



HAL
open science

Regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale

A. Touzain

► **To cite this version:**

A. Touzain. Regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2017, pp.221. hal-04654453

HAL Id: hal-04654453

<https://hal.science/hal-04654453>

Submitted on 19 Jul 2024

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

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

REGARDS D'UN CIVILISTE SUR LA NOTION DE BIEN EN MATIÈRE PÉNALE

Antoine TOUZAIN

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement (Université Panthéon-Assas)

1. « *Regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale* ». En guise d'annonce, il convient de reprendre l'intitulé de cette intervention¹.

« *Regards d'un civiliste* », non d'un spécialiste de droit des biens : l'étude ne sera pas exhaustive, ne prétendant pas embrasser l'ensemble de la matière, et notamment le droit des affaires, le droit des marques ou le droit de la propriété littéraire et artistique². « *Regards d'un civiliste* », non d'un pénaliste : ces regards, ces vues, seront nécessairement affectés d'une certaine myopie, le civiliste pouvant être dérouteré par ce qu'il trouve dans la matière pénale.

« *En matière pénale* », ce qui ne saurait inclure l'ensemble des sciences criminelles : c'est principalement dans les eaux du droit pénal spécial que l'on se propose ici de plonger³, eaux qui sont souvent le lieu d'une dilution du pénal dans le civil et du civil dans le pénal. Une première approche de la matière peut toutefois surprendre. Ainsi, le juriste de formation civiliste est dérouteré lorsqu'il lit, concernant la distinction de l'escroquerie et du vol : « *on trouve même, sur le plan clinique, un particularisme morphologique, l'escroc étant plutôt du genre petit-gros (bréviligne-sthénique) alors que la masse des délinquants, contre les biens, au moins, est plutôt de la catégorie grand-maigre (longiligne-asthénique)* »⁴. Il est vrai que le propos, fortement teinté de criminologie⁵, surprend celui dont le domaine d'études n'est guère

¹ La forme orale de l'intervention a été – pour l'essentiel – conservée. L'auteur remercie l'Institut de Criminologie et de droit pénal de Paris pour l'organisation de cette table ronde, ainsi que l'ensemble de l'assistance. Que soient spécialement remerciés le Professeur P. Conte, le Professeur C. Brenner, F. Safi, M. Brenaut et G. Sebban. Le texte est à jour au 28 mai 2015, jour de l'intervention.

² Comme l'indiquent C. Caron et H. Lécuyer, *Le droit des biens*, Dalloz, Connaissance du droit, 2003, p. 3-4, « *le contenu du droit des biens pourrait en effet être dans l'étroite dépendance de la consistance des choses elles-mêmes* ». Ainsi, le « *droit commun* » que constitue le « *droit civil des biens* » est « *complété [...] par une multitude de droits spéciaux des biens qui sont en pleine expansion* ».

³ Malgré quelques détours par la théorie du droit pénal, notamment dans le cadre de l'étude de la notion de valeur sociale protégée, sur cette question cf. *infra*, n° 3 et s.

⁴ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du code pénal*, Dalloz, Précis, 2014, n° 139.

⁵ Sur les analyses en criminologie des critères physiques, v. l'analyse critique de P. Morvan, *Criminologie*, LexisNexis, Manuel, 2013, n° 52 et s.

réceptif⁶ à l'argument sociologique⁷. Mais passé ce premier sentiment, le constat est bien plus positif : le droit pénal spécial est un lieu d'épanouissement pour la notion de bien.

« *Sur la notion de bien* ». L'étude comparée du droit civil et du droit pénal, si elle n'est pas systématique, est au moins fréquente. Mais, malheureusement sans doute, les études sont surtout consacrées aux liens entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale et, plus particulièrement, à la confusion de plus en plus prononcée des deux ordres de responsabilité⁸. En revanche, la notion de bien n'est guère l'objet d'études comparées⁹. Quelles réflexions le civiliste peut-il apporter au droit pénal ? Peut-il y transposer ses réflexes ?

2. Pour répondre à ces questions, il convient, au préalable, de faire quatre remarques de terminologie. Première remarque, il est nécessaire de poser quelques jalons de définitions : en effet, le droit des biens est désormais si « *malade de sa doctrine* »¹⁰ que l'on ne saurait presque plus, aujourd'hui, débiter une étude en la matière sans avoir posé de glossaire au préalable¹¹. En cette matière, le sens des mots peut changer radicalement d'un auteur à un autre.

