe permet donc une gradation des fautes, notamment entre les domaines civil et pénal. Il a également une portée symbolique, puisqu'il suppose de réserver le droit pénal aux enjeux les plus importants. Ainsi, « *il convient de toujours réserver l'incrimination à ce qui engage l'organisation d'une société en profondeur et dans ses racines, et qu'une certaine prudence permet de douter du bien-fondé politique, de l'opportunité sélective, qu'il y a à soumettre aux lois sévères de l'incrimination certains écarts de conduite à la limite du fondamental* »⁶⁰⁹.

Cependant, l'existence de ce principe, bien qu'établie, n'aboutit pas pour autant à un encadrement ferme de l'action législative. Il est d'ailleurs possible de constater des occurrences de son non-respect. Aucune conséquence n'est cependant le plus souvent attachée à ces hypothèses. Leur caractère dommageable est pourtant à souligner, comme le font deux auteurs : « *à trop multiplier les délits, on a affadi les catégories du licite et de l'illicite. Il n'est plus possible de faire la distinction entre les transgressions graves et les simples fautes professionnelles. [...] Il devient donc urgent de refaire des catégories juridiques pour ne réserver au droit pénal que quelques interdits*

⁶⁰⁸ E. ALLAIN, « *Ultima ratio : Un principe en voie de disparition* », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint : Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 149.

⁶⁰⁹ Y. MAYAUD, « *Ratio legis et incrimination* », *op. cit.*, p. 600.

fondateurs. Il est essentiel de faire retrouver au droit pénal une certaine rareté. Contre un tel brouillage de normes, il faut réaffirmer quelques valeurs fortes. »⁶¹⁰

210. Le principe de nécessité des incriminations. Définition. Face à l'impuissance de principes tels que l'*ultima ratio*, un autre principe semble pouvoir être utilisé : le principe de nécessité des incriminations. En vertu de ce principe, on pourrait affirmer que « le droit pénal ne peut saisir n'importe quel type de comportement. Toute incrimination doit être nécessaire. [...] Le législateur [...] doit s'interroger sur la motivation profonde, c'est-à-dire la nécessité qui le pousse à créer une incrimination nouvelle ou à modifier une incrimination déjà existante »⁶¹¹, et ce en lien avec la protection des libertés individuelles, comme l'exprimait Cesare BECCARIA : « Ce fut donc la nécessité qui contraignit les hommes à céder une partie de leur liberté ; or il est certain que chacun n'en veut mettre à la disposition de la communauté que la plus petite portion possible »⁶¹².

La mise en œuvre de ce principe suppose donc intrinsèquement une limitation de l'action législative, par une évaluation des incriminations qui sont indispensables à la protection de la société, cette évaluation permettant de limiter les pénalisations excessives et donc de protéger les libertés individuelles⁶¹³. Un tel contrôle de la nécessité des incriminations aurait manifestement l'avantage de permettre au Conseil constitutionnel de juger de l'utilité des lois, et sans doute limiter l'inflation législative⁶¹⁴. Lorsque l'on fait le lien entre la nécessité des incriminations et le choix des valeurs à protéger, il ressort que de ce choix ne doivent

⁶¹⁰ A. GARAPON, D. SALAS, *La République pénalisée*, Hachette, 1996, p. 96.

⁶¹¹ R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 48, 2010, p. 152.

⁶¹² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, trad. M. CHEVALLIER, 2006, p. 64.

⁶¹³ V. dans ce sens P. BEAUVAIS, « Le principe de nécessité en droit pénal », *op. cit.*, p. 67. ; et O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal - Thèse radicale », in K. PARROT, O. CAHN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 19-20.

⁶¹⁴ B. DE LAMY, « Le Code pénal : Consolidé ou fragilisé par le droit constitutionnel ? », in L. SAENKO, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014, p. 34.

ressortir que les valeurs les plus essentielles à la société. Corrélativement, ne doivent être incriminées que les atteintes les plus graves à ces valeurs⁶¹⁵. Limiter le champ du Livre II par le principe de nécessité des incriminations permettrait ainsi de renforcer son objectif de protection des personnes, en s'assurant d'une répression cohérente, et d'une expression de valeurs restreinte à l'indispensable.

211. Les fondements juridiques de la nécessité des incriminations. Ce principe de nécessité prend principalement sa source dans les articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Cependant, si ce principe de nécessité est bien établi pour ce qui est des peines (article 8 DDHC) et de la procédure (article 9 DDHC), il est moins évident et reconnu pour ce qui est des incriminations⁶¹⁶. C'est en effet l'article 5, qui dispose que « *la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* », qui fonde la nécessité des incriminations. La professeure PARIZOT considère que l'on pourrait y ajouter un autre fondement, qui trouverait sa place dans la partie générale du Code pénal, par exemple dans le premier article. Il s'agirait de poser un critère d'incrimination dès le commencement du code, à travers la mention des notions de nécessité, de gravité et la mise en avant d'une sélection des valeurs essentielles⁶¹⁷. Cependant, en parallèle de la création d'un tel article, elle considère qu'il faudrait aussi redonner de l'importance à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁶¹⁸. Ce principe de nécessité, bien qu'ayant une existence établie, présente cependant de multiples difficultés dans sa mise en œuvre, qui en affaiblissent la force.

⁶¹⁵ M. BOUCHET, *La validité substantielle de la norme pénale*, thèse dactyl., Paris, 2016, p. 405.

⁶¹⁶ R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 246-247.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 253.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 254.

§ 2 : UN PRINCIPE REGULATEUR DIFFICILE A METTRE EN ŒUVRE

212. Une nature juridique peinante à s'imposer. Les évolutions législatives actuelles tendent à aboutir à un changement quant au contenu du principe de nécessité. En effet, si aujourd'hui certaines lois ne semblent pas nécessaires d'un point de vue juridique, pour le législateur, leur nécessité est bel et bien établie au regard de considérations non juridiques, mais plutôt de nature politique, sociale, et ce en lien avec l'opinion publique. Ainsi, « *la nécessité ne consiste plus à donner au corps social les mesures pénales dont il a besoin mais les mesures qu'il réclame – ou que l'on imagine qu'il réclame* »⁶¹⁹. L'on entrevoit alors les difficultés de mise en œuvre qu'un tel principe recouvre. Le législateur trouvera en effet toujours une nécessité politique ou sociale à un texte qu'il souhaite adopter. Tout l'enjeu est alors de rendre cette nécessité à nouveau juridique, afin de redonner de la force à ce principe.

213. Les difficultés à mettre en place un contrôle constitutionnel. Parce que le principe de nécessité prend sa source dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le contrôle de l'application d'un tel principe devrait revenir au Conseil constitutionnel. Cependant, il convient de noter que l'une des choses qui rendent difficile un véritable contrôle de nécessité est l'imprécision de la notion et l'absence de critères précis pour l'établir⁶²⁰. En effet, face à la difficulté de définir la nécessité d'une incrimination, et donc de distinguer les lois nécessaires des lois non nécessaires, la mise en place d'un contrôle effectif apparaît délicate.

Ces considérations sont à combiner avec la justification régulièrement avancée par le Conseil pour éviter un tel contrôle. En effet, dans les hypothèses où un tel contrôle aurait pu avoir lieu, il s'est toujours montré « *très réticent à substituer son appréciation à celle du Parlement* »⁶²¹. Ainsi, dans plusieurs décisions, le Conseil

⁶¹⁹ O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal », *op. cit.*, p. 43.

⁶²⁰ R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, *op. cit.*, p. 163.

⁶²¹ O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal », *op. cit.*, p. 20.

constitutionnel a pu considérer qu'il ne dispose pas d' « un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », mais seulement d'une « compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit »⁶²².

Certains auteurs justifient cette réticence par la séparation des pouvoirs qui empêcherait un tel contrôle⁶²³. Le professeur Jacques-Henri ROBERT approuve ainsi cette position du Conseil, en considérant que « dès lors que l'incrimination ne viole pas la Constitution, on aperçoit difficilement quelle norme supérieure permettrait au Conseil constitutionnel de dire que le quantum d'une sanction est trop élevé »⁶²⁴. Ce serait la souveraineté du parlement qui primerait alors⁶²⁵.

D'autres auteurs écartent cependant cet argument de la souveraineté parlementaire, en considérant que le fondement tiré de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est trop souvent mis de côté⁶²⁶. Or le fait d'écarter l'article 5 tout en continuant d'appliquer l'article 8 – sur la nécessité des peines – paraît illogique, car il était bien également dans l'esprit des révolutionnaires de soumettre le législateur au respect de ce principe, comme le souligne Olivier CAHN. Pour lui, « si le contrôle de constitutionnalité peut légitimement s'exercer sur le fondement de la nécessité des peines, il doit aussi pouvoir s'exercer sur la nécessité des incriminations »⁶²⁷. Une autre auteure va plus loin en considérant qu'il est possible d'utiliser l'article 8 pour contrôler la nécessité des incriminations, celui-ci ne se limitant pas aux peines : « Il est en effet patent que l'inutilité d'une incrimination rejaillit inévitablement sur les peines qui viennent la sanctionner, empêchant

⁶²² V. par exemple : Cons. const., décision n° 2011-217 QPC du 3 février 2012, cons. 4 ; décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 22 ; décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, cons. 10.

⁶²³ M. BOUCHET, *La validité substantielle de la norme pénale*, *op. cit.*, p. 415.

⁶²⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 100.

⁶²⁵ En ce sens, v. R. KOERING-JOULIN, « Droits fondamentaux et droit criminel », *op. cit.*

⁶²⁶ O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal », *op. cit.*, p. 21.

⁶²⁷ *Ibidem*.

celles-ci d'être strictement et évidemment nécessaires »⁶²⁸. Pour la professeure PARIZOT, un contrôle objectif de la nécessité des incriminations selon des critères précis est, qui plus est, parfaitement possible. Elle mentionne à ce titre trois critères : l'atteinte directe à une valeur protégée, l'existence d'un doublon d'incrimination, et l'enjeu de l'infraction⁶²⁹. En raison du fait que ces critères ressortent de la jurisprudence même du Conseil constitutionnel, elle conclut que « *tous les éléments nécessaires existent déjà en droit français pour faire du principe de nécessité des incriminations un vrai principe* »⁶³⁰.

214. Un contrôle limité. Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il est déjà arrivé que le Conseil constitutionnel censure une loi sur le fondement du principe de nécessité. Le contrôle exercé par le Conseil sur ce point apparaît cependant assez restreint, puisqu'il le limite aux cas d'erreurs manifestes d'appréciation du législateur. Plusieurs décisions permettent de le montrer.

La décision rendue au sujet de l'article 1^{er} de la loi du 22 juillet 1996, qui aggravait l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, lorsque fondée sur un dessein terroriste, en constitue une première illustration. Le Conseil considéra que la législation en vigueur assurait déjà suffisamment la répression de ces actes, et censura, en conséquence, la loi⁶³¹. Il convient de noter que la décision fut fondée sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et donc sur la nécessité des peines. Mais d'autres éléments apparaissent intéressants dans cette décision, notamment le fait que le Conseil Constitutionnel semble apprécier la nécessité de l'incrimination au regard de son lien avec la protection de valeurs juridiques. En l'espèce, il avait en effet considéré que l'infraction ne visait pas des « *actes matériels directement attentatoires à la sécurité des*

⁶²⁸ G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. Pén.*, 2003, chron. 34.

⁶²⁹ R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *op. cit.*, p. 255-257.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 257.

⁶³¹ Cons. const., décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, not. les cons. 7, 9 et 28.

biens ou des personnes »⁶³². En se référant à l'atteinte à une valeur protégée et à l'existence de doublons, le Conseil donne alors des éléments permettant de définir plus précisément la nécessité des incriminations, même si le critère de censure utilisé est l'erreur manifeste d'appréciation, comme ce fut le cas par la suite dans d'autres décisions⁶³³.

215. Contrôle du doublon d'incriminations. Dans les décisions du Conseil constitutionnel opérant un contrôle de nécessité, le critère du doublon d'infractions apparaît parfois. Ce critère est à relier au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le lien ayant notamment été fait dans la décision de 1996 en matière de terrorisme, que nous venons de citer. Dans cette décision, le Conseil avait reconnu une erreur manifeste d'appréciation, en partie car les comportements visés par la nouvelle infraction pouvaient déjà être réprimés par plusieurs autres.

Deux autres décisions ont mentionné l'hypothèse du doublon d'incriminations, mais sans pour autant que cet argument ait fondé une censure. Il s'agit d'une part de la décision du 13 mars 2003, à propos du délit de demande de fonds sous contrainte (article 312-12-1)⁶³⁴, et, d'autre part, de la décision du 25 février 2010 concernant l'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes⁶³⁵. Dans cette dernière décision, le Conseil précise en effet que « *le principe de nécessité des peines n'interdit pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications pénales* »⁶³⁶. C'est la raison pour laquelle il est possible de considérer qu'« *en réalité, l'argument du doublon ne semble fonder la censure du Conseil constitutionnel que quand il est couplé avec les autres critères* »⁶³⁷, à

⁶³² Cons. const., décision précitée, 16 juillet 1996, cons. 8.

⁶³³ V. notamment : Cons. const., décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 13 ; décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 43.

⁶³⁴ Cons. const., décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

⁶³⁵ Cons. const., décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010.

⁶³⁶ Cons. const., décision précitée du 25 février 2010, cons. 6.

⁶³⁷ R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., p. 164-165.

savoir notamment l'existence d'une atteinte à une valeur protégée, critère mentionné dans la décision de 1996.

216. Contrôle de l'utilité sociale de l'incrimination. Dans d'autres décisions, le Conseil constitutionnel semble donner davantage de précisions quant au contenu du principe de nécessité des incriminations. C'est ainsi que l'utilité sociale de l'incrimination et la protection de l'ordre public sont parfois utilisées comme critère permettant de déterminer la nécessité d'une infraction. Ce fut le cas en 2003, à propos du délit de racolage⁶³⁸. Dans cette décision, pour valider l'existence de cette nouvelle infraction, le Conseil mit en avant le fait que « *que le racolage public est susceptible d'entraîner des troubles pour l'ordre public, notamment pour la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques* »⁶³⁹. Le Conseil jugea donc l'incrimination nécessaire, après contrôle de son utilité⁶⁴⁰.

La décision relative à l'article 225-4-10 du Code pénal, sur le délit de dissimulation forcée du visage, en constitue un autre exemple. L'on pouvait en effet douter de la nécessité d'un tel délit quand on sait qu'il répond à un phénomène extrêmement marginal, et que d'autres textes, notamment la loi de 1905, auraient pu permettre d'appréhender les comportements visés⁶⁴¹. Ce délit a fait l'objet d'une décision du 7 octobre 2010, dans laquelle le Conseil Constitutionnel a utilisé pour la première fois l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁶⁴². Mais là encore, le contrôle effectué semble être lié à l'utilité de l'infraction par rapport à la protection de l'ordre public, le Conseil se fondant sur « *l'utilité sociale* » de l'incrimination pour en apprécier la nécessité⁶⁴³.

⁶³⁸ Cons. const., décision précitée, 13 mars 2003, cons. 59 et suiv.

⁶³⁹ Cons. const., décision précitée, 13 mars 2003, cons. 61.

⁶⁴⁰ Cette utilité est par ailleurs appréciée sur un second plan, le Conseil considérant par la suite « *qu'en privant le proxénétisme de sources de profit, la répression du racolage sur la voie publique fait échec au trafic des êtres humains* ».

⁶⁴¹ C. DUVERT, « Le principe de nécessité en droit pénal », *op. cit.*, p. 83-84.

⁶⁴² Cons. const., décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, B. MATHIEU, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur « le voile intégral » », *JCP G*, 2010, n° 42, p. 1930. ; G. RABUT, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁴³ G. RABUT, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit.*, p. 43.

217. Contrôle sur le fondement des atteintes portées aux libertés. Enfin, un dernier aspect du contrôle de la nécessité des incriminations doit être mentionné, notamment au vu de la décision du 10 février 2017 concernant l'article 421-2-5-2 du Code pénal punissant la consultation habituelle de sites internet terroristes. Dans cette décision, le Conseil s'est fondé sur une violation de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen garantissant la liberté de communication pour censurer l'incrimination, mettant en avant « *l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication* »⁶⁴⁴. Le fondement de la censure nous apprend ainsi que la nécessité des incriminations peut justifier une censure sur un autre fondement que les articles 5 ou 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, lorsqu'une liberté particulière est menacée. Bertrand DE LAMY souligne à ce propos que « *l'appréciation de la nécessité est alors d'autant plus stricte que la liberté touche à l'essence même de notre régime politique* »⁶⁴⁵. Dans la décision, le Conseil mit également en avant l'arsenal législatif et procédural existant pour la prévention du terrorisme, rendant non nécessaire la création d'une nouvelle infraction telle que celle en cause.

Il s'agit là d'une possibilité supplémentaire de contrôle de la nécessité d'une incrimination, s'ajoutant aux différentes formes de contrôle que nous venons d'énoncer. Cependant, la pluralité de décisions et de fondements utilisés par le Conseil constitutionnel ne doit pas entretenir l'illusion d'un contrôle véritablement strict de la nécessité des incriminations. En effet, en la matière « *tout reste [...] encore à inventer en droit français* »⁶⁴⁶. Malgré l'existence de ces esquisses d'un contrôle de la nécessité, celui-ci ne repose pas sur des critères précis permettant de le systématiser.

218. Conclusion du Chapitre 1. Alors qu'il devrait être un principe gouvernant l'action législative en matière pénale, le principe d'*ultima ratio* semble aujourd'hui

⁶⁴⁴ Cons. const., décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, cons. 13.

⁶⁴⁵ B. DE LAMY, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : utiles précisions sur la nécessité d'une incrimination », *RSC*, 2017, p. 385.

⁶⁴⁶ R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., p. 166.

malmené. Les infractions contemporaines, qualifiées par certains d'« *infractions de nouvelle génération* »⁶⁴⁷, apparaissent détournées des objectifs traditionnellement dévolus à la loi pénale, représentés par un équilibre entre ses fonctions expressive et répressive. Au sein du Livre II, ces tendances se traduisent par un éloignement de ces infractions par rapport à l'objectif de protection des personnes, si bien que cette protection n'apparaît plus satisfaisante. Souvent, ce sont d'autres fonctions qui prennent le pas sur l'expression classique de valeurs juridiques, telles que des fonctions pédagogique, déclarative, ou même magique⁶⁴⁸. Dans ces hypothèses, c'est alors la satisfaction de l'opinion publique et l'importance du maintien d'une apparence de lutte contre des phénomènes criminels qui prennent le pas sur la mise en place d'une protection pénale véritablement efficace. Quant à la fonction répressive de la loi pénale, celle-ci s'en trouve également détournée puisque des phénomènes tels que l'anticipation de la répression la vident de plus en plus de sens. La répression de comportements en amont de toute atteinte à une valeur juridique n'a certes rien de nouveau ou même de critiquable en soi. Cependant, poussé à son paroxysme, ce phénomène aboutit à des incriminations proches d'être inapplicables, portées par une rédaction de piètre qualité. C'est le cas d'infractions telles que l'embuscade (article 222-15-1) ou la participation à une bande ayant des visées violentes (article 222-14-2).

Face à de telles dérives, il semble que l'action législative gagnerait à être davantage encadrée. Un tel encadrement est traditionnellement opéré via le principe de légalité des délits et des peines, principe cardinal de la matière pénale. Au regard de ce principe, de multiples incriminations ont déjà été censurées par le Conseil constitutionnel, et, de façon occasionnelle, des incriminations du Livre II du Code pénal. Cependant, un tel contrôle apparaît insuffisant face aux tendances que nous avons décrites. Un contrôle de nécessité des incriminations semble en effet nécessaire pour compléter le contrôle de légalité. Découlant juridiquement des articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ce principe de

⁶⁴⁷ Y. JEANCLOS, *Droit pénal nouveau*, op. cit., p. 16.

⁶⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, op. cit., p. 66.

nécessité des incriminations a parfois été utilisé par le Conseil constitutionnel dans certaines décisions. Le contrôle opéré de la sorte apparaît cependant extrêmement limité. En effet, en l'absence de véritables critères de nécessité posés par le Conseil, hormis celui tenant à l'existence d'un doublon d'infraction, il est difficile de donner une véritable teneur à ce principe. Refusant de substituer son appréciation à celle du Parlement, le Conseil cantonne le contrôle de nécessité des incriminations à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. L'opportunité d'un contrôle plus étendu via ce principe, avec les avantages qu'il pourrait comporter sur la qualité des incriminations, doit donc être écartée. Sans doute faut-il, dès lors, se résoudre à la poursuite de l'action législative dans la lignée des tendances que nous avons dénoncées. Ces tendances, si elles sont loin d'être exclusives au Livre II, le touchent particulièrement. Elles sont d'autant plus importantes que c'est la qualité de la protection pénale des personnes qui en pâtit, celle-ci étant finalement oubliée au profit d'autres objectifs jugés supérieurs.

L'ensemble du Livre II n'est évidemment pas touché par ces considérations, la protection pénale de la personne n'étant pas toujours oubliée dans les infractions qui le composent. Bien au contraire, parfois, puisqu'il est des cas où la protection des personnes apparaît exacerbée par une action législative s'inscrivant dans un schéma de surenchère.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES PERSONNES EXACERBEE

219. L'objectif de protection des personnes, justification erronée à une surenchère. Le principe d'*ultima ratio*, que nous avons évoqué⁶⁴⁹, commande que l'action législative en matière pénale ne se fasse qu'en dernier recours, lorsque cela est absolument nécessaire. Corrélativement, cela signifie que lorsque la protection pénale de certaines valeurs juridiques est déjà assurée par ailleurs, la création de nouvelles incriminations est inutile. Ces idées sont traditionnellement illustrées par les mots de Montesquieu, pour qui « *Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique* »⁶⁵⁰.

Or, la multiplication d'infractions superflues dans le Code pénal va à rebours de ces considérations. Ce que l'on pourrait appeler le « *recours douteux à la norme pénale* »⁶⁵¹ a en effet une influence néfaste sur le Livre II. La cohérence de cet ensemble aurait pourtant à gagner à ne pas s'embarrasser d'articles et d'incriminations superflus, qui ne participent pas à l'amélioration de la protection pénale de la personne. Comme toujours en ce qui concerne le Livre II, c'est cet objectif qui doit guider l'action législative. Le Livre II doit déjà composer avec la création constante au fil des ans de nouvelles incriminations liées aux évolutions de la criminalité. L'ajout à cela d'autres incriminations qui, elles, présentent un intérêt limité, est dès lors nocif et diminue la force des dispositions qui participent véritablement au renforcement de la protection pénale de la personne. Et il ne faut pas oublier les difficultés formelles, déjà évoquées⁶⁵², que pose l'intégration de

⁶⁴⁹ V. supra n° 209.

⁶⁵⁰ C.-L. de S. MONTESQUIEU, *Ceuvres complètes*, vol. 2, Gallimard, 1985, p. 565, Livre XIX Chap. XV.

⁶⁵¹ E. ALLAIN, « *Ultima ratio : Un principe en voie de disparition* », *op. cit.*, p. 151.

⁶⁵² V. supra n° 143 et suiv.

nouveaux articles dans le Livre II, et qui commandent de n'en créer de nouveaux que s'ils paraissent indispensables.

Or, la multiplication dans le Livre II de doublons d'incrimination (Section 1), mais aussi d'infractions inutiles (Section 2) va à l'encontre de cette protection pénale de la personne centrée sur le strict nécessaire.

SECTION 1 : DE MULTIPLES DOUBLONS D'INCRIMINATION

220. Une protection pénale inutilement redondante. Il est évidemment nécessaire d'assurer une protection pénale complète de la personne. Dans cette perspective, la création de nouvelles infractions au sein du Livre II apparaît indispensable au fil des ans, afin de compléter les lacunes existantes et de s'adapter aux évolutions de la criminalité. Cependant, poussée à son paroxysme, cette volonté de complétude aboutit à des situations de surprotection de la personne, puisque « *le législateur verse parfois dans de subtiles nuances, voire donne le sentiment de multiplier les textes à l'usage de faits très voisins, du moins ne méritant peut-être pas une particularité de qualification* »⁶⁵³. Cela se caractérise par le fait que certains comportements sont incriminés plusieurs fois, ceux-ci pouvant alors relever de différentes infractions. Or, le développement de tels doublons apparaît comme une perte de temps, de place, de moyens, et ne fait que nuire à la clarté de la loi pénale, en particulier du Livre II. Cela a pour effet d'instaurer une concurrence inutile et nocive entre les incriminations, pouvant en outre faire naître des doutes et incohérences.

Certes, tout chevauchement entre infractions n'est pas forcément à critiquer, certains étant même souvent nécessaires et inévitables (§ 1). Le législateur va cependant parfois trop loin, en créant des doublons contestables (§ 2).

⁶⁵³ Y. MAYAUD, « Violences psychologiques et harcèlement moral, une relation de complémentarité », RSC, 2019, p. 99.

§ 1 : LES CHEVAUchemENTS ENTRE INCRIMINATIONS, UN MAL SOUVENT NECESSAIRE

221. La pertinence avérée de certaines incriminations malgré une apparence de doublon. Exemple du mandat criminel. S'il est possible d'identifier de multiples cas de chevauchements entre incriminations dans le Livre II, l'un des plus caractéristiques réside dans le mandat criminel⁶⁵⁴. Certains considèrent même que le mandat criminel constitue un véritable doublon par rapport à l'infraction d'association de malfaiteurs, prévue à l'article 450-1 du Code pénal, et n'aurait ainsi pas sa place dans le Livre II, ni nulle part ailleurs.

Ainsi, une auteure considère, après avoir reconnu l'existence d'un « *déficit de répression* »⁶⁵⁵ avant 2004, que l'association de malfaiteurs constitue une « *incrimination de substitution* » au mandat criminel, rendant cette dernière incrimination inutile⁶⁵⁶. Elle note d'ailleurs qu'avant l'incrimination du mandat criminel en 2004, les juges avaient recours à la qualification d'association de malfaiteurs⁶⁵⁷. De la sorte, comme l'exprime une autre auteure, il est permis de « *douter de l'intérêt de l'incrimination du mandat criminel alors que l'association de malfaiteurs permettait déjà de sanctionner l'instigateur dont le projet d'infraction n'est pas tenté ou consommé, d'autant que les peines prévues par l'article 221-5-1 du Code pénal ne sont pas différentes de celles auxquelles conduit l'application de l'article 450-1 au cas de l'assassinat et de l'empoisonnement et que la qualification de mandat criminel paraît plus difficile à établir puisqu'elle exige de prouver que les propositions faites poursuivaient la commission d'un assassinat ou d'empoisonnement et non pas la commission d'une infraction d'une certaine gravité comme c'est le cas pour l'association de malfaiteurs* »⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ V. *supra* n° 190.

⁶⁵⁵ Cette lacune dans la répression fut notamment mise en avant par l'arrêt Lacour, v. Cass. crim., 25 octobre 1962, Bull. crim. 1962, n° 292.

⁶⁵⁶ A. PONSEILLE, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *Dr. Pén.*, 2004, étude 10.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, n° 33.

⁶⁵⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 72.

L'incrimination spécifique du mandat criminel présente cependant un réel intérêt, en raison du fait que cette infraction ne constitue pas un véritable doublon avec celle d'association de malfaiteurs, mais un simple chevauchement. L'article 450-1 du Code pénal exige, pour la constitution de l'association de malfaiteurs, une entente entre les protagonistes qui soit caractérisée par un ou plusieurs faits matériels. Or, la lecture de l'article 221-5-1 montre que la répression du mandat criminel se situe en amont des comportements décrits à l'article 450-1. En effet, la proposition dont il est question n'a pas besoin d'être acceptée, l'infraction étant constituée dès que cette proposition est faite. Il s'agit là d'un point de divergence avec l'association de malfaiteurs, puisqu'ici, on n'exige pas de pacte ou d'accord entre les protagonistes. Cela permet ainsi de sanctionner la proposition non acceptée, qui reste dangereuse, car dans ce cas l'instigateur peut être tenté de formuler la proposition à une autre personne, le refus n'enlevant rien à la dangerosité de la proposition.

Par ailleurs, l'association de malfaiteurs peut parfois être préférée au mandat criminel, confirmant par là même l'existence d'un chevauchement entre les deux incriminations et non une superposition. Pour la professeure MALABAT, l'association de malfaiteurs permet notamment de remédier au « *caractère unilatéral* » du mandat criminel, c'est-à-dire au fait que seul le mandant soit sanctionné, et non le mandaté, alors que « *d'un point de vue de politique criminelle, il peut paraître étonnant de considérer comme dangereux celui qui propose de l'argent pour faire assassiner et non celui qui accepte cet argent pour assassiner* »⁶⁵⁹. L'association de malfaiteurs présente alors un intérêt en permettant de sanctionner la personne ayant reçu la proposition. De plus, cette infraction supplante le mandat criminel lorsque l'infraction proposée n'est ni un assassinat, ni un empoisonnement, seules infractions auxquelles l'article 221-5-1 peut s'adosser, ainsi que pour les cas où

⁶⁵⁹ *Ibidem.*

l'instigation ne se fait pas par offre ou promesse, mais par menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir⁶⁶⁰.

Au final, l'article 221-5-1 présente bel et bien un intérêt⁶⁶¹, d'autant qu'il « s'inscrit sans aucun doute dans une politique législative favorable à une protection renforcée de valeurs importantes telles que la vie mise en péril par des comportements particulièrement dangereux dont l'impunité est choquante »⁶⁶², permettant ainsi de renforcer la protection pénale des personnes.

222. Le harcèlement sexuel assimilé. L'infraction de harcèlement sexuel peut constituer un second exemple de recoupement entre différentes infractions. Cette situation de recoupement fut générée par la refonte de cette infraction à la suite de la censure de ce délit par le Conseil Constitutionnel en 2012⁶⁶³. En effet, dans sa nouvelle rédaction, l'article 222-33 présente notamment la particularité de mettre en place une incrimination de harcèlement sexuel assimilé, défini comme « *le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* ». La spécificité de cette nouvelle forme de harcèlement tient au fait que le comportement n'a pas à être répété pour que l'infraction soit constituée. Il en résulte un rapprochement entre le harcèlement sexuel et l'agression sexuelle (article 222-27), une auteure considérant que le harcèlement sexuel assimilé « *se rapproche [...] de l'incrimination de la tentative d'agression sexuelle (spécialement incriminée par l'article 222-31 pour les agressions sexuelles autres que le viol), faisant*

⁶⁶⁰ A. PONSEILLE, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *op. cit.*, n° 38.

⁶⁶¹ Malgré le principal obstacle à son application, constitué par les difficultés probatoires de la réalité de la proposition ainsi que de son but précis lié à la commission d'un meurtre ou d'un empoisonnement, v. V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 73.

⁶⁶² A. PONSEILLE, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *op. cit.*, n° 41.

⁶⁶³ Cons. const., décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, R. PARIZOT, « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », *op. cit.* ; D. GUERIN, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *op. cit.*

douter de l'opportunité de ce second aspect du harcèlement »⁶⁶⁴. Il existerait donc un chevauchement entre ces deux infractions, puisqu'à un stade se situant en amont de l'atteinte effective à la valeur protégée, les deux textes semblent couvrir le même comportement. Un tel chevauchement semble d'ailleurs confirmé par des exemples de requalification, démontrant la proximité des deux infractions⁶⁶⁵. Si la pertinence du deuxième alinéa de l'article 222-33 peut être questionnée au regard de ces éléments⁶⁶⁶, l'intérêt de cette incrimination de harcèlement sexuel assimilé n'est pas totalement à écarter, puisque « *cet intérêt peut [...] être trouvé sur le terrain probatoire en ce que le but d'obtention d'un acte sexuel n'a qu'à être apparent pour la constitution du harcèlement sexuel de l'article 222-33 II* »⁶⁶⁷.

Par ailleurs, le recoupement de cette infraction avec d'autres est renforcé par le fait que dans ce second type de harcèlement, le législateur a retiré tout dol spécial comme c'est le cas dans l'incrimination principale de harcèlement sexuel. Le but d'obtenir une faveur sexuelle n'est en effet pas exigé dans le harcèlement sexuel assimilé. Cela signifie que celui-ci peut s'appliquer dans des situations où le but visé par l'auteur est tout autre. Or dans ces cas, d'autres incriminations pourraient parfaitement prendre le pas : « *si le but est autre, ce peut être une extorsion ou un chantage qui ont été commis ; s'il n'y a pas d'autre but que faire du mal à la victime, c'est de violence morale dont il est question* »⁶⁶⁸. Ainsi, de multiples chevauchements peuvent être constatés concernant l'incrimination de l'article 222-33 II du Code

⁶⁶⁴ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 198.

⁶⁶⁵ Cass. crim., 23 septembre 2015, n° 14-84.842 ; Y. MAYAUD, « Du harcèlement sexuel à l'agression sexuelle, ou des enjeux d'une requalification », *RSC*, 2015, p. 855.

⁶⁶⁶ Cette incrimination de harcèlement sexuel assimilé fait par ailleurs l'objet de plusieurs autres critiques, notamment quant au fait que le comportement ne doive pas être réitéré, ce qui semble contraire à la notion classique de harcèlement, ou encore quant à l'appréciation du but réel ou apparent de l'auteur. V. à ce titre J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 476. ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 198. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal, op. cit.*, p. 542-543.

⁶⁶⁷ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 198.

⁶⁶⁸ G. BEAUSSONIE, « Loi relative au harcèlement sexuel », *RSC*, 2012, p. 906.

pénal, sans pour autant complètement effacer sa pertinence, due à la spécificité des comportements qu'elle met en cause.

223. La provocation au suicide et les violences psychologiques. Un autre exemple de chevauchement peut être constaté entre les infractions de violences psychologiques (articles 222-7 et suivants) et la provocation au suicide (article 223-13). En effet, l'incrimination de l'article 223-13 est constituée par « *le fait de provoquer au suicide d'autrui [...] lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide* ». On peut donc imaginer que la provocation prenne plusieurs formes, notamment l'exercice de pressions morales poussant la personne à se suicider, ou d'« *encouragements au suicide* »⁶⁶⁹. Un rapprochement avec l'infraction de l'article 222-7 peut alors être fait, puisqu'en vertu de l'article 222-14-3, les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner peuvent être des violences de nature psychologique. La spécificité de l'article 223-13 résiderait alors dans le fait que l'incrimination prenne en compte le cas où la tentative de suicide a échoué, ce qui constituerait une forme de tentative de violence, non réprimée par ailleurs. Par conséquent, les deux textes se recoupent mais ne forment pas un véritable doublon, l'article 223-13 ayant une légitimité et une spécificité évidentes.

224. Des situations inéluctables n'affectant pas obligatoirement la protection des personnes. Ces quelques exemples montrent qu'il existe de nombreuses infractions qui se recoupent, et que ces recouvrements créent des situations dans lesquelles la pertinence de certaines incriminations peut être soulevée. Cependant, ces chevauchements n'apparaissent que rarement critiquables. Au contraire, il est possible de considérer qu'ils naissent de la proximité trop grande existant entre deux infractions, cette proximité étant parfois induite par la nécessité de couvrir l'ensemble des comportements pouvant porter atteinte à une valeur protégée. La complétude de la protection de ces valeurs suppose alors d'incriminer des comportements parfois proches, sans être totalement similaires. Ce serait donc l'impératif d'une protection complète et

⁶⁶⁹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 146.

qualitative de la personne qui serait à l'origine de ces chevauchements entre infractions, sans que ces phénomènes ne soient nécessairement à désapprouver. Des critiques peuvent en revanche apparaître lorsque le stade du simple recoupement est dépassé.

§ 2 : LES DOUBLONS D'INCRIMINATION, UN MAL CROISSANT A CONTROLER

225. Définition. Le doublon d'incrimination peut être défini comme « *la coexistence de deux textes d'incrimination sanctionnant pénalement le même comportement* »⁶⁷⁰. L'existence d'un tel doublon apparaît contre-productive par rapport à l'objectif de protection pénale de la personne assigné au Livre II. La professeure MALABAT considère à ce titre que « *la répétition nuit à la force de la loi pénale (ce qui est énoncé fermement n'a besoin de l'être qu'une fois) voire à sa clarté (lorsque par exemple des pénalités différentes sont attachées à deux incriminations identiques)* »⁶⁷¹. Le fait, pour le législateur, d'incriminer à deux reprises le même comportement apparaît ainsi comme une perte de moyens, d'énergie et de place, affectant la clarté et la cohérence des incriminations, tout comme l'autorité de la loi.

226. Les doublons par renvoi. Certaines hypothèses de doublons correspondent à des cas particuliers, à savoir celles résultant d'un renvoi entre différents codes. Ces renvois, déjà évoqués⁶⁷², sont générateurs de doublons, même s'ils peuvent être considérés comme des doublons « *pédagogiques* »⁶⁷³ et peuvent donc être étudiés à ce titre.

⁶⁷⁰ V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 71-72.

⁶⁷¹ 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.

⁶⁷² V. *supra* n° 80 et suiv.

⁶⁷³ V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 73.