Deuxième remarque, une difficulté évidente tient à la définition retenue de la propriété. Sans entrer dans un débat qui paraît *quasi* insoluble, l'on en restera à la définition classique posée par Vareilles-Sommières : la propriété est « *le droit de tirer d'une chose tous*

⁶ Si l'on met toutefois de côté, évidemment, la reconstruction du droit de la famille au cours du XX^e siècle. Pour une réflexion récente sur la question de la place de la sociologie en droit, v. D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit, Pluriel et singularité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015.

⁷ Même si, évidemment, la criminologie ne saurait être réduite à la seule sociologie pénale, utilisant des méthodes plus larges. Sur cette distinction, P. Morvan, *Criminologie, op. cit.*, n° 7-8.

⁸ Les ouvrages concernant les liens entre les ordres de responsabilité sont en nombre croissant, qu'il s'agisse d'études spécifiques ou générales sur la question. Ainsi, il est intéressant de constater l'augmentation quantitative de l'étude de la responsabilité pénale dans les ouvrages de responsabilité civile, à titre introductif, not. les importants développements qui y sont consacrés par G. Viney, *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 67 à 155-1. Sont fréquentes les études de la confusion des finalités. Pour une tentative de réconciliation, J. Lagoutte, *Les conditions de la responsabilité en droit privé, Éléments pour une théorie générale de la responsabilité juridique*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 2012.

⁹ V. toutefois le récent ouvrage consacré à l'étude comparée du droit pénal avec l'ensemble des branches du droit : J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Éditions Cujas, 2012. Sur la problématique du droit pénal des biens, y consulter not. les articles de T. Revet, « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », p. 29 et s. et R. Ollard, « La dématérialisation des infractions contre le patrimoine », p. 41 et s.

¹⁰ W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012. 419, spéc. n° 1.

¹¹ C. Gijssbers, « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », in N. Laurent-Bonne, N. Pose et V. Simon (dir.), *Les piliers du droit civil, Famille, propriété, contrat*, éd. Mare & Martin, 2014, p. 139 et s., spéc. n° 4.

ses services, sauf exception » ; « *il faut et il suffit, pour qu'un droit s'appelle et soit la propriété, que, pour son titulaire, sur la chose, la liberté d'agir soit le principe* »¹². La propriété apparaît ainsi comme une sphère de liberté illimitée – sauf contrariété aux lois et règlements –, avec les trois manifestations bien connues que sont l'usage, la jouissance et la disposition de la chose¹³. Telle sera la définition retenue, les controverses contemporaines étant écartées, faute de temps¹⁴.

Troisième remarque, aux problèmes de vocabulaire déjà présents dans la doctrine civiliste s'ajoute le jeu, en droit pénal des biens, du très contestable principe dit « d'autonomie du droit pénal ». L'on connaît le mot de Portalis : « *les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* »¹⁵. L'affirmation est évidemment réductrice : le droit pénal ne saurait être réduit au rang de simple bras armé des autres matières, ni à la qualité d'auxiliaire d'un droit commun que constituerait le droit civil¹⁶. L'on comprend ainsi que les fictions du droit civil – rétroactivité de la nullité des actes juridiques, « immobilisation » des meubles¹⁷ – soient écartées par le droit pénal. S'il n'est pas un simple auxiliaire, le droit pénal doit-il être présenté comme autonome ? Si l'autonomie est un outil à la disposition du juge pour écarter le jeu de la loi pénale, elle doit évidemment être sacrifiée sur l'autel de la légalité criminelle. Merle et Vitu l'ont dit : « *le particularisme de la mission du juge pénal ne saurait [...] légitimer la méconnaissance systématique de toutes les institutions extra-pénales dont la loi punitive a été instituée la gardienne. Tout un travail discriminatoire reste à accomplir pour tracer les*

¹² M. Vareilles-Sommières, « La définition de la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905. 443, spéc. p. 444.

¹³ Ces manifestations sont généralement présentées comme étant les prérogatives composant le droit de propriété. Cette vision a pu être contestée par W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », art. préc., n° 6 et s., spéc. n° 9 : « *la difficulté s'évanouit sitôt que l'on voit dans l'usus, le fructus et l'abusus non l'énoncé des prérogatives du propriétaire, mais une description schématique des utilités de la chose. C'est en effet en général que les choses sont susceptibles d'usage, produisent des fruits ou, accessibles à l'échange, offrent une valeur marchande* ».

¹⁴ La querelle « des anciens et des modernes » ne saurait donner lieu à une analyse poussée ici. Certes, les liens entre la notion de bien et l'idée de propriété sont évidents. Pour autant, il n'est pas certain que le droit pénal ait consacré la conception moderne. Il convient donc d'écarter les débats sur la nature juridique de la propriété. Sur cette question, v. l'ouvrage classique de F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactyl., Lyon III, 1981. Pour une analyse synthétique des conceptions classique et moderne – suivie d'une nouvelle proposition doctrinale –, W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012. 419. *Adde*, pour une présentation originale de l'évolution du droit de propriété, J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis Droit, 2^e éd., 2013, spéc. notion n° 5.

¹⁵ J.-E. M. Portalis, cité par R. Vouin, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.* 1947. 81, Chron. XXI.

¹⁶ Cela est d'autant plus contestable que le droit civil ne saurait être assimilé au droit commun. En ce sens, N. Balat, *Essai sur le droit commun*, thèse dactyl., Paris 2, 2014, n° 107 et s.

¹⁷ Ce qui a toutefois pu être justifié par l'idée d'apparence. En ce sens, P. Conte, *L'apparence en matière pénale*, thèse dactyl., Grenoble 2, 1984.

frontières de l'autonomie raisonnable et de l'autonomie absurde, contraire au bon sens et par conséquent dangereuse » ; les hypothèses où jouerait l'autonomie « *devraient se borner à des cas d'espèce. Leur généralisation jurisprudentielle pourrait constituer un facteur d'anarchie et d'insécurité* »¹⁸. Lorsque le législateur donne un certain sens aux mots rédigés sous la plume civiliste, le passage à l'écriture pénaliste ne doit pas faire oublier la même identité du rédacteur. Le reflux de l'autonomie¹⁹ est donc tout à fait satisfaisant, et doit être encouragé. Transposée à la notion de bien, la problématique conduit à s'interroger sur l'existence d'une définition unique de ce concept.

Quatrième et dernière remarque, le mot « bien » est au singulier dans l'intitulé du sujet proposé, ce qui n'a rien d'une évidence²⁰, la diversité des biens semblant les rendre irréductibles à une unité homogène. Le code pénal lui-même ne vise ainsi que les infractions « *contre les biens* »²¹. Le singulier est en effet généralement utilisé pour opposer le bien au mal²². Mais le pluriel n'a pas l'exclusive attention du droit pénal, duquel n'est pas totalement exclue cette vision manichéenne : par son intervention, le législateur pénal condamne certains comportements qu'il juge maléfiques. Il est ainsi possible d'opposer singulier et pluriel, volonté initiale du législateur et activité criminelle : que contient le « bien », comportement idéal imposé par le législateur ? Quels sont les biens que protège le législateur ? Cela conduit à diriger les « *regards* » dans deux directions. La notion de bien en matière pénale, c'est la notion de « bien juridique protégé » (I), mais aussi la « notion de biens » juridiquement protégée (II).

I. LA NOTION DE « BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ »

3. La notion de bien en matière pénale, c'est déjà la notion de « bien juridique protégé ». Derrière ce concept²³, il y a l'opposition du bien et du mal. Cela a été dit : « *la norme pénale*

¹⁸ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, éd. Cujas, 1997, n° 150.

¹⁹ J.-L. Goutal, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC* 1980. 911.

²⁰ La doctrine étrangère use fréquemment du pluriel, ainsi, pour le droit belge, de P. Lecocq, V. Sagaert et B. Vanbrabant, « La notion de biens », in E. Dirix et Y.-H. Leleu, *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruylant, 2006, p. 175 et s.

²¹ C. pén., Livre II.

²² A.-M. Patault, « Biens », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadriga, 2003, p. 130 : « Le mot "bien", utilisé au singulier, évoque ce qui valorise moralement et socialement la personne humaine : "Elle fait le bien" Au pluriel, il désigne ce qui la valorise matériellement : "Ses biens sont importants" ».