Peuvent être cités comme exemple les articles L 232-1 et L 232-2 du Code de la route, qui reprennent les incriminations d’homicide et blessures involontaires commis par le conducteur d’un véhicule terrestre à moteur. Dans ces articles du Code de la route, les articles 221-6-1, 221-8, 222-19-1, 222-20-1 et 222-44 du Code pénal sont répétés tels quels, et précédés par une phrase d’introduction. Une logique similaire a été utilisée dans le Code de la santé publique, « *champion de cette technique législative* »⁶⁷⁴. L’article L 3353-4 de ce code renvoie par exemple à l’incrimination de provocation de mineur à consommer de l’alcool présente à l’article 227-19 du Code pénal. La forme du renvoi y diffère cependant sensiblement, puisqu’ici l’article du Code pénal n’y est pas reproduit, l’article L 3353-4 précisant seulement que « *le fait de provoquer directement un mineur à la consommation excessive d'alcool et le fait de provoquer directement un mineur à la consommation habituelle d'alcool sont réprimés par l'article 227-19 du code pénal* ». Il existe en revanche d’autres infractions du Livre II du Code pénal qui sont, elles, reproduites dans le Code de la santé publique, à savoir celles concernant l’expérimentation sur la personne humaine⁶⁷⁵, l’examen des caractéristiques génétiques de la personne⁶⁷⁶, le clonage reproductif⁶⁷⁷, et l’interruption illégale de grossesse⁶⁷⁸. Le problème posé par ces renvois tient principalement au régime qui accompagne les incriminations concernées. En effet, le code suiveur peut ne reprendre que l’incrimination elle-même⁶⁷⁹. Il en résulte que la personne poursuivie sur le fondement de ses dispositions n’encourt pas les peines complémentaires

⁶⁷⁴ V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *op. cit.*, p. 162.

⁶⁷⁵ Art. 223-8 du Code pénal, reproduit à l’art. L 1126-1 du Code de la santé publique.

⁶⁷⁶ Art. 226-25 et suivants du Code pénal, reproduits aux art. L1133-1 et suivants du Code de la santé publique.

⁶⁷⁷ Art. 214-2 du Code pénal, reproduit à l’art. L 2163-1 du Code de la santé publique.

⁶⁷⁸ Art. 223-10 du Code pénal, reproduit à l’art. L 2222-1 du Code de la santé publique.

⁶⁷⁹ Ce n’est cependant pas toujours le cas, v. les articles L 232-1 et L 232-2 du Code de la route, qui renvoie aussi aux dispositions des articles 221-8 et 222-44 du Code pénal prévoyant les peines complémentaires applicables aux homicides et violences involontaires commises par le conducteur d’un véhicule terrestre à moteur.

prévues dans le Code pénal, seules les peines principales étant en effet reprises⁶⁸⁰. Un arrêt de la Cour de cassation a cependant apporté une solution à cette problématique, en considérant que les dispositions constituant un doublon par renvoi n'ont pas une pleine autonomie à partir du moment où elles ne font que recopier les dispositions d'un autre code⁶⁸¹. Le régime applicable à l'incrimination présente dans le code suiveur doit donc être celui posé pour l'incrimination principale⁶⁸².

Enfin, bien que ces situations doivent être étudiées au titre des doublons d'infractions du Livre II du Code pénal, il ne s'agit que de renvois, ayant pour vertu d'améliorer l'accessibilité de la loi, et de faciliter le travail des praticiens. Il est cependant possible de considérer que « *cette présentation pédagogique relève plus d'un travail éditorial que du travail législatif* », et « *qu'il serait exagéré de contester l'accessibilité d'un texte répressif qui figurerait uniquement dans le Code pénal* »⁶⁸³. Malgré ces critiques⁶⁸⁴, on peut considérer que la structure et la cohérence du Livre II ne pâtissent pas de ces pratiques, lesquelles n'affectent pas la qualité de la protection des personnes que ce livre doit assurer.

⁶⁸⁰ V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *op. cit.*, p. 162-163.

⁶⁸¹ Cass. crim., 17 septembre 2003, n° 03-81147 ; L. MINIATO, « Les inconvénients de la technique du code pilote et du code suiveur », *D.*, 2004, p. 1416.

⁶⁸² Cette situation n'est malgré tout pas totalement satisfaisante, puisque « *formellement, cette solution amène inévitablement des critiques puisqu'elle conduit à considérer que seule la disposition d'origine a une portée normative* », v. V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *op. cit.*, p. 164.

⁶⁸³ V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 73.

⁶⁸⁴ Il est d'ailleurs à noter que le législateur tend aujourd'hui à prendre en compte ces arguments et à abandonner progressivement la technique consistant à reproduire le contenu d'un article dans un code suiveur, au profit de simples renvois. V. à ce titre L. DESESSARD, « Commentaire sous Art. L 121-5 », in *Code de la route : annoté & commenté*, 19^e édition, Dalloz, 2019, qui explique le passage à un renvoi pour l'article L 121-5 du Code de la route par le fait que la technique de reprise « *utilisée à plusieurs reprises dans le code de la route recomposé, a été [...] critiquée, en particulier en raison des erreurs ou incohérences qu'elle pouvait engendrer* ». Un tel abandon est d'ailleurs recommandé par plusieurs instances : v. Commission supérieure de codification, *Rapport annuel*, 2006, p. 10-11 ; Conseil d'État, *Guide de légistique*, 2018, § 1.4.2.

227. Les véritables redondances entre incriminations. L'exemple des violences. En revanche, il existe des redondances plus critiquables entre différentes incriminations situées dans le Livre II. Nombre de doublons que l'on peut observer à ce titre sont des doublons avec l'infraction de violences. Cette situation semble inévitable, lorsque l'on sait, d'une part, que les incriminations de violences sont extrêmement larges, le comportement violent n'étant d'ailleurs défini que par le dommage qu'il produit sur l'intégrité de la personne ; et, d'autre part, qu'il est parfois nécessaire pour le législateur d'incriminer des hypothèses particulières de violence. Cette tendance devient cependant critiquable lorsque la spécialisation est poussée à son paroxysme, certains doublons étant alors plus critiquables que d'autres. Cette situation, il est vrai, a été favorisée par une définition large des violences, dont le champ a d'abord été étendu par la jurisprudence⁶⁸⁵, puis par le législateur, l'article 222-14-3 prévoyant depuis 2010 que les violences « *sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques* »⁶⁸⁶.

228. L'administration de substances nuisibles. À sa création, en 1832, l'infraction d'administration de substances nuisibles avait du sens, puisqu'elle réprimait un comportement particulier qui ne l'était pas par ailleurs. Cette incrimination permettait de compléter celle d'empoisonnement, en appréhendant l'administration de substances toxiques non mortifères⁶⁸⁷. Cependant, avec l'extension jurisprudentielle de la notion de violences que nous venons de rappeler, l'administration de substances nuisibles a perdu son monopole quant à la répression de ces actes, si bien qu'il est aujourd'hui possible de constater un chevauchement entre les deux infractions⁶⁸⁸. Les violences semblent en effet aujourd'hui aptes à réprimer les comportements couverts par l'administration de

⁶⁸⁵ Cass. crim., 19 févr. 1892, étendant les actes de violences à celles qui « *sans atteindre matériellement la personne sont cependant de nature à provoquer une sérieuse émotion* ».

⁶⁸⁶ L. n°2010-769 du 9 juillet 2010.

⁶⁸⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, op. cit., p. 416.

⁶⁸⁸ Dans le même sens, v. G. GRECOURT, *L'évolution de la notion de violence à l'aune du droit pénal*, op. cit., p. 59.

substances nuisibles, si bien que cette dernière incrimination ne fait que mettre en avant « *un mode spécifique de réalisation des violences* »⁶⁸⁹. Ces considérations sont renforcées par le fait que la répression de ces comportements s'organise par un renvoi aux textes sur les violences, la particularité du comportement d'administration d'une substance nuisible ne faisant pas l'objet d'une aggravation particulière. Une auteure souligne ainsi que « *l'article 222-15 ne prévoit distinctement l'administration de substances nuisibles que pour dire qu'elle sera soumise au même régime que les autres violences, ce qui rend, à l'évidence, cet article inutile* », et l'auteure de conclure que « *c'est [...] une disposition pour rien* »⁶⁹⁰. Cette infraction est donc un exemple frappant d'une situation de doublon totalement superflue. Il convient toutefois de souligner que dans ce cas, ce n'est pas le législateur qui a créé le doublon en insérant dans le Livre II une incrimination existante, ce doublon ayant été engendré par l'évolution de la notion de violence, qu'il était impossible d'anticiper à la création de l'infraction. Aujourd'hui, il semble cependant possible de se passer de l'article 222-15.

229. Les appels téléphoniques malveillants. Les appels téléphoniques malveillants et agressions sonores, prévus par l'article 222-16, constituent un autre exemple de doublon avec l'infraction de violences morales. Il convient d'ailleurs de noter qu'avant l'incrimination spéciale de ces comportements par le Code pénal de 1994, ceux-ci pouvaient être constitutifs de violences, puisque la jurisprudence « *s'attachait [alors] à l'existence du trouble psychique : si celui-ci s'était traduit par une incapacité de travail de plus de huit jours, il y avait délit, si l'incapacité était inférieure ou égale à huit jours, il y avait contravention de 5^{ème} classe et si l'incapacité était nulle, il y avait contravention de 4^{ème} classe* »⁶⁹¹. Le caractère superflu d'une incrimination spéciale en ce domaine, ainsi que son statut de doublon de l'infraction de violence sont donc démontrés par le fait qu'avant 1994, les juges étaient parfaitement capables de réprimer les comportements en cause à travers les violences.

⁶⁸⁹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 61.

⁶⁹⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal, op. cit.*, p. 416.

⁶⁹¹ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 82.

Ces propos doivent cependant être nuancés : il semble que l'on puisse distinguer l'incrimination de l'article 222-16 et les violences, non pas sur l'acte qu'elles répriment, mais sur la valeur protégée. En effet, l'article 222-16 fait expressément référence à la tranquillité de la personne, tandis que les violences se situent sur le terrain de l'intégrité physique et psychique de la personne. L'infraction de l'article 222-16 présente également l'avantage de ne pas faire dépendre la répression des actes concernés du dommage subi par la victime, comme c'est le cas pour les violences traditionnelles, un tel dommage étant complexe à caractériser pour ces comportements particuliers. La confusion peut néanmoins être entretenue, puisque pour certains auteurs, « *il résulte que s'il y a une incapacité, il faudra retenir soit l'article 222-11, C.P. (si l'incapacité dépasse huit jours), soit l'article R. 625-1, C.P. (dans le cas inverse), soit l'article L. 223-13 (sic)⁶⁹² (en cas d'incapacité inférieure à huit jours, mais avec l'une des circonstances aggravantes énumérées à ce texte)* »⁶⁹³. Dans une telle conception, la répression des comportements visés par l'article 222-16 s'articule alors autour de celle des violences traditionnelles. Une telle vision est cependant critiquable, puisque « *cela paraît [...] tout à fait exclu par la règle specialia generalibus derogant. Si l'on avait voulu qu'il en soit ainsi, il aurait fallu doter l'infraction nouvelle de circonstances aggravantes prenant en compte le résultat des agissements, ce qui n'a pas été fait* »⁶⁹⁴. Au final, même si la répression de ces comportements diffère sensiblement lorsque l'on applique l'article 222-16, le doublon que ce dernier forme avec les violences semble être source de confusions.

230. Le harcèlement moral. Un autre exemple de doublon entre infractions du Livre II est par ailleurs constitué par le rapprochement pouvant être fait entre le harcèlement moral (article 222-33-2-2) d'une part, et les violences psychologiques (article 222-14-3) d'autre part. L'article 222-33-2-2 définit en effet le harcèlement moral comme « *le fait de harceler une personne par des propos ou*

⁶⁹² Il s'agit en réalité de l'article 222-13 du Code pénal.

⁶⁹³ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 82.

⁶⁹⁴ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal, op. cit.*, p. 419.

comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ». L'on retrouve dans ce texte l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne⁶⁹⁵, ainsi qu'un acte de harcèlement constitué par des propos ou comportements qui pourraient être des actes constitutifs de violences psychologiques.

Le rapprochement entre les deux textes est tel que certaines affaires provoquent des doutes quant au choix de l'infraction à appliquer. Ainsi, dans un arrêt du 25 juillet 2018, la Cour de cassation a privilégié l'application des violences psychologiques, mentionnant le fait « *que l'article 222-33-2-2 du Code pénal n'a pas abrogé le délit de violences* »⁶⁹⁶. Reconnaisant les liens étroits entre les deux infractions, la Cour a cependant écarté, dans cette décision, le principe selon lequel l'infraction la plus spéciale (le harcèlement moral) devrait déroger à la plus générale (les violences). Un auteur commande cependant de ne pas « [accabler] *entièrement les juges car l'incohérence de la solution tient aux textes eux-mêmes : il y en a un de trop* »⁶⁹⁷. Il semble néanmoins qu'il ne faille pas aller aussi loin, la spécificité du harcèlement moral devant être mise en avant. Celle-ci réside dans l'incrimination particulière de la répétition des comportements, en en faisant une infraction d'habitude. L'intérêt du harcèlement moral réside alors dans l'appréhension de situations dans lesquelles pris isolément, les propos ou comportements auraient des difficultés à être sanctionnés au titre des violences, mais où leur accumulation peut être réprimée⁶⁹⁸. Ainsi, bien que les deux textes se rapprochent fortement au point d'être similaires sur de nombreux points, la pertinence de l'infraction de harcèlement moral doit être défendue.

⁶⁹⁵ La référence à l'altération de la santé physique ou mentale faisant de l'infraction une infraction formelle ou matérielle selon que les propos ou comportement ont eu pour objet ou pour effet la dégradation des conditions de vie de la victime. V. V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 300.

⁶⁹⁶ Cass. crim., 25 juillet 2018, n° 17-84.032, Y. MAYAUD, « Violences psychologiques et harcèlement moral, une relation de complémentarité », *op. cit.* ; DREYER Emmanuel, « Violences psychologiques ou harcèlement moral ? », *Gaz. Pal.* 6 nov. 2018, n° 38, p. 48

⁶⁹⁷ E. DREYER, « Violences psychologiques ou harcèlement moral ? », *op. cit.*

⁶⁹⁸ En ce sens, v. Y. MAYAUD, « Violences psychologiques et harcèlement moral, une relation de complémentarité », *op. cit.*

231. Relations entre violences générales et infractions spécifiques.

L'existence de ces multiples doublons pose la question du domaine de l'incrimination des violences. Vaut-il mieux maintenir une incrimination large des violences, ou multiplier les incriminations spécifiques ? Le législateur ne semble pas avoir fait de choix, ce qui provoque les situations de doublon que l'on a évoquées. Une incrimination large des violences présente l'avantage, du point de vue répressif, d'englober davantage de comportements, que ce soit dans leur matérialité ou dans le temps. En effet, pour reprendre les propos d'un auteur, « *des actes qui ne sont autres que des commencements d'exécution ou même des actes préparatoires sont considérés, par la jurisprudence, comme des violences à part entière* »⁶⁹⁹. Dans le même temps, il convient de rejoindre cet auteur lorsqu'il considère que « *tout ce qui peut causer un trouble physique ou psychique ne doit pas être considéré comme de la violence, sans quoi l'infraction ne sera bientôt plus qu'un vaste « fourre-tout » aux frontières mal définies* »⁷⁰⁰. Ainsi, l'extension matérielle des violences, notamment pour englober les violences psychologiques, est louable en ce qu'elle permet une appréhension de ces comportements qui serait autrement plus complexe, la protection de la personne en ressortant renforcée. En revanche, la prise en compte, au titre de l'infraction générale de violences, de comportements se situant nettement en amont d'une atteinte effective à une valeur protégée doit être limitée, puisqu'à ce stade, l'on peut considérer qu'« *il est plus utile à la société de pardonner* »⁷⁰¹. L'incorporation dans les violences d'actes pouvant présenter une nature équivoque va de pair avec une répression incertaine et peu soucieuse des libertés individuelles.

L'existence d'incriminations de violences spécifiques peut par ailleurs être encouragée par la fonction symbolique qu'elles présentent. En effet, la mise en avant, par des infractions particulières, de l'interdit de certains types de comportements emporte une part de symbole non négligeable dont le Livre II et la

⁶⁹⁹ G. GRECOURT, *L'évolution de la notion de violence à l'aune du droit pénal*, op. cit., p. 61.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁷⁰¹ R. GARRAUD, P. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 15^e édition, Sirey, 1934, p. 126. À propos des risques liés à une trop grande anticipation de la répression, v. *supra* n° 199.

protection des personnes peuvent bénéficier. Au demeurant, ces infractions spécifiques sont parfois l'unique moyen d'appréhender certains comportements.

Finalement, l'opportunité de la présence de doublons dans le Livre II doit s'apprécier au regard des différents critères que nous venons d'énoncer. Certaines incriminations apparaissent ainsi légitimes pour différentes raisons. Ces raisons peuvent tenir à la protection d'une valeur protégée différente de l'intégrité de la personne (c'est le cas avec l'incrimination d'appels téléphoniques malveillants, mettant en avant la tranquillité des personnes), à la nécessité d'exprimer de façon plus évidente l'interdit d'un comportement particulier, ou encore à la nécessité de faciliter la répression de certains comportements qui, bien que pouvant relever de l'incrimination générale des violences, ont des difficultés à être appréhendés à ce titre (c'est le cas des appels téléphoniques malveillants, dont la sanction, en raison de la spécificité du comportement, est facilitée lorsqu'elle ne dépend pas du dommage subi par la personne, à condition que les incohérences liées à la répression que nous avons mises en évidence soient éclaircies). En revanche, les doublons ne présentant pas ces différents intérêts doivent être dénoncés en ce qu'ils occupent une place inutile au sein du Livre II, ne participant en rien au renforcement de la protection de la personne. Il en est ainsi de l'infraction d'administration de substances nuisibles, qui ne présente d'avantage ni du point de vue de la répression, ni du point de vue de l'expression d'une valeur protégée.

Ainsi, il convient d'être vigilant quant à l'apparition de doublons au sein du Livre II. Si l'existence de chevauchements et de certains doublons entre infractions n'est pas nécessairement néfaste à la cohérence du Livre II, certaines incriminations apparaissent au contraire superflues, et n'y ont donc pas leur place. On ne peut alors que plaider pour une vigilance du législateur à l'encontre de ces situations, d'autant que, hors les cas de doublons, d'autres infractions provoquent des questionnements quant à leur utilité.

SECTION 2 : DES INCRIMINATIONS INUTILES

232. Une protection pénale superflue. Outre l'hypothèse des doublons, il est d'autres cas dans lesquels la protection pénale de la personne apparaît exacerbée, voire superflue. Comme l'exprime une auteure, « *le superflu est sans doute signe de cette époque qui se complait dans la surconsommation pour la considérer généralement comme un progrès social. Le droit, n'étant qu'un mode d'organisation des relations sociales, suit malheureusement cette évolution* »⁷⁰². Au sein du Livre II, cette surconsommation prend la forme du maintien de certaines infractions qui sont pourtant peu opportunes, voire inutiles, quant à l'objectif de protection de la personne. Alors que la satisfaction de cet objectif doit aider le législateur à déterminer quelles infractions ont leur place dans le Livre II et quelles infractions y sont manquantes, celui-ci veut parfois trop en faire, aboutissant à des situations où certaines infractions ne sont pas utiles pour remplir cet objectif (§ 1). Cette question de l'utilité de certaines incriminations se pose également avec acuité dans le domaine des infractions consenties (§ 2).

§ 1 : DES INCRIMINATIONS SUPERFLUES POUR LA PROTECTION DES PERSONNES

233. Un caractère superflu apprécié à l'aune de l'objectif de protection des personnes. Si l'objectif des infractions présentes dans le Livre II est la protection pénale des personnes, leur utilité et leur apport doivent s'apprécier à l'aune de cet objectif. De ce point de vue, peuvent être considérées comme superflues les incriminations dont la présence dans le Livre II n'a pas pour effet de renforcer cette

⁷⁰² V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 71.

protection. Or, au sein de cet ensemble, l'on trouve plusieurs textes semblant correspondre à une telle description. À ce titre, il est d'abord possible de mentionner la surqualification d'inceste, que nous avons déjà citée⁷⁰³, et qui est totalement étrangère à toute amélioration de la protection pénale des personnes en ce qu'elle répond à des considérations autres, notamment liées à l'apaisement des victimes. Mais, en dehors de ce texte, ce caractère superflu se retrouve également dans de véritables incriminations.

234. Les blessures et homicides involontaires par procédés particuliers. Il est possible de citer, à titre d'exemple, l'incrimination particulière de deux procédés de commission des homicides involontaires et violences involontaires, à savoir la conduite d'un véhicule terrestre à moteur (articles 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1) ou l'agression commise par un chien (articles 221-6-2, 222-19-2 et 222-20-2). Pour Michel DANTI-JUAN, ces incriminations participent à un certain populisme pénal, que reflète « *la multiplication des incriminations répondant à la survenance de certains faits divers médiatisés* ». Il ajoute que « *sans doute, à travers elle, les pouvoirs publics cherchent-ils à faire la démonstration d'un activisme soucieux de répondre aux attentes de la population et des groupes de pression. Mais la légitimité des normes pénales n'y gagne rien lorsque, une fois mises en vigueur, on peut réaliser que les nouveautés ainsi introduites étaient superfétatoires, voire totalement inutiles, les qualifications pénales préexistantes suffisant à couvrir les besoins répressifs en la matière* »⁷⁰⁴. Pour lui, les incriminations que nous venons de citer sont parfaitement représentatives de cette tendance. En effet, ces deux incriminations apparaissent superflues pour la protection des personnes, et il n'est pas certain que celle-ci en ressorte renforcée. En effet, avant la création de ces incriminations, ces comportements étaient déjà répréhensibles sur le

⁷⁰³ À ce propos, v. *supra* n° 186.

⁷⁰⁴ M. DANTI-JUAN, « Quelques réflexions sur la légitimité normative en droit pénal », in B. PY, F. STASIAK (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN-Editions Universitaires de Lorraine, 2018, p. 66.

fondement du droit commun. Cela est par exemple vrai pour les homicides et agressions commises par des chiens, comme le montrent plusieurs arrêts⁷⁰⁵.

Évidemment, la sanction de certains comportements particuliers peut s'avérer nécessaire, l'emploi de certains procédés pouvant parfois justifier une aggravation à lui seul. Mais s'engouffrer dans cette voie pose le problème suivant : une telle spécialisation a-t-elle des limites ? Il est même possible de pousser le raisonnement à l'absurde : « *pourquoi s'arrêter en si bon chemin ? L'analogie étant proscrite, le législateur ne devrait-il pas envisager un texte spécial pour les bestiaux et les chevaux, voire pour les nouveaux animaux de compagnie ?* »⁷⁰⁶. Toutes ces considérations mettent à mal la légitimité de l'incrimination de ces deux comportements particuliers. Il paraît difficile de justifier leur mise en avant, sans légitimer par là même celle d'autres procédés dangereux. La seule justification que l'on peut avancer est le contentement de l'opinion publique à la suite de faits divers, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant.

À supposer que le législateur eut particulièrement tenu à la mise en exergue de ces comportements, le fait d'avoir eu recours, pour ce faire, à des incriminations autonomes, est par ailleurs contestable. En effet, du fait des liens de ces incriminations avec celles d'homicide involontaire et de violences involontaires, Michel DANTI-JUAN et Michèle-Laure RASSAT considèrent à l'unisson qu'une circonstance aggravante pouvait suffire⁷⁰⁷, tant il apparaît exagéré de consacrer des incriminations autonomes à ces comportements. De plus, il convient de noter qu'en matière d'infractions routières, une aggravation existait déjà à la fois pour l'homicide involontaire et les violences involontaires, lorsque ces infractions étaient commises par un conducteur en état d'ivresse (ancien article L 234-11 du Code de la route), ou sous l'emprise de stupéfiants (ancien article L 235-5 II du Code de la

⁷⁰⁵ Cass. Crim. 24 oct. 1991, n° 90-84.472, Bull. crim. n° 374 ; Pau, 2 oct. 1991, cité par G. LEVASSEUR, « Blessures par morsure d'un chien et responsabilité du Fonds de garantie », *RSC*, 1992, p. 752.

⁷⁰⁶ M. DANTI-JUAN, « Quelques réflexions sur la légitimité normative en droit pénal », *op. cit.*, p. 66.

⁷⁰⁷ *Ibidem.* ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, *op. cit.*, p. 464.

route)⁷⁰⁸. Il faut d'ailleurs souligner que sous l'empire de ces dispositions, l'aggravation était plus forte qu'elle ne l'est actuellement, puisque les peines étaient portées au double et non augmentées d'un degré. Qui plus est, certaines peines complémentaires spécifiques étaient déjà en vigueur (anciens articles L 234-12 II et L 234-13 du Code de la route)⁷⁰⁹.

235. L'embuscade et la participation à une bande violente, infractions considérées comme « inutiles »⁷¹⁰. Les infractions d'embuscade (article 222-15-1) et de participation à une bande ayant des visées violentes (article 222-14-1) présentent des défauts déjà évoqués⁷¹¹, liés notamment au détournement des fonctions expressive et répressive de la loi pénale, mais aussi à une rédaction approximative des textes les prévoyant. Leur manque d'utilité du point de vue de la protection des personnes semble également devoir être mis en avant. En effet, à cet égard, il apparaît que ces deux incriminations ne renforcent pas la qualité de la protection pénale de la personne. Cela est notamment dû aux difficultés d'application de ces textes dont nous avons déjà fait état, elles-mêmes étant les conséquences d'une anticipation trop grande de la répression réduisant à peu de chose la matérialité de ces infractions. Valérie MALABAT cite ainsi ces deux infractions parmi ce qu'elle considère être des « *infractions inutiles* »⁷¹². À propos de l'infraction d'embuscade, elle note en particulier que « *les difficultés d'interprétation sont telles qu'il paraît difficile de caractériser le délit avant toute attaque effective qui permettra alors de constituer une autre infraction et notamment celle de violence aggravée*

⁷⁰⁸ La circonstance aggravante de fuite était, quant à elle, prévue à l'article 434-10 du Code pénal.

⁷⁰⁹ Dans un souci d'harmonisation, l'ensemble de ces dispositions fut abrogé ou réécrit à la suite de l'incrimination particulière des comportements en cause dans le Code pénal.

⁷¹⁰ V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 75.

⁷¹¹ V. *supra* n° 196-197.

⁷¹² V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 75.

par la circonstance de guet-apens »⁷¹³. L'on voit alors bien que ces infractions n'apportent rien de plus par rapport à la protection pénale existante.

236. Le bizutage. L'infraction de bizutage, présente à l'article 225-16-1, est représentative d'une situation dans laquelle, en voulant expressément éviter les doublons, le législateur aboutit sans doute à vider l'infraction de sa substance au point qu'il est possible de se demander ce qu'il reste de sa matérialité. En effet, l'article 225-16-1 précise que l'infraction de bizutage ne s'applique qu'à titre subsidiaire par rapport aux infractions de violences, de menaces, et d'atteintes sexuelles.

Or il semble difficile d'imaginer des cas où l'exercice de pressions ou de contraintes amenant à des actes humiliants ou dégradants ne puisse pas entrer dans le champ d'incrimination des violences, soit physiques soit psychologiques. À ce titre il est intéressant de mentionner que lors des travaux parlementaires concernant la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 qui créa l'infraction de bizutage, un désaccord opposa le Sénat et l'Assemblée nationale quant à l'opportunité d'une telle incrimination. Le Sénat tenta en effet à deux reprises de supprimer les dispositions créant l'infraction de bizutage. En vain. Dans un rapport, la Commission des lois du Sénat avait souligné le caractère suffisant du droit existant, considérant que *« l'adoption d'une loi propre au bizutage lorsque le droit actuel permet d'ores et déjà d'en réprimer les abus ne pourrait être perçu (sic) que comme un aveu de faiblesse et, paradoxalement, encourager les auteurs de ces excès. La prévention des abus du bizutage ne passe pas par une réforme législative mais par une application des textes existants ; elle ne nécessite pas une loi mais des exemples ; elle ne sera pas atteinte par une énième annonce de l'intention des pouvoirs publics de lutter contre ces excès mais par des sanctions effectives, judiciaires ou disciplinaires »*⁷¹⁴.

⁷¹³ *Ibidem.*

⁷¹⁴ C. JOLIBOIS, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration général sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, 4 févr. 1998, Doc. Sénat, n° 265.

En définitive, alors que la rédaction de l'article 225-16-1 débute par une formule semblant avoir pour objet d'éviter les doublons d'infractions, cet objectif semble vain à partir du moment où les comportements visés pouvaient déjà être appréhendés par les infractions écartées par l'article.

§ 2 : LE CAS DES INFRACTIONS CONSENTIES

237. Le consentement de la personne, source d'incriminations superflues ?

L'étude de l'utilité des incriminations du Livre II nécessite d'étudier la place du consentement de la personne face à certaines infractions. Le consentement peut être défini comme un « *acte libre de la pensée par lequel on s'engage entièrement à accepter ou à accomplir quelque chose* »⁷¹⁵, ou encore comme un « *acte de volonté par lequel on décide ou même on déclare expressément qu'on ne s'oppose pas à une action déterminée dont l'initiative est prise par autrui* »⁷¹⁶. Il est envisagé à plusieurs reprises au sein du Livre II, par exemple en tant qu'élément constitutif de certaines infractions. Or, pour certains auteurs, le consentement pourrait avoir une place plus grande dans les infractions contre les personnes, au point que la question de l'utilité de la pénalisation de certains comportements malgré le consentement de la personne se pose. La place du consentement dans la caractérisation de ces infractions doit alors être étudiée (A). Dans le même temps, l'influence européenne croissante commande de s'interroger sur le rôle de la notion d'autonomie personnelle en la matière (B).

⁷¹⁵ V° Consentement, TLFi, en ligne sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/consentement>, consulté le 13 avril 2019.

⁷¹⁶ V° Consentement, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e édition, PUF, coll. Quadrige, 2010.

A – La place du consentement dans la caractérisation d’infractions

238. La place du consentement dans la caractérisation de certaines infractions. La question de savoir si le consentement doit ou non avoir une influence sur la caractérisation d’infractions est essentielle par rapport à la légitimité d’incriminer certains comportements. Le droit pénal doit-il en effet intervenir lorsque la victime consent à l’acte constitutif de l’infraction ? Dans un tel cas, l’opportunité de la pénalisation d’un comportement apparaît moindre, voire pourrait être considérée comme nulle.

L’idée selon laquelle le consentement serait un obstacle à la constitution d’une infraction doit cependant être appréciée au regard de la distinction entre « *rapport de soi à soi et consentement du sujet* »⁷¹⁷. Si on peut en effet estimer que le droit pénal n’a pas vocation à intervenir dans les rapports « de soi à soi », le consentement à l’atteinte à soi par un tiers est une hypothèse distincte de ces rapports, qui relève d’une relation entre le sujet et autrui, et pour laquelle il est légitime que le droit pénal intervienne⁷¹⁸.

L’étude de la place du consentement dans la caractérisation d’une infraction commande dès lors de distinguer plusieurs situations, notamment quant aux cas dans lesquels le consentement est un élément constitutif de l’infraction.

239. La place du consentement face à une infraction dont il est un élément constitutif. Le consentement est effectivement parfois un élément constitutif de certaines infractions. Dans ce cas, l’absence de consentement va de pair avec l’absence de constitution de l’infraction. C’est par exemple le cas des atteintes à la vie privée incriminées aux articles 226-1 et suivants. L’article 226-1 précise en effet que l’image de la personne ou les paroles prononcées doivent avoir été captées, fixées, enregistrées ou transmises sans le consentement de la victime. Un autre

⁷¹⁷ D. FENOUILLET, « Propos introductifs », in D. BUREAU et al. (dir.), *Droit et morale: aspects contemporains*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2011, p. 3.

⁷¹⁸ *Ibidem*.

exemple réside dans les agressions sexuelles commises sur majeur (articles 222-23 et suivants, articles 222-27 et suivants), puisque là encore, le constat d'un consentement de la victime empêche la caractérisation de ces infractions. Il est enfin possible de citer l'interruption illégale de la grossesse, l'article 223-10 du Code pénal incriminant « *l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée* », ainsi que l'expérimentation sur la personne humaine (article 223-8), qui répond à la même logique.

240. La place du consentement face à une infraction constituée. Dans les hypothèses où le consentement n'est pas un élément constitutif de l'infraction, celui-ci peut malgré tout être amené à jouer un rôle.

Pour certains auteurs, le consentement pourrait avoir un rôle général de fait justificatif. C'est le cas de Xavier PIN⁷¹⁹, pour qui le consentement peut être justificatif et effacer la nécessité de la répression d'une infraction bel et bien constituée. Le consentement s'apparente alors à un fait justificatif, si bien que l'on peut parler de « *consentement permissif* »⁷²⁰. D'après lui, « *la loi pénale n'est pas appliquée, ni même applicable, lorsqu'elle protège prioritairement un intérêt privé et que la victime potentielle consent à la réalisation de l'infraction* »⁷²¹. Ce raisonnement ne vaudrait alors que pour les infractions portant atteinte à certaines valeurs, considérées comme disponibles⁷²².

⁷¹⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 9^e édition, 2018, p. 221. ; X. PIN, « Retour sur le consentement de la victime », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, 2016, Dalloz. ; X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », *RSC*, 2003, p. 259. ; X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 2009, n° 49, p. 83-105.

⁷²⁰ X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 221.

⁷²¹ X. PIN, « Retour sur le consentement de la victime », *op. cit.*, p. 97. Pour l'affirmer, l'auteur se fonde sur la théorie de l'existence de l'élément injuste parmi les éléments constitutifs de l'infraction. À propos de cet élément injuste, v. R. GARRAUD, P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1913, p. 214. ; J. LARGUIER, Philippe CONTE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Dalloz, 2018, p. 56.

⁷²² X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *op. cit.*, p. 104.

Le consentement peut aussi jouer un rôle plus ponctuel⁷²³. Dans certaines hypothèses, la loi autorise en effet que le consentement soit opérant pour empêcher la constitution d'une infraction qui serait normalement caractérisée. Plusieurs exemples existent dans le domaine médical. C'est le cas des recherches impliquant la personne humaine (articles L 1121-1 et suivants du Code de la santé publique), ou des interventions thérapeutiques (article 16-3 du Code civil). Ces cas diffèrent des hypothèses développées par Xavier PIN concernant le consentement en tant que fait justificatif général. En effet, dans ces cas, le consentement n'est pas lui-même justificatif, c'est l'autorisation de la loi qui fonde la justification, le consentement constituant une condition à ces autorisations de la loi. Ce ne sont donc pas des hypothèses où le consentement est, à lui seul, justificatif. Outre la matière médicale, les pratiques sportives permettent de l'illustrer. Ainsi, en la matière, Yves MAYAUD considère que l'encadrement des activités sportives par des règlements constitue un fait justificatif, puisque « *les violences correspondant à certains sports ont pour justification, et donc légitimité, la permission de la loi* »⁷²⁴.

241. Exemple du suicide assisté. Le cas du suicide assisté peut être pris pour exemple d'une hypothèse contraire, dans laquelle le consentement n'est pas opérant pour effacer l'infraction. Dans ce cas, le meurtre est classiquement retenu, le consentement de la victime n'étant pas opérant pour effacer la responsabilité pénale de « l'assistant ». En effet, « *dès lors que les textes punissant l'homicide ne distinguent pas suivant que le geste est consenti ou non, il n'y a pas lieu de distinguer. Il faut donc admettre que la vie de chacun est protégée dans l'intérêt général* »⁷²⁵. La professeure MALABAT, à ce propos, distingue deux hypothèses : le cas où l'auteur donne la mort à la victime, et le cas où la victime fournit à une autre personne les moyens de la

⁷²³ P. ROUSSEAU, *Autonomie personnelle et droit pénal*, op. cit., p. 96.

⁷²⁴ Y. MAYAUD, « Violences involontaires : applications et illustrations », *Rep. pén. Dalloz*, 2006, n° 208.

⁷²⁵ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 222.

tuer⁷²⁶. Le premier cas n'est pas problématique, l'homicide étant constitué sans difficulté. En revanche, le second cas pose la question de l'infraction à retenir. L'empoisonnement a déjà pu être retenu par la Cour de cassation⁷²⁷, celle-ci assimilant la remise de médicaments à la victime à l'acte d'administration constitutif de l'empoisonnement. Valérie MALABAT, quant à elle, écarte l'homicide volontaire en raison du lien de causalité distendu entre la fourniture de l'assistance et le décès de la personne, pour ne retenir que l'homicide involontaire, qui serait opérant malgré cette causalité indirecte selon les modalités de l'article 121-3 du Code pénal. Enfin, elle considère que l'infraction de provocation au suicide n'a pas à s'appliquer ici. La situation n'est en effet pas une situation de provocation, car la volonté de suicide existe déjà, mais plutôt d'assistance⁷²⁸. Dans tous les cas, il est certain que le consentement n'efface pas la constitution d'une infraction dans l'hypothèse d'un suicide assisté.

242. Cas d'exclusion expresse de l'effacement de l'infraction par le consentement. Pour certaines infractions, la justification par le consentement est par ailleurs expressément exclue. C'est le cas du bizutage (article 225-16-1), ou encore des atteintes sexuelles sur mineurs de 15 ans (article 227-25). Ces exclusions peuvent être expliquées par deux raisons, « l'une qui consisterait à dire que la victime ne peut pas permettre un acte qui touche un intérêt qui la dépasse, l'autre qui consisterait à dire que la victime, en l'occurrence jeune, est présumée non dotée du discernement suffisant »⁷²⁹. Cette seconde raison apparaît davantage applicable aux atteintes sexuelles sur mineur qu'au bizutage, ce dernier n'étant pas une incrimination réservée aux victimes particulièrement jeunes. Certes, le contexte est souvent scolaire, mais il peut être également universitaire, ce qui suppose la plupart du

⁷²⁶ V. MALABAT, « Le suicide assisté : aspects de droit pénal », in P. CONTE et al. (dir.), *Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, n° 12, 2017, p. 37.

⁷²⁷ Cass. Crim., 8 juin 1993, n° 93-81372, Bull. Crim. n° 203.

⁷²⁸ V. MALABAT, « Le suicide assisté : aspects de droit pénal », *op. cit.*, p. 39.

⁷²⁹ X. PIN, « Retour sur le consentement de la victime », *op. cit.*, p. 104.

temps des victimes majeures. Cependant, il semble que le raisonnement tienne toujours : en matière d'atteintes sexuelles, c'est l'âge qui rend incapable la victime de consentir, tandis que dans les cas de bizutage, c'est la pression exercée par les auteurs qui altère le consentement de la victime⁷³⁰. Ainsi dans ces hypothèses, la question du rôle du consentement en tant que fait justificatif ne se pose pas puisque le législateur présume que ce consentement n'est de toute façon pas opérant.

243. Exemple de pénalisations à l'encontre du consentement de la personne dans le Livre II. Les infractions liées à la prostitution. Au sein du Livre II, il est possible de prendre un exemple d'infractions réprimant des comportements malgré le consentement de la personne : les infractions liées à la prostitution. Dans ce domaine, les comportements incriminés supposent le consentement de la personne aux actes commis, la répression intervenant malgré ce consentement. Or, à ce propos, un auteur note qu'« à côté d'incriminations d'actes dont le caractère criminel est peu contesté, comme le viol, le banditisme et l'assassinat, il s'en trouve qui soulèvent de graves doutes »⁷³¹.

Bien que la relation de prostitution en elle-même ne soit pas réprimée, le droit pénal encadre fortement cette pratique par le biais d'infractions connexes qui peuvent sanctionner le client de la prostitution, le proxénète, mais également les proches de la personne prostituée⁷³². Ce cadre répressif a maintes fois évolué au fil des ans, mais marque toujours la volonté étatique de lutter contre la prostitution, avec l'objectif ultime de son éradication. La France fait ainsi figure d'exception par rapport à ses voisins tels que les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne, et l'Allemagne, qui ont davantage une démarche de « *néo-règlementarisme* »⁷³³.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 104.

⁷³¹ M. CUSSON, *La criminologie*, 7^e édition, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, 2017, p. 11. L'auteur prend comme exemple la consommation de stupéfiants et le port du voile.

⁷³² À propos de la définition de la prostitution, v. Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016, Bull. crim. n° 138, p. 396 ; Y. MAYAUD, « Pour une autre définition de la prostitution », *RSC*, 1996, p. 853. La chambre criminelle donne la définition suivante de la prostitution : « *se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* ».

⁷³³ J. DANET, « Économie de la sexualité et droit pénal au début du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 489.

Évidemment, les infractions sexuelles de droit commun restent applicables quand les comportements commis dans le cadre de la prostitution y correspondent. C'est ainsi le cas de l'exhibition sexuelle lorsque des actes de nature sexuelle sont commis sur la voie publique, ou encore du viol et de l'agression sexuelle en cas de défaut de consentement. Mais à ces infractions de « droit commun », le législateur a ajouté des infractions spécifiques au cas de la prostitution.

La sanction indirecte de la personne prostituée, lorsque l'acte ne relève pas des infractions que nous venons d'énumérer, va alors à l'encontre de son consentement et de la liberté de chacun de disposer de son corps. Cependant l'intervention du droit pénal apparaît nécessaire à partir du moment où le nombre de personnes prostituées sous contrainte est plus important que celui des personnes prostituées consentantes⁷³⁴. De plus, le consentement et la liberté individuelle ne sauraient justifier des atteintes à la dignité⁷³⁵. Cela étant, même si une forme de contrainte s'applique dans une partie des cas, ce n'est pas le cas pour tous. Or l'incitation à la prostitution, la prostitution contrainte, la traite des êtres humains sont et doivent être des comportements fortement réprimés. La prohibition stricte de la prostitution en elle-même n'y changerait rien⁷³⁶. Selon le professeur Bruno PY, il semblerait d'ailleurs que les personnes favorables à la prohibition opèrent une « *confusion entre désir et consentement* », tandis qu'une différence doit être faite entre consentir à un acte et de le désirer, le critère juridique devant rester le consentement⁷³⁷. L'atteinte au consentement ne pouvant donc être constatée, le fondement de la répression des infractions dans le domaine de la prostitution se pose alors, oscillant entre bonnes mœurs⁷³⁸, tranquillité publique, ou encore dignité

⁷³⁴ A. DARSONVILLE, « L'interdit pénal et la prostitution », in A. DARSONVILLE, J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. Santé, qualité de vie et handicap, 2015, p. 192.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 193.

⁷³⁶ B. PY, « Les mots du sexe dans la loi pénale », in A. DARSONVILLE, J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. Santé, qualité de vie et handicap, 2015, p. 57.

⁷³⁷ *Ibidem.*

⁷³⁸ En ce sens, à propos de l'infraction sanctionnant le recours à la prostitution, un auteur considère que « *le législateur entend à travers cette nouvelle infraction liée à la prostitution imposer sa conception*

de la personne. La sanction du racolage, jusqu'en 2016, était ainsi caractéristique d'une protection de la tranquillité publique. Depuis 2016, la pénalisation du recours à la prostitution est source d'incertitudes⁷³⁹. Aboutissant à sanctionner l'usage d'une activité qui, elle, n'est pas interdite, elle génère un cadre juridique incertain, manifestant des volontés abolitionnistes sans toutefois les poursuivre véritablement. La professeure PARIZOT considère à ce titre que « *cette loi continue de réprouber, sans l'interdire expressément, la prostitution, en glissant d'une infraction inutile - le racolage - à une autre - le recours à la prostitution* »⁷⁴⁰.

Ainsi, « *le législateur oscille entre une stigmatisation/répression de la personne prostituée (traitée alors comme auteur) et une protection de la personne prostituée (traitée comme victime du proxénète, du client)* »⁷⁴¹. Dans le même temps, la protection pénale de la personne est loin d'en être renforcée. Les dérives de la prostitution, que peuvent constituer les viols et agressions sexuelles, la traite des êtres humains, ou encore le recours à la prostitution de mineurs ou de personne vulnérable, sont en effet catégoriquement réprimées par le Livre II. Au contraire, la sanction indirecte de la prostitution elle-même, correspond à une manifestation claire d'un cas où la protection de la personne est exacerbée. À ce titre, l'exemple peut être pris de la sanction des tiers à l'acte de prostitution. Sont ici visées les infractions réprimant les diverses formes de proxénétisme, notamment le proxénétisme hôtelier (article 225-10), ou encore la non-justification de ressource (article 225-6). Relativement à ces infractions, la question se pose de l'équilibre avec le respect de la vie privée de la personne prostituée, étant donné que « *l'entourage de la personne prostituée est toujours potentiellement suspect aux yeux du droit* »⁷⁴². À propos de la non-justification de ressources, on peut par exemple penser que si la personne

normative de la sexualité et sa logique des bonnes mœurs sexuelles ». V. P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *op. cit.*

⁷³⁹ Article 611-1 du Code pénal, la récidive de cette contravention étant incriminée à l'article 225-12-1.

⁷⁴⁰ R. PARIZOT, « La prostitution, infraction sans texte », *RSC*, 2016, p. 373.

⁷⁴¹ *Ibidem.*

⁷⁴² É. CLEMENT, « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs », *op. cit.*, n° 22.

prostituée est mariée en communauté de biens, les revenus qu'elle perçoit seront forcément également profitables au conjoint, mettant ce dernier en difficulté. Ce régime répressif constitue donc une forme d'entrave au mariage de la personne prostituée. Une auteure l'exprime clairement lorsqu'il mentionne « *l'obligation que lui fait l'article 225-6 du code pénal à rester célibataire* »⁷⁴³. Certes, le conjoint, partenaire ou concubin ne sera pas inquiété s'il justifie de ressources personnelles suffisantes, mais la question se pose dans le cas d'absence de ressources personnelles, notamment en cas de chômage. Des doutes apparaissent également quant à l'hypothèse d'entretien des enfants à charge, qui pourraient tout autant relever de l'infraction.

244. Valeurs disponibles et valeurs indisponibles. En réalité, comme il est possible de l'apercevoir dans certains exemples que nous avons pris, la réponse à la question de l'influence du consentement sur la caractérisation d'une infraction repose principalement sur une distinction relative à la nature de la valeur protégée par l'infraction. Selon la nature de la valeur, le consentement peut ou non effacer l'atteinte qui lui est portée.

Il est ainsi possible de distinguer les intérêts disponibles et indisponibles, en considérant que le consentement de la personne peut être efficace face à certaines valeurs, lorsqu'elles sont disponibles. À ce titre, Jean-Paul DOUCET met en avant le fait que selon les systèmes juridiques, la vie et l'intégrité de la personne n'ont pas la même nature. Ainsi, la protection pénale n'est pas la même selon que le système en cause met davantage en avant l'aspect public ou l'aspect privé de cette valeur⁷⁴⁴. L'auteur développe cette idée en exposant que dans un système mettant en avant l'aspect public de la vie⁷⁴⁵, « *le législateur a manifestement le pouvoir de veiller à la protection de celle-ci en incriminant tout acte de nature à la menacer. Il peut viser non*

⁷⁴³ M.-H. RENAULT, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC*, 2006, p. 293.

⁷⁴⁴ J.-P. DOUCET, *La Protection pénale de la personne humaine, op. cit.*, p. 92.

⁷⁴⁵ L'atteinte à la vie est considérée comme une atteinte à la communauté qui perd l'un de ses membres.

seulement les actes dirigés contre autrui (meurtre, coups et blessures) mais encore ceux perpétrés à l'encontre de soi-même »⁷⁴⁶. Au contraire, il explique que l'on peut rencontrer des systèmes dans lesquels l'aspect public de la vie est subsidiaire par rapport à son aspect privé, les incriminations allant alors beaucoup moins loin dans la protection de la vie humaine. Dans ces cas, c'est notamment la protection de la personne contre elle-même qui recule, tandis que la protection contre autrui reste constante. Dans ces systèmes, s'exposer soi-même à certaines pratiques dangereuses peut tout de même être incriminé, l'aspect public de la vie humaine n'étant jamais totalement écarté. L'exemple est pris de l'incrimination du non-port de la ceinture de sécurité⁷⁴⁷.

Une telle conception peut être reliée à la vision utilitariste de la pénalisation développée par BENTHAM. À titre d'exemple, en 1785, il considérait que, d'un point de vue utilitariste, il n'était pas opportun de pénaliser les relations homosexuelles dès lors qu'elles étaient consenties⁷⁴⁸. Selon cette vision, le consentement emporte nécessairement la légalité de l'acte.

245. Lien entre disponibilité des valeurs et dignité humaine. La notion de dignité peut permettre de déterminer les valeurs qui peuvent être considérées comme indisponibles. Il est en effet possible de considérer que lorsque la dignité entre en jeu, le consentement de la personne est absolument inopérant. Certains auteurs considèrent ainsi que « pour que l'exigence de dignité devienne opposable à chacun, il faut accepter l'idée qu'il s'agit là d'une notion de portée collective, exprimant l'humanité de la personne, et lui conférant autant d'obligations que de droits »⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ J.-P. DOUCET, *La Protection pénale de la personne humaine*, op. cit., p. 92.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 94.

⁷⁴⁸ J. BENTHAM, *Offences against one's self*, *Journal of Homosexuality*, 1978, vol. 3,4 et 4, 1, p. 389, en ligne sur : <http://www.columbia.edu/cu/lweb/eresources/exhibitions/sw25/bentham/>, consulté le 16 mai 2019 : « *I have been tormenting myself for years to find if possible a sufficient ground for treating them with the severity with which they are treated at this time of day by all European nations: but upon the principle utility I can find none. [...] The partners are both willing. If either of them be unwilling, the act is not that which we have here in view: it is an offence totally different in its nature of effects: it is a personal injury; it is a kind of rape.* »

⁷⁴⁹ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, n° 4, p. 2730.

Le manque de définition de la notion de dignité, que nous avons déjà mentionné⁷⁵⁰, ne permet que difficilement d'en faire une véritable limite au consentement de la personne. On peut le constater en matière d'infractions sexuelles, pour lesquelles la balance entre consentement et dignité conduit à s'interroger sur ce que sont des pratiques sexuelles dignes⁷⁵¹. Ainsi, « *il n'est probablement pas judicieux de mobiliser un principe absolu créé à partir d'un concept symbolique, s'il est possible de justifier que l'une des valeurs dont nous disposons déjà est susceptible de contenir en elle-même le fondement juridique de la limite que nous cherchons* »⁷⁵². Il est certainement plus correct de raisonner au cas par cas, afin de distinguer les valeurs qui sont disponibles de celles qui ne le sont pas.

B – Le recours à la notion d'autonomie personnelle

246. Consécration de la notion d'autonomie personnelle. La question de la pénalisation de certains comportements en dépit du consentement de la personne s'est régulièrement posée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁷⁵³. Or pour la Cour, la valeur du consentement passe par le principe d'autonomie personnelle. Ce principe fut consacré dans l'arrêt PRETTY contre Royaume-Uni du 29 avril 2002. Dans cet arrêt, la Cour a en effet considéré que « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* »⁷⁵⁴. Transposée à l'élaboration et la mise en œuvre du droit pénal national, cela signifie que certaines pénalisations seraient injustifiées lorsqu'elles contreviennent à l'autonomie personnelle. Or, ce principe

⁷⁵⁰ V. *supra* n° 111 et suiv.

⁷⁵¹ J. DANET, « Économie de la sexualité et droit pénal au début du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 488.

⁷⁵² P. ROUSSEAU, *Autonomie personnelle et droit pénal*, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁵³ Plus généralement, à propos de l'influence de la jurisprudence européenne sur le Livre II du Code pénal, v. *infra* n° 284 et suiv.

⁷⁵⁴ Cour EDH, PRETTY c/ Royaume-Uni, 29 avril 2002, n° 2346/02, § 62.

d'autonomie personnelle, ainsi consacré, est essentiel dans un domaine spécifique, celui de la liberté sexuelle.

247. La pénalisation des rapports sexuels avec violence consentie. La question de la pénalisation des rapports sexuels avec violence consentie est en effet au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme portant sur le principe d'autonomie personnelle. Dans un premier temps, un arrêt LASKEY contre Royaume-Uni avait considéré que la condamnation par l'État de pratiques violentes lors de rapports sexuels était nécessaire dans une société démocratique, en ce que son rôle était bien de réguler les atteintes à l'intégrité physique des personnes⁷⁵⁵.

La consécration en 2002 dans l'arrêt PRETTY du principe d'autonomie personnelle entraîna un revirement de la jurisprudence de la Cour sur cette question, dont l'expression est l'arrêt KA et AD de 2005⁷⁵⁶. Dans cet arrêt, la Cour est en effet allée à rebours du raisonnement tenu dans l'arrêt LASKEY, en employant la notion d'autonomie personnelle pour juger illégitime l'intervention pénale de l'État. Elle pose ainsi le principe de l'impossibilité d'ingérence de l'État dans la vie sexuelle des individus, considérant qu'il est nécessaire de faire état de « *raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité* »⁷⁵⁷. En l'occurrence, dans cette affaire, cette exception tenant à des raisons particulièrement graves était constituée, notamment en raison du fait que la victime avait rétracté son consentement à plusieurs reprises lors de la commission des actes violents.

Cet arrêt illustre alors l'hypothèse d'une mise en balance du consentement de la victime et d'une valeur protégée qui ici est l'intégrité physique. Jean-Pierre MARGUENAUD explique le raisonnement tenu de la façon suivante : « *si la Cour n'a*

⁷⁵⁵ Cour EDH, LASKEY, JAGGARD et BROWN c/ Royaume-Uni, 19 février 1997, n^{os} 21627/93, 21826/93 et 21974/93 ; J.-M. LARRALDE, « Vie privée et pratiques sadomasochistes », *D.*, 1998, p. 97.

⁷⁵⁶ Cour EDH, KA. et AD. c/ Belgique, 17 février 2005, v. obs. J.-P. MARGUENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD Civ.*, 2005, p. 341.

⁷⁵⁷ Cour EDH, KA et AD c/ Belgique, précité, § 84.

pas condamné la Belgique parce que la victime n'avait pas consenti aux tortures qui lui avaient été infligées, c'est bien que, a contrario, le constat de violation de l'article 8, contaminé par l'autonomie personnelle et le droit de disposer de son corps aurait été établi si la femme avait accepté de subir les mêmes actes de barbarie »⁷⁵⁸. Il considère par ailleurs que la limite à la capacité justificative du consentement dans de telles circonstances se situe dans la gravité des violences, distinguant deux possibilités : « *est-ce que les actes sexuels subis par des adultes relèvent du champ de l'article 3 parce qu'ils sont inhumains, dégradants ou même constitutifs de torture, auquel cas le consentement ne peut rien justifier, ou est-ce qu'ils se situent au-dessous du seuil de gravité commandant l'application de cet article, et alors ils relèvent d'autre chose, de l'article 8 par exemple* »⁷⁵⁹. Évidemment la difficulté d'un tel raisonnement tient à l'appréciation de la gravité des actes commis, nécessairement empreinte de subjectivité. Mais l'alternative consistant à permettre au consentement de justifier les actes les plus graves est insatisfaisante quant à la protection de la personne.

On peut par ailleurs noter ici le renversement du raisonnement de la Cour par rapport à celui adopté dans des arrêts plus classiques. La notion d'autonomie personnelle « *est invoquée en effet non plus pour sanctionner, mais au contraire pour justifier des atteintes aux droits de l'homme* », faisant « *ainsi passer la liberté sexuelle avant la protection de l'intégrité de la personne, et plus largement avant le droit pénal* »⁷⁶⁰. La Cour européenne accorde donc ici un rôle justificatif au consentement, faisant écho aux théories développées par Xavier PIN que nous avons mentionnées plus haut.

248. Rôle à accorder à l'autonomie personnelle dans la protection pénale de la personne. Les auteurs sont partagés quant à l'opportunité de justifier certaines pratiques d'atteintes aux personnes par le consentement et l'autonomie personnelle. Certains relient notamment l'autonomie personnelle à la dignité humaine,

⁷⁵⁸ M. FABRE-MAGNAN et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008, vol. 2, n° 48, p. 27.

⁷⁵⁹ *Ibidem*.

⁷⁶⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *op. cit.*

considérant que « *la valorisation excessive du droit à l'autonomie personnelle peut [...] mettre à mal le principe de dignité, présenté pourtant par le juge de Strasbourg comme constituant, avec celui de liberté, "l'essence même de la Convention"* »⁷⁶¹. Au demeurant, l'argument souvent développé est celui d'une atteinte portée à la valeur que l'on devrait accorder aux droits de l'Homme. Ainsi, pour Muriel FABRE-MAGNAN, « *les droits de l'homme seraient vidés de toute portée si le consentement de la victime suffisait à se dispenser de les respecter. Si la seule chose qui compte est l'autonomie personnelle, une personne pourrait accepter d'être soumise à des pratiques sadomasochistes, mais aussi d'être torturée, traitée en esclave, ou même tuée* »⁷⁶².

On voit alors que c'est une mise en balance qui importe, faite entre la valeur accordée au consentement, et la place tenue par les valeurs protégées, dont le consentement pourrait justifier des atteintes. S'il semble nécessaire d'accorder un rôle justificatif au consentement, dans la lignée de la jurisprudence européenne, des nuances doivent cependant y être apportées. L'auteure précitée considère ainsi que « *le souci de protéger l'individu contre lui-même ne peut guère être contesté lorsque l'on se trouve en présence d'individus atteints d'une vulnérabilité particulière. Ce serait même là un devoir de l'autorité normative* ». Elle estime en revanche que « *dans les autres hypothèses, ce souci de protection pourrait bien devenir de l'acharnement protectionniste et ressusciter, à l'horizon juridique, le spectre honni de l'ordre moral* »⁷⁶³. Le consentement de la personne pourrait ainsi, à notre sens, justifier ce qui s'apparenterait à une protection moindre de la personne, concernant certaines valeurs. Il semble cependant important de conserver certains îlots immuables, correspondant à des valeurs protégées indisponibles, pour lesquelles le consentement serait inopérant.

⁷⁶¹ M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Droits*, 2009, vol. 1, n° 49, p. 16.

⁷⁶² M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *op. cit.* Elle poursuit en considérant que « *La Cour n'évite pas la confusion contemporaine entre désir, liberté, et droit : tout désir ne doit pas nécessairement être consacré par une liberté, et toute liberté, c'est-à-dire toute faculté d'agir (ou de ne pas agir), même si elle est protégée par le droit, n'est pas nécessairement pour autant un droit.* »

⁷⁶³ M. FABRE-MAGNAN et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *op. cit.*, p. 4.

Ainsi, pour reprendre l'exemple des rapports sexuels avec violence consentie, il convient de rejoindre Jean-Pierre MARGUENAUD lorsqu'il admet « *que l'article 8 doit conduire à faire du consentement de la victime un fait justificatif des violences légères infligées entre adeptes du sadomasochisme* »⁷⁶⁴.

Dans tous les cas, un auteur met en avant le fait que la valeur accordée au consentement et à l'autonomie personnelle a une véritable influence sur la pénalisation nationale de certains comportements : « *si l'État peut légitimement réguler les pratiques entraînant des lésions corporelles, alors le consentement à la violence est une liberté limitée par l'ordre public de cet État. Si en revanche la personne peut faire valoir un droit fondamental à l'autonomie personnelle afin de subir une maltraitance, sachant que le droit conventionnel prime sur la loi, l'État doit alors prouver à la Cour de Strasbourg que sa répression de la violence consentie est une ingérence justifiée dans le droit à l'autodétermination. Dans cette dernière hypothèse, la consécration de l'autonomie personnelle confère au consentement de la victime une force nouvelle, celle d'un « droit-liberté » susceptible de mettre à mal la répression pénale* »⁷⁶⁵.

249. Conclusion du Chapitre 2. Comme l'exprime Valérie MALABAT, « *le surdéveloppement de l'offre de droit est particulièrement nuisible en matière pénale sans entraîner un quelconque avantage pour les justiciables, victime ou auteur d'infraction, et tout en menaçant le juriste, chargé d'assimiler cette surproduction à un rythme toujours plus rapide, d'une indigestion incurable* »⁷⁶⁶. Si la poursuite d'une logique de perfectionnement de la protection pénale de la personne est évidemment à encourager, cette démarche doit au contraire être dénoncée lorsqu'elle est poussée trop loin, ou lorsqu'elle se détourne de son objectif. Or, à cet égard, on peut regretter l'existence d'infractions superflues au sein du Livre II.

Ainsi, certaines infractions du Livre II se recourent, voire se dédoublent entièrement. Évidemment les cas de chevauchement entre incriminations ne

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁶⁵ P. ROUSSEAU, *Autonomie personnelle et droit pénal*, *op. cit.*, p. 17-18.

⁷⁶⁶ V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 71.

peuvent jamais être complètement évités, et participent parfois d'une meilleure protection de la personne, ce qui commande de les conserver. Cependant, dans certaines hypothèses, le constat de doublons met en évidence le caractère superflu de certaines incriminations, l'exemple le plus frappant résidant dans l'infraction d'administration de substances nuisibles. Outre la question des doubles incriminations, c'est la question de l'utilité de certaines incriminations du Livre II qui se pose parfois avec acuité, comme c'est le cas du bizutage ou des homicides et violences involontaires commis par des procédés particuliers. Cette question de la pertinence d'incriminer au regard de l'objectif de protection des personnes se pose également en matière de pénalisation au-delà du consentement de la personne. En effet, le consentement a manifestement une influence grandissante quant à l'étendue de la protection pénale de la personne. Sous une impulsion européenne, il permet aujourd'hui de moduler l'étendue de la pénalisation de certains comportements, si bien que l'on pourrait considérer que la protection de la personne en ressort affaiblie. Il en résulte qu'une valeur certaine doit être accordée au consentement de la personne lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des incriminations. À ce titre, il semble qu'une pénalisation allant à rebours de ces considérations constitue une protection exacerbée des personnes.

CONCLUSION DU TITRE 1

250. Oubliée, la protection des personnes laisse place à d'autres buts. La loi pénale est aujourd'hui parfois détournée de ses fonctions traditionnelles. La fonction expressive de la loi pénale est ainsi affectée par une volonté de satisfaire l'opinion publique à tout prix, au profit d'une fonction plus pédagogique, voire magique, de la loi pénale⁷⁶⁷. Dans certaines incriminations du Livre II, lorsque des valeurs juridiques peuvent être identifiées, celles-ci semblent répondre à des logiques différentes, et être éloignées des valeurs juridiques découlant traditionnellement de la protection de la personne, que nous avons identifiées⁷⁶⁸. Quant à la fonction répressive de la loi pénale, elle est également touchée par une anticipation toujours plus grande de la répression, comme le montrent plusieurs infractions du Livre II du Code pénal, et ce, là encore, afin de répondre à des impératifs différents de la protection des personnes. Ces nouveaux impératifs prennent alors le pas sur l'objectif de protection des personnes, qui est, lui, oublié.

251. Exacerbée, la protection des personnes en ressort diminuée. Le Livre II s'éloigne ainsi du standard de qualité que l'on doit en attendre. La présence en son sein d'incriminations superflues en affecte encore la cohérence. Ce caractère superflu résulte à la fois de la multiplication de doublons entre infractions, et de l'existence d'infractions inutiles du point de vue de la protection de la personne. La pénalisation de certains comportements au-delà du consentement de la victime, bien qu'essentielle pour la protection de certaines valeurs indisponibles, constitue, elle aussi, une manifestation d'une protection des personnes exacerbée. Dans tous

⁷⁶⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, op. cit.*, p. 66.

⁷⁶⁸ V. *supra* n° 43 et suiv.

les cas, face à ces hypothèses, la concentration de la protection de la personne à l'essentiel apparaît nécessaire.

252. Un objectif perdu de vue. À l'étude de certaines incriminations du Livre II du Code pénal, il semble ainsi que l'objectif de protection des personnes soit parfois perdu de vue du fait de l'inadaptation de certaines incriminations à cet objectif. Que ce soit dans les infractions contemporaines, ou dans certaines infractions existant dès l'entrée en vigueur du Code pénal, ces tendances doivent être enrayerées, afin de remettre la personne et sa protection pénale au centre des préoccupations. Finalement, *« seul le retour, sinon à un régime strict, du moins à une préparation mijotée et contrôlée du droit peut enrayer le dévoiement de la loi pénale. Utilisée pour sa dimension symbolique ou pédagogique, la loi pénale n'est plus en effet vue aujourd'hui par le législateur comme l'instrument d'une sanction nécessaire et grave. Les infractions pénales se multiplient ainsi toujours plus vite au point que l'on semble incapable de les dénombrer avec certitude et, ce qui est plus grave, de les harmoniser ou de les concilier »*⁷⁶⁹. L'enrayement de ces tendances contemporaines apparaît alors capital, une protection satisfaisante de la personne en dépendant. Cela apparaît d'autant plus important que la protection de la personne présente par ailleurs certaines lacunes, qu'il convient maintenant d'identifier.

⁷⁶⁹ V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 71.

TITRE 2 : UNE PROTECTION DES PERSONNES EN PARTIE LACUNAIRE

253. Un bouclier percé. Nous avons vu que, dans de nombreux cas, la protection pénale mise en place au sein du Livre II n'était pas adaptée à une protection de la personne véritablement satisfaisante, cet objectif étant alors perdu de vue par le législateur. Il est d'autres cas où, bien que cet objectif ne soit pas oublié, il est possible de constater des lacunes dans cette protection, si bien qu'elle n'est, là non plus, pas satisfaisante.

Pour que la protection de la personne mise en place par le Livre II soit suffisante, il faut que les atteintes pouvant être portées aux valeurs découlant de la personne que nous avons identifiées soient réprimées de façon complète et rigoureuse. Or il ressort que la personne ne bénéficie, dans un certain nombre de domaines, que d'une protection lacunaire, certains comportements n'étant pas incriminés, ou l'étant de façon insuffisante.

À cette incomplétude s'ajoute le fait que la protection des personnes souffre parfois d'une rédaction approximative des incriminations concernées. Dans une matière gouvernée par le principe de légalité, duquel découle l'interprétation stricte de la loi pénale, chaque mot a son importance, et la lettre même des incriminations peut avoir une influence capitale sur l'effectivité de la protection dont bénéficieront les personnes. Il est alors essentiel pour le législateur de veiller à ne pas alimenter les lacunes dans cette protection par des imprécisions rédactionnelles.

Ainsi, la protection des personnes par le Livre II n'apparaît pas comme satisfaisante en raison de lacunes dans la répression de certains

comportements (Chapitre 2), mais aussi dans la rédaction de certaines incriminations (Chapitre 1).

Chapitre 1

Des lacunes dans la rédaction de certaines incriminations

Chapitre 2

Des lacunes dans la répression de certaines incriminations

CHAPITRE 1 : DES LACUNES DANS LA REDACTION DE CERTAINES INCRIMINATIONS

254. Un standard de qualité imposé par le principe de légalité. Pour HOBBS, « *c'est une des grandes parties de la liberté innocente de la société civile et un point nécessaire à chaque citoyen pour bien et heureusement vivre, qu'il n'y ait aucune peine à craindre, si ce n'est celles que l'on peut prévoir et attendre. [...] Lorsque [les peines] ne sont pas définies par les lois, celui qui les transgresse le premier doit attendre une peine indéfinie, ou arbitraire, et le prévenu est tourmenté d'une crainte indéterminée de même que son supplice* »⁷⁷⁰. Par ces propos, HOBBS montrait, dès le XVII^e siècle, toute l'importance du principe de légalité. Ce principe, approfondi notamment par MONTESQUIEU et BECCARIA⁷⁷¹, a pris une dimension véritablement juridique en 1789, avec la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁷⁷².

Principe cardinal du droit pénal, en ce qu'il « *donne à la sanction pénale une certitude qui renforce son pouvoir d'intimidation* » et « *constitue par ailleurs l'une des garanties essentielles de la liberté individuelle* »⁷⁷³, le principe de légalité, dans son volet formel, a une influence certaine sur la rédaction des incriminations. Comme

⁷⁷⁰ T. HOBBS, *Le Citoyen, ou les fondements de la politique*, Flammarion, 1993, Chapitre XIII, § XVI.

⁷⁷¹ A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *op. cit.*, n° 2.

⁷⁷² L'article 5 dispose ainsi que « *Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas* », tandis que l'article 8 prévoit que « *Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* ». Le principe de légalité est aujourd'hui consacré à l'article 111-3 du Code pénal, ainsi que dans divers textes supranationaux, parmi lesquels la Convention européenne des droits de l'Homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁷⁷³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 102.

l'indique Yves MAYAUD, chaque incrimination doit être le « *produit d'une démarche cohérente* », afin qu'elle « *se présente sous les traits d'une proposition « stylisée », qui témoigne d'une certaine stabilité dans l'expression, avec l'avantage de favoriser une bonne lecture et une bonne compréhension des textes* »⁷⁷⁴. Au sens formel, le principe de légalité impose au législateur un certain degré de précision dans la rédaction des incriminations, afin de « *légitimer le pouvoir de punir en soumettant son exercice à une prédétermination textuelle des infractions* »⁷⁷⁵. Cette exigence de précision et de clarté permet alors de limiter au strict nécessaire l'interprétation judiciaire et donc toute forme d'arbitraire.

Au sein du Livre II, le respect de ces exigences formelles conditionne une protection de la personne satisfaisante en ce qu'il assure l'accessibilité et la clarté de la loi, mais aussi leur application constante par les juridictions. Or, pour certaines incriminations, il est possible de constater que ces exigences ne sont pas toujours respectées. Les conséquences sur la qualité de la protection de la personne mise en place par le Livre II sont alors manifestes, qu'elles soient liées à des imprécisions rédactionnelles dans la définition de certaines infractions (Section 1), ou bien aux difficultés qu'a le législateur à mesurer le degré de précision à employer lorsqu'il définit une infraction (Section 2).

SECTION 1 : DES IMPRECISIONS REDACTIONNELLES NEFASTES A LA PROTECTION DES PERSONNES

255. La présence d'imprécisions dans le Livre II. Malgré l'existence et l'importance du contrôle de légalité, de multiples imprécisions sont présentes dans

⁷⁷⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 45.

⁷⁷⁵ A. GIUDUCELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels. », op. cit., p. 509.

le Livre II. Si les mots employés en droit pénal sont une donnée essentielle, l'importance de la lettre semble parfois laissée de côté par le législateur, plus enclin à l'emploi de formulations vagues pour la définition de certaines incriminations (§ 1). Il en résulte des « *textes confus, aux définitions hasardeuses, aux listes de plus en plus longues et pour lesquels seuls les spécialistes de la question sont capables d'identifier les périmètres d'une incrimination* »⁷⁷⁶, ce qui a une influence sur l'effectivité de la protection des personnes au moment de leur application par les juridictions (§ 2).

§ 1 : UNE REDACTION PARFOIS APPROXIMATIVE DES INCRIMINATIONS

256. Les particularités rédactionnelles dans le nouveau Code pénal. L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal a marqué un changement certain du point de vue de la rédaction des incriminations, si bien qu'en comparant ses articles à ceux de l'ancien Code pénal, il était possible de remarquer que « *ces articles ne sont pas très éloignés des anciens textes mais curieusement aucun n'est exactement identique* »⁷⁷⁷. De façon générale, le nouveau Code pénal utilise une sémantique plus objective que l'ancien, les exemples les plus parlants étant l'emploi de l'expression « le fait de » pour introduire une incrimination⁷⁷⁸, ainsi que le changement de vocabulaire en matière de mœurs. Mais ce changement de vocabulaire a conduit le législateur à introduire dans la définition de certaines incriminations du Livre II du Code pénal certaines notions qui présentent des difficultés à être véritablement cernées. Or une infraction n'est pas rédigée de façon suffisamment précise lorsque « *les textes [...] ne*

⁷⁷⁶ J. BOSSAN, « Penser la légalité comme source », in J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LexisNexis, 2017, p. 41.

⁷⁷⁷ P. COUV RAT, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *op. cit.*

⁷⁷⁸ Tandis que le Code pénal de 1810 focalisait davantage le comportement réprimé sur la personne qui l'avait commis, introduisant la définition des incriminations par les expressions « Quiconque aura », ou « Toute personne qui ».

définissent pas ou très peu l'infraction, au point qu'elle pourrait être retenue à l'occasion d'agissements qui ne heurtent pas les valeurs sociales », faisant alors dépendre la répression de l'arbitraire du juge⁷⁷⁹.

257. L'emploi d'expressions vagues. La définition de certaines incriminations du Livre II repose parfois sur des expressions génératrices d'un certain flou dans l'étendue de la protection des personnes. Un auteur met ainsi en évidence « la faiblesse définitionnelle de nombre d'incriminations dont les termes vagues ou ouverts seroent certainement les intérêts de la répression mais méconnaissent l'exigence d'une détermination préalable et précise de ce qui est infractionnel », et estime notamment que « les formules « par quelque moyen que ce soit », « par tout moyen » ou encore « de quelque manière que ce soit » [contribuent] à élargir le potentiel d'application de la norme pénale mais n'en renforcent pas la qualité »⁷⁸⁰. Ces formules vagues se retrouvent par exemple dans la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes avec l'ordre de remplir une condition (article 222-18), le *happy slapping* (article 222-33-3), la propagande ou publicité du suicide (article 223-14), ou encore l'atteinte à la vie privée (article 226-1).

Sont également intéressantes à cet égard les infractions de dissimulation forcée du visage (article 225-4-10), d'exploitation de la mendicité (article 225-12-5) et d'exploitation de la vente à la sauvette, qui, de façon analogue, contiennent des expressions superflues, quant à l'auteur ou la victime de l'infraction. C'est ainsi que l'on peut y trouver des formulations telles que « le fait par quiconque », ou « le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes », ou encore « le fait par quiconque de quelque manière que ce soit ». On peut s'interroger sur l'utilité de ces termes, dont l'ajout semble superflu, étant donné qu'ils n'apportent aucune distinction ou précision permettant de moduler la définition des comportements réprimés. Il semblerait opportun de simplifier la rédaction de ces articles via la

⁷⁷⁹ M. DAURY-FAUVEAU, « Des listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *op. cit.*

⁷⁸⁰ A. GIUDUCELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels. », *op. cit.*

suppression de ces termes, afin de la ramener au strict nécessaire. Cette simplification, conforme aux préconisations de BENTHAM lorsqu'il considérait que « *tout ce qui contribue à la brièveté contribue à la clarté* »⁷⁸¹, participerait, qui plus est, au perfectionnement des infractions de protection des personnes, l'emploi de formulations superflues ne satisfaisant en rien cet objectif. Sur ce point, il est d'ailleurs possible de rejoindre le Doyen CORNU, pour qui « *dans une méditation sur les liens de la forme et du fond il serait permis de rêver naïvement à une forme qui ne fût pas facette, écran ou pacotille mais en toute limpidité miroir de fond* »⁷⁸².

258. Une infraction aux contours vagues en raison d'une rédaction approximative. L'exemple du harcèlement. Depuis sa création, l'incrimination du harcèlement présente un certain flou, malgré les modifications législatives importantes qui y ont été apportées⁷⁸³. La rédaction en vigueur entre 2002 et 2012, célèbre pour son imprécision, fut vivement critiquée⁷⁸⁴ en ce qu'elle reposait sur une notion de harcèlement non définie et non assortie de précisions quant aux circonstances devant l'entourer⁷⁸⁵.

Aujourd'hui, le flou entourant la notion de harcèlement demeure, et est alimenté par le fait que le terme est utilisé pour définir une infraction qui n'est en réalité pas un véritable harcèlement. Dans certains cas, l'article 222-33 n'exige en effet pas la répétition des propos ou comportements constitutifs de l'infraction, alors même qu'une telle répétition est intrinsèque à la notion de harcèlement.