²³ M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Fondation Varenne, coll. thèses, vol. 39, 2010.

protège des valeurs ou des intérêts essentiels pour la société ; autrement dit, elle protège des biens juridiques qui sont indispensables au bien commun. Ces biens juridiques constituent l'objet juridique de l'infraction »²⁴. Si ces biens, ces valeurs, sont dignes de protection pénale, reste à découvrir la méthode permettant de les identifier. Qu'est-ce que le bien juridique protégé ? Comment le désigner ? Il convient d'expliquer (A) puis d'étudier l'application de cette notion (B).

A. L'explication

4. Avant de rechercher les valeurs spécialement protégées, les objets jugés dignes de la qualification de bien juridique protégé, il faut expliquer ce que recouvre cette notion méconnue en droit français. Plus qu'une simple définition, il faut tâcher de procéder à l'identification de la notion (1), de manière à la situer au regard des autres concepts à l'œuvre en matière d'infraction pénale. Les bases posées, certaines réflexions pourront être menées (2).

1) L'identification

5. Comment identifier le bien juridique protégé ? Si la notion n'est pas explicitement consacrée par le droit français, elle joue un rôle fondamental dans certains systèmes étrangers, puisant ses racines en droit allemand²⁵. Une minorité d'auteurs – dont le nombre va croissant²⁶ – considère qu'aux éléments constitutifs classiques que sont les éléments légal, matériel et moral doit s'ajouter un élément dit « *injuste* ». Outre la violation de la loi, constituant une atteinte à la norme pénale elle-même, s'ajouterait le nécessaire irrespect d'un *objet* protégé par le droit pénal. Ainsi, l'élément injuste serait le lieu d'une balance d'intérêts,

²⁴ E. Dargentas, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977. 413.

²⁵ J.-H. Robert, « L'histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977. 269, spéc. p. 277 et s. Selon cet auteur, « l'élément injuste est [...] l'équivalent de la théorie germanique de l'Unrecht, énoncée en 1872 par Binding ». D'après cette doctrine, « la norme pénale [...] a pour fonction de sanctionner une autre norme, extra-pénale celle-ci et qui établit pour les citoyens une obligation ou une interdiction de façon à leur imposer le respect d'un intérêt légalement protégé » (souligné par l'auteur). Pour M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 434, l'atteinte au bien juridique est une « condition de l'injuste ».

²⁶ Ainsi, J. Laruier, P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Dalloz, Mémento, 22^e éd., 2014, p. 58 et s. érigent l'élément injuste en élément constitutif de l'infraction. Mais la doctrine n'est, de manière générale, guère réceptive à la notion, et ce depuis la critique que Von Liszt a pu adresser à la consécration telle que proposée par Garraud. Sur ces débats, J.-H. Robert, « L'histoire des éléments de l'infraction », *préc.*, spéc. p. 279.

l'occasion de vérifier si la valeur sociale protégée par la norme pénale a effectivement subi une atteinte. L'élément injuste et le bien juridique sont donc en étroite relation.

Condition de l'injuste, le bien juridique doit encore être défini. Récemment, il a pu l'être comme « *une émanation de la valeur dont la protection va constituer la finalité de l'infraction légalement instituée* »²⁷. Le bien juridique serait « *l'ombre de la valeur morale* »²⁸, son émanation « *consacrée par une valorisation normative du législateur pénal* »²⁹. L'objet juridique protégé étant distinct de la norme pénale elle-même, sa consécration conduirait ainsi à substituer à l'interprétation littérale des textes une interprétation téléologique³⁰.

6. La notion cernée, quelle serait l'utilité de sa consécration en droit positif ? Les intérêts seraient tant procéduraux que substantiels. Intérêts procéduraux : pour identifier le titulaire de l'action civile, ayant « *personnellement souffert* » le dommage directement causé par l'infraction³¹, le préjudice subi devra être comparé au bien juridique protégé. Seule leur confusion permettra l'exercice de l'action civile devant les juridictions pénales³². Intérêts substantiels : c'est le recours au concept de bien juridique protégé qui permet de comprendre qu'un comportement objectivement répréhensible ne sera, parfois, pas réprimé³³. Si l'infraction existe dans sa matérialité, la responsabilité suppose encore que l'infraction soit injuste, qu'elle attente à la valeur sociale, qu'il n'y ait pas de fait justificatif³⁴. Les faits justificatifs rompent l'imputation, l'atteinte au bien juridique protégé étant exceptionnellement tolérée par le droit pénal.

²⁷ M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n° 469.