⁷⁸¹ J. BENTHAM, *Oeuvres, op. cit.*, tome 1, Traité de législation civile et pénale, Chap. XXXIII, « Du style des lois ».

⁷⁸² G. CORNU, « Le langage du législateur », *Annales de l'Université de Neuchâtel*, 1977-1978, cité par P. COUV RAT, « Le nouveau code pénal en sa forme », in J. BEAUCHARD, P. COUV RAT (dir.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 91.

⁷⁸³ V. *supra* n° 123.

⁷⁸⁴ P. CONTE, « Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons. À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *op. cit.* ; V. MALABAT, « À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *op. cit.* ; R. PARIZOT, « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », *op. cit.* ; D. GUERIN, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *op. cit.*

⁷⁸⁵ L'article 222-33 disposait que « *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.* »

L'infraction présente au I de cet article inclut dans le harcèlement les hypothèses dans lesquelles plusieurs personnes imposent des propos ou comportements à la victime, même de façon répétée, et l'infraction définie au II indique que sont incriminées les pressions, mêmes non répétées, exercées sur la victime dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles. L'article 222-33 apparaît d'autant plus imprécis qu'il contient des notions difficilement définissables, telles que la dignité⁷⁸⁶ ou l'expression « connotation sexuelle ».

259. La rédaction des infractions sexuelles. Des définitions fondées sur un vocabulaire difficilement définissable. L'expression « connotation sexuelle » employée dans l'infraction de harcèlement sexuel fait écho à d'autres formulations tout aussi vagues que l'on retrouve, de manière constante, dans la définition des infractions sexuelles. Il en est ainsi, par exemple, des termes « acte de nature sexuelle » (articles 222-33 II), d'« atteinte sexuelle » (article 222-22), ou même de « pénétration sexuelle » (article 222-23). Au demeurant, le mode de définition des agressions sexuelles choisi par le législateur, a contrario de celle du viol, apparaît particulièrement imprécis, ce qui semble être source d'une « *grande insécurité juridique* »⁷⁸⁷. Cette codépendance dans les définitions affecte les certitudes que l'on pourrait attendre quant à la définition de ces infractions, d'autant qu'elle repose sur la notion de pénétration propre au viol, qui fait l'objet d'une « *définition lacunaire* »⁷⁸⁸.

La jurisprudence a ainsi pu élargir la notion de pénétration sexuelle à des actes de pénétration « *n'étant pas liés à la conjonction sexuelle* »⁷⁸⁹, mais ayant une

⁷⁸⁶ À propos des difficultés à définir la notion de dignité et de leur influence sur le Livre II, v. *supra* n° 111 et suiv.

⁷⁸⁷ A. CAMUS, « Analyse de l'efficacité répressive de notion de pénétration dans le viol », in A. DARSONVILLE, J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. Santé, qualité de vie et handicap, 2015, p. 67 ; D. DASSA LE DEIST, « Les infractions en matière sexuelle à l'aune du principe de légalité pénale », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 301, p. 4.

⁷⁸⁸ A. CAMUS, « Analyse de l'efficacité répressive de notion de pénétration dans le viol », *op. cit.*, p. 67.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 72.

simple connotation sexuelle⁷⁹⁰. Un exemple parlant des difficultés à définir les termes « pénétration sexuelle » peut être trouvé en jurisprudence, concernant des actes a priori constitutifs de viol, mais dont la nature sexuelle peut être mise en cause. C'est ainsi qu'un arrêt du 9 décembre 1993 a refusé la qualification de viol à une pénétration anale par un bâton, au motif que l'auteur ne poursuivait pas des visées sexuelles, mais un but d'extorsion de fonds⁷⁹¹. A contrario, un arrêt du 6 décembre 1995 a cependant accordé la qualification de viol à des actes analogues, en déduisant la nature sexuelle de la pénétration de la présence d'un préservatif sur le bâton⁷⁹². Ces arrêts marquent ainsi une bascule vers le critère de la nature sexuelle du but poursuivi par l'auteur, sans que cela n'apporte davantage de sécurité juridique que la recherche des critères identifiés précédemment, à savoir une pénétration sexuelle ou une pénétration à connotation sexuelle. Cette tendance jurisprudentielle a également eu pour effet d'ajouter une forme de dol spécial dans l'infraction de viol. Un auteur note ainsi que « *ce critère insidieux est de plus particulièrement large, puisque les juges jouent facilement de l'incertitude entourant le caractère sexuel pour appliquer le texte à leur guise* »⁷⁹³. Un arrêt postérieur est cependant venu contredire cette tendance, considérant qu'un acte présentant manifestement une connotation sexuelle ne constituait pas un viol, au motif que « *pour être constitutive d'un viol, la fellation implique une pénétration par l'organe sexuel masculin de l'auteur, et non par un objet le représentant* »⁷⁹⁴.

Dans tous les cas, qu'il soit question de connotation sexuelle, ou de nature sexuelle, les incertitudes liées au vocabulaire employé dans les infractions sexuelles entraînent une certaine instabilité qui nuit à l'effectivité de la protection de la

⁷⁹⁰ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 183 ; D. DASSA LE DEIST, « Les infractions en matière sexuelle à l'aune du principe de légalité pénale », *op. cit.* V. à titre d'exemple Cass. crim., 24 juin 1987, n° 86-96712.

⁷⁹¹ Cass. crim., 9 décembre 1993, n° 93-8144.

⁷⁹² Cass. crim., 6 décembre 1995, n° 95-84881.

⁷⁹³ A. CAMUS, « Analyse de l'efficacité répressive de notion de pénétration dans le viol », *op. cit.*, p. 78.

⁷⁹⁴ Cass. crim., 21 février 2007, n° 06-89543.

personne en la matière. Les multiples dérives jurisprudentielles que nous avons identifiées mettent en évidence le besoin de clarifier ce vocabulaire.

§ 2 : DES APPROXIMATIONS AYANT DES CONSEQUENCES SUR L'APPLICATION DES INCRIMINATIONS

260. La nécessité d'une rédaction satisfaisante. Le principe de légalité impose un certain standard quant à la forme de la loi pénale. Comme le souligne le professeur MAYAUD, « *la lettre renvoie à tout ce qui conditionne l'infraction dans ses données explicites, avec pour assise la formule même de l'incrimination, ses substantifs, ses qualificatifs, ses verbes et adverbess, sa ponctuation, et le nombre de ses alinéas... Le respect de la loi impose de ne rien négliger des énoncés qui en alimentent le contenu* »⁷⁹⁵. Imposer certaines qualités à la loi pénale, via le principe de légalité, n'a cependant de véritable sens que si le juge s'astreint également à un certain nombre d'obligations au moment de l'interpréter. C'est la raison pour laquelle l'article 111-4 du Code pénal énonce le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Selon ce principe, « *le juge ne doit évidemment pas s'écarter d'un texte dont le sens est clair, mais il doit dans le cas contraire, tendre à dégager tout le sens de la norme, sans y ajouter ou y retrancher, en l'adaptant le cas échéant à l'évolution des techniques* »⁷⁹⁶. Le juge ne peut donc ajouter à la loi pénale, sous couvert de l'interpréter. Il ne peut pas non plus adopter une conception large des incriminations. À l'inverse, il ne doit pas enlever à la loi, une interprétation stricte n'étant pas une interprétation restrictive. En somme, il appartient au juge de donner à la loi toute sa portée, tout son sens.

Si l'interprétation de la loi pénale est nécessaire, elle peut cependant parfois être porteuse d'un certain arbitraire qu'il convient d'éviter⁷⁹⁷. La qualité de la

⁷⁹⁵ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 159.

⁷⁹⁶ A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *op. cit.*, n° 29.

⁷⁹⁷ Un auteur insiste ainsi sur la prévisibilité que doit revêtir l'interprétation : « *Pour éviter l'arbitraire de l'interprétation, il faut admettre que le recours à l'intention du législateur n'est concevable que si elle participe de la prévisibilité de l'interprétation. C'est finalement le sens de l'article 111-4 du*

rédaction des incriminations du Livre II par le législateur prend alors toute son importance. En effet, parce que l'application qui en est faite par les juridictions doit être stricte, la qualité de la rédaction de ces incriminations apparaît essentielle et conditionne cette application et, par là même, l'étendue de la protection pénale accordée aux personnes. Or cette qualité n'est pas toujours « au rendez-vous », comme le montrent plusieurs infractions du Livre II, en ce qu'elles contiennent des imprécisions ou des approximations dans leur rédaction qui ont une influence sur leur application effective.

261. Appels téléphoniques malveillants. L'infraction d'appels téléphoniques malveillants en constitue un premier exemple. Dans un arrêt de 2018, la Cour de cassation a eu une interprétation originale, sans doute erronée, de l'article 222-16 du Code pénal⁷⁹⁸. Elle a en effet considéré que la précision contenue dans le texte et relative à l'intention de troubler la tranquillité d'autrui ne s'appliquait qu'aux agressions sonores et non aux appels téléphoniques malveillants. Un changement de ponctuation et de structure de phrase, opéré par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, est à l'origine de cette interprétation. Avant cette loi, l'article 222-16 visait « *les appels téléphoniques malveillants ou les agressions sonores, réitérés en vue de troubler la tranquillité d'autrui* ». Mais, depuis cette loi, il mentionne « *les appels téléphoniques malveillants réitérés, les envois réitérés de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui* ». Ce changement peut laisser penser que la condition de réitération est exclusive aux appels téléphoniques malveillants, alors que la condition de troubler la tranquillité d'autrui est, elle, exclusive aux agressions sonores, et donc que le dol spécial contenu dans ce texte ne s'applique plus qu'aux agressions sonores.

code pénal qui devrait disposer que « la loi pénale est d'interprétation prévisible » ». V. J.-C. SAINT-PAU, « L'interprétation des lois », RSC, 2015, n° 34, p. 272.

⁷⁹⁸ Cass. crim. 28 mars 2018, n° 17-81.232, Y. MAYAUD, « Les appels téléphoniques malveillants, une affaire de ponctuation ? », RSC, 2018, p. 409.

Pourtant, la réécriture de cette incrimination visait surtout à mettre fin à des incertitudes liées à la condition de réitération. Yves MAYAUD explique ainsi que « *la réitération était commune aux deux hypothèses alors visées par le texte, à savoir les appels téléphoniques malveillants et les agressions sonores. Face aux difficultés d'application soulevées par ces dernières, le choix a été fait de ne plus les rendre tributaires de cette condition, ce qui s'est soldé par un déplacement du participe passé « réitéré », afin qu'il soit exclusivement affecté aux appels téléphoniques* »⁷⁹⁹. Dès lors, il n'est pas possible d'affirmer que, par cette modification, le législateur ait également eu l'intention de modifier l'étendue du dol spécial. Il apparaît pour le moins fâcheux qu'un simple déplacement de virgule puisse entraîner des incertitudes sur la répression, alors même que les mots employés n'ont pas changé. Une telle conséquence, inéluctable en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, montre toute l'importance de la minutie avec laquelle le législateur doit opérer lorsqu'il rédige des incriminations.

262. Atteintes à la vie privée. Des approximations dans la rédaction de certaines infractions d'atteinte à la vie privée peuvent également être constatées. Celles-ci sont apparues à la suite de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, créant l'infraction de *revenge porn*⁸⁰⁰, dont la rédaction à l'article 226-2-1 rend incertaine son articulation avec celles prévues aux articles 226-1 et 226-2.

L'article 226-1 constitue en effet l'infraction principale d'atteinte à la vie privée. Il réprime la captation, la fixation, l'enregistrement ou la transmission de l'image d'une personne ou de paroles prononcées par celle-ci, sans son consentement. L'article 226-2 prévoit, quant à lui, une infraction complémentaire, sanctionnant « *le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1* ». À la suite de ces deux articles, l'alinéa 2 de l'article 226-2-1 incrimine, depuis 2016, des actes similaires à

⁷⁹⁹ *Ibidem*.

⁸⁰⁰ À propos de la lacune comblée par la création de cette infraction, v. *infra* n° 296.

ceux visés par l'article 226-2 lorsque les paroles ou les images portées à la connaissance du public présentent un caractère sexuel. La raison d'être de cet article est l'incrimination de la diffusion de tels contenus sans le consentement de la victime, alors qu'ils ont été recueillis avec son consentement.

Cependant, la rédaction de ce texte laisse planer une ambiguïté, liée à l'emploi de la formule « à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1 », qui décrit la manière dont les images ou paroles doivent avoir été recueillies. Un auteur explique la confusion créée par cette formule de la façon suivante : « l'on peut [...] tenir pour certain que cette locution, qui figure dans les deux dispositions [aux articles 226-2-1 et 226-2], a nécessairement le même sens dans chacune d'elles. Or, si - comme le dit l'article 226-2-1, alinéa 2nd - un document ou un enregistrement peut être obtenu tout à la fois « à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1 » et « avec le consentement » de la personne, cela signifie que la formule « à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1 » n'implique pas par elle-même l'absence de consentement de l'intéressé »⁸⁰¹. Une alternative apparaît ainsi : soit l'article 226-2 ne se limite pas aux contenus recueillis sans le consentement de la victime, et l'article 226-2-1 est alors inutile puisque son incrimination fait doublon avec celle de l'article 226-2⁸⁰² ; soit l'article 226-2 ne concerne que les contenus captés sans le consentement de la victime et l'article 226-2-1 est dédié à ceux captés avec son consentement. Dans cette dernière hypothèse, cela signifierait que la même expression, employée dans deux articles se suivant, présente deux significations complètement opposées.

Ces approximations rédactionnelles commises par le législateur peuvent avoir des conséquences sur l'application de cette incrimination, et partant sur la protection effectivement accordée aux personnes ; d'autant que les deux interprétations que nous avons citées peuvent a priori être retenues, la première

⁸⁰¹ S. DETRAZ, « Les nouvelles dispositions réprimant les atteintes à l'intimité sexuelle : faire compliqué quand on peut faire simple », *RSC*, 2016, n° 28, p. 741.

⁸⁰² Dans cette hypothèse, l'utilité d'une aggravation de la peine ne pourrait pas être retenue, la peine étant la même du fait d'une application de l'article 226-2-1 alinéa 1^{er}, qui double la peine de l'article 226-2 dans l'hypothèse de contenus à caractère sexuels, la rendant identique à celle de l'infraction située à l'alinéa 2 de l'article 226-2-1.

correspondant à une interprétation littérale et la seconde à une interprétation téléologique.

263. Usurpation d'identité. La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 a introduit à l'article 226-4-1 du Code pénal l'incrimination de l'usurpation d'identité. La rédaction de cet article comporte, là encore, des imprécisions obligeant les juridictions à en déterminer les contours exacts. Les doutes naissent en particulier quant à l'acte visé, le texte réprimant le fait d' « *usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier* ». Une telle rédaction aboutit de façon certaine à une situation dans laquelle c'est finalement le juge qui décide de l'étendue de la protection pénale accordée à la personne. L'étendue de cette protection est, en effet, en premier lieu, tributaire de la teneur donnée à l'acte lui-même : les termes « *faire usage* » étant « *suffisamment imprécis pour se prêter à de larges applications* »,⁸⁰³. L'étendue de la protection dépend, en second lieu, des éléments compris dans la notion d'identité ainsi que dans celle des données, celles-ci pouvant être « *de toute nature* », du moment qu'elles permettent d'identifier la victime. Certes, s'il n'est pas critiquable en soi que le législateur ne détaille avec précisions tous les éléments qu'il vise, une telle complétude étant à la fois utopique et contre-productive, il reste que le flou entourant le contenu de la notion d'identité, ainsi que l'expression « *données de toute nature* » peuvent permettre au juge une interprétation large de ces textes. Selon une auteure, le juge pourrait ainsi opter pour une définition large de l'identité, comprenant des éléments tels que la filiation, le nom, le domicile, la profession, la situation matrimoniale, considérant que « *la façon dont, à partir de ces éléments, l'individu se perçoit et dont il veut qu'autrui le perçoive nourrit [...] son sentiment d'identité* »⁸⁰⁴. Cette même auteure recommande cependant une définition plus restreinte, limitée au « *nom, surnom ou pseudonyme utilisé sur l'internet* »⁸⁰⁵. Le choix final entre ces deux

⁸⁰³ A. LEPAGE, « Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation », *JCP G*, 2011, doct. 913, qui note qu'« il appartiendra au juge pénal d'en faire une interprétation mesurée ».

⁸⁰⁴ *Ibid.*, n° 7.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, n° 10.

interprétations, et d'autres, appartenant au juge, l'on voit bien en quoi celui-ci détermine, là encore, l'étendue de la protection pénale accordée à la personne lorsque la rédaction retenue par le législateur contient des imprécisions.

SECTION 2 : UNE PRECISION REDACTIONNELLE DELICATE A METTRE EN ŒUVRE

264. Un degré de précision à identifier. À la lecture des définitions des incriminations du Livre II, il apparaît que certaines d'entre elles ne sont pas en totale conformité avec l'exigence de précision et de clarté de la loi issue du principe de légalité des délits et des peines. Mais la mise en œuvre de cette exigence apparaît délicate pour le législateur, qui doit trouver le juste milieu entre des notions floues (§ 1) et des excès de précision paradoxalement nocifs (§ 2).

§ 1 : DES NOTIONS DIFFICILEMENT SAISSABLES A LA BASE DE CERTAINES INFRACTIONS

265. L'emploi de la notion de vulnérabilité. Au sein du Livre II, le législateur a parfois fondé la définition de certaines infractions sur des notions aux contours difficilement identifiables. Parmi ces notions, il est d'abord possible de citer celle de vulnérabilité. La vulnérabilité est une notion difficile à définir, en ce qu'il s'agit d'un statut de la personne, dont les manifestations varient selon les individus, et qui présente ainsi une part de subjectivité. C'est une notion intrinsèquement instable, variable, sur laquelle il est donc malaisé de fonder une répression. Cette notion apparaît d'autant plus relative que, comme l'indique un auteur, elle « *n'existe que dans une relation. En effet, la vulnérabilité n'est pas simplement la faiblesse, elle est une*

faiblesse exposée à une force démesurée »⁸⁰⁶. Ce même auteur note par ailleurs que « *ce concept ne peut pas être juridique car il est totalement relatif et subjectif. L'homme est par nature vulnérable du fait, tout simplement, de sa condition humaine. Et c'est parce qu'il est vulnérable qu'il est un être social et que naît le droit* »⁸⁰⁷. C'est la raison pour laquelle il est impossible de donner un contenu objectif à la notion de vulnérabilité, celle-ci s'appréciant nécessairement en fonction de la relation en cause, et ne découlant pas automatiquement d'un critère objectif tel que l'âge ou la maladie, la vulnérabilité pouvant être qualifiée de « *simple sentiment qui, par nature, est trop diffus, pour être conceptualisé* »⁸⁰⁸.

Au sein du Livre II, la notion de vulnérabilité se retrouve en tant que circonstance aggravante à de multiples occurrences, mais également dans la définition d'infractions telles que l'abus de faiblesse, ou le recours à la prostitution. Dans ces infractions, la vulnérabilité de la personne est précisée par une énumération des causes qu'elle peut avoir, à savoir une maladie, une infirmité, un handicap ou un état de grossesse en matière de prostitution (article 225-12-1), et l'âge, une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique, ou un état de grossesse pour l'abus de faiblesse (article 223-15-2). Des causes qui ne sont pas identiques dans les deux infractions, ce qui est source d'incohérences.

De prime abord, face au flou entourant la notion de vulnérabilité, le recours à des critères pour en définir les contours permet de la baser sur des données plus objectives. Les incertitudes demeurent cependant lorsque l'on constate que l'énumération de ces critères varie d'une infraction à l'autre, de sorte que la vulnérabilité n'a pas les mêmes contours selon le comportement de l'agent. Le critère de l'âge n'est ainsi pas présent dans l'infraction de recours à la prostitution. Il semble donc que le recours à la prostitution d'une personne vulnérable en raison

⁸⁰⁶ X. PIN, « La vulnérabilité en matière pénale », in F. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 122.

⁸⁰⁷ X. PIN, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *Rev. Pénit.*, 2011, p. 97.

⁸⁰⁸ X. PIN, « La vulnérabilité en matière pénale », *op. cit.*, p. 124.

de son âge avancé ne soit pas incriminé, contrairement à des situations qui nous paraissent pourtant analogues dans lesquelles la vulnérabilité de cette personne serait due par exemple à une maladie ou à un état de grossesse⁸⁰⁹. Une autre différence peut être remarquée entre le recours à la prostitution et l'abus de faiblesse, la première infraction mentionnant un handicap, là où la seconde fait état d'une déficience physique ou psychique. Il n'est pas sûr que les deux notions aient les mêmes contours, celle de déficience paraissant plus large. Quoiqu'il en soit, on peut douter de l'opportunité de consacrer de telles disparités entre différentes infractions, les incertitudes entourant la notion de vulnérabilité en sortant amplifiées. Il convient à ce titre de noter que les circonstances aggravantes employant la notion de vulnérabilité privilégient une énumération similaire à celle de l'abus de faiblesse, rendant les critères choisis pour définir la vulnérabilité en matière de recours à la prostitution d'autant plus surprenants.

266. La notion d'autrui. Parmi les infractions du Livre II, nombreuses sont celles qui emploient le terme « autrui » pour désigner la victime. Face aux difficultés à définir la personne protégée par le Livre II que nous avons mises en évidence⁸¹⁰, l'emploi de ce terme n'apparaît pas apporter les précisions satisfaisantes quant à la désignation de la victime. Sa définition est en effet délicate. Une auteure note par exemple que ce terme peut être considéré comme un synonyme de « personne », ce qui n'apporte que peu de précisions eu égard aux difficultés à en appréhender les contours. L'étymologie du mot ne permet guère cependant d'en savoir plus, puisqu'elle renvoie au latin *altrui* et *alter*, qui désigne l'autre. On peut néanmoins en tirer la conclusion de la nécessité de distinguer l'auteur de l'infraction et la victime : lorsqu'autrui est visé, l'infraction ne peut a priori pas être commise sur soi-même.

⁸⁰⁹ La question ne se pose pas pour l'hypothèse d'un âge faible, les mineurs étant spécifiquement visés tant par l'abus de faiblesse que par le recours à la prostitution. Le critère de l'âge spécifiquement visé dans l'infraction d'abus de faiblesse a donc pour but de désigner les victimes les plus âgées.

⁸¹⁰ V. *supra* n° 22 et suiv.

Quant aux dictionnaires, ils semblent désigner par autrui ceux qui appartiennent à la même catégorie que nous, à la même espèce⁸¹¹.

Par ailleurs, l'emploi du terme autrui dans le Livre II pose la question de la variabilité du vocabulaire qui y est employé pour désigner la personne, le législateur visant alternativement, selon les infractions, « autrui »⁸¹², « une personne »⁸¹³, « la personne d'autrui »⁸¹⁴, ou encore les « êtres humains »⁸¹⁵. Il serait opportun d'harmoniser ce vocabulaire, les différences entre les termes utilisés n'étant pas évidentes, d'autant qu'ils ne sont pas définis.

La problématique de l'homicide involontaire de l'enfant à naître permet de le montrer, les difficultés à définir le terme autrui ayant des conséquences sur l'application jurisprudentielle de l'infraction⁸¹⁶. Mais l'infraction de viol constitue un autre exemple parlant des conséquences que peut avoir le flou entourant cette notion. Avant la réécriture de l'incrimination par la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, l'utilisation du terme autrui avait pour effet de limiter la protection de la personne, puisque l'acte de pénétration sexuelle commis sur la personne de l'auteur ne pouvait être pris en compte⁸¹⁷. Des incertitudes subsistaient cependant, notamment dues à des hésitations jurisprudentielles. C'est ainsi qu'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 16 décembre 1997 avait accordé la qualification de viol à un cas de pénétration commise sur l'auteur, jugeant que « *tout acte de fellation constitue un viol au sens des articles précités, dès lors qu'il est imposé par violence, contrainte, menace ou surprise, à celui qui le subit ou à celui qui le pratique* »⁸¹⁸.

⁸¹¹ M. DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC*, 2007, p. 461.

⁸¹² V. par exemple les articles 221-1, 221-6, 222-32.

⁸¹³ V. par exemple les articles 222-1, 223-3, 223-5.

⁸¹⁴ V. par exemple l'article 222-23.

⁸¹⁵ V. par exemple l'article 225-4-1.

⁸¹⁶ À propos de la jurisprudence développée en la matière, v. *supra* n° 27. À propos de la nécessité de protection de l'enfant à naître dans le Livre II, v. *infra* n° 302 et suiv.

⁸¹⁷ À propos des lacunes présentées par l'infraction de viol avant 2018, v. *infra* n° 293.

⁸¹⁸ Cass. crim., 16 décembre 1997, n° 97-85455 ; Y. MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem et... contra rationem », *D.*, 1998, p. 212.

Un revirement avait par la suite été opéré, posant le principe selon lequel « *l'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime* »⁸¹⁹. À ces hésitations jurisprudentielles s'ajoutaient des analyses doctrinales divergentes, pour certains auteurs les hypothèses de pénétrations commises sur l'auteur du viol pouvant relever de l'infraction sous son ancienne rédaction, en raison du fait que « *l'incrimination de viol vise à prohiber la prise de possession du sexe d'une personne dans un but charnel, soit « autrui », sans son consentement* »⁸²⁰. Ainsi, « *« commis sur autrui » signifierait alors commis sans le consentement de l'autre* »⁸²¹, et non commis sur un autre. S'il n'est pas certain qu'une telle interprétation soit véritablement en accord avec le texte, une telle analyse montre bien la malléabilité du terme autrui.

Depuis 2008 ces incertitudes concernant l'application de l'infraction de viol à ces situations n'ont plus lieu d'être. Ces éléments confirment toutefois toutes les conséquences de l'emploi du terme autrui sur la protection effective de la personne. Il nous semble que pour parvenir à une rédaction de meilleure qualité des incriminations du Livre II, le législateur devrait harmoniser la terminologie utilisée pour désigner la personne au sein de ces textes, et employer un vocabulaire plus précis, quitte à définir davantage les notions telles qu'« autrui ». Une telle harmonisation aurait le mérite de mettre fin aux hésitations qui peuvent actuellement exister, amenant par là même une meilleure sécurité juridique dans la protection des personnes.

267. Les limites au caractère bénéfique du flou de certaines notions. Les imprécisions que nous venons de mettre en évidence ne doivent pas occulter le fait qu'il n'est pas nécessaire pour le législateur de s'adonner à une liste précise de l'ensemble des actes composant les éléments constitutifs de chaque incrimination. Une telle démarche reviendrait en effet soit à trop restreindre le champ de la

⁸¹⁹ Cass. crim., 21 août 2011, n° 01-84024.

⁸²⁰ M.-H. GOZZI, « Une fellation imposée n'est plus un viol », *D.*, 2002, p. 1803.

⁸²¹ A. CAMUS, « Analyse de l'efficacité répressive de notion de pénétration dans le viol », *op. cit.*, p. 76.

répression, soit à devoir adopter une longue liste de comportements englobés par l'infraction, en courant le risque évident d'en oublier, et de ne pas pouvoir s'adapter aux évolutions de la délinquance. On peut par exemple citer les infractions de violence, d'actes de torture et de barbarie, d'exhibition sexuelle, de corruption de mineurs⁸²², mais aussi de délaissement, de provocation au suicide, ou d'abus de faiblesse, qui sont des infractions n'étant pas parfaitement définies. Comme l'indique la doctrine, « *quelques incriminations contiennent des notions qui ne sont pas définies parce que le législateur a préféré s'en remettre au juge afin qu'il détermine lui-même, en fonction de l'opportunité sociale ou de l'évolution des mœurs, quel est le comportement interdit* »⁸²³. Ainsi, dans le cas des infractions contre la vie ou l'intégrité physique, le législateur « [dote] ces infractions d'un acte assez largement défini afin que le moins de comportements possible ne passe entre les mailles du filet répressif »⁸²⁴.

Mais cette justification donnée à l'absence de définition précise de certaines infractions ne sont pas satisfaisantes pour la professeure RASSAT, en particulier en matière de violences. Elle reproche en effet au nouveau Code pénal d'avoir employé le terme vague de « violences » sans le définir, par opposition à l'ancien Code pénal qui distinguait les coups, blessures, violences et voies de fait⁸²⁵. Elle note ainsi qu'« *il est de mauvaise technique législative d'employer, pour désigner un ensemble de comportements, un mot auparavant employé pour un seul aspect de ceux-ci* »⁸²⁶. D'ailleurs, la jurisprudence a repris la ligne élaborée sous l'empire des anciennes dispositions pour délimiter la notion de violences, se servant du flou entourant celle-ci pour l'élargir à l'ensemble des hypothèses énumérées par l'ancien Code pénal. La professeure RASSAT met cependant en évidence la dérive découlant du fait de fonder l'infraction de violences exclusivement sur cette notion, notant que « *la*

⁸²² M. DAURY-FAUVEAU, « Des listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *op. cit.*

⁸²³ *Ibidem.*

⁸²⁴ M.-A. RAYMOND, « Les infractions de résultat », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, vol. 1, Cujas, 2011, p. 54.

⁸²⁵ Articles 309 et suivants de l'ancien Code pénal.

⁸²⁶ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, *op. cit.*, p. 404.

définition floue du mot violence permet, [...] à certaines décisions, d'utiliser abusivement cette infraction comme une incrimination à tout faire, qu'on peut employer à la place d'autres qualifications jugées, par rapport aux faits en cause, soit trop sévères, soit trop clémentes »⁸²⁷. L'on voit à travers cet argument en quoi l'emploi de notions floues, comme celle de violence, peut affecter la qualité de la protection des personnes. Au-delà du cas des violences, les exemples que nous avons cités montrent en quoi la protection de la personne revêt un caractère parfois incertain, du fait des imprécisions dans la rédaction de certaines incriminations. Preuve que l'équilibre n'est cependant pas aisé à atteindre pour le législateur, ce dernier a également parfois tendance à verser dans l'excès de précision.

§ 2 : DES EXCES DE PRECISION PARADOXALEMENT NOCIFES

268. Différenciation entre précision nécessaire et excès de précision nocifs.

La précision peut être définie comme la « rigueur dans la pensée », ou comme un « détail précis qui apporte une plus grande information »⁸²⁸. En tant que conséquence du principe de légalité, la précision apparaît comme une exigence, car « la loi pénale ne se contente pas de disposer que tel acte est punissable, elle indique dans quelles conditions il pourra être puni ; elle en définit les éléments constitutifs particuliers »⁸²⁹. Mais il convient de noter que les exigences de forme applicables à la loi pénale sont également des exigences de clarté. Or, dans la rédaction de certaines incriminations, le législateur a parfois atteint un degré de précision trop important, qui nuit à leur clarté. C'est ainsi que « le législateur adopte parfois des textes dont la rédaction alambiquée et complexe montre qu'il veut enserrer le juge dans un cadre étroit, au point qu'on peut se poser légitimement la question de savoir s'il n'aurait pas mieux

⁸²⁷ *Ibidem*.

⁸²⁸ V° Précision, *Le grand Larousse illustré* - Éd. 2019, Larousse, 2018.

⁸²⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 131.

valu éviter de créer l'infraction »⁸³⁰. À cet égard, plusieurs exemples d'excès de précision peuvent être pris. C'est le cas de l'infraction actuelle de harcèlement, dont nous avons déjà mentionné la complexité des modalités d'application liée à sa nouvelle rédaction⁸³¹. L'on peut également citer l'infraction d'exposition d'autrui à un risque, à propos de laquelle plusieurs auteurs notent la complexité de la définition, jugeant le texte « *alourdi d'adverbes, farci d'adjectifs, lesté de circonstanciels* »⁸³².

269. L'exemple de l'abus de faiblesse. Au-delà des infractions que nous venons de citer, il est possible de s'arrêter plus longuement sur le cas de l'abus de faiblesse, dont la définition « *échappe à tout sens discernable* »⁸³³ du fait de l'obscurité du langage employé, et de l'inutilité de certaines précisions. Dans cette incrimination, la mention expresse du mineur n'apparaît en effet pas nécessaire, à partir du moment où le texte précise que la vulnérabilité de la victime peut être caractérisée par son âge, qu'il soit trop jeune ou trop avancé. De plus, une auteure note que l'exigence tenant au fait que la vulnérabilité doit être apparente ou connue de l'auteur est redondante par rapport à la notion d'abus et au caractère intentionnel de l'infraction, qui suppose la volonté de profiter de la faiblesse de la victime⁸³⁴. La même auteure ajoute que la précision des causes possibles de vulnérabilité n'est pas nécessaire et participe au manque de clarté du texte, puisqu' « *elles sont si larges qu'on en n'imagine difficilement d'autres* »⁸³⁵.

270. L'exemple des discriminations. La définition de l'infraction de discrimination, présente à l'article 225-1, présente des tendances analogues à l'excès de précision. Cette définition, introduite par la formule « *Constitue une discrimination*

⁸³⁰ M. DAURY-FAUVEAU, « Des listes définitoires de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *op. cit.*

⁸³¹ V. *supra* n° 185.

⁸³² J. CEDRAS, « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.*, 1995, p. 18. Dans le même sens, v. M. DAURY-FAUVEAU, « Des listes définitoires de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *op. cit.*

⁸³³ M. DAURY-FAUVEAU, « Des listes définitoires de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *op. cit.*

⁸³⁴ *Ibidem.*

⁸³⁵ *Ibidem.*

toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de », se poursuit en effet par l'énumération de l'ensemble des motifs de discrimination, actuellement au nombre de vingt-trois. La liste ne fait d'ailleurs que s'allonger, puisque huit modifications peuvent être dénombrées depuis 1994, certaines d'entre elles ayant ajouté plusieurs motifs. Une telle énumération de l'ensemble des motifs discriminatoires n'est peut-être pas très heureuse. Un auteur, à l'occasion des ajouts opérés par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, juge ainsi la liste de l'article 225-1 « déjà très fournie », et plaide pour « une généralisation du texte, visant « tout motif discriminatoire » », notant que la symbolique de l'infraction n'en serait que renforcée, du fait de l'incrimination de l'ensemble des discriminations⁸³⁶. Le principe de légalité n'en serait, par ailleurs, pas atteint à condition que les actes constitutifs des discriminations soient précisés.

271. L'exemple de l'eugénisme. L'infraction d'eugénisme peut constituer un dernier exemple des excès de précisions commis par le législateur au sein du Livre II. L'article 214-1 sanctionne « *le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes* ». Or, une auteure met bien en évidence le fait que dans cette incrimination, certaines précisions rendent imprécise la définition de l'infraction⁸³⁷. La précision consistant à dire que la pratique eugénique doit tendre à l'organisation de la sélection des personnes contredit en effet l'acte décrit, qui suppose la mise en œuvre de cette pratique, entraînant une sélection des personnes avérée ou tentée. Pour cette auteure, la précision n'était pas utile, puisque par définition, une pratique eugénique tend à la sélection des personnes. À cette inutilité s'ajoute donc, là encore, l'effet néfaste de l'excès de précision, qui rend ainsi l'élément matériel de l'infraction « *relativement incertain* »⁸³⁸.

⁸³⁶ J.-B. PERRIER, « L'adaptation des incriminations », *RSC*, 2017, p. 373.

⁸³⁷ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 20.

⁸³⁸ *Ibidem*.

272. Conclusion du Chapitre 1. Au vu de tous ces éléments, la qualité rédactionnelle du Livre II apparaît parasitée par de multiples lacunes. L'usage, par le législateur, de formulations vagues voire pléonastiques, qui n'apportent rien à la qualité des incriminations, dessert avec évidence la clarté d'ensemble du Livre II. L'exemple des infractions sexuelles que nous avons mis en avant est à ce titre parlant, le vocabulaire employé en la matière étant source de difficultés dans la recherche d'une définition précise de ces incriminations. Ces imprécisions ont des conséquences certaines sur la qualité de la protection effective des personnes par le Livre II, la rédaction des incriminations conditionnant par la suite l'application qui en est faite par les juridictions. L'on voit alors en quoi « *l'habit a son importance et la forme n'est pas seulement l'accessoire* »⁸³⁹. C'est ainsi que pour certaines incriminations, telles que les appels téléphoniques malveillants ou les atteintes à la vie privée, les approximations rédactionnelles ont une influence manifeste sur la mise en œuvre des infractions. Au-delà de la qualité rédactionnelle de certaines incriminations, nous avons également identifié des hypothèses dans lesquelles certaines d'entre elles reposent sur des notions vagues difficilement définissables. Il en est ainsi notamment des notions de vulnérabilité, ou d'autrui. L'emploi de ces notions pour la définition de certaines infractions va alors à l'encontre de l'exigence de précision de la loi qu'impose le principe de légalité. Ces faiblesses formelles tendent, qui plus est, à s'accroître. Une auteure relie d'ailleurs ce manque de précision à l'inflation législative, notant que « *la déferlante législative ne permet plus de prendre le temps nécessaire pour rédiger des lois dont les termes seraient suffisamment précis pour répondre aux exigences du principe de légalité* »⁸⁴⁰. Cela étant, si une plus grande précision dans la rédaction des incriminations semble être nécessaire pour améliorer la qualité du Livre II, et donc la protection des personnes, il est également possible d'identifier des hypothèses dans lesquelles c'est, paradoxalement, une trop grande précision qui nuit à la clarté des incriminations. Il semble alors qu'en matière

⁸³⁹ P. COUV RAT, « Le nouveau code pénal en sa forme », *op. cit.*, p. 90.

⁸⁴⁰ A. DARSONVILLE, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 40.

de qualité rédactionnelle, comme souvent, toute la difficulté soit de trouver un juste équilibre.

CHAPITRE 2 : DES LACUNES DANS LA REPRESSION DE CERTAINES INCRIMINATIONS

273. La nécessité d'ajustements constants. Une protection complète de la personne suppose la répression des atteintes les plus graves aux valeurs liées à la personne devant être protégées. La répression de ces atteintes est bien souvent assurée par le législateur au sein du Livre II, mais elle ne l'est pas toujours : la lecture du Livre II faisant ressortir des lacunes dans la répression, et partant, dans le dispositif de protection pénale de la personne.

Ces lacunes se révèlent fréquemment à la suite de cas particuliers ayant eu des difficultés à être appréhendés par les infractions existantes. Elles peuvent également être générées par les évolutions de la criminalité, notamment du fait de la généralisation et du perfectionnement de nouveaux procédés technologiques, lesquels peuvent donner naissance à de nouveaux types d'atteintes à des valeurs essentielles liées à la personne, qui ne sont pas nécessairement punissables par le droit existant. Se crée alors un besoin constant pour le législateur de s'adapter à ces évolutions et d'insérer dans le Livre II de nouvelles incriminations, lorsque cela est nécessaire.

Certains auteurs regrettent que le Code pénal soit toujours en retard face aux évolutions de la société, conduisant le législateur à s'empressement de rattraper les nouvelles formes de criminalité, et ainsi adopter des lois en urgence de moindre qualité⁸⁴¹. Cependant, comme l'exprime le professeur MAYAUD, l'idée selon laquelle « *le fait a toujours une longueur d'avance sur le droit* »⁸⁴² est inéluctable. En effet, si des

⁸⁴¹ M. MASSE, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *Un droit pénal postmoderne ?*, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁴² Y. MAYAUD, « Le Code pénal, une réforme toujours en cours », *op. cit.*, p. 143.

lacunes dans la répression peuvent parfois être décelées dès l'apparition de certaines infractions, d'autres sont au contraire impossibles à prévoir et ne peuvent alors être comblées qu'a posteriori. Ainsi, on ne peut que constater la persistance de lacunes dans la protection pénale de la personne par le Livre II (Section 2), et ce malgré une volonté constante du législateur de les combler (Section 1).

SECTION 1 : UNE VOLONTE CONSTANTE DE COMBLER LES LACUNES DANS LA REPRESSION

274. Des rectifications constantes. La persistance de lacunes au sein du Livre II ne doit pas occulter le fait que nombre d'entre elles ont été comblées depuis l'entrée en vigueur du Code pénal. Ces ajouts ont bien souvent été inspirés par le droit international et européen, lequel a régulièrement eu une influence constructive sur le Livre II (§ 1). Ils ont également parfois été effectués à l'initiative du législateur pour tenir compte des évolutions de la criminalité (§ 2).

§ 1 : L'INFLUENCE CONSTRUCTIVE DU DROIT INTERNATIONAL ET EUROPEEN

275. Des apports indispensables. L'influence croissante du droit international et du droit européen sur le droit interne a indéniablement bénéficié au Livre II. En formulant des standards internationaux de répression, ce droit supranational a

renforcé la protection pénale des personnes au fil des ans dans notre Code pénal, en l'influençant à la fois négativement (A) et positivement (B)⁸⁴³.

A - Un effet négatif sur les incriminations

276. La question de la délimitation du champ pénal interne par le droit international et européen se pose avec acuité lorsque l'on sait que les mécanismes internes de contrôle de l'action législative font parfois défaut⁸⁴⁴. La compétence normative en matière pénale, la capacité d'édicter des règles de droit et donc de déterminer les valeurs à protéger, est évidemment un attribut essentiel de la souveraineté étatique. Il est donc difficile d'admettre que des instruments internationaux limitent une telle compétence. Une telle limitation n'est cependant pas totalement inadmissible. Envisagée comme liberté de renoncer, la souveraineté peut admettre d'être limitée⁸⁴⁵. Néanmoins, il faut d'emblée reconnaître que les hypothèses de limitation de l'action législative en matière pénale sont rares. C'est la Convention européenne des droits de l'Homme et en particulier la jurisprudence développée par la Cour qui l'accompagne qui ont, à cet égard, eu l'apport le plus significatif.

277. L'apport de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'apport de la Convention européenne des droits de l'Homme quant à la limitation du champ pénal national est effectivement réel, bien que limité en pratique, dès lors, seules les incriminations susceptibles de porter atteintes à l'un des droits garantis par la Convention peuvent être concernées par un éventuel encadrement. Dans ces

⁸⁴³ Sur ce double effet, v. notamment L. DESESSARD, « Influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit pénal substantiel », in *Cour européenne des droits de l'homme et droit pénal français : simple influence ou réelle subordination ?*, 16 mars 2018, Montpellier, À paraître.

⁸⁴⁴ À propos des besoins d'encadrement de l'action législative et du rôle décevant du principe de nécessité des incriminations, v. *supra* n° 204 et suiv.

⁸⁴⁵ CPJI, Affaire du vapeur Wimbledon, 17 août 1923 ; CJCE, NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, n° 26/62.

hypothèses, la Cour européenne des droits de l'Homme peut cependant exercer un véritable contrôle de l'action législative.

À ce titre, plusieurs arrêts peuvent être cités : les arrêts DUDGEON⁸⁴⁶ et NORRIS⁸⁴⁷, contraignant respectivement le Royaume-Uni et l'Irlande à une dépénalisation de l'homosexualité au nom du respect de l'intimité de la vie privée, fondée sur l'article 8 de la Convention, l'arrêt DUDGEON pouvant d'ailleurs être considéré comme « *le grand arrêt qui a posé le principe de liberté du comportement sexuel* »⁸⁴⁸ ; ou encore l'arrêt COLOMBANI contre France⁸⁴⁹, dans lequel la France a été condamnée en raison du délit d'offense à un chef d'État étranger prévu dans la loi du 29 juillet 1881, sur le fondement d'une atteinte trop grande à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la convention.

Par cette jurisprudence, c'est une forme de nécessité des incriminations qui est ainsi contrôlée par la Cour européenne des droits de l'Homme, via notamment la notion de proportionnalité⁸⁵⁰. Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour que pour apporter une restriction à l'un des droits protégés par la convention, une incrimination doit remplir certaines conditions. La mesure doit d'abord être prévue par la loi, ensuite poursuivre un but légitime, et enfin être nécessaire dans une société démocratique, cette dernière condition renvoyant à la protection de certaines valeurs clés⁸⁵¹.

Certains auteurs regrettent qu'un tel contrôle aboutisse à certaines dérives au niveau national. En effet, le contrôle des incriminations opéré à l'échelle européenne se retrouve parfois dans les décisions rendues par les juges nationaux, via un contrôle de conventionalité de la mesure. Certes, le fait pour les juges

⁸⁴⁶ Cour EDH, DUDGEON c/ Royaume-Uni, 22 octobre 1981, n° 7525/76.

⁸⁴⁷ Cour EDH, NORRIS c/ Irlande, 26 octobre 1988, n° 8225/78.

⁸⁴⁸ J.-P. MARGUENAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, 2009, vol. 1, n° 49, p. 21.

⁸⁴⁹ Cour EDH, COLOMBANI c/ France, 25 juin 2003, n° 51279/99.

⁸⁵⁰ Cour EDH, BRANNIGAN et MCBRIDE c/ Royaume-Uni, 26 mai 1993, n° 14553/89 et n° 14554/89.

⁸⁵¹ M. BOUCHET, *La validité substantielle de la norme pénale*, *op. cit.*, p. 409.

nationaux d'écarter l'application d'une infraction lorsque celle-ci a été jugée incompatible avec la convention par la Cour européenne des droits de l'Homme semble légitime. Mais, à plusieurs reprises, les juges nationaux ont anticipé de telles prises de position de la part de la Cour européenne, pour juger de l'inconventionnalité de certaines infractions. Ce fut le cas pour l'infraction de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, concernant la publication de sondages dans la semaine précédant des élections⁸⁵², certains auteurs allant jusqu'à faire état à ce propos d'un « *spectre d'une dictature des juges* »⁸⁵³. Un autre exemple de ce phénomène peut être pris à propos du délit d'offense à un chef d'État étranger. Préalablement à l'arrêt COLOMBANI, que nous avons cité, dans lequel la Cour européenne avait jugé ce délit incompatible avec la convention, le tribunal correctionnel de Paris avait déjà pris une décision en ce sens⁸⁵⁴. Un auteur considère qu'un tel phénomène conduit alors à un retour de l'arbitraire des juges et à « *la ruine du principe de la légalité des délits et des peines* »⁸⁵⁵. Ces remarques doivent toutefois être tempérées par le caractère restrictif des contrôles ainsi opérés. Outre les limitations liées au resserrement de ces contrôles autour des seuls droits et libertés garantis par la convention, il est à noter que tant les juges nationaux que la Cour européenne, dans leur contrôle de conventionalité des incriminations, sont guidés par les trois critères développés par la jurisprudence européenne, que nous avons énoncés. Le pouvoir d'abrogation des incriminations par les juridictions n'est dès lors pas sans limites. Par ailleurs, le contrôle des décisions des juridictions nationales prises dans les cas concernés est toujours possible, notamment par la Cour européenne elle-même. Il semble même qu'un tel contrôle puisse être

⁸⁵² Cass. crim., 4 septembre 2001, n° 00-85329, Bull. crim., n° 170 ; J. FRANCILLON, « Publication de sondages d'opinion sur internet dans la semaine précédant le scrutin : encore une loi française abrogée judiciairement », *RSC*, 2002, p. 125. Il est à noter que le législateur suivit la position de la chambre criminelle par la loi n° 2002-214 du 19 février 2002, modifiant la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977.

⁸⁵³ G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *op. cit.*

⁸⁵⁴ T. corr. Paris, 25 avr. 2001, B. BEIGNER, B. DE LAMY, « L'inconventionnalité du délit d'offense envers les chefs d'État étrangers », *D.*, 2003, p. 715.

⁸⁵⁵ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », *RSC*, 2002, p. 592.

bénéfique pour le champ pénal national, permettant de le restreindre à l'essentiel. Si aucune incrimination du Livre II n'a pour l'instant été concernée par cet effet négatif de la jurisprudence de la Cour européenne sur les incriminations, l'existence de tels mécanismes de contrôle apparaît comme un élément rassurant face aux possibles dérives liées à une action législative exacerbée.

B - Un effet positif sur les incriminations

278. Des engagements internationaux bénéfiques pour la qualité de la protection de la personne. En imposant des pénalisations aux différentes législations nationales, le droit supranational concurrence, d'une certaine manière, les législateurs internes. Une auteure a pu voir dans ce champ pénal imposé le versant positif du principe de nécessité des délits et des peines : en vertu de cette nécessité, naîtrait en effet un devoir de punir⁸⁵⁶. Cet effet positif du droit supranational sur les incriminations prend sa source à la fois dans les textes internationaux et européens (1) et dans l'action des juges (2).

1 - Les pénalisations issues des normes internationales et européennes

279. Les obligations de pénaliser issues des conventions internationales. Les obligations de pénaliser issues des conventions internationales portent nécessairement atteinte à la souveraineté des États en ce qu'elles affectent leur pouvoir normatif⁸⁵⁷. Cela explique que de telles obligations soient rares. Elles peuvent néanmoins exister. Une telle obligation est par exemple formulée par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du

⁸⁵⁶ M. BOUCHET, *La validité substantielle de la norme pénale*, op. cit., p. 418.

⁸⁵⁷ Sauf à rappeler qu'une convention ne peut s'appliquer que si elle est ratifiée, ce qui supposera le plus souvent une loi autorisant cette ratification.

9 décembre 1948, dont l'article 5 enjoint les parties à adopter des sanctions pénales efficaces pour punir les auteurs de cette infraction⁸⁵⁸. Le même type d'obligations se rencontre dans plusieurs autres conventions, en matière de discrimination raciale⁸⁵⁹, de tortures⁸⁶⁰, ou encore de vente ou prostitution de mineur⁸⁶¹.

280. Les obligations de pénaliser issues du droit de l'Union européenne.

Parce que le droit de l'Union européenne repose sur une coopération plus intense entre les États, et donc sur des renoncements à leur souveraineté plus importants, des obligations de pénaliser peuvent davantage y être trouvées. Depuis le traité de Lisbonne, le législateur européen a d'ailleurs clairement compétence pour imposer certaines pénalisations⁸⁶². En effet, l'article 83.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que le Parlement européen et le Conseil peuvent « *établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes* ». Les domaines concernés par ces dispositions sont strictement énumérés par le même texte : « *le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée* ». Cette limitation peut s'expliquer par la volonté des États « *de limiter autant que possible les modifications à*

⁸⁵⁸ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, Art. 5 : « *Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide* ».

⁸⁵⁹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965, Art. 4.

⁸⁶⁰ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, Art. 4.

⁸⁶¹ Protocole facultatif à la Convention relative aux Droits de l'Enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 25 mai 2000, Art. 3.

⁸⁶² P. SIMON, *La compétence d'incrimination de l'Union européenne*, Bruylant, 2019.

apporter à leur droit pénal, et de ne pas modifier leur droit pénal général ; le droit pénal restant perçu comme une composante essentielle de la souveraineté de l'État »⁸⁶³. Quoi qu'il en soit, il est indéniable que le droit de l'Union européenne est apte à influencer la politique pénale française, et à avoir un effet positif sur les incriminations, et en particulier celles du Livre II : l'article 83.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne visant certaines infractions contre les personnes, comme la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants.

281. L'influence du droit du Conseil de l'Europe sur la pénalisation de certains comportements. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'Homme n'est pas le seul texte qui peut avoir un effet positif sur les incriminations⁸⁶⁴. Damien ROETS fait ainsi remarquer que l'article 225-12-1 du Code pénal, issu de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, concernant le recours à la prostitution de mineur, fut inspiré de deux recommandations du Conseil de l'Europe⁸⁶⁵.

Le droit français a également pu être influencé par la décision du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe, du 4 mars 2015, constatant la violation par la France de l'article 17 de la Charte sociale européenne⁸⁶⁶. Par cette décision, le Comité a reproché à la France le fait que « *le droit français ne [prévoit] pas d'interdiction suffisamment claire, contraignante et précise des châtiments corporels* »⁸⁶⁷ commis sur des mineurs. Cette décision explique sans doute pour partie l'ajout, par la loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives

⁸⁶³ E. RUBI-CAVAGNA, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne », RSC, 2009, p. 501.

⁸⁶⁴ À propos de la création d'obligations de pénaliser par la Cour EDH sur la base de la Convention EDH, v. *infra* n° 285 et suiv.

⁸⁶⁵ D. ROETS, « L'influence des droits européens sur le droit pénal français de la sexualité », in *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Éd. A. Pédone, 2007, p. 105. Il s'agit de la recommandation n° R (91) 11 du 9 septembre 1991 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, § C3, et de la recommandation n° R (2001) 16, du 31 octobre 2001, § 28.

⁸⁶⁶ Décision sur le bien-fondé du 4 mars 2015, Association pour la protection des enfants Ltd. c/ France, Récl. n° 92/2013.

⁸⁶⁷ Décision précitée, 4 mars 2015, § 37.

ordinaires, à l'article 371-1 du Code civil d'une prescription selon laquelle « *L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques* ». Cette décision du Comité n'a cependant pas conduit le législateur, pour le moment, à pénaliser spécifiquement ces comportements, des doutes demeurant d'ailleurs sur la nécessité d'adopter de nouvelles infractions en la matière. Il n'est en effet pas sûr qu'une lacune infractionnelle existe en droit français en ce domaine. Alors que les mineurs font déjà l'objet d'une protection dédiée en matière de violences, c'est le droit de correction qui était particulièrement en cause dans cette décision. Or, il convient de noter que ce droit de correction, consacré par la jurisprudence, est fortement encadré par plusieurs conditions, tenant à la nature et à la proportion des actes, à leur but éducatif, et à leur adéquation au comportement de l'enfant⁸⁶⁸. La question d'une modification de la législation pénale sur la question pouvait alors se poser, mais n'apparaissait pas nécessaire, puisqu'elle aurait sans doute repris les critères jurisprudentiels, n'améliorant pas la protection pénale des personnes⁸⁶⁹. C'est en conséquence la voie du droit civil qui a été privilégiée par le législateur, l'interdiction imposée par la loi du 10 juillet 2019 apparaissant alors à la fois symbolique et limitée⁸⁷⁰. Finalement, même si l'opportunité d'une modification du droit interne sur la question peut encore être discutée, la décision du Comité européen des droits sociaux constitue, quoi qu'il en soit, un exemple de la possible influence du droit du Conseil de l'Europe sur les infractions de droit interne.

282. Les apports au Livre II de la loi du 5 août 2013, exemple de l'influence du droit international et européen. La loi n° 2013-711 du 5 août 2013 constitue un exemple significatif de modifications importantes apportées au Livre II, inspirées par les engagements européens et internationaux de la France⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ O. DECIMA, « La gifle », *RPDP*, 2015, n° 1, p. 6.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁷⁰ A. FAUTRE-ROBIN, E. RASCHEL, « Lutte contre les violences éducatives ordinaires : réformer le code civil pour influencer le juge pénal ? », *D.*, 2019, p. 1402.

⁸⁷¹ V. d'ailleurs son intitulé, qui fait état de « *dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France* ».

Cette loi a tout d'abord conduit à la création d'incriminations autonomes en matière de travail forcé (article 225-14-1), et d'esclavage (articles 224-1 A et suivants). Il s'est agi, par là même, de combler des lacunes de longue date et antérieures au nouveau Code pénal. En effet, malgré la ratification en 1963 de la Convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926, et celle, en 1937, de la Convention n° 29 sur le travail forcé du 28 juin 1930, ces deux infractions étaient absentes du droit pénal interne⁸⁷².

La loi de 2013 a ensuite créé une autre infraction, celle des disparitions forcées. Cette incrimination figure à l'article 221-12, contenu dans un nouveau Chapitre I bis au sein du Titre II, intitulé « *Des atteintes à la personne constituées par les disparitions forcées* ». Cette création est à mettre en lien avec la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 2006. L'article 222-14-4, incriminant les mariages ou unions forcés, lorsque l'auteur force la victime à quitter le territoire français pour former l'union ou le mariage à l'étranger, constitue un autre exemple d'incrimination créée par la loi de 2013, sous l'influence de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul, le 11 mai 2011.

Cette loi opère enfin un renforcement de la répression en matière d'exploitation sexuelle des mineurs. Il s'est ici agi de transposer la directive 2011/92/UE, relative à la lutte contre les abus et l'exploitation sexuels des enfants. Il en est résulté une aggravation de certaines peines, une définition élargie de l'infraction de l'article 227-23, puisque le critère de la diffusion de l'image pornographique y a été abandonné, et la création de deux nouvelles incriminations, consistant à imposer à un mineur de subir une agression sexuelle de la part d'un tiers (article 222-22-2), et à inciter un mineur à des mutilations, même lorsque celles-ci ne sont pas réalisées (article 227-24-1).

⁸⁷² N. LE COZ, « La répression des atteintes aux personnes dans la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 », *AJ Pénal*, 2013, p. 512.

Tous ces éléments mettent ainsi en évidence le fait que la loi du 5 août 2013 constitue un exemple frappant de l'influence européenne et internationale sur les infractions internes. La protection de la personne en ressort manifestement grandie.

283. L'infraction de traite des êtres humains, exemple de l'influence internationale sur le champ pénal du Livre II. Il est intéressant à cet égard de s'arrêter sur l'exemple de l'infraction de traite des êtres humains. Il s'agit en effet d'une infraction dont l'origine est non seulement internationale, mais dont toutes les évolutions ont aussi été guidées par cette influence. Elle présente en outre la particularité d'être à l'origine de condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Cette infraction fut introduite dans le Livre II du Code pénal par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003. Avant cette date, la répression des faits relevant de cette infraction ne pouvait se fonder que sur les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, relatifs aux conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne. Cette situation est à l'origine d'une première condamnation de la France par la Cour européenne en 2005, concernant des faits antérieurs à 2003⁸⁷³. Dans cet arrêt, la Cour avait conclu à une violation de l'article 4 de la Convention prohibant l'esclavage et le travail forcé. Elle avait noté que « *la requérante, soumise à des traitements contraires à l'article 4 et maintenue en servitude, n'a pas vu les auteurs des actes condamnés au plan pénal, et en déduit que les dispositions pénales en vigueur l'époque n'ont pas assuré la requérante, qui était mineure, une protection concrète et effective contre les actes dont elle a été victime* »⁸⁷⁴. L'état du droit français antérieur la loi de 2003 fut ensuite sanctionné une seconde fois par la Cour, selon le même raisonnement⁸⁷⁵.

Depuis 2003, la traite des êtres humains est incriminée aux articles 225-4-1 et suivants, placés dans une section créée pour ces articles, au sein du Chapitre V

⁸⁷³ À propos des obligations de pénaliser mises en place par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, voir *infra* n° 285 et suiv.

⁸⁷⁴ Cour EDH, SILIADIN c/ France, 26 juillet 2005, n° 73316/01, § 145 et 148.

⁸⁷⁵ Cour EDH, C.N. et V. c. France, 11 octobre 2012, n° 67724/09, § 108 : « *La Cour ne voit pas de raison en l'espèce de s'écarter de la conclusion à laquelle elle est parvenue dans l'arrêt Siliadin* ».

concernant les atteintes la dignité de la personne. L'article 225-4-1 a vu sa rédaction remaniée par la loi du 5 août 2013, que nous avons évoquée, laquelle a élargie et clarifiée l'incrimination qu'il prévoit, sous l'influence de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes⁸⁷⁶.

Si, désormais, la traite des êtres humains est bel et bien incriminée en droit français, cette incrimination soulève toutefois une difficulté liée à son élargissement, ce délit n'ayant plus qu'une frontière fine avec les infractions de réduction en esclavage créées par la loi de 2013. Dès lors, la question de l'autonomie de ces infractions se pose, particulièrement pour celle d'exploitation d'une personne réduite en esclavage, définie par l'article 224-1 B comme « *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* ». La similitude avec l'infraction de l'article 225-4-1 est visible quant à la notion d'exploitation, bien que ce dernier article ait un champ d'application plus large. La proximité entre ces infractions est cependant le signe du renforcement de la répression en la matière, et notamment du fait qu'aucune lacune n'est aujourd'hui laissée en ce domaine, et ce grâce à l'influence du droit international et européen.

2 - Les pénalisations issues du juge européen

284. Au fil des ans, la Cour européenne des droits de l'Homme a créé, dans certaines matières, des obligations de pénaliser à l'intention des États. Bien que cette jurisprudence ait contribué à renforcer la protection pénale des personnes (a), la question de la légitimité de telles obligations peut être discutée (b).

⁸⁷⁶ À propos des modifications apportées à la définition de l'incrimination, v. N. LE COZ, « La répression des atteintes aux personnes dans la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 », *op. cit.*

a) La création d'obligation de pénaliser

285. Mise en place d'obligations positives. On peut parler de pénalisation imposée lorsque le juge européen « impose à un État membre de recourir à la voie pénale pour sanctionner un comportement, [signant] la perte du droit de ne pas punir d'un État »⁸⁷⁷. Pour Jean PRADEL, ce pouvoir reste, dans les faits, limité : « il a rarement l'occasion de s'exprimer : en effet les codes pénaux nationaux sont dans leur immense majorité conformes aux principes de la Conv. EDH »⁸⁷⁸. Il est cependant des matières où il participe à consolider la répression de certains comportements.

De façon générale, l'idée de mettre des obligations à la charge des États est apparue dans l'arrêt AIREY contre Irlande de 1979, dans lequel la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré, pour la première fois, l'existence d'obligations positives pour les États. En l'espèce, il était question de l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice⁸⁷⁹. C'est la question de l'effectivité des droits garantis par la Convention qui est au centre de ces obligations, celles-ci permettant de renforcer cette effectivité. Les obligations positives sont en effet une manifestation de l'effet horizontal de la Convention, puisqu'elles ont notamment pour but de prévenir les atteintes aux droits garantis par la Convention commises entre particuliers.

286. Création d'obligations de pénaliser. Par la suite, par le biais des obligations positives dégagées à partir de l'arrêt AIREY, la Cour européenne a mis à la charge des États plusieurs obligations concernant la préservation et le respect des droits garantis par la convention. En 1985, la Cour a considéré pour la première fois que, dans le cadre de ces obligations positives, une législation civile pourrait ne pas suffire, car il est des matières où « seule une législation criminelle peut assurer une

⁸⁷⁷ D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », RSC, 2011, p. 575.

⁸⁷⁸ J. PRADEL, « Droit pénal européen et droit pénaux nationaux », *Rev. Pénit.*, 2015, p. 14.

⁸⁷⁹ Cour EDH, AIREY c/ Irlande, 9 octobre 1979, n° 6289/73, § 25.

prévention efficace »⁸⁸⁰. En l'espèce il était question du droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. Des obligations similaires furent ensuite imposées en matière de droit à la vie, la Cour mettant en avant la nécessité d'une « *législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne* »⁸⁸¹.

287. Limites liées au caractère intentionnel de l'infraction. Il en va cependant différemment en cas d'atteintes involontaires à la vie. Dans l'arrêt VO c/ France, la Cour européenne a considéré que « *si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale* »⁸⁸². Pour la Cour, le défaut d'intention écarte ainsi l'obligation de pénaliser, ce qui peut s'expliquer par le fait qu'« *en l'absence d'intention, la fonction dissuasive du droit pénal est totalement privée d'effet, et sa fonction rétributive est moins justifiée* »⁸⁸³. La gravité de la faute commise semble donc être un critère pris en compte par la Cour.

288. Élargissements progressifs des obligations de pénaliser. L'obligation positive de pénalisation a par la suite fait progressivement l'objet d'élargissements, conduisant certains à parler de « *prolifération* »⁸⁸⁴. Elle fut ainsi consacrée en matière de tortures et traitements inhumains ou dégradants⁸⁸⁵, en matière d'infractions

⁸⁸⁰ Cour EDH, X. et Y. c/ Pays-Bas, 26 mars 1985, n° 8978/80, § 27.

⁸⁸¹ Cour EDH, OSMAN c/ Royaume-Uni, 28 octobre 1998, n° 23452/94, § 115 ; Cour EDH, OPUZ c/ Turquie, 9 juin 2009, n° 33401/02 : obligation positive de pénaliser les atteintes à la vie lorsqu'elles sont causées par les violences domestiques, et obligation de maintenir les poursuites même en cas de retrait de la plainte des victimes, ce qui équivaut à la primauté du droit à la vie sur le droit à la vie privée.

⁸⁸² Cour EDH, VO c/ France, 8 juillet 2004, n° 53924/00, § 90.

⁸⁸³ M. BOUCHET, *La validité substantielle de la norme pénale*, op. cit., p. 419.

⁸⁸⁴ J.-P. MARGUENAUD, « La prolifération des obligations positives de pénaliser : honte aux époux violents et haro sur les juges laxistes □ ! », RSC, 2010, p. 219.

⁸⁸⁵ Cour EDH, A. c/ Royaume Uni, 23 septembre 1998, n° 25599/94, § 22 ; CEDH, SELMOUNI c/ France, 28 juillet 1999, § 95.

sexuelles⁸⁸⁶, ainsi qu'en matière d'esclavage et de traite des êtres humains⁸⁸⁷. Ce dernier domaine constitue un exemple concernant la France, via l'arrêt SILIADIN que nous avons déjà mentionné. Ces élargissements progressifs sont cependant de fait limités : la Convention devant être le support de ces obligations positives. Ces obligations sont dès lors nécessairement limitées aux valeurs protégées par ses articles, c'est-à-dire les valeurs les plus essentielles. La seule réserve à cet argument pourrait concerner l'article 8 de la convention, qui, ayant un domaine aisément extensible, pourrait être élargi à outrance et engendrer des obligations de pénaliser qui ne seraient pas toutes essentielles.

L'élargissement des obligations positives de pénalisation pose la question de l'existence de telles obligations en matière de risques pour la vie humaine, notamment concernant les atteintes à l'environnement. La Cour a semblé s'engager dans la voie d'une consécration d'un principe de précaution, en considérant pour certaines activités que l'État doit assurer la « *protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause* »⁸⁸⁸. La Cour a, par là même, accepté de prendre en compte non seulement les atteintes effectives, mais également les risques pour la vie et l'intégrité physique des personnes. Cependant, il convient de noter qu'une telle position ne saurait conduire à consacrer un principe de précaution général et abstrait, puisque « *la logique [est] celle de la prévention plus que de la précaution* »⁸⁸⁹. La Cour raisonne en effet uniquement en termes de risque concret et certain, faisant ainsi barrage à une extension des obligations de pénaliser à des risques incertains présentant des difficultés de preuve, ce qui serait contestable en raison du caractère précaire et flou d'une telle pénalisation.

⁸⁸⁶ Cour EDH, M.C. c/ Bulgarie, 4 décembre 2003, n° 39272/98, § 148-153 ; CEDH, K.U. c/ Finlande, 2 décembre 2008, n° 2872/02, § 49. Depuis l'arrêt M.C. c/ Bulgarie, la Cour oblige les États à réprimer pénalement les actes sexuels non consentis même si la victime n'a pas opposé de résistance physique.

⁸⁸⁷ Cour EDH, SILIADIN c/ France, 26 juillet 2005, précité, § 89.

⁸⁸⁸ Cour EDH, ÖNERIYILDIZ c/ Turquie, 18 juin 2002, n° 48939/99, § 90.

⁸⁸⁹ F. ROUSSEAU, « Principe de précaution et devoir de punir », *Rev. Pénit.*, 2015, p. 287.

b) La légitimité des obligations de pénaliser

289. Légitimité de la source des obligations de pénaliser. La question de la légitimité des obligations positives de pénaliser peut cependant se poser, dès lors qu'elles conduisent « à priver le législateur au moins de la décision pénale, c'est-à-dire à priver l'État membre de sa marge nationale d'appréciation dans l'élection de la voie pénale »⁸⁹⁰. Il semble possible de contester le principe d'une pénalisation ayant une source autre que l'État lui-même, le pouvoir normatif étant traditionnellement un attribut de la souveraineté de l'État.

Cependant, il faut admettre que l'influence du droit international et européen en matière pénale ne porte pas d'atteinte véritable à la souveraineté des États et ne constitue pas une véritable ingérence. Ces sources ayant été acceptées par les États lorsqu'ils se sont engagés par la signature des traités en question, le renoncement à certains aspects de la souveraineté étatique est alors volontaire.

Ces obligations positives de pénaliser posent aussi la question du respect du principe de légalité. Il ressort cependant que ce principe de légalité n'est pas remis en cause en cas d'incriminations imposées par le droit international et européen. En effet, il ne s'agit dans ces hypothèses que d'une impulsion supranationale, la source directe de l'incrimination restant la loi nationale. Même si cette impulsion se révèle être contraignante, elle ne suffit pas en elle-même à créer l'incrimination. Le relais constitué par le législateur national demeure indispensable, et garantit en cela le respect du principe de légalité. Les contraintes exercées par le juge européen ou le droit international s'exercent ainsi seulement au niveau des choix de politique pénale. Les considérations tenant à la rédaction de l'incrimination, ou encore au choix des peines⁸⁹¹ restent sous la maîtrise du législateur interne.

290. Légitimité substantielle. Outre la légitimité de la source des obligations de pénaliser, des considérations tenant à leur légitimité substantielle peuvent

⁸⁹⁰ D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *op. cit.*

⁸⁹¹ Pour peu qu'elles suffisent à garantir l'effectivité du droit en cause.

également être soulevées. Cette légitimité tient d'abord au fait que le principe même de ces obligations va de pair avec le comblement de lacunes présentes dans la législation interne. C'est ainsi une nécessité qui commande ces pénalisations, les rendant légitimes et louables. Le droit pénal devient alors « *un moyen de défendre les droits de l'Homme* »⁸⁹².

Si on prend l'exemple des pénalisations introduites dans le Livre II en lien avec le droit international et européen, les infractions de traite des êtres humains en constituent une manifestation évidente. Ces obligations de pénaliser ont permis de combler des lacunes dans la répression de ces comportements, et la protection des personnes s'en est trouvée renforcée. Cela a permis d'élever les droits internes à un certain standard de répression, qui n'était pas rempli jusque-là.

Des éventuelles critiques peuvent néanmoins être formulées, tenant à la possible subjectivité dans l'appréciation de la nécessité de pénaliser par le juge⁸⁹³. D'importantes limitations au pouvoir lui étant conféré existent cependant. Même si « *le caractère casuistique de la jurisprudence en rend nécessairement la liste ouverte* »⁸⁹⁴, la Cour européenne ne pose d'obligations d'incriminer que dans le cadre strict des droits garantis par la Convention. Les valeurs ainsi protégées ne sont pas quelconques, puisqu'il s'agit des plus essentielles, qu'il est indispensable pour les États de protéger.

Par ailleurs, la Cour limite l'appréciation de la nécessité d'incriminer par les critères de « *dissuasion et répression effectives* »⁸⁹⁵. Une autre limitation tient également aux comportements en cause, puisque, comme nous l'avons évoqué plus haut, la Cour prend en compte le comportement de l'agent à travers l'intensité de la faute qu'il commet⁸⁹⁶. Enfin, la Cour a eu l'occasion de souligner que les

⁸⁹² C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, p. 435.

⁸⁹³ D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *op. cit.*

⁸⁹⁴ *Ibidem.*

⁸⁹⁵ *Ibidem.*

⁸⁹⁶ Cour EDH, VO c/ France, précité.

obligations de pénaliser ne rendent pas pour autant l'État tenu à l'impossible. Elle prend ainsi en compte « *les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines* », « *l'imprévisibilité du comportement humain* », « *les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources* »⁸⁹⁷. N'étant donc pas illimitée, l'influence supranationale sur l'incrimination de comportements demeure bénéfique pour le perfectionnement de la protection des personnes. Un perfectionnement auquel s'attèle également le législateur en dehors d'une telle influence.

§ 2 : LE PERFECTIONNEMENT CONTINU DE LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE LEGISLATEUR

291. Besoin continu d'adaptation. Le perfectionnement de la protection pénale de la personne est un processus sans fin, en raison des évolutions de la criminalité tenant à l'apparition de nouveaux procédés d'action ou de nouveaux moyens technologiques. Des lacunes dans la répression peuvent ainsi être régulièrement révélées, qui s'ajoutent à celles déjà existantes. Or, celles-ci sont fréquemment corrigées par le législateur. Des exemples peuvent être pris dans deux domaines : celui de la protection de l'intégrité de la personne (A) et celui de la protection de la personnalité (B).

A – Les lacunes comblées en matière d'atteintes à l'intégrité de la personne

292. Exemple d'intégration de nouveaux procédés criminels. Incrimination du *happy slapping*. La création de l'infraction de *happy slapping* constitue un exemple représentatif d'un besoin d'incriminer généré par l'évolution des procédés

⁸⁹⁷ Cour EDH, OSMAN c/ Royaume-Uni, précité, § 116.

technologiques. Cette infraction a été introduite dans le Code pénal par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, à l'article 222-33-3. Elle correspond au comportement consistant à enregistrer, puis éventuellement à diffuser, des images de violences. Dans sa structure, il s'agit d'une forme particulière de complicité des infractions de violences, d'agressions sexuelles ou de harcèlement sexuel.

S'il est louable que le législateur ait complété la protection de la personne par cette incrimination, certaines critiques peuvent tout de même être faites à son égard. Un auteur a ainsi considéré à propos de la structure de l'incrimination que le choix de la complicité a l'inconvénient de minimiser l'importance de l'acte d'enregistrement par rapport à l'infraction principale, alors même que l'enregistrement et la diffusion de l'image, dans le phénomène de *happy slapping*, sont la raison d'être de l'agression⁸⁹⁸.

293. Définition du viol et parité. Avant 2018, une lacune pouvait être constatée dans la définition du viol, laquelle posait problème du point de vue du principe d'égalité devant la loi. En effet, il ressortait de l'ancien article 222-23 qu'une relation sexuelle imposée par un homme à une femme emportait la qualification de viol, alors que si cette même relation était imposée par une femme à un homme, le viol était exclu au profit de l'agression sexuelle, et donc avec pour conséquence une peine moindre. Cette difficulté découlait de la rédaction de l'incrimination, qui faisait état d'un acte de pénétration devant être « *commis sur la personne d'autrui* ». Cette « *maladresse dans la rédaction adoptée et reprise, comme telle, par le nouveau Code pénal* »⁸⁹⁹, datait de la loi du 23 décembre 1980, pourtant décrite initialement comme

⁸⁹⁸ P.-J. DELAGE, « Happy slappers and bad lawyers », *D.*, 2007, p. 1282. L'auteur propose ainsi d'envisager ce comportement sous l'angle de la coaction : « *le happy slapping devrait devenir une incrimination autonome qui, pour être pleinement constituée, supposerait, outre la constatation de l'intention des coauteurs, la réalisation d'un « élément matériel complexe », impliquant de voir réunis, dans le même temps, sur la tête des protagonistes, deux comportements tout à la fois distincts et interdépendants : un acte de violence et l'enregistrement des images de cet acte* ».

⁸⁹⁹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, op. cit., p. 693 : « *À partir du moment, en effet, où l'on définit le viol comme étant un acte de pénétration sexuelle opéré « sur » la personne d'autrui, d'évidentes raisons d'ordre anatomique et grammatical, tirées de la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale, nous semblent interdire de considérer que la femme qui obtient des relations sexuelles d'un*

un « *souffle révolutionnaire* »⁹⁰⁰ par rapport à l’incrimination précédente, qui, elle, datait de 1832. L’interprétation stricte de la loi pénale commandait ainsi de ne pas étendre l’incrimination, la Cour de cassation ayant eu l’occasion de confirmer cette solution⁹⁰¹.