²⁸ *Ibidem*, n° 471. L'ombre, et non la valeur elle-même selon l'auteur, qui fait appel à l'allégorie de la caverne de Platon pour évoquer cette distinction.

²⁹ *Ibid.*, n° 474.

³⁰ *Ibid.*, n° 479.

³¹ C. proc. pén., art. 2.

³² Dans le même sens, P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Masson-A. Colin, 1995, spéc. p. 116 : « *le préjudice invoqué par [la victime] correspond exactement au résultat pénal : il est l'image, réduite à l'échelle individuelle, du préjudice social* ». C'est dire que le préjudice correspond à la valeur sociale protégée, donc au bien juridique protégé.

³³ M. Lacaze, « La réprobation objective en droit pénal, Apports de la notion à la théorie de l'infraction et perspectives civilistes », *Travaux de l'Institut de Sciences criminelles & de la Justice*, Bordeaux, n° 1, 2001, p. 257 et s.

³⁴ J.-H. Robert, « L'histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977. 269, spéc. p. 279. Adde X. Pin, « L'infraction juste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585 et s.

Ainsi, outre leurs apports à la théorie de la responsabilité pénale, la notion d'élément injuste et le concept de bien juridique protégé apparaissent comme porteurs d'un intérêt pédagogique indéniable. Ils permettent de mieux expliquer le jeu des causes d'exonération, généralement présentées, à tort, comme rompant la causalité. C'est l'imputation qui est empêchée par la cause d'exonération, faute, en matière pénale, d'atteinte illégitime – non justifiée – au bien juridique protégé³⁵. Pour autant, il faut s'interroger sur l'éventuelle consécration de cette théorie en droit français. En effet, l'objet juridique protégé par la loi pénale n'est pas toujours clairement identifié. On l'a dit : le bien juridique protégé favorise l'interprétation téléologique. Mais à rechercher l'esprit plutôt que la lettre, ne risque-t-on pas de dénaturer la lettre par la découverte d'un esprit à la substance incertaine ? L'on comprend ainsi les résistances doctrinales à la consécration de la notion de bien juridique protégé. Mais son identification permet de présenter certaines réflexions quant à la notion de bien.

2) Les réflexions

7. La première réflexion concerne l'opposition du bien au mal. La doctrine l'a démontré : l'incrimination de tel ou tel comportement revient à faire preuve de « *manichéisme social, sous forme de vision objective du bien et du mal, vision dictée par les impératifs de l'ordre public pénal* »³⁶. On le voit : dans la théorie du bien juridique protégé, le bien présente une connotation de nature *quasi* philosophique – ce qui trahit les origines philosophiques du concept³⁷. Le bien juridique protégé, c'est le bien envisagé dans une perspective manichéenne.

De là découle, logiquement, la seconde réflexion. Le caractère manichéen du concept peut en effet être mis en perspective par la confusion fréquente des expressions « bien juridique protégé » et « valeur sociale protégée ». Le bien est valorisé, mis en avant ; le mal

³⁵ Sur le sujet, v. notre étude, « L'imputation de la responsabilité, Apport de l'unité du droit au droit de la responsabilité civile », in M. Touzeil-Divina et M. Sweeney (dir.), *Voyages en Unité(s) juridique(s) pour les dix années du Collectif L'Unité du Droit*, L'Építoge-Lextenso, Coll. Académique, 2015, p. 301 et s., spéc. p. 303. À grands traits, l'idée est la suivante : le schéma classique fait générateur – lien de causalité – dommage est insuffisant à identifier le débiteur de l'obligation de réparer en droit civil. Il faut encore rattacher, *imputer* le fait générateur à une personne répondante. Or, l'idée est proche de certaines analyses faites en droit pénal, affirmant que les faits justificatifs affectent une donnée *extérieure* à l'infraction : malgré la matérialité des faits, le rattachement au prévenu est refusé. Sur cette question, v. F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préf. J.-C. Saint-Pau, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, spéc. n° 167.

³⁶ Y. Mayaud, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983. 597, spéc. n° 24.

³⁷ Sur ces origines, M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 26 et s.

est méprisé, rejeté en arrière. Bien et valeur marchent de concert, comme en témoigne d'ailleurs l'histoire du mot. Cela a été démontré en doctrine : au départ est la *res*, l'affaire à débattre au procès, puis la chose à l'origine du conflit elle-même, avant que l'idée de valeur, morale puis pécuniaire, ne permette l'apparition de la *bona*, qui donnera le mot bien. Le bien est défini par son aptitude à assurer la prospérité de son détenteur³⁸.