Plusieurs solutions ont alors été envisagées, un auteur allant jusqu’à proposer de créer une nouvelle infraction intermédiaire entre le viol et l’agression sexuelle, afin de sanctionner « *les actes de pénétration non directement sexuelle commis par la victime ou sur la victime* »⁹⁰². L’opportunité de rajouter une telle infraction était cependant discutable, en ce qu’elle n’aurait fait que charger inutilement le Code pénal. La réécriture de l’incrimination apparaissait dès lors comme la meilleure solution. Sans qu’il soit question d’éloigner le viol de la notion de pénétration⁹⁰³, la simple révision des conditions de cet acte pouvait suffire. Des auteurs ont ainsi proposé de rayer l’expression « *sur la personne d’autrui* », « *afin de recentrer l’infraction sur le défaut de consentement et l’acte de pénétration* »⁹⁰⁴, ou encore de définir le viol « *comme « tout acte de pénétration par un sexe et/ou dans un sexe » commis sur une victime non consentante* »⁹⁰⁵.

homme qui ne le désirerait pas, se rend coupable de viol puisque l’acte de pénétration sexuelle ne s’opère pas sur la personne d’autrui. »

⁹⁰⁰ D. MAYER, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », *D.*, 1981, p. 283.

⁹⁰¹ Cass. crim., 21 octobre 1998, n° 98-83843. Dans cet arrêt, la Cour considère que « *l’élément matériel du crime de viol n’est caractérisé que si l’auteur réalise l’acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime* ». Le rappel était sans doute nécessaire après que plusieurs décisions aient retenu l’infraction de viol dans des cas où l’acte de pénétration est imposé « *à celui qui le pratique* », v. en ce sens Cass. crim., 16 décembre 1997, n° 97-85.455, Bull. Crim. n° 429.

⁹⁰² D. DASSA LE DEIST, « Les infractions en matière sexuelle à l’aune du principe de légalité pénale », *op. cit.*

⁹⁰³ Y. MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d’interprétation *contra legem* et... *contra rationem* », *op. cit.*

⁹⁰⁴ A. CAMUS, « Analyse de l’efficacité répressive de notion de pénétration dans le viol », *op. cit.*, p. 76.

⁹⁰⁵ A. DARSONVILLE, « Réformer l’incrimination de viol ? », *D.*, 2017, p. 640. L’auteure excluait ainsi les pénétrations anales de la définition du viol, leur préférant la qualification d’actes de torture et de barbarie.

Le législateur a corrigé cette lacune substantielle par la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, l'article 222-23 disposant dorénavant que « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol* ». Si la protection de la personne semble de ce fait complétée, la rédaction du texte suscite cependant quelques réserves. Une auteure a ainsi fait remarquer qu'en suivant la nouvelle rédaction, l'on peut avoir l'impression que la définition du viol suppose que la victime commette un acte de pénétration sur l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise. Cette auteure a, ce faisant, proposé une rédaction alternative, en vertu de laquelle « *constitue un viol tout acte de pénétration sexuelle que l'auteur impose à la victime, par violence, contrainte, menace ou surprise, de subir sur sa personne ou de commettre sur la personne de l'auteur* »⁹⁰⁶.

294. Administration de substance altérant le discernement. La loi du 3 août 2018 a par ailleurs créé une nouvelle incrimination à l'article 222-30-1, recouvrant les comportements d'administration d'une substance altérant le discernement dans le but de commettre un viol ou une agression sexuelle. Il est à noter que ces mêmes comportements ont également été érigés en circonstance aggravante des infractions de viol et d'agression sexuelle aux articles 222-24, 222-28, et 222-30. L'infraction de l'article 222-30-1 est donc une infraction obstacle, n'étant applicable que lorsque l'agression sexuelle ne s'est pas réalisée. Dans ce cas, l'incrimination du comportement d'administration de la substance par la loi de 2018 comble bien une lacune en ce domaine, contribuant à renforcer la protection pénale de la personne⁹⁰⁷. Des difficultés peuvent cependant apparaître lorsque

⁹⁰⁶ V. M.-L. RASSAT, JCl Fasc. 20 : Agressions sexuelles. – Viol. – Autres agressions sexuelles. – Exhibition sexuelle. – Harcèlement sexuel, *op. cit.*, n° 27.

⁹⁰⁷ La discussion pourrait porter sur l'articulation entre l'article 222-30-1 et l'administration de substances nuisibles, encore que cette seconde infraction exige une atteinte à l'intégrité physique de la personne matérialisée par une incapacité totale de travail, condition absente de l'article 222-30-1. Ce nouvel article permet alors d'appréhender des comportements spécifiques à la criminalité sexuelle, présentant une dangerosité particulière de ce point de vue.

l'administration de substance altérant le discernement a effectivement été suivie d'un viol ou d'une agression sexuelle. Une auteure souligne en effet que le comportement d'administration de substance peut alors permettre de caractériser la violence ou la contrainte de l'infraction principale. Des faits ne pouvant caractériser à la fois un élément constitutif de l'infraction et une circonstance aggravante, des difficultés de preuve peuvent ainsi apparaître⁹⁰⁸.

295. Création d'une infraction générale de harcèlement moral. Pendant longtemps, le harcèlement moral n'a été réprimé que dans un cadre professionnel (article 222-33-2). La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a ensuite introduit l'article 222-33-2-1, sanctionnant le harcèlement moral entre conjoints, partenaires liés par un pacte civil de solidarité, ou concubins. Une infraction de harcèlement moral général faisait cependant défaut, afin d'appréhender ces comportements hors des deux cadres évoqués. C'est la raison pour laquelle la création, par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, de l'article 222-33-2-2, porteur d'une telle incrimination, doit être approuvée sur le principe. Cette nouvelle infraction a notamment eu pour effet de combler une lacune dans la lutte contre le cyberharcèlement⁹⁰⁹, lequel est pris en compte par l'aggravation du délit lorsqu'il a été commis « *par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne* »⁹¹⁰.

Les moyens employés pour améliorer la répression du harcèlement moral apparaissent en revanche critiquables du point de vue de l'articulation entre les trois infractions. Celles-ci apparaissent tout d'abord désorganisées, en ce qu'il est possible de considérer que le harcèlement moral général « *ne bénéficie pas, dans le*

⁹⁰⁸ V. TELLIER-CAYROL, « Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », *AJ Pénal*, 2018, p. 400.

⁹⁰⁹ S. DENAJA, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le sénat (n° 1380), pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, 18 déc. 2013, Doc AN, n° 1663, p. 47.

⁹¹⁰ Une auteure, bien que saluant cette évolution, regrette qu'elle n'ait pas également touché le harcèlement sexuel, v. A.-S. CHAVENT-LECLERE, « Le renouveau des infractions sexuelles à l'ère d'internet », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint : Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 345.

code pénal, d'une situation géographique favorable »⁹¹¹. La présence du harcèlement moral au travail en tête de section n'a en effet pas de sens, et la subdivision pourraient gagner en clarté si elle débutait par l'incrimination générale pour ensuite traiter des deux situations particulières.

Le maintien des incriminations particulières de harcèlement au sein du couple et de harcèlement au travail se justifie par l'aggravation de la peine emportée par ces cadres spécifiques. Ainsi, l'infraction générale est en principe sanctionnée d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende, alors que le harcèlement au sein du couple est sanctionné de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, et le harcèlement au travail de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende. L'on voit alors une échelle de gravité se dessiner entre ces infractions. Il convient cependant de noter que le harcèlement moral au travail n'est pas susceptible d'être aggravé, alors que le harcèlement moral au sein du couple peut l'être en cas d'ITT de plus de huit jours, ou lorsqu'un mineur était présent au moment des faits. Le harcèlement moral général, quant à lui, peut être aggravé par plusieurs circonstances, tenant à l'ITT, l'âge de la victime, sa vulnérabilité, l'utilisation d'un service de communication au public en ligne, et la présence d'un mineur au moment des faits.

Au vu de ces éléments, il apparaît qu'une refonte de ces incriminations et de leurs circonstances aggravantes serait nécessaire. Le fait pour le législateur de 2014 de compléter le régime du harcèlement moral par une incrimination générale doit certes être salué, mais l'ajout de ce texte à la va-vite, accolé aux dispositions existantes, nuit à la cohérence de la répression de ces comportements. Ainsi, depuis 2014, l'incrimination du harcèlement moral au travail, en raison de son impossibilité d'aggravation, a perdu de son intérêt face à l'infraction de harcèlement moral général, lorsqu'une des circonstances aggravantes de cette dernière infraction est

⁹¹¹ D. CHAUVET, « Mérites ou démérites du délit général de harcèlement moral créé par la loi du 4 août 2014 ? », *D.*, 2015, p. 174.

applicable, et est sans intérêt lorsque deux de ces circonstances sont applicables⁹¹². Il serait ainsi plus logique de faire du harcèlement moral général la principale infraction de la section, pour ensuite faire du harcèlement moral au sein du couple et du harcèlement moral au travail des circonstances aggravantes de cette infraction générale, pouvant être combinées avec les autres circonstances aggravantes de l'article 222-33-2-2.

B – Les lacunes comblées en matière d'atteintes à la personnalité

296. Le *revenge porn*⁹¹³. Les atteintes à la personnalité constituent également un domaine dans lequel le législateur a complété la protection pénale de la personne. L'incrimination de la pratique dite du *revenge porn* en constitue une première illustration. Traditionnellement, l'article 226-1 est porteur du délit d'atteinte à la vie privée, caractérisé par « *le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui* », soit « *en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* », soit « *en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* ». L'article 226-2 incrimine, en complément, la diffusion des enregistrements ou documents obtenus par les procédés de l'article 226-1.

Or, le 16 mars 2016, la chambre criminelle de la Cour de cassation révéla une lacune dans ce dispositif répressif⁹¹⁴ : l'absence de pénalisation de la pratique du *revenge porn*. Cette pratique consiste en effet en la diffusion sur internet d'images à caractère sexuel d'un ancien conjoint, partenaire, ou concubin. Or une interprétation

⁹¹² R. MESA, « Le manque de pertinence du régime répressif du harcèlement moral au travail », *Rev. trav.*, 2019, p. 87. L'auteur souligne aussi notamment le manque de logique à ne prévoir l'aggravation du harcèlement moral par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne que pour la seule infraction de harcèlement moral général.

⁹¹³ À propos des difficultés rédactionnelles liées à la création de cette infraction, v. *supra* n° 262.

⁹¹⁴ Cass. crim., 16 mars 2016, n° 15-82.676, G. DESGENS-PASANAU, « Le «revenge porn» n'est pas (toujours) une infraction pénale », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 321.

stricte des articles 226-1 et 226-2 conduit à considérer que le fait de diffuser, sans le consentement d'une personne, un document ou un enregistrement obtenu avec son consentement, n'est pas pénalisé. La Cour a ainsi affirmé que : « *le fait de porter à la connaissance du public ou d'un tiers, soit des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, soit l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, n'est punissable que si l'enregistrement ou le document qui les contient a été réalisé sans le consentement de la personne concernée* ».

Cette lacune dans la répression avait été remarquée avant cet arrêt, puisqu'à l'occasion des débats parlementaires relatifs à la loi pour une république numérique, un amendement fut déposé afin de pénaliser ce type de comportement⁹¹⁵. L'amendement et la loi ont ensuite été adoptés, et le nouveau délit figure aujourd'hui à l'article 226-2-1 du Code pénal. Cet article réprime donc le comportement caractéristique de la pratique du *revenge porn*, tout en aggravant par là même la répression des comportements de l'article 226-1, lorsque ceux-ci portent sur des « *paroles ou images présentant un caractère sexuel* »⁹¹⁶. Ce nouveau dispositif répressif recouvre ainsi des comportements plus larges que la simple pratique du *revenge porn*.

La nouvelle incrimination n'est cependant pas exempte d'imperfections. Il est ainsi possible de relever l'imprécision de la notion de caractère sexuel que doivent présenter les paroles ou images en question⁹¹⁷. On peut également noter des incohérences avec l'article 226-1, celui-ci ne mentionnant que les images prises dans un lieu privé, tandis que l'article 226-2-1 se fonde à la fois sur les actes de l'article 226-1 et dans le même temps mentionne l'indifférence au caractère privé du lieu. Si l'on considère que l'article 226-2-1 est une circonstance aggravante de

⁹¹⁵ Amendement n° CL269 à la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique déposé par M. CORONADO, Mme ATTARD, M. MOLAC et Mme POMPILI, Doc. AN, 7 janvier 2016.

⁹¹⁶ C. Pén., art. 226-2-1.

⁹¹⁷ A. LEPAGE, « L'article 226-2-1 du Code pénal Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *Dr. Pén.*, 2017, étude 1.

l'article 226-1⁹¹⁸, l'incohérence tient ainsi au fait que l'incrimination principale s'en trouve élargie, générant un cas d'application d'une circonstance aggravante à une infraction qui n'est pas constituée⁹¹⁹. Agathe LEPAGE apporte toutefois une nuance à ces critiques, tenant au fait qu'en réalité, l'article 226-1 prévoit que certains actes puissent être commis dans des lieux publics⁹²⁰. En effet, la restriction aux lieux privés ne vise que les images, tandis que les paroles peuvent avoir été prononcées dans un lieu public ou privé, le critère étant qu'elles aient été prononcées à titre confidentiel. Dans ce cas, l'article 226-2-1, en mentionnant indifféremment les lieux publics ou privés, pourrait renvoyer à ces différentes hypothèses. Stéphane DETRAZ propose cependant une autre interprétation : « *la condition d'un lieu privé devient un élément constitutif « facultatif », car soumis à l'alternative suivante : soit le caractère sexuel de l'image est absent, et la personne doit se trouver dans un tel lieu ; soit il est présent, et la nature du lieu est sans importance* »⁹²¹.

297. Usurpation d'identité numérique. En matière de protection de la personnalité et de la vie privée des personnes, la création du délit d'usurpation d'identité a également eu pour effet de combler une lacune dans la protection de la personne. Créé par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 dite LOPPSI 2, à l'article 226-4-1 du Code pénal, ce délit prévoit que « *Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende* ». Avant 2011, le vide juridique tenait au fait que la répression de l'usurpation d'identité était soumise au cadre strict de l'article 434-23 du Code pénal, qui exigeait que l'usurpation d'identité ait fait courir à la victime le risque de poursuites pénales.

⁹¹⁸ Ce qui est indiqué par la rédaction de l'article 226-2-1, notamment à travers la formulation « *les peines sont portées à* ».

⁹¹⁹ A. LEPAGE, « L'article 226-2-1 du Code pénal. Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *op. cit.*, n° 7.

⁹²⁰ S. DETRAZ, « Les nouvelles dispositions réprimant les atteintes à l'intimité sexuelle : faire compliqué quand on peut faire simple », *op. cit.*, n° 8.

⁹²¹ *Ibid.*, n° 16.

Il est à noter que le délit de l'article 226-4-1 conditionne l'usurpation d'identité à une finalité particulière, puisqu'il exige un dol spécial tenant soit au trouble de la tranquillité de la personne, soit à l'atteinte à son honneur ou à sa considération. Autrement dit, « *l'usurpation d'identité n'est pas prohibée en tant que telle ; elle ne l'est que dans la mesure où une identité a été utilisée pour atteindre l'un des objectifs précis énumérés par la loi* »⁹²². Malgré ces restrictions, la création de ce délit est à saluer en ce qu'elle permet de compléter la protection pénale de la personne.

SECTION 2 : LA PERSISTANCE DE LACUNES DANS LA RÉPRESSION

298. Une protection de la personne défaillante. En dépit des multiples ajouts faits au Livre II depuis son entrée en vigueur, la persistance de lacunes dans la protection pénale de la personne doit être mise en avant. La qualité de la protection de la personne s'apprécie en effet à l'aune de la répression des atteintes aux valeurs protégées découlant de la notion de personne⁹²³. Une protection de qualité suppose donc une répression complète de ces atteintes. Malheureusement, cette répression présente des imperfections qui se manifestent de deux façons dans le Livre II, certaines incriminations étant incomplètes (§ 1), d'autres manquantes (§ 2).

⁹²² J. FRANCILLON, « Piratage informatique. Usurpation d'identité numérique. L'affaire du « faux site officiel » de Rachida Dati : une étape dans la lutte contre la cyberdélinquance », *RSC*, 2015, p. 101.

⁹²³ À propos de l'identification de ces valeurs, v. *supra* n° 43 et suiv.

§ 1 : DES INCRIMINATIONS INCOMPLETES

299. Scandales sanitaires. Insuffisances de la protection de la vie et de l'intégrité physique. L'incomplétude de certaines incriminations, et par là même les lacunes dans la protection de la personne que cela engendre, peuvent être constatées à plusieurs reprises dans le Livre II. Un tel phénomène a notamment été mis en évidence à l'occasion de scandales sanitaires, qui ont révélé des lacunes dans les incriminations existantes pour la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes.

C'est l'incrimination d'empoisonnement qui est au centre de ces questionnements. En effet, une lacune dans la répression est apparue à la suite de plusieurs arrêts de la Cour de cassation interprétant cette incrimination. Dans ces arrêts, la Cour de cassation s'est posé la question de savoir si la caractérisation de l'empoisonnement nécessitait une intention constituée, non pas seulement par la volonté d'administrer une substance mortifère, mais par la volonté de donner la mort. La plupart du temps, une telle volonté est présente, l'administration d'une substance mortifère emportant souvent de facto la volonté de donner la mort. Mais il ressort de la structure de l'infraction d'empoisonnement qu'une telle intention homicide n'est pas inhérente à sa constitution. En tant qu'infraction d'attentat à la vie⁹²⁴, l'empoisonnement incrimine le comportement de l'agent avant toute atteinte à la valeur protégée, c'est-à-dire au stade de l'administration de la substance. L'intention exigée correspond alors strictement à cet élément matériel, à savoir l'intention d'administrer à la victime une substance mortifère.

La Cour de cassation s'est cependant progressivement éloignée d'une telle analyse. Elle a, dans un premier temps, semblé reconnaître que l'intention homicide était nécessaire à la caractérisation de l'empoisonnement⁹²⁵, mais le manque de

⁹²⁴ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 67 ; V. MALABAT, J.-C. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. Pén.*, 2004, chron. 2.

⁹²⁵ Cass. crim., 2 juillet 1998, n° 98-80529, Bull. crim. n° 211. Il s'agissait d'un cas de transmission délibérée du virus du SIDA par voie sexuelle. Du fait de l'intention d'administrer et de la

clarté de l'affirmation générait des doutes quant à la véritable portée de l'arrêt concerné⁹²⁶. Par la suite, en 2003, dans le cadre de l'affaire du sang contaminé, la Cour a clairement exigé l'intention homicide pour la caractérisation de l'empoisonnement⁹²⁷, engendrant une lacune dans la protection pénale de la personne.

Cette lacune est clairement exprimée par Alain PROTHAIS de la façon suivante : « Si, comme l'individu concerné, vous voulez empoisonner votre concubin, plutôt que de lui administrer de l'arsenic, ce qui vous rendrait coupable du crime d'empoisonnement, transmettez-lui par voie sexuelle ou autrement le virus d'une maladie mortelle comme le sida »⁹²⁸. La protection des personnes est en effet affectée par cette jurisprudence, dans la mesure où, suivant cette interprétation, l'empoisonnement ne peut pas être appliqué à des hypothèses dans lesquelles cela serait possible en théorie. La caractérisation de l'empoisonnement devrait en effet être possible en se fondant sur la seule connaissance du caractère mortifère de la substance, puisque « cette donnée suffisait à remplir juridiquement la responsabilité de sa dimension morale, pour correspondre exactement à la matérialité de l'empoisonnement, matérialité de comportement et non point de résultat »⁹²⁹. Si l'on peut approuver la position de la Cour de cassation de ne pas caractériser l'*animus necandi* de la seule connaissance du caractère mortifère de la substance, il n'en demeure pas moins vrai que cet *animus necandi* n'est en aucun cas inhérent à l'empoisonnement. En effet, « en se situant ainsi

connaissance du pouvoir mortel, l'empoisonnement aurait pu être retenu. La Cour de cassation considère au contraire que la seule connaissance du pouvoir mortel ne suffit pas pour caractériser l'intention homicide et refuse cette qualification, lui préférant celle d'administration de substances nuisibles.

⁹²⁶ V. en ce sens V. MALABAT, J.-C. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *op. cit.* ; et en particulier A. PROTHAIS, « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic ! », *D.*, 1998, p. 334., qui considère que la censure opérée par la Cour de cassation a davantage pour cause les maladresses et contradictions présentes dans l'arrêt attaqué.

⁹²⁷ Cass. crim., 18 juin 2003, n° 02-85199, Bull. crim. n° 127 ; M. VERON, « Affaire du sang contaminé : le volet « non ministériel » », *Dr. Pén.*, 2003, comm. 97 ; V. MALABAT, J.-C. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *op. cit.*

⁹²⁸ A. PROTHAIS, « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic ! », *op. cit.*

⁹²⁹ Y. MAYAUD, « Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi* », *RSC*, 1999, p. 98.

sur le terrain de l'*animus necandi*, alors quelle avait la possibilité de relever l'erreur qui consiste à sy référer, elle réduit la qualification d'empoisonnement à une simple hypothèse de meurtre, ce qui revient à la priver de toute originalité »⁹³⁰.

Cette jurisprudence *contra legem*⁹³¹, avec laquelle « la Haute juridiction a clairement fui la responsabilité qui aurait dû être la sienne »⁹³², a d'importantes conséquences sur la qualité de la protection de la personne, certains comportements échappant alors à toute répression, ou relevant de qualifications de moindre gravité telle que l'administration de substances nuisibles. Plusieurs propositions ont pu être formulées pour remédier à cette situation. En ce qui concerne l'incrimination de l'empoisonnement, la réécriture de sa définition ne semble pas nécessaire, la jurisprudence précitée apparaissant être *contra legem*. Une telle réécriture demeure cependant possible, afin de clarifier cette définition et de faire barrage aux prises de position de la Cour de cassation. Un auteur a cependant proposé la création d'un délit en matière de mise en danger, qui correspondrait à la connaissance d'un danger grave pour l'intégrité des personnes, accompagnée de la volonté de poursuivre le comportement malgré tout⁹³³. La proposition d'un délit spécifiquement consacré à l'exposition à un risque de contamination a également pu être faite. En matière de transmission par voie sexuelle de virus tels que le sida, le risque de stigmatisation des malades étant important, une auteure préfère dans un tel cas la caractérisation du viol par surprise, le consentement de la personne étant nécessairement vicié par la méconnaissance du risque de contamination⁹³⁴. Cela étant, il n'est pas certain que la création d'une nouvelle qualification soit nécessaire. L'application de la qualification d'empoisonnement aux hypothèses de contamination volontaire par voie sexuelle est manifestement possible. Quant à la

⁹³⁰ *Ibidem*.

⁹³¹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 69.

⁹³² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, *op. cit.*, p. 397.

⁹³³ F. ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires » », *Dr. Pén.*, 2013, étude 11.

⁹³⁴ B. CHAPLEAU, « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Dr. Pén.*, 2006, étude 18.

qualification de viol, celle-ci semble également être applicable. Du point de vue des valeurs protégées, l'atteinte à la vie de la personne semble en effet autant constituée que l'atteinte à sa liberté sexuelle et à son consentement. Les solutions apparaissent donc multiples pour rectifier ces lacunes créées par la Cour de cassation.

300. Persistance de lacunes dans les infractions les comblant en apparence.

Les corrections apportées à certaines incriminations pour combler des lacunes dans la répression⁹³⁵ ne garantissent pas pour autant une protection optimale des personnes dans les domaines concernés.

À propos du *happy slapping*, la répression peut apparaître incomplète, compte tenu de l'énumération limitative des infractions pouvant être concernées par l'enregistrement. Les restrictions apportées au domaine d'application de cette infraction sont inexplicablement fortes. Il convient de noter qu'initialement, l'article 222-33-3 ne visait que l'enregistrement d'images des infractions de violences et agressions sexuelles. La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes y a ajouté l'enregistrement d'images de harcèlement sexuel. La question de la limite de cette liste limitative se pose alors, tant il paraît légitime d'incriminer l'enregistrement et la diffusion de comportements n'entrant pas dans cette liste, comme les atteintes volontaires à la vie, ou le bizutage.

En matière de *revenge porn*, la question se pose des frontières de l'aggravation opérée par l'article 226-2-1 pour les contenus à caractère sexuel. On peut en effet se demander pourquoi l'absence de consentement à la diffusion n'est incriminée que pour les propos ou images à caractère sexuel. Après tout, si l'on entend faire du consentement un critère d'incrimination pour ce genre de comportements, la valeur protégée est tout aussi atteinte, quelle que soit la nature du contenu diffusé sans le consentement de la victime. Certes, la gravité de l'atteinte et la valeur protégée en cause, parce qu'elles sont en lien avec la liberté sexuelle, confèrent à la pratique du *revenge porn* une dangerosité criminologique particulière. Mais sans nécessairement

⁹³⁵ V. *supra* n° 291 et suiv.

emporter une aggravation de peine analogue, l'extension de l'article 226-2 à des contenus captés avec le consentement de la personne, mais diffusés sans son consentement, lorsque ces contenus n'ont pas un caractère sexuel, apparaîtrait opportune⁹³⁶. La correction de la lacune répressive liée au *revenge porn* en a ainsi fait ressortir une autre. Dans une période de développement des réseaux de communication et des procédés technologiques de captation et d'enregistrement, un tel perfectionnement de la protection pénale de la personne en la matière semble pourtant indispensable.

§ 2 : DES INCRIMINATIONS MANQUANTES

301. Outre des incriminations incomplètes, des incriminations semblent manquer dans certains domaines. Si, certains de ces manques ne sont qu'apparents (B), un autre apparaît bien réel (A).

A – Un manque certain

302. **La pénalisation des atteintes à l'enfant à naître.** La difficile répression des atteintes à l'enfant à naître, compte tenu du refus de la Cour de cassation d'appliquer les infractions contre les personnes, constitue un manque certain dans la répression. Nous avons déjà évoqué le fait que, pour nous, l'enfant à naître doit être inclus dans la protection pénale accordée à la personne par le Livre II⁹³⁷. Il apparaît nécessaire, selon nous, de s'élever au-dessus des considérations tenant aux choix des mots ou du statut à accorder à l'embryon, pour considérer plus globalement que la complétude de la protection des personnes passe par la répression de certaines atteintes pouvant lui être portées.

⁹³⁶ A. LEPAGE, « L'article 226-2-1 du Code pénal Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *op. cit.*, n° 9.

⁹³⁷ V. *supra* n° 27.

La pénalisation des atteintes à l'enfant à naître a d'ailleurs fluctué au fil des siècles. Sous le droit pénal de l'Ancien Régime, le lien entre infanticide et avortement était ainsi étroit. Des auteurs notent qu'« *en pratique, la justice ne faisait pas de différence entre le meurtre du nouveau-né (infanticide stricto sensu), l'avortement volontaire et l'encis – ce terme désignait les coups portés à une femme enceinte et qui, même involontairement, l'avaient fait avorter* »⁹³⁸. Les codes pénaux de 1791 et 1810, quant à eux, sanctionnaient l'avortement provoqué par violence ou tout autre moyen. Aujourd'hui, ces infractions trouvent leur équivalent dans l'article 223-10 du Code pénal, incriminant l'interruption illégale de grossesse sans le consentement de la mère. La question de l'articulation entre cet article, une meilleure répression des atteintes à l'enfant à naître, et le maintien d'un droit à l'avortement pour la mère doit cependant être clarifiée, afin de mettre en place un schéma répressif cohérent. Plusieurs possibilités peuvent être proposées.

303. Pénalisation des atteintes à l'enfant à naître par une infraction autonome. Une première possibilité quant à la répression des atteintes à l'enfant à naître est la création d'une infraction autonome, réprimant les comportements en cause. Il s'agirait de réprimer les atteintes involontaires à l'embryon, afin d'éviter tout doublon avec l'article 223-10 qui englobe les atteintes volontaires⁹³⁹.

Ce dispositif répressif a déjà été mis en avant lors des travaux parlementaires ayant mené à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Un amendement de M. GARRAUD visait en effet à ajouter au Livre II un article 223-11, prévoyant que « *l'interruption de la grossesse causée, dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement est punie d'un an*

⁹³⁸ J.-M. CARBASSE, P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 373. Les auteurs relèvent que l'application de ces infractions était subordonnée à l'« animation » de l'enfant à naître, considérée comme ayant lieu 40 jours après la conception, cette date étant sécurisée par une déclaration de grossesse et d'accouchement rendue obligatoire.

⁹³⁹ L'article 223-10 supposant, au titre de son élément moral, la volonté d'interrompre la grossesse de l'intéressée, les atteintes provoquant ce résultat de façon involontaire, par exemple les accidents de la route, n'entrent pas dans le champ de sa répression.

d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende ». Cet amendement prévoyait aussi que les peines étaient doublées en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Le lien avec l'infraction d'homicide involontaire est évident. L'auteur de cet amendement précisait que l'interruption de grossesse non intentionnelle causée par un acte médical ne relevait de l'infraction que lorsque le médecin n'avait pas accompli les diligences normales exigées à l'article 121-3 du Code pénal⁹⁴⁰. Quant à l'articulation de cette incrimination avec le droit à l'avortement, un sous-amendement insérait dans le Code de la santé publique un alinéa établissant que « *les dispositions de l'article 223-11 du code pénal ne sauraient en aucun cas faire obstacle au droit de la femme enceinte de recourir à une interruption volontaire de grossesse dans les conditions prévues par le présent code* ». L'amendement fut toutefois rejeté, la commission des lois considérant que « *le dispositif n'était pas pleinement satisfaisant et avait suscité trop de divergences d'interprétation pour pouvoir être adopté en l'état* »⁹⁴¹. Quoi qu'il en soit, le droit à l'avortement n'était clairement pas affecté par ces nouvelles dispositions, demeurant un cas d'autorisation de la loi.

Cette proposition était, à nos yeux, pertinente, en ce qu'elle représentait un exemple concret de dispositif répressif sanctionnant les atteintes à l'enfant à naître, et avait pour effet d'accorder à ce dernier une meilleure protection. Elle était cependant génératrice d'incohérences. En effet, la similitude de la disposition proposée avec la rédaction de l'article 221-6 que l'on pouvait constater aboutissait à faire une distinction nette entre le terme « autrui » et l'enfant à naître, établissant clairement que ce dernier n'était pas véritablement une personne. Ces considérations étaient confortées par les peines prévues dans l'amendement, inférieures à celles de l'article 221-6, établissant par là même une hiérarchie, mais également par la place accordée à la nouvelle infraction, au sein des mises en danger

⁹⁴⁰ Amendement n° 281 à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2003 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* déposé par M. GARRAUD, Doc. AN, 23 novembre 2003.

⁹⁴¹ F. ZOCCHETTO, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, 14 janv. 2004, Doc. Sénat, n° 148.

de la personne. Une telle place était en effet la manifestation d'une focalisation sur la mère et non sur l'atteinte portée à l'enfant à naître lui-même⁹⁴², alors qu'une place au sein des atteintes involontaires à la vie aurait davantage été appropriée. Afin d'aller à l'encontre de la jurisprudence établie par la Cour de cassation en la matière⁹⁴³, l'on pourrait imaginer qu'une infraction similaire à celle prévue par l'amendement de M. GARRAUD soit donc insérée dans cette subdivision, constituant ainsi une modalité particulière d'homicide involontaire.

304. Droit canadien. Pour pénaliser les atteintes à l'enfant à naître, l'on pourrait aussi s'inspirer des solutions retenues par le droit canadien. L'article 223 du Code criminel canadien pose une définition claire de l'être humain : « *Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère : qu'il ait respiré ou non ; qu'il ait ou non une circulation indépendante ; que le cordon ombilical soit coupé ou non* »⁹⁴⁴. Par la suite, l'article 238 prévoit qu'« *Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité toute personne qui, au cours de la mise au monde, cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, de telle manière que, si l'enfant était un être humain, cette personne serait coupable de meurtre* », avec la réserve suivante : « *Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, par des moyens que, de bonne foi, elle estime nécessaires pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort de l'enfant.* »⁹⁴⁵

Ces dispositions semblent constituer un compromis satisfaisant, rompant le lien entre la question de savoir si l'embryon est une personne, et la nécessité, quoi qu'il en soit, de le protéger en tant qu'être humain. Il apparaît en effet que cette

⁹⁴² M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *op. cit.* : « *En effet, la simple mise en danger de l'enfant n'est pas en cause avec l'IVG, puisque par hypothèse, il décède. C'est donc que l'on vise la mise en danger de la mère dans sa santé, voire dans sa vie, ce qui correspond sans doute à la réalité, mais nie alors totalement ce qui survient à l'enfant* ».

⁹⁴³ À propos de cette ligne jurisprudentielle, v. *supra* n° 27.

⁹⁴⁴ SITE WEB DE LA LEGISLATION (JUSTICE), *Code Criminel Canadien*, art. 223, en ligne sur : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/page-51.html#h-76>, consulté le 18 oct. 2016.

⁹⁴⁵ SITE WEB DE LA LEGISLATION (JUSTICE), *Code Criminel Canadien*, art. 238, en ligne sur : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/page-53.html#docCont>, consulté le 18 oct. 2016.

dissociation soit utile du point de vue de la qualité de la protection pénale. La critique pouvant être portée à ces dispositions tient à l'énonciation catégorique du fait que l'enfant à naître ne soit pas un être humain, alors qu'une telle énonciation ne paraît pas relever des attributions du législateur. En effet, « *il relève du pouvoir du droit d'incriminer ou non l'atteinte à la vie d'un enfant à naître, mais non de décider si cet enfant est ou n'est pas un être humain* »⁹⁴⁶. Afin de prendre en compte des critères davantage juridiques, il serait possible d'adopter une formulation plus objective, afin de retenir la responsabilité de toute personne qui, au cours de la mise au monde, cause la mort d'un enfant qui n'est pas né vivant et viable, de telle manière que, si l'enfant était né vivant et viable, cette personne serait coupable de meurtre.

305. Pénalisation des atteintes à l'enfant à naître par une circonstance aggravante. Outre la possibilité de création d'une infraction autonome en lien avec l'homicide involontaire, il est également possible d'envisager la création d'une circonstance aggravante aux infractions contre la vie et l'intégrité physique, lorsque ces infractions sont commises à l'encontre d'une femme enceinte. Le but étant de prendre en compte l'atteinte portée à l'enfant à naître, ces atteintes constitueraient alternativement la fin de vie du fœtus in utero, ou la présence de séquelles à la naissance imputables à l'infraction commise.

Une telle circonstance aggravante n'entrerait pas en conflit avec l'avortement, car il s'agirait seulement de viser les infractions contre la vie et l'intégrité physique, en aggravant leur peine. Par rapport à la création d'une infraction autonome, il convient de noter que cette hypothèse présenterait l'avantage de ne pas nécessiter de se prononcer sur le statut de l'enfant à naître. Il ne s'agirait alors pas de sanctionner l'atteinte à sa vie, mais de considérer que l'atteinte à la femme en état de grossesse et l'atteinte au fœtus qui en résulte sont plus graves que l'atteinte portée sur une personne n'étant pas en état de grossesse.

Quoi qu'il en soit, une multitude de possibilités apparaît pour compléter la protection pénale de l'enfant à naître qui, en tant qu'être humain, doit relever du

⁹⁴⁶ A. MIRKOVIC, « Le droit constate-t-il ou génère-t-il l'existence de la personne physique ? », *op. cit.*

Livre II du Code pénal. Les obstacles à une telle incrimination, quelle que soit sa forme, n'apparaissent pas insurmontables. L'articulation avec le droit à l'avortement, en particulier, ne pose pas de difficulté à partir du moment où celui-ci correspond à une autorisation de la loi. Les atteintes involontaires commises à l'encontre des enfants à naître, notamment en matière d'accidents de la route, semblent pouvoir et devoir être réprimées.

B - Des manques apparents

306. Apparence d'infraction manquante. Les violences tentées. Au sein du Livre II, les violences sont réprimées aux articles 222-7 et suivants, les différentes qualifications présentant la même structure, mais différant selon le résultat, au regard de l'ITT subi par la victime. Les violences sont donc des infractions de résultat, exigeant le constat d'un dommage subi par la victime à son intégrité physique ou psychique. La tentative de violences n'est pas spécialement incriminée, si bien que la question de l'opportunité d'une telle incrimination a pu être posée. Un auteur a clairement plaidé en faveur d'une telle évolution, en considérant qu'« *un système pénal en progrès [...] ne peut laisser impuni l'acte de violence qui notamment en raison d'une heuseuse (sic) esquive de la personne visée, n'a pas entraîné de dommage* »⁹⁴⁷.

Cette absence d'incrimination a cependant été progressivement compensée par la jurisprudence et les élargissements apportés à l'incrimination des violences. L'ajout, par la loi du 20 mai 1963, des violences et voies de fait aux coups et blessures prévus par le Code pénal de 1810 a constitué le point de départ d'une jurisprudence définissant de plus en plus largement les violences. C'est ainsi que des actes qui, « *sans atteindre matériellement la victime, sont de nature à impressionner une personne raisonnable* »⁹⁴⁸, furent inclus dans la définition des violences. La jurisprudence

⁹⁴⁷ J.-P. DOUCET, *La Protection pénale de la personne humaine, op. cit.*, p. 116.

⁹⁴⁸ Cass. crim., 3 janvier 1969, n° 68-91288.

évolua par la suite pour également prendre en compte les actes provoquant un choc émotif ou un trouble psychologique⁹⁴⁹. Une telle position de la Cour de cassation quant à l'élargissement de la définition des violences, confirmée par l'insertion dans le Code pénal de l'article 222-14-3 par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, a évidemment une influence sur la répression de la tentative de cette infraction. En effet, la prise en compte du choc émotif et des perturbations psychologiques permet de prendre en compte les hypothèses dans lesquelles la tentative de violences n'a pas abouti à une atteinte à l'intégrité physique de la personne.