8. Dès lors, si la valeur sociale protégée est confondue avec le bien juridique protégé, c'est que bien et valeur présentent des liens inextricables. Par conséquent, il est logique que les biens en tant qu'éléments du patrimoine, de par la richesse qu'ils confèrent, soient protégés, au titre de la protection du « bien commun » qu'assure le droit pénal. Le bien juridique protégé va donc, parfois, être le bien au sens patrimonial. Mais il ne s'agit plus alors d'expliquer : c'est à l'étude de l'application de la notion de bien juridique protégé qu'il faut désormais s'atteler.

B. L'application

9. Appliquer le concept de bien juridique protégé, c'est identifier les valeurs jugées dignes de protection. À l'étude, le constat est que, parmi ces valeurs, le législateur n'hésite pas à placer les biens eux-mêmes, qui seront l'objet exclusif des développements suivants³⁹. En somme, le bien juridique protégé peut être un bien, au sens patrimonial du terme. Les biens étant protégés en tant que tels, l'étude intéresse nécessairement le civiliste : principe de légalité criminelle oblige, l'érection en valeur sociale protégée des biens suppose en effet de les définir au préalable. Les textes d'incrimination vont ainsi permettre de définir négativement la notion, mais également de fournir des indices de définition positive. C'est revenir tour à tour sur les contours (1) et le contenu (2) de la notion de bien.

³⁸ Pour une étude historique sur les mots chose, bien et patrimoine, Y. Thomas, « *Res*, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain), *APD* 1979. 413. Il est d'ailleurs intéressant de constater que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme développe la notion de bien au point d'y inclure toute valeur réservée au profit d'une personne. Sur la question de la valeur, v. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, n° 4.12 et s. Sur la jurisprudence de la Cour européenne, v. la synthèse de C. Quézel-Ambrunaz, « La notion européenne de "bien" en mal de définition », *D.* 2010. 2024.

³⁹ Il serait intéressant de consacrer une étude à la recherche de l'ensemble des biens juridiques protégés par le droit pénal, ce qui dépasserait largement le champ de cette intervention. C'est d'ailleurs, en filigrane, ce que réalisent les auteurs des ouvrages de droit pénal spécial, la catégorisation des infractions étant souvent faite en considération du bien juridique protégé. Ce « bien » peut en effet être la personne, la confiance publique, etc. Dans le cadre de ce travail, si d'autres biens juridiques protégés que les biens patrimoniaux seront évoqués, ce sera toujours par le prisme desdits biens au sens patrimonial du terme.

1) Les contours

10. Rechercher les contours de la notion de bien suppose de procéder à une lecture attentive du plan du Code pénal. La mise en garde du Doyen Carbonnier ne saurait être écartée : « *ce qui importe, ce n'est pas la place d'une incrimination dans le Code, c'est sa définition* »⁴⁰. Pour autant, l'on ne saurait contester l'intérêt « *rationnel et pédagogique* » du plan, auquel s'ajoute « *un intérêt juridique et criminologique en révélant les conceptions des auteurs du code, ce qui est de nature à aider à l'interprétation des textes* »⁴¹. Surtout, l'on peut se demander si l'affirmation du Doyen Carbonnier est encore d'actualité : le plan du nouveau Code pénal n'a-t-il pas été construit de manière à faire apparaître des « *valeurs nouvelles* »⁴², directement visibles ? Le plan du Code pénal est censé refléter exactement les valeurs que souhaite protéger le législateur.

11. À l'étude, le constat est celui de la consécration, dans le Code pénal, de la *summa divisio* du droit civil, historiquement essentielle, entre biens et personnes. Pour autant, la définition du bien n'en sort guère éclairée. Le Livre III, consacré aux « *crimes et délits contre les biens* », ne comporte ainsi aucune indication précise quant à l'objet de protection. Les « *biens* » concernés ne sont pas identifiés. Le législateur n'a en effet procédé que par énumération des comportements incriminés, des procédés utilisés. De pigeons des pigeoniers, de lapins de garenne, de tondeuses ou de logiciels informatiques, il n'est pas question ; le vol, l'extorsion, l'escroquerie et autres sont seuls dénoncés. En somme, la distinction des biens n'a pas droit de Cité dans ce Livre, les biens ne se présentant que dans leur forme plurielle et de façon désordonnée.