De façon audacieuse, voire hasardeuse, la jurisprudence va même parfois plus loin, transformant l'exigence d'un résultat constaté en un résultat déduit⁹⁵⁰, ne nécessitant plus de caractériser le choc émotif, mais seulement la potentialité de ce choc émotif. Ainsi, « la Cour de cassation définit certains comportements qui seraient, eu égard à leur nature, nécessairement suivis d'une perturbation psychologique de la victime sans que les juges aient à la constater »⁹⁵¹. On peut le constater à la lecture d'un arrêt du 28 novembre 2012⁹⁵², dans lequel le prévenu avait tenté de percuter à grande vitesse un gendarme motocycliste avec son véhicule. La Cour a considéré que « la manœuvre du prévenu, par la gravité des conséquences qu'elle aurait pu entraîner, [a] nécessairement provoqué chez la victime un choc émotionnel », malgré le fait qu'aucune perturbation n'ait été constatée chez la victime. Une telle espèce illustre parfaitement l'hypothèse d'une tentative manquée de violences, démontrant que de tels cas peuvent entrer dans la définition des violences elles-mêmes, rendant par là même inutile toute incrimination spéciale de la tentative de ces infractions. Si l'élargissement des violences favorise manifestement la protection pénale de la personne, il n'est toutefois pas exempt de critiques. Reposant sur la gravité de l'acte,

⁹⁴⁹ Cass. crim., 2 septembre 2005, n° 04-87046 ; Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-86075 ; Cass. crim., 23 juin 2010, n° 09-84801.

⁹⁵⁰ B. PARTOUCHE, « Tentative et violences volontaires dans la jurisprudence contemporaine », *RSC*, 2013, p. 759.

⁹⁵¹ *Ibidem*.

⁹⁵² Cass. crim., 28 novembre 2012, n° 12-81.939.

et non sur la constatation d'un dommage effectif, la position de la Cour de cassation apparaît être *contra legem*. Nous avons d'ailleurs déjà mis en avant certaines dérives tenant à l'élargissement de la définition des violences⁹⁵³. Or, en matière de répression de la tentative de ces actes, il conviendrait de conserver un équilibre. Si les actes constitutifs d'une telle tentative peuvent être appréhendés lorsqu'ils causent à la victime un choc émotif, selon la jurisprudence classique de la Cour de cassation, cela doit être à la condition du constat effectif d'un tel choc. Il semble que l'arrêt de 2012 aille trop loin dans la répression de ces actes. Un auteur note à ce titre que « *la chambre criminelle alimente ainsi un « droit pénal du danger » se caractérisant notamment par des incriminations sans définitions précises et sans matérialités tangibles* »⁹⁵⁴.

307. Autre exemple de manque apparent. Le féminicide. La prise en compte du féminicide pose la question de savoir s'il convient de distinguer particulièrement les violences et atteintes à la vie commises à l'encontre des femmes de celles commises à l'encontre des hommes. La spécificité de ces situations peut en effet être mise en avant, en ce que ces infractions commises à l'encontre des femmes peuvent présenter une connotation particulière, liée à une forme de discrimination, constituant « *une manifestation des rapports de force historiquement inégaux entre les femmes et les hommes ayant conduit à la domination et à la discrimination des femmes par les hommes, privant ainsi les femmes de leur propre émancipation* »⁹⁵⁵.

D'un point de vue répressif, l'incrimination spécifique du féminicide semble présenter un intérêt limité. La généralisation en 2017 des circonstances aggravantes tenant à la discrimination, que nous avons déjà évoquée⁹⁵⁶, a consacré une aggravation générale lorsque l'infraction est commise en raison d'un motif sexiste.

⁹⁵³ Voir *supra* n° 231.

⁹⁵⁴ B. PARTOUCHE, « Tentative et violences volontaires dans la jurisprudence contemporaine », *op. cit.*

⁹⁵⁵ Conseil de l'Europe, Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 11 mai 2011, Préambule.

⁹⁵⁶ V. *supra* n° 159.

La non-différenciation d'un tel motif, selon qu'il est réalisé à l'encontre d'un homme ou d'une femme, tient au respect du principe d'égalité, et à l'impossibilité de « démontrer que l'acte de tuer une femme parce qu'elle est femme est plus grave que celui de tuer un homme parce qu'il est homme »⁹⁵⁷. En raison de la réécriture de l'article 132-77, la création d'une infraction spécifique de féminicide dans le Livre II apparaît donc inopportune, le besoin d'aggravation de la peine né du motif discriminatoire étant satisfait par la circonstance aggravante générale de l'article 132-77. Il convient d'ailleurs de noter que cette disposition ne se cantonne pas au strict domaine du féminicide puisqu'elle le dépasse⁹⁵⁸. Le symbole emporté par la généralisation d'une telle aggravation est au demeurant important en raison du faible nombre de circonstances aggravantes généralisées de la sorte, et minimise ainsi l'apport d'une incrimination particulière de ce point de vue. L'incrimination spécifique du féminicide apparaît donc inutile, en ce qu'elle ne ferait que créer un doublon⁹⁵⁹.

Un intérêt parfois avancé en faveur de l'incrimination du féminicide est la nécessité de l'emploi de mots adaptés à la spécificité des actes commis. L'argument consiste à dire que le terme « homicide » renvoyant intrinsèquement à une infraction commise sur un homme, son emploi conduit à « invisibiliser certains rapports sociaux de sexe et une construction sociale fondée sur le genre qui est largement défavorable aux femmes »⁹⁶⁰. Une auteure note cependant que le nouveau Code pénal ne s'inscrivant pas dans un tel schéma de spécialisation linguistique, préférant les termes neutres de meurtre ou assassinat, l'insertion du terme féminicide « procéderait d'une démarche totalement inverse, susceptible de nuire à la cohérence

⁹⁵⁷ L. LETURMY, « Faut-il créer une infraction de féminicide dans le code pénal », in B. PY, F. STASIAK (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN-Editions Universitaires de Lorraine, 2018, p. 320.

⁹⁵⁸ La circonstance aggravante est ainsi applicable à l'ensemble des infractions contre les personnes punies de plus de trois ans d'emprisonnement, à l'exception des articles 222-13, 222-33, et 225-1, et lorsque l'infraction n'est pas déjà aggravée par la circonstance tenant à la commission par le conjoint, concubin, ou partenaire de la victime.

⁹⁵⁹ À propos de la présence de doublons au sein du Livre II, v. *supra* n° 225 et suiv.

⁹⁶⁰ D. ROMAN, « □Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement. Et les mots pour le dire arrivent aisément□ » : la reconnaissance du terme de « □féminicide□ », *Dalloz actualité*, 17 oct. 2014.

d'ensemble et à la lisibilité du code, et plus encore à l'identification de la hiérarchie des valeurs protégées »⁹⁶¹. Néanmoins, l'on sait que le législateur a parfois été sensible aux arguments d'ordre linguistique, comme le montre l'exemple de la création de la surqualification d'inceste (articles 222-31-1 et 227-27-2-1). Il n'est donc pas impossible qu'une telle surqualification voit le jour en matière de féminicide. L'opportunité d'une telle surqualification serait cependant très discutable, pour des raisons similaires à celles que nous avons pu avancer en matière d'inceste⁹⁶², et qui tiennent en particulier à l'instrumentalisation du droit pénal à des fins thérapeutiques. Ce genre de dispositions n'emportant aucune conséquence juridique et n'ayant pas de véritable sens quant à l'expression de valeurs protégées, elles nuisent, qui plus est, à la clarté et à la cohérence du Livre II.

308. Conclusion du Chapitre 2. Le perfectionnement de la protection pénale accordée à la personne par le Livre II du Code pénal est un processus permanent, ce livre étant en constante adaptation. C'est ainsi que depuis l'entrée en vigueur du Code pénal en 1994, le législateur s'est régulièrement attaché à faire évoluer les incriminations qu'il contient, et à en créer certaines lorsque cela était nécessaire. Les évolutions de la criminalité, et notamment celles liées aux avancées technologiques, ont été génératrices de lacunes qui ont progressivement dû être comblées. L'activité du législateur afin de compléter la protection des personnes assurée par le Livre II doit ainsi être soulignée, comme nous l'avons fait en matière d'atteintes à l'intégrité et à la personnalité. Le perfectionnement de la protection pénale accordée à la personne par le Livre II est également de plus en plus tributaire d'une influence supranationale et en particulier européenne. La mise en place d'obligation de pénaliser par la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi été manifestement bénéfique pour la qualité de la protection des personnes, comme le montre l'exemple de l'incrimination de la traite des êtres humains, qui, comme nous l'avons dit, est une infraction d'inspiration exclusivement internationale.

⁹⁶¹ L. LETURMY, « Faut-il créer une infraction de féminicide dans le code pénal », *op. cit.*, p. 319.

⁹⁶² V. *supra* n° 186.

Malgré le fait que les lacunes dans la protection de la personne par le Livre II soient progressivement comblées, les correctifs mis en place ne sont cependant pas toujours pleinement satisfaisants. C'est ainsi que certains manques ne sont pas totalement comblés par les infractions créées ou modifiées pour y répondre. Au-delà, il est même possible d'identifier un certain nombre de domaines dans lesquels le dispositif répressif du Livre II pourrait gagner en complétude. C'est le cas de la protection de l'enfant à naître. Plus généralement, les rectifications que nous avons mises en évidence apparaissent comme des moyens, plus ou moins aisés selon les cas, de perfectionner la protection pénale de la personne. Finalement, si le législateur œuvre constamment en ce sens, de multiples points d'amélioration demeurent, tandis que de nouveaux apparaîtront sans doute au fil des ans.

CONCLUSION DU TITRE 2

309. Un idéal accessible. L'étude des incriminations du Livre II a mis en évidence de nombreuses lacunes eût égard à l'objectif de protection des personnes que ce livre se doit d'atteindre. Nous en avons identifié de deux types, en lien avec la rédaction des incriminations et la répression des comportements en cause.

Leur existence démontre que le Livre II est loin d'être un instrument parfait. C'est ainsi que la rédaction des incriminations n'est pas toujours de qualité, l'imprécision et le manque de clarté de certains textes nuisant parfois à la mise en œuvre effective de la protection de la personne par les juridictions. L'on ne peut alors que plaider pour une amélioration de la forme des incriminations, l'emploi d'un vocabulaire précis, et l'abandon de notions aux contours vagues pour fonder une incrimination. Du point de vue répressif, la persistance de lacunes a également été constatée. Des manques se font parfois sentir, certains comportements n'étant pas réprimés, ou ne l'étant pas complètement, bien que certaines lacunes ne soient, en définitive, qu'apparentes.

Dans le même temps, le Livre II est un instrument en perfectionnement constant. La frénésie législative à l'œuvre ces dernières années n'a pas seulement eu les conséquences néfastes que nous avons pu mettre en évidence plus haut. En effet, au fil des modifications législatives, de nombreuses lacunes ont été comblées. L'influence européenne et internationale est, à ce titre, cruciale. Il est certes à noter que les manques répressifs ont davantage fait l'objet de rectifications que les erreurs rédactionnelles dont nous avons fait état. Cependant, les évolutions récentes permettent de penser que les lacunes persistantes aujourd'hui pourraient être comblées à l'avenir. À cet égard, les multiples points de perfectionnement du

Livre II que nous avons mentionnés le feraient tendre encore davantage vers son objectif d'une protection satisfaisante de la personne.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

310. Les incriminations regroupées au sein du Livre II, au service de la protection des personnes. La protection de la personne par le Livre II du Code pénal apparaît ainsi souvent insuffisante à l'étude de son contenu, cette protection reposant sur des incriminations inadaptées, ou étant lacunaire.

311. Un objectif perdu de vue. Cette insuffisance est bien souvent liée aux récentes et nombreuses modifications législatives apportées au Livre II, marquées par une volonté d'anticipation de la répression. Il en résulte des incriminations présentant des caractéristiques éloignées de l'objectif de protection des personnes, et l'expression de nouvelles valeurs non traditionnellement associées à cet objectif. La multiplication des doublons et chevauchements d'infractions constitue également un point inquiétant quant au maintien d'une protection satisfaisante de la personne, l'objectif n'étant alors pas la mise en œuvre d'une meilleure protection mais souvent une spécialisation à outrance des infractions, répondant à d'autres logiques. Autant d'éléments qui militent à ce que le contenu du Livre II se concentre au strict nécessaire, l'action législative devant ainsi se réguler.

312. Un objectif non atteint. Malgré une action législative foisonnante en matière d'infraction contre les personnes ces dernières années, il est par ailleurs possible d'identifier plusieurs lacunes au sein du Livre II. Que ce soit du point de vue rédactionnel ou répressif, les imperfections que nous avons identifiées ont souvent des conséquences néfastes quant à la mise en œuvre effective d'une protection pénale de qualité. C'est pourquoi le Livre II n'apparaît pas comme un

instrument de protection des personnes totalement satisfaisant. De multiples corrections pourraient y être apportées. Mais comme le montrent certains exemples que nous avons cités, le législateur semble enclin à rectifier les lacunes apparues au fil des ans. Il convient alors d'espérer que les manques et défauts persistants subissent le même sort à l'avenir.

CONCLUSION GENERALE

313. La nécessité d'une construction cohérente. L'étude du Livre II du Code pénal avait pour finalité d'apprécier la protection pénale qu'il accorde à la personne, ce qui a supposé au préalable de définir la personne que ce livre vise à protéger. Or, sur cet aspect, la Cour de cassation a dû pallier le manque de définition de la notion, emportant par là même une délimitation du champ du Livre II, qui nous semble restrictive. De prime abord, on pourrait être tenté d'utiliser les critères objectifs fournis par le droit civil, notamment à travers la notion de personnalité juridique. Il nous a cependant semblé que cette notion était trop restrictive pour désigner la personne protégée par le Livre II du Code pénal. Outre que l'autonomie du droit pénal permet de ne pas se limiter à une telle notion, il apparaît qu'au fond, les critères qu'elle pose ont pour effet de restreindre la protection dont la personne devrait bénéficier.

Il nous a dès lors semblé pertinent d'envisager une définition de la personne plus large que celle de personne juridique, sans pour autant nier les spécificités et les intérêts de cette fiction, puisque nous avons vu que les personnes morales pouvaient, elles aussi, être victimes de certaines infractions du Livre II. Il n'était cependant pas possible d'adopter une définition de la personne trop concrète, qui aurait eu pour effet la prise en compte de ses intérêts privés. Finalement, il a fallu admettre que la personne protégée par le Livre II devait correspondre à un conglomerat d'au moins deux personnes : la personne juridique prise en compte à travers la protection des personnes morales et des personnes physiques entre leur

naissance et leur mort, et la personne humaine qu'il convient aussi de protéger des atteintes portées à son corps après sa mort, mais aussi avant sa naissance. Cette notion de personne humaine est d'autant plus importante qu'elle peut par ailleurs permettre de compléter la protection de la personne physique juridique, en ce qu'elle fait le lien avec la protection de l'humanité et de l'espèce humaine. C'est pourquoi il nous est apparu pertinent de définir la personne protégée par le Livre II comme deux réalités, une réalité biologique et une réalité juridique, tantôt alternatives⁹⁶³, tantôt cumulatives⁹⁶⁴.

Parce que le droit pénal protège avant tout l'ordre public, la protection de la personne par le Livre II du Code pénal passe nécessairement par le démembrement de la personne en de multiples valeurs juridiques, qu'il a ensuite fallu identifier. L'humanité et l'espèce humaine, bien que ne constituant pas à proprement parler des valeurs issues de la personne, nous sont apparues comme présentant suffisamment de lien avec elle pour avoir leur place dans le Livre II. Elles s'accompagnent, qui plus est, d'un symbole fort que seule une place au fronton de ce livre peut leur assurer.

Cette question de la place des incriminations a par ailleurs soulevé des interrogations quant à la relation entre le Livre II d'une part, et les autres livres du Code pénal ainsi que d'autres codes ou lois d'autre part : de nombreuses incriminations hors du Livre II présentant un lien avec la protection des personnes. Mais il nous a semblé que les incriminations en lien avec la personne pouvaient être classées dans d'autres livres du Code pénal lorsqu'elles ont pour objet principal une valeur autre, comme la protection des biens, voire figurer dans d'autres codes ou lois lorsqu'il s'agit d'incriminations liées à des domaines techniques, ce qui d'ailleurs explique la création de codes ou lois dédiés à ces matières.

Si les valeurs juridiques en lien avec la personne constituent l'objet des incriminations du Livre II, et permettent d'en déterminer le contenu, elles sont

⁹⁶³ L'être humain avant sa naissance et après sa mort correspond uniquement à la réalité biologique de la personne. Les personnes morales, quant à elles, relèvent seulement de la réalité juridique de la personne.

⁹⁶⁴ La personne physique juridique étant la somme des réalités biologiques et juridiques.

également un moyen de les y ordonner de façon logique, mais aussi symbolique. Les incriminations y figurant doivent dès lors être classées selon les valeurs qu'elles visent à protéger. Si ce mode de classement, en particulier via la mise en place d'une hiérarchie entre les valeurs, doit être approuvé, il nous est apparu que la structure interne du Livre II effectivement mise en place par le législateur présente de multiples défauts, qui nuisent à sa cohérence. Ainsi, le choix des valeurs structurantes du livre n'apparaît pas toujours opportun, comme en témoigne le chapitre dédié à la dignité de la personne humaine. L'existence de valeurs juridiques non apparentes, comme le fait que l'organisation selon les valeurs n'est pas toujours respectée – notamment par le chapitre consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille – sont autant de défauts affectant, selon nous, la structure du Livre II. À cela, il faut ajouter le poids des ans, source de nouvelles perturbations, que ce soit quant à la numérotation des articles, à l'ajout de nouvelles subdivisions, ou à la gestion d'une multiplication des circonstances aggravantes. Toutes ces imperfections mises en évidence démontrent qu'une protection pénale de la personne de qualité passe nécessairement par une construction réfléchie du Livre II, préalable indispensable à un contenu satisfaisant.

314. La nécessité d'une protection complète. L'étude des incriminations présentes dans le Livre II a cependant révélé que ce contenu pouvait également être déficient : certaines incriminations étant inadaptées pour protéger la personne, d'autres révélant une protection lacunaire. Le législateur, en particulier contemporain, perd en effet souvent de vue cet objectif lorsqu'il ajoute des ou modifie les incriminations dans le Livre II. Il en ressort la présence dans ce livre d'incriminations non nécessaires, soit parce qu'elles portent une répression inutile, voire inefficace, soit parce qu'elles sont redondantes avec d'autres. Si l'on ne peut pas reprocher au législateur son manque d'action dans l'évolution du Livre II, ces ajouts ne sont parfois pas convenables, et nuisent au Livre II à la fois dans sa cohérence et dans sa qualité, et partant également à la protection des personnes. Qui plus est, malgré les nombreuses interventions législatives, de véritables lacunes demeurent dans la protection des personnes, liées à la rédaction approximative de

certaines incriminations figurant dans le Livre II, mais aussi à des incriminations manquantes ou incomplètes, même s'il est à noter que certaines lacunes ont parfois été comblées par un législateur influencé par le droit international.

315. Propositions. Au regard de ces différents défauts, il est dès lors possible de formuler plusieurs propositions.

Proposition n° 1 : Protection de la personne humaine

La définition de la personne adoptée par la jurisprudence de la Cour de cassation devrait être abandonnée, afin de permettre la répression des atteintes à l'enfant à naître dans le Livre II, via la création soit d'une incrimination autonome, soit d'une circonstance aggravante.

Proposition n° 2 : Regroupement des infractions contre l'espèce humaine

Bien que les contours du Livre II soient relativement bien définis dans ses relations avec les autres livres du Code pénal, un perfectionnement de ses frontières pourrait passer par le regroupement de l'ensemble des infractions contre l'espèce humaine à la place qu'elles occupent déjà dans le Livre II. La présence d'une partie d'entre elles dans le Livre V ne présente aucune cohérence propre, et nuit à la symbolique et à la portée devant accompagner ces incriminations.

Proposition n° 3 : Restructuration du Chapitre V

Une réorganisation de la structure interne du Livre II apparaîtrait souhaitable. Celle-ci passerait d'abord par la redéfinition du Chapitre V relatif aux atteintes à la dignité de la personne. En effet, certaines incriminations de ce livre ne protègent la dignité de la personne qu'à titre accessoire, et pourraient, en cela, être rattachées à d'autres subdivisions du Livre II. Ainsi, les infractions liées au proxénétisme et au recours à la prostitution pourraient être regroupées avec les infractions sexuelles, tandis que le bizutage pourrait être rattaché à la protection de

l'intégrité physique et psychique de la personne. Les atteintes au respect dû aux morts pourraient, quant à elles, être incluses dans les atteintes à l'intimité de la vie privée. Le Chapitre V serait ainsi recentré sur des incriminations plus proches de la dignité. Le manque de définition de cette valeur ne doit en effet pas permettre d'y classer des incriminations de façon irréfléchie.

Proposition n° 4 : Restructuration du Chapitre VII

Le Chapitre VII, relatif aux mineurs et à la famille, nécessiterait également quelques ajustements. Si, comme nous l'avons montré, le principe de son existence ne doit pas être remis en cause malgré la rupture qu'il engendre avec l'organisation du reste du Livre II, ses contours devraient être redéfinis. Les infractions telles que les atteintes à la filiation et à l'état civil, les infractions d'abandon de famille, ainsi que celles concernant la violation des ordonnances prises par le juge aux affaires familiales en cas de violences, auraient en effet davantage leur place dans le Livre IV. Cela permettrait de recentrer le Chapitre VII sur la protection de la personne.

Proposition n° 5 : Place des infractions sexuelles

Parce que la structure du Livre II influe à la fois sur la cohérence de l'ensemble de ses infractions et sur la symbolique de la présentation qui en est faite, le regroupement des infractions sexuelles dans une section dédiée nous apparaît opportun. Une telle subdivision existe déjà et peut demeurer dans le chapitre consacré aux atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne. Son titre actuel n'apparaît cependant pas satisfaisant, et gagnerait à se recentrer sur la valeur protégée par ces infractions, à savoir la liberté sexuelle. C'est pourquoi cette section pourrait s'intituler « Des atteintes à la liberté sexuelle de la personne ». Au demeurant, il semblerait nécessaire de regrouper dans cette section des infractions aujourd'hui éparpillées dans d'autres subdivisions du Livre II, comme les infractions relatives au proxénétisme et à la prostitution, mais aussi les atteintes sexuelles sur mineurs.

Proposition n° 6 : Numérotation des subdivisions et articles

Les ajouts faits au Livre II depuis son entrée en vigueur ont eu une influence néfaste sur les subdivisions et la numérotation des articles y figurant. À ce titre, une remise à plat pourrait s'avérer nécessaire à certains endroits.

D'une part, quant aux subdivisions, la suppression de certains adverbess multiplicatifs (*bis*, *ter*, etc.) apparaît indispensable, en particulier au sein du Chapitre V relatif aux atteintes à la dignité. Une telle suppression passerait par la renumérotation des sections en question.

Afin d'anticiper les ajouts de section au sein des chapitres du Livre II, les sections dédiées aux dispositions relatives aux peines complémentaires pourraient par ailleurs perdre leur numérotation, au profit par exemple de l'expression « Section terminale », ce qui permettrait l'ajout infini de sections les précédant, sans l'utilisation d'adverbess multiplicatifs. Par là même, et à titre d'exemple, la situation de la section relative aux infractions de trafic d'armes, qui se situe illogiquement après la section relative aux peines complémentaires de ce chapitre, serait résolue.

D'autre part, quant à la numérotation des articles, une modification devrait être envisagée dans le cas du harcèlement moral, dont les infractions nécessiteraient d'être interchangées, afin que l'infraction générale de harcèlement moral soit suivie des cas particuliers l'accompagnant, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Proposition n° 7 : Traitement des circonstances aggravantes

Le traitement actuel des circonstances aggravantes dans le Livre II est générateur d'énumérations lourdes nuisant à sa forme. Une généralisation de certaines d'entre elles apparaît opportune, à l'image de celle opérée en 2017 pour les circonstances aggravantes liées aux discriminations, qui a amorcé la réduction de ces listes de circonstances. Parmi les circonstances aggravantes pouvant être généralisées, on pense notamment à la vulnérabilité de la victime, ou encore aux trois circonstances aggravantes de pluralité d'auteurs et à celle de bande organisée.

Proposition n° 8 : Abrogation de certaines incriminations

L'abrogation de certaines incriminations du Livre II, en raison de leur caractère superflu, nous paraîtrait opportune. Il en est ainsi d'abord de l'administration de substances nuisibles, qui a aujourd'hui totalement perdu sa spécificité par rapport aux infractions de violences, et présente ainsi un intérêt très limité. Il en est ainsi ensuite de l'embuscade, qui, en raison d'une trop grande anticipation de la répression, d'une rédaction approximative, et d'un objectif autre que celui de la protection des personnes, ne semble pas avoir sa place dans le Livre II. Il en est ainsi enfin de l'incrimination du bizutage, laquelle en excluant les actes de violences, de menaces, et d'atteintes sexuelles, s'enferme dans un domaine extrêmement restreint, faisant perdre toute utilité au texte.

Proposition n° 9 : Rédaction des incriminations

Du point de vue rédactionnel, il semble que certaines formulations puissent être corrigées afin d'améliorer la qualité globale des incriminations du Livre II. La suppression de formules pléonastiques telles que « par tout moyen », « de quelque manière que ce soit », « le fait, par toute personne », ou encore « le fait, par quiconque », apparaîtrait judicieux, afin de concentrer la rédaction des incriminations concernées au strict nécessaire.

La clarification de la rédaction de certaines incriminations pourrait également être recommandée. Ainsi, en matière d'appels téléphoniques malveillants, il conviendrait de préciser la ponctuation ou la structure de la phrase figurant à l'article 222-16, afin que l'expression « *en vue de troubler la tranquillité d'autrui* » englobe l'ensemble des actes qu'il prévoit avec plus de certitude. En ce qui concerne les atteintes à la vie privée, à l'article 226-2-1, il serait opportun de remplacer la formulation « *à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1* » par l'énumération précise de ces actes, cette expression étant source de confusions et d'une mauvaise articulation entre les articles 226-2-1 et 226-1 du point de vue du consentement de la victime.

Proposition n° 10 : Empoisonnement

En raison de la jurisprudence *contra legem* mise en place par la Cour de cassation en matière d'empoisonnement, la réécriture de cette incrimination, bien que n'étant pas indispensable, pourrait permettre de clarifier sa définition, et par là même mettre fin à cette position de la Cour, qui restreint inutilement la protection accordée aux personnes.

316. L'aisance de la critique et la difficulté de l'art. Ces propositions ne constituent que des exemples d'améliorations pouvant être apportées au Livre II du Code pénal. Une partie d'entre elles, en particulier celles qui visent la forme du livre ou des incriminations, semble d'ailleurs aisément réalisable et consensuelle. Cela étant, malgré les multiples constats négatifs que nous avons pu faire, l'œuvre constante du législateur quant au perfectionnement du Livre II peut, en grande partie, être saluée. Certes, les avancées restantes sont nombreuses, et les incriminations contemporaines semblent manquer de qualité et d'un fil conducteur. Mais on ne saurait affirmer de manière catégorique que « *le nouveau Code a beaucoup de mal à faire les choses correctement* »⁹⁶⁵.

Si les critiques pertinentes doivent être faites et rectifiées, il ne faut pas perdre de vue que de nombreux progrès ont été réalisés depuis le Code pénal de 1791, et le Livre II du Code pénal apparaît aujourd'hui comme un instrument satisfaisant de protection des personnes, en voie de perfectionnement. Sans oublier, comme le soulignait le doyen Pierre COUVRAT, que « *nous essayons tous, chacun à notre façon, d'apprendre, de comprendre, de réfléchir, de critiquer, parfois de proposer. Et nous le faisons en toute humilité, simplement dans le but d'améliorer, si faire se peut, notre système juridique qui, ne l'oublions pas, est au service de notre société. Il y a des valeurs qu'il faut préserver. Le Droit est un moyen parmi d'autres d'y contribuer* »⁹⁶⁶.

⁹⁶⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, op. cit., p. 407.

⁹⁶⁶ P. COUVRAT, « Rapport de synthèse », in J. PRADEL (dir.), *La condition juridique du détenu*, Éd. Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1994, p. 293.

BIBLIOGRAPHIE

§ 1 : OUVRAGES

A - Dictionnaires et Lexiques

COLLECTIF, *Le grand Larousse illustré - Éd. 2019, 2018*, Larousse

CORNU Gérard, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e édition, 2017

LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e édition, 2010

B - Ouvrages anciens

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Flammarion, 2006

BENTHAM Jeremy, *Introduction aux principes de morale et de législation*, J. Vrin, trad. BOZZO-REY Malik et al., 2011

BENTHAM Jeremy, *Oeuvres*, Scientia, 4 tomes, 1969

BRISSOT DE WARVILLE Jacques-Pierre, *La théorie des lois criminelles*, J.-P. Aillaud, 1836

BURLAMAQUI Jean-Jacques, *Principes de droit naturel*, Dalloz, 2007

DE LUBAC Henri, *Paradoxes, Œuvres complètes : XXXI*, Éd. du Cerf, 1999

DEMOLOMBE Charles, *Cours de Code civil, t. 1*, Paris, A. Durand, 1845

GARRAUD René, GARRAUD Pierre :

- *Précis de droit criminel*, Sirey, 15^e édition, 1934
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e édition, 1913-1935

HOBBS Thomas :

- *Le Citoyen, ou les fondements de la politique*, Flammarion, 1993
- *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un état ecclésiastique et civil*, M. Giard, 1921

KANT Emmanuel, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, A. Durand, 1853

MARCADE Victor-Napoléon, *Explication théorique et pratique du Code civil*, Paris, Delamotte et fils, 7^e édition, 1873

MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, *Œuvres complètes*, Gallimard, 1985

C - Traités et manuels

BINET Jean-René, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, 2017

BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e édition, 2014

BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 25^e édition, 2017

CARBASSE Jean-Marie, VIELFAURE Pascal, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e édition, 2014

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Volume I, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige, 27^e édition, 2004

CONTE Philippe, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 5^e édition, 2016

CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, A. Colin, *Droit pénal général*, 7^e édition, 2004

CORNU Gérard, *Droit civil : les personnes*, Montchrestien, 13^e édition, 2007

CUSSON Maurice, *La criminologie*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, 7^e édition, 2017

DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, Economica, 15^e édition, 2008

LARGUIER Jean, CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e édition, 2018

LEPAGE Agathe, MATSOPOULOU Haritini, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015

LOMBOIS Claude, *Droit pénal général*, Hachette, 1994

MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8^e édition, 2018

MALAURIE Philippe, *Droit des personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 8^e édition, 2016

MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 6^e édition, 2018

MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel : Droit pénal spécial*, Éditions Cujas, 1981

PIN Xavier, *Droit pénal général*, Dalloz, 9^e édition, 2018

PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^eme édition, 2016

PRADEL Jean, DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Cujas, 7^e édition, 2017

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, Dalloz, 8^e édition, 2018

ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, PUF, 6^e édition, 2005

ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013

TERRE François, GOLDIE-GENICON Charlotte, FENOUILLET Dominique, *Droit civil : la famille*, Dalloz, 9^e édition, 2018

TERRE François, LASZLO-FENOUILLET Dominique, *Droit civil : les personnes : personnalité, incapacité, protection*, Dalloz, 8^e édition, 2012

TEYSSIE Bernard, *Droit civil : les personnes*, LexisNexis, 18^e édition, 2016

VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Éditions Masson, 3^e édition, 1988

D - Monographies et ouvrages spécialisés

CABRILLAC Rémy, *Les codifications*, PUF, 2002

CARBONNIER Jean :

- *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e édition, 1995
- *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1998

CARTUYVELS Yves, *D'où vient le code pénal ? : une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Presses de l'Université de Montréal, 1996

CHAZALVIEL Yvan, *La pédophilie : méthodes d'évaluation de la démarche intellectuelle et des stratégies de passage à l'acte des agresseurs sexuels pédophiles*, Institut des hautes études de la sécurité intérieure, 1999

DELMAS-MARTY Mireille :

- *Le flou du droit : du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, coll. Quadrige, 2004
- *Vers une communauté de valeurs ?*, Éditions du Seuil, coll. La couleur des idées, 2011
- *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Maison des sciences de l'homme, 1997

DESESSARD Laurent, *Code de la route : annoté & commenté*, 19^e édition, 2019, Dalloz

DOUCET Jean-Paul :

- *La loi pénale : l'exercice du pouvoir législatif en matière pénale*, Éditions J.-P. Doucet, 2003
- *La Protection pénale de la personne humaine*, Université de Liège, 1979

GARAPON Antoine, SALAS Denis, *La République pénalisée*, Hachette, 1996

GRAFEILLE Nadine, GRAFEILLE Jean-Marie, *La pédophilie ou Les maux d'enfants*, Ellipses, 1999

GRIDEL Jean-Pierre, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Dalloz, 1992

JEANCLOS Yves, *Droit pénal nouveau : pratique criminelle, dynamique décisionnelle*, Economica, 2016

MASSE Michel, JEAN Jean-Paul, GIUDICELLI André, *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. Droit et justice, 2009

MATHIEU Bertrand, *La loi*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3^e édition, 2010

PONCELA Pierrette, LASCOUMES Pierre, *Réformer le Code pénal : où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998

POULANTZAS Nicos AR., *Nature des choses et droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, n° 5, 1965

ROUJOU DE BOUBEE Gabriel, FRANCILLON Jacques, BOULOC Bernard, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996

ROUSSEAU Pierre, *Autonomie personnelle et droit pénal*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2016

SUPIOT Alain, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éd. du Seuil, 2005

VANDERLINDEN Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle : essai de définition*, Éditions de l'Institut de sociologie, Université libre de Bruxelles, 1967

VERMELLE Georges, *Le nouveau droit pénal*, Dalloz, 1994

E - Thèses

BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 22, 2003

BOUCHET Marthe, *La validité substantielle de la norme pénale*, thèse dactyl., Paris, 2016

DE JACOBET DE NOMBEL Camille, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 55, 2006

GACHI Kaltoum, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 54, 2012

GRECOURT Gilles, *L'évolution de la notion de violence à l'aune du droit pénal*, thèse dactyl., Poitiers, 2012

LACAZE Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010

LE BRIS Catherine, *L'humanité saisie par le droit international public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, n° 127, 2012

MADELAINÉ Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 133, 2014

MARTRON Hélène, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, LGDJ, 2011

MEYROWITZ Henri, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi no 10 du Conseil de contrôle allié*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international, n° 10, 1960

MIRKOVIC Aude, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM, 2003

MOUYSET Olivier, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 43, 2008

OLLARD Romain, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 98, 2010

PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 48, 2010

RABUT Gaëlle, *Le préjudice en droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 159, 2016

SIMON Perrine, *La compétence d'incrimination de l'Union européenne*, Bruylant, 2019

F - Actes de colloques

BEAUSSONIE Guillaume, *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?* (dir.), LGDJ, coll. Grands colloques, 2015

BIOY Xavier (dir.), *La personnalité juridique : traditions et évolutions*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013

BUREAU Dominique, DRUMMOND France, FENOUILLET Dominique (dir.), *Droit et morale : aspects contemporains*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2011

CAHN Olivier, PARROT Karine (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013

CLAY Thomas et al. (dir.), *États généraux de la recherche sur le droit et la justice : actes du colloque tenu sous l'égide du ministère de la Justice et du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, LexisNexis, 2018

COLLECTIF, *Bicentenaire du Code pénal 1810-2010*, coll. Les colloques du Sénat, 2010, en ligne sur :

https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf

COLLECTIF, *Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010

COLLECTIF, *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, n° 24, 1994

COTTE Bruno et al. (dir.), *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2017

DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Éd. A. Pédone, 2007

LAZERGES Christine (dir.), *Réflexions sur le nouveau code pénal*, A. Pédone, 1995

LEROY Jacques (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LexisNexis, 2017

MALABAT Valérie, DE LAMY Bertrand, GIACOPELLI Muriel (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, 2011

PRADEL Jean (dir.), *La condition juridique du détenu*, Éd. Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1994

PRADEL Jean (dir.), *Questions contemporaines de science criminelle*, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, n° 16, 1996

RIBEYRE Cédric (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016

ROBERT Jacques-Henri, TZITZIS Stamatios (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Éditions Panthéon-Assas, 2003

SAENKO Laurent (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014

SORDINO Marie-Christine, LEFRANÇOIS Cécile, VIALATTE Clémence (dir.), *Cour européenne des droits de l'homme et droit pénal français : simple influence ou réelle subordination ?*, Montpellier, 16 mars 2018, À paraître

§ 2 : ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

A - Encyclopédies

DALLOZ Marc, « Circonstances aggravantes », *Rep. pén. Dalloz*, 2017

MALABAT Valérie, « Infractions sexuelles », *Rep. pén. Dalloz*, 2002

MAYAUD Yves :

- « Terrorisme – Infractions », *Rep. pén. Dalloz*, 2018
- « Violences involontaires : applications et illustrations », *Rep. pén. Dalloz*, 2006

MISTRETTA Patrick, « Harcèlement », *Rep. pén. Dalloz*, 2013

RASSAT Michèle-Laure, JCl Code pénal, Fasc. 20 : Agressions sexuelles. – Viol. – Autres agressions sexuelles. – Exhibition sexuelle. – Harcèlement sexuel, 2018

B - Colloques

BADINTER Robert, « Comment est né le Nouveau Code pénal ? », in SAENKO Laurent (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014, p. 7-12