À défaut d'éclairage dans le Livre III, l'on se tourne naturellement vers le Livre II, consacré aux « *crimes et délits contre les personnes* », pour rechercher une définition négative du bien. Mais le bât blesse à nouveau, les « *personnes* » n'étant guère aisées à identifier. Peut-on en effet réellement considérer que la famille⁴³ est une personne⁴⁴ ? L'humanité et l'espèce

⁴⁰ J. Carbonnier, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », in *Écrits*, PUF, 2008, p. 866 et s., spéc. p. 876. L'article est initialement publié à la *JCP G* 1952. I. 1034.

⁴¹ J. Laruier, P. Conte et A.-M. Laruier, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Mémento, 13^e éd., 2005, n° 6.

⁴² P. Poncela et P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal, Où est passé l'architecte ?*, PUF, Les voies du droit, 1998, p. 172 et s.

⁴³ Protégée par le chapitre VII (« *Des atteintes aux mineurs et à la famille* ») du titre II (« *des atteintes à la personne humaine* ») du Livre II consacré aux personnes.

humaine sont-elles des personnes⁴⁵ ? Peut-on vraiment ranger les « atteintes au respect dû au mort » sous les « atteintes à la dignité de la personne »⁴⁶ ? Le plan du Code pénal apparaît ainsi peu explicatif de la notion de personne, ce qui ne permet pas de définir négativement le bien.

12. Surtout, la *summa divisio* elle-même semble dépassée, les deux livres déjà évoqués étant accompagnés de trois autres⁴⁷. Ainsi du Livre V, consacré aux « autres crimes et délits », donc aux « autres » valeurs sociales protégées⁴⁸. « Autres »... Drôle de manière d'ériger au rang de bien juridique protégé tout en refusant l'identité ! D'autant que le contenu du Livre V ne se comprend guère, mis en relation avec le contenu du Livre II. Ainsi, quand l'atteinte aux morts est une infraction contre les personnes, l'atteinte au corps humain est une infraction contre les « autres »⁴⁹ ! L'espèce humaine, déjà protégée au titre des personnes, l'est encore au titre des « autres » biens juridiques protégés⁵⁰ ! La lecture du plan du Code laisse ainsi l'interprète à sa perplexité.

Cette perplexité s'atténue toutefois à la lecture de la suite du Livre V, et du chapitre unique du titre consacré aux « autres dispositions » de ces « autres crimes et délits ». Ces « autres autres », ce sont les animaux, qui, pour être extraits de la catégorie des biens⁵¹, sont

⁴⁴ E. Baron, C. Claverie et M.-A. Raymond, « Propositions pour un nouveau plan du Code pénal », in V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 17 et s., spéc. n° 5.

⁴⁵ Les « crimes contre l'humanité » (sous-titre Ier) et « contre l'espèce humaine » (sous-titre II) sont des sous-catégories du Livre consacré aux crimes et délits contre les personnes.

⁴⁶ Les premières sont l'objet de la section 4 du chapitre V consacré aux secondes.

⁴⁷ Le Livre I^{er}, consacré aux « dispositions générales », pose les grands principes du droit pénal, n'affirmant pas les valeurs protégées. En simplifiant, ce Livre ressort plutôt du droit pénal général, les biens juridiques protégés apparaissant plutôt à l'étude du droit pénal spécial.

⁴⁸ Pour une analyse critique rétrospective de ce Livre, V. Malabat, « Quel avenir pour le Livre V du Code pénal ? », in L. Saenko (dir.), *Le nouveau Code pénal, 20 ans après, État des questions*, LGDJ, 2014, p. 173.

⁴⁹ La section 2 du chapitre 1 du titre 1 du Livre V est consacrée à « la protection du corps humain ».

⁵⁰ La section 1 du même chapitre, consacré à la « protection de l'espèce humaine » semble ainsi faire écho au sous-titre du Livre II déjà cité consacré aux « crimes contre l'espèce humaine ». Et les contenus des infractions, sans se confondre, présentent d'étranges similitudes.