BEAUVAIS Pascal, « L'aseptisation de l'espace public », in CAHN Olivier, PARROT Karine (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 67-78

BIOY Xavier, « Le droit à la personnalité juridique », in BIOY Xavier (dir.), *La personnalité juridique : traditions et évolutions*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 97-113

BOSSAN Jérôme, « Penser la légalité comme source », in LEROY Jacques (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LexisNexis, 2017, p. 35-43

CABRILLAC Rémy, « Les défis d'une recodification pénale », in MALABAT Valérie, DE LAMY Bertrand, GIACOPELLI Muriel (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, 2011, p. 5-13

CAHN Olivier, « Le principe de nécessité en droit pénal - Thèse radicale », in CAHN Olivier, PARROT Karine (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 17-63

CATELAN Nicolas, « Existe-t-il une personnalité juridique propre au droit pénal ? », in BEAUSSONIE Guillaume (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 7-31

CHOQUET Claude, « Actes de terrorisme : nouvelles formes de crimes contre l'humanité ? », in *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, 2017, p. 99-107

COUVRAT Pierre :

- « Préface », in LAZERGES Christine (dir.), *Réflexions sur le nouveau code pénal*, A. Pédone, 1995, p. 7
- « Rapport de synthèse », in PRADEL Jean (dir.), *La condition juridique du détenu*, Éd. Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1994, p. 293

DANTI-JUAN Michel, « La notion de dignité humaine en droit pénal », in PRADEL Jean (dir.), *Questions contemporaines de science criminelle*, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, n° 16, 1996, p. 99-110

DE LAMY Bertrand, « Le Code pénal : Consolidé ou fragilisé par le droit constitutionnel ? », in SAENKO Laurent (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014, p. 21-36

DELMAS-MARTY Mireille, « Le dernier Code pénal », in SAENKO Laurent (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014, p. XI-XVIII

DESESSARD Laurent, « Influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit pénal substantiel », in *Cour européenne des droits de*

l'homme et droit pénal français : simple influence ou réelle subordination ?, Montpellier, 16 mars 2018, À paraître

DUVERT Cyrille, « La nécessité pénale à l'épreuve de l'ultra-minoritaire : à propos de la loi du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public » », in CAHN Olivier, PARROT Karine (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 79-89

KREß Claus, « Actes de terrorisme : nouvelles formes de crimes contre l'humanité ? », in COTTE Bruno et al. (dir.), *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2017, p. 89-116

LEPAGE Agathe :

- « La place des incriminations dans le Livre II du Code pénal : quels enjeux pour la codification ? », in SAENKO Laurent (dir.), *Le nouveau Code pénal : 20 ans après*, LGDJ, 2014, p. 139-155
- « Le Code pénal et la protection de la personnalité : propos sur l'autonomie et la codification du droit pénal », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 507-538
- « Réflexions sur quelques incriminations dédoublées (Livre II/Livre IV du Code pénal) », in BEAUSSONIE Guillaume (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 49-64

LINHARDT Dominique, MOREAU DE BELLAING Cédric, « Lutte contre le terrorisme et droit pénal de l'ennemi », in *États généraux de la recherche sur le droit et la justice : actes du colloque tenu sous l'égide du ministère de la Justice et du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, LexisNexis, 2018, p. 609-617

LOMBOIS Claude, « La personne, corps et âme », in *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, n° 24, 1994, p. 57-71

MALABAT Valérie, « Morale et droit pénal », in BUREAU Dominique, DRUMMOND France, FENOUILLET Dominique (dir.), *Droit et morale : aspects contemporains*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2011, p. 219-236

MARECHAL Jean-Yves, « La place du résultat dans la matérialité de l'infraction », in LEROY Jacques (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LexisNexis, 2017, p. 59-68

MASSE Michel, « Le crime contre l'humanité au tribunal militaire international de Nuremberg », in *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, 2017, p. 31-38

MAYAUD Yves :

- « La loi pénale instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 3-22
- « Le Code pénal, une réforme toujours en cours », in *Bicentenaire du Code pénal 1810-2010*, coll. Les colloques du Sénat, 2010, p. 143-157, en ligne sur : https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf

MEMETEAU Gérard, « Vie biologique et personnalité juridique », in *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, n° 24, 1994, p. 21-56

MOLINS François, « Actes de terrorisme : nouvelles formes de crimes contre l'humanité ? », in COTTE Bruno et al. (dir.), *Soixante-dix ans après Nuremberg, juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2017, p. 109-116

NADAL Jean-Louis, « Accueil », in *Bicentenaire du Code pénal 1810-2010*, coll. Les colloques du Sénat, 2010, p. 12-16, en ligne sur : https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf

PARIZOT Raphaële, « L'anticipation de la répression », in CAHN Olivier, PARROT Karine (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 123-129

PIN Xavier, « Retour sur le consentement de la victime », in RIBEYRE Cédric (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 95-106

ROBERT Jacques-Henri, « Préface », in ROBERT Jacques-Henri, TZITZIS Stamatios (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 7-8

ROETS Damien, « L'influence des droits européens sur le droit pénal français de la sexualité », in *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Éd. A. Pédone, 2007, p. 103-113

TELLIER-CAYROL Véronique, « Faut-il régénéraliser les circonstances aggravantes ? », in BEAUSSONIE Guillaume (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015, p. 181-191

TRIGEAUD Jean-Marc, « La personne humaine, sujet de droit », in *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, n° 24, 1994, p. 3-18

C - Mélanges

ALIX Julie, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », in *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 423-440

ALLAIN Emmanuelle, « Ultima ratio : Un principe en voie de disparition », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint : Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 149-156

ANDRE Christophe, « Alternance et politique pénale : le droit pénal français en quête de sens (1981-2005) », in COHEN Dany, DENIS-LINTON Martine, DUPEUX Jean-Yves (dir.), *L'exigence de justice : mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 1-28

BEAUVAIS Pascal, « Les mutations de la souveraineté pénale », in COHEN Dany, DENIS-LINTON Martine, DUPEUX Jean-Yves (dir.), *L'exigence de justice : mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 71-86

CANTAT-LAMPIN Valérie, « Les atteintes à la personne par le biais des communications électroniques », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint : Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 305-315

CHAVENT-LECLERE Anne-Sophie, « Le renouveau des infractions sexuelles à l'ère d'internet », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint : Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 341-353

COUV RAT Pierre, « Le nouveau code pénal en sa forme », in BEAUCHARD Jean, COUV RAT Pierre (dir.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 89-99

DANET Jean, « Économie de la sexualité et droit pénal au début du XXI^e siècle », in *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 479-500

DANTI-JUAN Michel, « Quelques réflexions sur la légitimité normative en droit pénal », in PY Bruno, STASIAK Frédéric (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seu vic*, PUN-Éditions Universitaires de Lorraine, 2018, p. 59-72

DAURY-FAUVEAU Morgane, « La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 179-189

DELAGE Pierre-Jérôme, « Les fondements de la personnalité juridique », in *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 37-56

DELMAS SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, « Les principes de la légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, A. Pedone, 1980, p. 149-165

LETURMY Laurence, « Faut-il créer une infraction de féminicide dans le code pénal », in PY Bruno, STASIAK Frédéric (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN-Editions Universitaires de Lorraine, 2018, p. 315-323

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. 155-165
- « Légalité et légitimité pénales à l'épreuve de l'extension du champ pénal. L'exemple de la protection pénale de l'intégrité psychique », in PY Bruno, STASIAK Frédéric (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN-Editions Universitaires de Lorraine, 2018, p. 157-171
- « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 443-459

MISTRETTA Patrick, « 2016, l'odyssée des mœurs en droit pénal et médical », in PY Bruno, STASIAK Frédéric (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN-Editions Universitaires de Lorraine, 2018, p. 191-207

PARIZOT Raphaële, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s): mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245-257

SAVATIER René, « Le droit de la personne et l'échelle des valeurs », in *En hommage à Victor Gonthot*, Université de Liège, 1962, p. 567-605

SEUVIC Jean-François, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Éthique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze*, Économica, 1999, p. 339-385

D – Ouvrages collectifs

BARON Élisabeth, CLAVERIE Charlotte, RAYMOND Marie-Anne, « Propositions pour un nouveau plan du Code pénal », in MALABAT Valérie, DE LAMY Bertrand, GIACOPELLI Muriel (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2009, p. 17-24

CAMUS Aurélien, « Analyse de l'efficacité répressive de notion de pénétration dans le viol », in DARSONVILLE Audrey, LEONHARD Julie (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. Santé, qualité de vie et handicap, 2015, p. 63-79

DARSONVILLE Audrey, « L'interdit pénal et la prostitution », in DARSONVILLE Audrey, LEONHARD Julie (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. Santé, qualité de vie et handicap, 2015, p. 177-194

DEROUSSIN David, « Personnes, choses, corps », in DOCKES Emmanuel, LHUILLIER Gilles (dir.), *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, p. 79-146

DREYER Emmanuel, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », in MALABAT Valérie, DE LAMY Bertrand, GIACOPELLI Muriel (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale: Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2009, p. 63-70

FENOUILLET Dominique, « Propos introductifs », in BUREAU Dominique, DRUMMOND France, FENOUILLET Dominique (dir.), *Droit et morale: aspects contemporains*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2011, p. 1-26

GOGORZA Amane, « La dignité humaine », in SAINT-PAU Jean-Christophe (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, coll. Traités, 2013, p. 93-190

KOERING-JOULIN Renée, « La dignité de la personne en droit pénal », in PAVIA Marie-Luce, REVET Thierry (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 67-84

LEPAGE Agathe, « Les délits d'expression incriminés par le Code pénal », in SAINT-PAU Jean-Christophe (dir.), *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, vol. 1, Cujas, 2011, p. 171-196

LEVASSEUR Georges, « La protection de la personnalité en droit pénal français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française. T. XIII, 1959-1960*, Dalloz, 1963, p. 186-206

MALABAT Valérie :

- « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in MALABAT Valérie, DE LAMY Bertrand, GIACOPELLI Muriel (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes & Commentaires*, 2009, p. 71-78
- « Le suicide assisté : aspects de droit pénal », in CONTE Philippe, TZITZIS Stamatios, BERNARD Guillaume (dir.), *Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, coll. *Essais de philosophie pénale et de criminologie*, n° 12, 2017, p. 35-48

PIN Xavier, « La vulnérabilité en matière pénale », in COHET-CORDEY Frédérique (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 119-143

PY Bruno, « Les mots du sexe dans la loi pénale », in DARSONVILLE Audrey, LEONARD Julie (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. *Santé, qualité de vie et handicap*, 2015, p. 45-62

RAYMOND Marie-Anne, « Les infractions de résultat », in SAINT-PAU Jean-Christophe (dir.), *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, vol. 1, Cujas, 2011, p. 51-61

VAUTHIER Jean-Philippe, « D'une loi à l'autre. Les mots du sexe à l'épreuve des mouvances de la loi pénale », in DARSONVILLE Audrey, LEONARD Julie (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. *Santé, qualité de vie et handicap*, 2015, p. 25-43

VERMELLE Georges, « Émergence de la dignité », in *Dix ans après la réforme de 1994, quels repères dans le Code pénal ?*, Cujas, 2005, p. 89-100

ZABALZA Alexandre, « Introduction », in SAINT-PAU Jean-Christophe (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, coll. Traités, 2013, p. 1-54

E - Articles de revues, chroniques, notes

AIDP :

- « Le IXe congrès international de droit pénal (La Haye, 24-30 août 1964) », RSC 1965 p. 192
- « Résolutions du XVIIIe Congrès de l'AIDP (Istanbul, 22 - 27 septembre 2009) », RIDP 2015, vol. 86, p. 205

ALLAIN Emmanuelle, « Le Conseil constitutionnel valide en grande partie la loi sur les violences de groupe », *D.* 2010, p. 495

AMBROISE-CASTEROT Coralie, « L'abus de faiblesse, infraction bicéphale », *AJ Pénal* 2018, p. 220

ATIAS Christian, « Coûteuse insécurité juridique », *D.* 2015, p. 167

BEAUSSONIE Guillaume :

- « Les bornes de la personnalité juridique en droit pénal », *Dr. Famille* 2012, dossier 5
- « Loi relative au harcèlement sexuel », RSC 2012, p. 906

BEIGNER Bernard, DE LAMY Bertrand, « L'inconventionnalité du délit d'offense envers les chefs d'État étrangers », *D.* 2003, p. 715

BELFANTI Ludovic, « Poursuite et répression du délit d'exhibition sexuelle », *Gaz. Pal.* 2012, n° 301, p. 19

BENTHAM Jeremy, *Offences against one's self*, *Journal of Homosexuality*, 1978, vol. 3,4 et 4, 1, p. 389, en ligne sur :

<http://www.columbia.edu/cu/lweb/eresources/exhibitions/sw25/bentham/>

BIOY Xavier, « À la recherche de l'embryon », *Constitutions* 2013, p. 443

BRUGUIERE Jean-Michel, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », *D.* 2011, p. 28

CARCASSONNE Guy, « Penser la loi », *Pouvoirs* 2005, vol. 3, p. 39

CEDRAS Jean, « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.* 1995, p. 18

CHACORNAC Jérôme, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles formelles », *RSC* 2008, p. 849

CHAPLEAU Béatrice, « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Dr. Pén.* 2006, étude 18

CHASSAING Jean-François, « Les trois codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », *RSC* 1993, p. 445

CHAUVET Delphine, « Mérites ou démérites du délit général de harcèlement moral créé par la loi du 4 août 2014 ? », *D.* 2015, p. 174

CHENEDE François, « La personnification de l'animal : un débat inutile ? », *AJ Fam.* 2012, p. 72

CLEMENT Éloi, « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs », *RSC* 2015, p. 813

CONTE Philippe :

- « Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *Dr. Pén.* 2012, étude 24
- « Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons. À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *JCP G* 2002, act. 320

COURTAIGNE-DESLANDES Coralie, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Dr. Pén.* 2013, étude 5

COUVRAT Pierre, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *RSC* 1993, p. 469

DARGENTAS Emmanuel, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *Rev. Pénit.* 1977, p. 411

DARSONVILLE Audrey :

- « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle* 2012, n° 34, p. 31
- « Réformer l'incrimination de viol ? », *D.* 2017, p. 640

DASSA LE DEIST David, « Les infractions en matière sexuelle à l'aune du principe de légalité pénale », *Gaz. Pal.* 2012, n° 301, p. 4

DAURY-FAUVEAU Morgane :

- « Commentaire du volet « armes » de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », *Dr. Pén.* 2016, étude 22
- « Des listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *RSC* 2015, p. 67

DE LAMY Bertrand, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : utiles précisions sur la nécessité d'une incrimination », *RSC* 2017, p. 385

DECHEPY-TELLIER Johan, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC* 2017, p. 677

DECIMA Olivier :

- « La gifle », *Rev. Pénit.*, 2015, p. 5
- « Terreur et métamorphose », *D.* 2016, p. 1826

DELAGE Pierre-Jérôme, « Happy slappers and bad lawyers », *D.* 2007, p. 1282

DELMAS SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, « Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », *RSC* 2002, p. 592

DELMAS-MARTY Mireille :

- « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC* 2012, p. 495
- « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC* 2007, p. 461

DESGENS-PASANAU Guillaume, « Le « revenge porn » n'est pas (toujours) une infraction pénale », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 321

DETRAZ Stéphane, « Les nouvelles dispositions réprimant les atteintes à l'intimité sexuelle : faire compliqué quand on peut faire simple », *RSC* 2016, p. 741

DORSNER-DOLIVET Annick, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *JCP G* 2004, p. 1949

DREYER Emmanuel :

- « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730
- « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ* 2005, p. 19
- « Violences psychologiques ou harcèlement moral ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 38, p. 48

DUMOULIN Lisa, « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. sociétés* 2006, n° 1, p. 1

ENDRASS Jérôme et al., « The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending », *BMC Psychiatry* 2009, vol. 9

FABRE-MAGNAN Muriel et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2008, vol. 2, p. 3

FABRE-MAGNAN Muriel :

- « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, vol. 58, n° 1, p. 1
- « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973

FAUTRE-ROBIN Aurélia, RASCHEL Evan, « Lutte contre les violences éducatives ordinaires : réformer le code civil pour influencer le juge pénal ? », *D.* 2019, p. 1402

FRANCILLON Jacques :

- « Piratage informatique. Usurpation d'identité numérique. L'affaire du « faux site officiel » de Rachida Dati : une étape dans la lutte contre la cyberdélinquance », *RSC* 2015, p. 101
- « Publication de sondages d'opinion sur internet dans la semaine précédant le scrutin : encore une loi française abrogée judiciairement », *RSC* 2002, p. 125

GASSIN Raymond, « Les définitions dans les textes en matière pénale », *RRJ* 1987, n° 4, p. 1019

GIUDICELLI André :

- « Le droit pénal de la bioéthique », *Les petites affiches* 14 déc. 1994, n° 149
- « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC* 2007, p. 509

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, « Droit pénal de la dangerosité. Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69

GOZZI Marie-Hélène, « Une fellation imposée n'est plus un viol », *D.* 2002, p. 1803

GRIDEL Jean-Pierre, « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité », *D.* 2001, p. 872

GUERIN Didier, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *Dr. Pén.* 2012, étude 12

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Une dignitas humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits* 2008, vol. 2, p. 59

HERZOG-EVANS Martine, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Civ* 2000, p. 65

JAKOBS Günther, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 7

KOERING-JOULIN Renée, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, p. 106

LANTHIEZ Marie-Laure, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464

LARRALDE Jean-Manuel, « Vie privée et pratiques sadomasochistes », *D.* 1998, p. 97

LAVAUD-LEGENDRE Bénédicte, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits* 2009, n° 49, p. 57

LAZERGES Christine :

- « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC* 2004, p. 194
- « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC* 2010, p. 725

LAZERGES Christine, HENRION-STOFFEL Hervé, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649

LE COZ Nicolas, « La répression des atteintes aux personnes dans la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 », *AJ Pénal* 2013, p. 512

LEMASSON Aurélien-Thibault, « Les places respectives du genre humain et du genre animal dans le Code pénal : proposition d'un plan nouveau pour rompre avec son Livre V « fourre-tout » », *Rev. Pénit.* 2014, p. 777

LEPAGE Agathe :

- « L'article 226-2-1 du Code pénal Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *Dr. Pén.* 2017, étude 1
- « Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Dr. Pén.* 2016, étude 11
- « Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation », *JCP G* 2011, doctr. 913
- « Les personnes morales sont susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée », *D.*, 2002, p. 2299
- « Pour être diffamé, il faut être une personne », *Comm. com. électr.* 2001, comm. 21

LEVASSEUR Georges, « Blessures par morsure d'un chien et responsabilité du Fonds de garantie », *RSC* 1992, p. 752

LEVINET Michel, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Droits* 2009, vol. 1, n° 49, p. 3

MALABAT Valérie :

- « À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Dr. soc.* 2003, p. 491
- « Le changement en droit pénal », *Revue de Droit d'Assas* 2015, n° 10, p. 30

MALABAT Valérie, SAINT-PAU Jean-Christophe, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. Pén.* 2004, chron. 2

MARGUENAUD Jean-Pierre :

- « La prolifération des obligations positives de pénaliser : honte aux époux violents et haro sur les juges laxistes ! », *RSC* 2010, p. 219
- « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits* 2009, vol. 1, n° 49, p. 19
- « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD Civ.* 2005, p. 341

MARTIN Didier, « Choc de simplification. - Nouvelle incantation ou réelle révolution ? », *JCP G* 2013, doct. 722

MATHIEU Bertrand :

- « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA* 1994, p. 1019
- « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur « le voile intégral » », *JCP G* 2010, n° 42, 1018
- « Non-violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère », *JCP G* 2007, II 10097

MAYAUD Yves :

- « De la condition de publicité propre à l'exhibition sexuelle », *RSC* 2004, p. 879

- « Du fœtus à l'enfant né vivant... : suite ou fin ? », *RSC* 2004, p. 348
- « Du harcèlement sexuel à l'agression sexuelle, ou des enjeux d'une requalification », *RSC* 2015, p. 855
- « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813
- « Éphémère émotion autour du fœtus », *RSC* 2015, p. 83
- « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem et... contra rationem », *D.* 1998, p. 212
- « Les appels téléphoniques malveillants, une affaire de ponctuation ? », *RSC* 2018, p. 409
- « Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'animus necandi », *RSC* 1999, p. 98
- « Pour une autre définition de la prostitution », *RSC* 1996, p. 853
- « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983, p. 597
- « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001, p. 2917
- « Violences psychologiques et harcèlement moral, une relation de complémentarité », *RSC* 2019, p. 99

MAYER Danièle, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », *D.* 1981, p. 283

MAZEAUD Pierre, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP G* 2005, act. 70

MESA Rodolphe, « Le manque de pertinence du régime répressif du harcèlement moral au travail », *Rev. trav.* 2019, p. 87

MINIATO Lionel, « Les inconvénients de la technique du code pilote et du code suiveur », *D.* 2004, p. 1416

MIRKOVIC Aude :

- « Homicide involontaire : refus de l'extension au cas de l'enfant à naître », *D.* 2015, n° 7, p. 378
- « Le droit constate-t-il ou génère-t-il l'existence de la personne physique ? », *Dr. Famille* 2012, dossier 6

MISTRETTA Patrick :

- « Atteintes non intentionnelles à la vie et l'intégrité physique des malades : de la rigueur sans excès », *RSC* 2015, p. 416
- « Les bonnes moeurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017, p. 273

OLLARD Romain, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2010, p. 561

OTTENHOF Reynald, « Abus de faiblesse. Article 313-4 du code pénal et articles L 122-8 et 10 du code de la consommation », *RSC* 2000, p. 614

PAPA Michèle, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC* 2009, p. 3

PARIZOT Raphaële :

- « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », *Petites Affiches* 24 mai 2012, n° 104, p. 3
- « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.* 2009, p. 2701
- « La prostitution, infraction sans texte », *RSC* 2016, p. 373

PARTOUCHE Brice, « Tentative et violences volontaires dans la jurisprudence contemporaine », *RSC* 2013, p. 759

PEIS-HITIER Marie-Pierre, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 865

FERRIER Jean-Baptiste, « L'adaptation des incriminations », *RSC* 2017, p. 373

PETIT Franck, « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D. Affaires* 1998, p. 826

PIN Xavier :

- « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », *RSC* 2003, p. 259
- « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83
- « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *Rev. Pénit.*, 2011, p. 83

PLANQUE Jean-Claude, « Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.* 2012, n° 110, p. 13

PLANTIER Yann, « La notion de personne au sens philosophique », *Dr. Famille* 2012, dossier 2

PONSEILLE Anne, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *Dr. Pén.* 2004, étude 10

PRADEL Jean :

- « Droit pénal européen et droit pénaux nationaux », *Rev. Pénit.* 2015, p. 9
- « La seconde mort de l'enfant conçu », *D.* 2001, p. 2907
- « Notre Code pénal, vingt ans à peine et déjà des dérives qui n'ont pas attendu le nombre des années », *JCP G* 2014, n° 9, p. 259

PROTHAIS Alain, « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic ! », *D.* 1998, p. 334

RENAUT Marie-Hélène, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC* 2006, p. 293

ROBERT Jacques-Henri, « L'enfance du nouveau Code pénal », *Dr. Pén.* 1996, n° 12, p. 4

ROMAN Diane, « « Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement. Et les mots pour le dire arrivent aisément » : la reconnaissance du terme de « féminicide » », *Dalloz actualité* 17 oct. 2014

ROUJOU DE BOUBEE Gabriel, « La publicité dans l'exhibition sexuelle », *D.* 2004, p. 2750

ROUSSEAU François, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires » », *Dr. Pén.* 2013, Étude 11

ROUSSEAU François :

- « La victime des infractions contre les personnes : personne humaine ou personne juridique ? », *Rev. Pénit.* 2012, p. 805
- « Principe de précaution et devoir de punir », *Rev. Pénit.* 2015, p. 281

RUBI-CAVAGNA Eliette, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne », *RSC* 2009, p. 501

SAINTE ROSE Jerry, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *Rev. Pénit.* 2004, p. 855

SAINT-PAU Jean-Christophe :

- « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. Pén.* 2011, étude 20
- « L'interprétation des lois », *RSC* 2015, p. 272

TELLIER-CAYROL Véronique, « Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », *AJ Pénal* 2018, p. 400

THIBIERGE Catherine, « La densification normative », *D.* 2014, p. 834

THIERRY Jean-Baptiste, « L'individualisation du droit criminel », *RSC* 2008, p. 59

TILLEMENT Geneviève, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. Pén.* 2003, chron. 34

VERGES Étienne, « Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, une avancée marquante de la répression en France des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », *RSC* 2010, p. 896

VERON Michel :

- « Abus du médecin traitant », *Dr. Pén.* 2000, comm. 69
- « Affaire du sang contaminé : le volet « non ministériel » », *Dr. Pén.* 2003, comm. 97

- « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », *Dr. Pén.* 2000, comm. 3
- « L'enfant en train de naître », *Dr. Pén.* 2002, comm. 93
- « Relations sexuelles avec une patiente : une autre forme de maltraitance médicale », *Dr. Pén.* 2014, comm. 52

VOGLIOTTI Massimo, « Mutations dans le champ pénal contemporain, vers un droit pénal de réseau ? », *RSC* 2002, p. 721

ZEROUKI-COTTIN Djoheur, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *RSC* 2011, p. 575

§ 3 : DOCUMENTS PARLEMENTAIRES ET RAPPORTS

Amendement n° COM-95 au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Doc. Sénat n° 445, 21 mars 2016

BADINTER Robert, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, 20 févr. 1986, Doc. Sénat, n° 300

CONSEIL D'ÉTAT, *Guide de légistique*, 2018

DENAJA Sébastien, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le sénat (n° 1380), pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, 18 déc. 2013, Doc AN, n° 1663

HAMADI Razzi :

- *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, 17 juin 2016, Doc AN, n° 3851

- *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, en nouvelle lecture, le projet de loi, modifié par le sénat, « égalité et citoyenneté », 9 nov. 2016, Doc AN, n° 4191 (rectifié)*

JOLIBOIS Charles, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration général sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, 4 févr. 1998, Doc. Sénat, n° 265*

LAMBERT Alain, BOULARD Jean-Claude, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, 26 mars 2013*

LAURENT Bernard, *Rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi relatif à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, 23 juin 1993, Doc. Sénat, n° 377*

LEGER Philippe, *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, 2009, en ligne sur :*

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000401/index.shtml>

MERCIER Michel, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, 23 mars 2016, n° Doc. Sénat n° 491*

OBSERVATOIRE NATIONAL INTERMINISTERIEL DE LA SECURITE ROUTIERE, *La sécurité routière en France. Bilan de l'accidentalité de l'année 2017, 2018*

OLIVIER Maud, *Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner, en nouvelle lecture, la proposition de loi, modifiée par le sénat en deuxième lecture (n° 3149), visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, , n° Doc. AN n° 3350*

COMMISSION SUPERIEURE DE CODIFICATION, *Rapport annuel, 2006*

ZOCCHETTO François, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, 14 janv. 2004, Doc. Sénat, n° 148

§ 4 : RESSOURCES NUMERIQUES

Communiqué du syndicat de la magistrature, 30 juin 2009, en ligne sur :
[http://www.syndicatmagistrature.org/Proposition de loi anti bandes.html](http://www.syndicatmagistrature.org/Proposition%20de%20loi%20anti%20bandes.html)

INDEX ALPHABETIQUE

A

- Abus de faiblesse
 - Code de la consommation : 86
 - Place dans le Livre II : 69
 - Rédaction : 269
 - Vulnérabilité : 265
- Anticipation de la répression
 - Conséquences : 199, 202
 - Manifestations : 189-198
- Appels téléphoniques malveillants : 121, 187
 - Rédaction : 261
 - Relations avec les violences morales : 229
- Atteintes à la vie privée
 - Application aux cadavres : 29
 - Contenu à caractère sexuel : 262, 296, 300
 - Personnes morales : 34

B

- Bizutage : 236
 - Consentement : 242
 - Place dans le Livre II : 117, 119

C

- Cadavre
 - Infractions générales : 29
 - Infractions spécifiques : 30
- Circonstances aggravantes : 152
 - Classement : 154
 - Généralisation : 159
 - Infractions contre les biens : 62
- Codification : 40
- Consentement : 238-245
 - Autonomie personnelle : 248
 - Rapports sexuels avec violence consentie : 247
- Suicide assisté : 241

Crimes contre l'espèce humaine : 55, 77,
271

Crimes contre l'humanité : 51, 57, 138

D

Dignité

Atteintes à la dignité : 111-119, 145

Indisponibilité : 184, 245

Valeur symbolique : 105

Discriminations : 270

Doublons d'incrimination : 215, 225-231

E

Enfant à naître

Définition de la personne : 26

Pénalisation des atteintes : 302

H

Harcèlement : 85

Harcèlement moral : 151, 230, 295

Harcèlement sexuel : 123, 137, 185,
222, 259

I

Infractions sexuelles : 122, 137

Administration de substance : 294

Morale : 186

Rédaction : 259

Viol : 293

M

Mandat criminel : 190, 221

Menaces : 67, 73

Mineurs

Atteintes aux mineurs : 129-135, 281,
282

Atteintes sexuelles : 124

Infractions obstacles : 91

Messages outrageants : 126

N

Nécessité des incriminations

Contrôle constitutionnel : 214

Définition : 210

Ultima ratio : 209

P

Pénalisations imposées

Conventions internationales : 279

Cour européenne des droits de
l'Homme : 285

Légitimité : 289

Union européenne : 280

Personne

Notion d'autrui : 266

Personnalité juridique

Inadéquation de la notion : 31

Mort : 28

Naissance : 25

Personne humaine : 33

Personnes morales : 34

Prostitution : 243

Racolage : 180

T

Tranquillité : 121, 187, 297

V

Valeurs juridiques

Apparition de nouvelles valeurs : 183-
187

Délimitation du Livre II : 41

Disponibilité : 244

Hierarchie : 104

Notion : 39

Ordonnancement du Livre II : 102

Violences

Bandes violentes : 197

Chevauchements avec d'autres
infractions : 227

Circonstances aggravantes : 158

Classement des infractions : 108

Embuscade : 196

Infractions contre les biens : 62

Notion : 267

Tentative : 306

Violences consenties : 247

Violences involontaires : 234

Violences psychologiques : 223

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	9
PRINCIPALES ABREVIATIONS	11
INTRODUCTION GENERALE	15
PARTIE 1 : LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE LIVRE II TRIBUTAIRE D'UNE CONSTRUCTION REFLECHIE	39
TITRE 1 : LA DELIMITATION DU LIVRE II, UN PREALABLE INDISPENSABLE	41
<i>Chapitre 1 : Une délimitation interne particulièrement délicate</i>	43
Section 1 : L'identification de la personne protégée par le Livre II.....	44
§ 1 : Les insuffisances de la notion de personne juridique	46
A - La frontière du commencement de la personnalité juridique, une frontière stricte pour l'application du droit pénal.....	46
B - La frontière de la fin de la personnalité juridique, une bascule nécessaire vers la référence à la personne humaine	52
§ 2 : Le dépassement nécessaire de la notion de personne juridique.....	57
Section 2 : L'identification des valeurs protégées par le Livre II.....	66
§ 1 : La protection de valeurs liées à la personne	67
A - Le rôle des valeurs protégées par le Livre II	68
B - La détermination des valeurs issues de la personne.....	73
§ 2 : La protection de valeurs transcendant la personne	81
<i>Chapitre 2 : Une délimitation externe relativement simple</i>	95
Section 1 : Livre II et autres livres du Code pénal	96
§ 1 : Les apparitions justifiées de la protection des personnes dans d'autres Livres du Code pénal	96
A - Les apparitions de la protection des personnes dans le Livre III	97
B - Les apparitions de la protection des personnes dans le Livre IV	105
§ 2 : La répartition ambiguë de certaines infractions liées à la protection des personnes.....	109
Section 2 : Livre II et autres lois	113

§ 1 : Livre II et autres Codes	113
§ 2 : Livre II et lois non codifiées.....	120
TITRE 2 : LA RESTRUCTURATION DU LIVRE II, UNE PERSPECTIVE A ENVISAGER.....	127
<i>Chapitre 1 : Une organisation interne originellement imparfaite</i>	<i>129</i>
Section 1 : Le principe d'une organisation selon les valeurs protégées	130
§ 1 : Une organisation en fonction des valeurs protégées.....	130
§ 2 : Un classement fondé sur la hiérarchie de ces valeurs.....	136
Section 2 : Une organisation selon les valeurs protégées difficile à mettre en œuvre.....	141
§ 1 : La sélection des valeurs fondant les subdivisions, un choix fréquemment délicat..	141
A - Le choix de biens juridiques inadaptés pour le classement des infractions :	
l'exemple de la dignité	142
B - Les perturbations suscitées par la protection croissante de biens juridiques non	
apparents.....	152
§ 2 : La difficulté de s'en tenir à des principes stricts.....	161
A - L'exception à l'organisation selon les valeurs : l'exemple du Chapitre VII.....	161
1 - Un chapitre acceptable	162
2 - Un chapitre à restructurer.....	164
B - La présence de distinctions artificielles affaiblissant l'organisation générale	167
<i>Chapitre 2 : Une organisation interne mise à l'épreuve</i>	<i>171</i>
Section 1 : Une organisation interne malmenée par les modifications législatives	173
§ 1 : Des influences néfastes sur les subdivisions	173
§ 2 : Des influences néfastes sur la place des infractions	176
A - Le placement délicat de certaines infractions.....	177
B - Les pertes de qualité quant à la numérotation.....	178
Section 2 : Une organisation interne parasitée par les circonstances aggravantes	181
§ 1 : Le classement des circonstances aggravantes dans le Code pénal.....	182
§ 2 : La gestion des circonstances aggravantes dans le Livre II	184
PARTIE 2 : LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE LIVRE II PERTURBEE PAR	
UN CONTENU DEFICIENT.....	201
TITRE 1 : DES INCRIMINATIONS EN PARTIE INADAPTEES.....	203
<i>Chapitre 1 : La protection des personnes oubliée.....</i>	<i>205</i>
Section 1 : Des incriminations dévoyées	207
§ 1 : Des incriminations s'éloignant des modes classiques d'expression des valeurs.....	207
A - Le détournement de la fonction expressive du droit pénal	208
B - L'expression de nouvelles valeurs	216
§ 2 : Des incriminations s'éloignant des modes classiques de répression	223
A - Une anticipation manifeste de la répression dans certaines incriminations.....	224
B - Une anticipation de la répression à questionner.....	234
Section 2 : De la nécessité de ces incriminations	242
§ 1 : La nécessité des incriminations comme principe régulateur	242

§ 2 : Un principe régulateur difficile à mettre en œuvre	249
<i>Chapitre 2 : La protection des personnes exacerbée</i>	<i>257</i>
Section 1 : De multiples doublons d’incrimination	258
§ 1 : Les chevauchements entre incriminations, un mal souvent nécessaire	259
§ 2 : Les doublons d’incrimination, un mal croissant à contrôler	264
Section 2 : Des incriminations inutiles	273
§ 1 : Des incriminations superflues pour la protection des personnes	273
§ 2 : Le cas des infractions consenties	278
A - La place du consentement dans la caractérisation d’infractions	279
B - Le recours à la notion d’autonomie personnelle.....	288
TITRE 2 : UNE PROTECTION DES PERSONNES EN PARTIE LACUNAIRE	297
<i>Chapitre 1 : Des lacunes dans la rédaction de certaines incriminations.....</i>	<i>299</i>
Section 1 : Des imprécisions rédactionnelles néfastes à la protection des personnes	300
§ 1 : Une rédaction parfois approximative des incriminations.....	301
§ 2 : Des approximations ayant des conséquences sur l’application des incriminations	306
Section 2 : Une précision rédactionnelle délicate à mettre en œuvre.....	311
§ 1 : Des notions difficilement saisissables à la base de certaines infractions.....	311
§ 2 : Des excès de précision paradoxalement nocifs.....	317
<i>Chapitre 2 : Des lacunes dans la répression de certaines incriminations</i>	<i>323</i>
Section 1 : Une volonté constante de combler les lacunes dans la répression	324
§ 1 : L’influence constructive du droit international et européen	324
A - Un effet négatif sur les incriminations.....	325
B - Un effet positif sur les incriminations	328
1 - Les pénalisations issues des normes internationales et européennes	328
2 - Les pénalisations issues du juge européen.....	334
a) La création d’obligation de pénaliser.....	335
b) La légitimité des obligations de pénaliser.....	338
§ 2 : Le perfectionnement continu de la protection des personnes par le législateur	340
A - Les lacunes comblées en matière d’atteintes à l’intégrité de la personne	340
B - Les lacunes comblées en matière d’atteintes à la personnalité	346
Section 2 : La persistance de lacunes dans la répression	349
§ 1 : Des incriminations incomplètes.....	350
§ 2 : Des incriminations manquantes	354
A - Un manque certain.....	354
B - Des manques apparents	359
CONCLUSION GENERALE	369
BIBLIOGRAPHIE.....	377
§ 1 : Ouvrages.....	377
A - Dictionnaires et Lexiques	377
B - Ouvrages anciens	377

C - Traités et manuels.....	378
D - Monographies et ouvrages spécialisés.....	380
E - Thèses	382
F - Actes de colloques.....	383
§ 2 : Articles et contributions.....	385
A - Encyclopédies	385
B - Colloques.....	385
C - Mélanges.....	389
D - Ouvrages collectifs	392
E - Articles de revues, chroniques, notes.....	394
§ 3 : Documents parlementaires et rapports.....	405
§ 4 : Ressources numériques.....	407
INDEX ALPHABETIQUE.....	409
TABLE DES MATIERES.....	413