⁵¹ Le législateur ayant, vingt ans plus tard, fini par accorder les codes civil et pénal. Ainsi, l'article 515-14 (dont on regrettera la numérotation, qui laisse croire que le texte relève de la protection contre les violences au sein du couple, comme a pu le soulever P. Malinvaud, « L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », *D.* 2015. 87) dispose désormais que « les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens » – ce qui reprend en substance l'article L. 214-1 du code rural et de la pêche maritime. Si une doctrine autorisée en la matière a pu affirmer qu'il s'agissait là d'une extraction de l'animal en dehors de la catégorie de bien, le texte signifiant nécessairement que « les animaux ne sont pas des biens » (J.-P. Marguénaud, « Une révolution théorique : l'extraction masquée des animaux de la catégorie des biens », *JCP G* 2015. 495), l'on peut toutefois en douter. En effet, suivant en cela la prudence de l'avant-projet dit « Périnet-Marquet », le texte se contente, plus humblement, de refuser de se prononcer sur la qualification des animaux, tout en les soumettant au régime des biens. Ce qui ne revient nullement à leur refuser cette qualification...

relégués dans l'arrière-cour des valeurs sociales protégées. Drôle de manière d'ériger l'animal en valeur autonome que de le reléguer en queue de peloton... Pour autant, le déplacement symbolique de l'animal dans le Livre V⁵² montre que le législateur n'a pas souhaité céder aux sirènes de certains auteurs⁵³ défendant l'ouverture du Panthéon des personnes à l'animal, le maintenant dans un statut original, de bien juridique protégé autonome.

Cette autonomie de la protection ne signifie sans doute pas que, extraits du Livre III, les animaux soient pour autant exclus de la qualification de bien. En effet, d'autres objets sont, eux aussi, sortis de ce Livre, sans que la doctrine ne s'interroge sur leur disqualification. Certains objets sont ainsi déplacés dans le Livre IV, consacré à la protection de « *la nation, l'État et la paix publique* ». Pour autant, ce recul au sein du Code, là encore, n'est pas une déchéance, mais une véritable consécration⁵⁴. Le chèque et la monnaie sont ainsi particulièrement protégés, sous l'égide de la « *confiance publique* »⁵⁵. On le voit : l'extraction d'un bien hors du Livre III ne le disqualifie pas, elle le met en avant, le valorise. Toutefois, ce n'est plus alors réellement aux contours de la notion de bien que l'on se trouve confronté, mais plutôt à son contenu.

2) Le contenu

⁵² Qu'un auteur propose d'ailleurs de consacrer exclusivement aux animaux et au « cadre de vie », pour l'affirmer face au genre humain, A.-T. Lemasson, « 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" », *RPDP* 2014. 777.

⁵³ J.-P. Marguénaud, *L'animal en droit privé*, PUF, 1992. Au début du siècle, Demogue proposait quant à lui que la qualification de « sujet de droit » soit appliquée aux animaux, de manière à leur faire bénéficier des avantages liés à cette qualité : R. Demogue, « La notion de sujet de droit, caractères et conséquences », *RTD civ.* 1909. 611, spéc. p. 637. Aujourd'hui, certains auteurs proposent de faire de même pour les générations futures, ou encore pour l'environnement. Sur ces questions, J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, n° 1.14.

⁵⁴ D'ailleurs, l'ancien Code pénal érigeait en valeur sociale protégée de premier rang « *la chose publique* », protégée par le titre I du Livre III consacré aux crimes et délits, les « *crimes et délits contre les particuliers* » étant relégués au titre II, comportent les atteintes aux « *personnes* » (chapitre 1) et aux « *propriétés* » (chapitre 2). Si l'on comprend que la personne ait été érigée en valeur sociale première, l'on peut regretter que l'individualisme ait conduit à placer la protection des seuls « *biens* » avant la protection de l'ancienne « *chose publique* »... On le voit, quoi que laisse penser la place dans le Code, l'érection de certains biens en valeurs sociales particulièrement dignes de protection est bien une consécration.

⁵⁵ C'est l'intitulé du titre IV du Livre IV. En réponse à la confiance publique, certaines infractions contre les biens auraient aujourd'hui pour finalité la protection de la confiance d'un point de vue particulier. En ce sens, Y. Muller, « La protection pénale de la relation de confiance, Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006. 809. En réalité, comme cela sera présenté plus loin, il semble que la valeur sociale protégée dans le cadre de ce délit ne soit pas la confiance contractuelle, mais bien la propriété. Cf. ainsi les développements *infra*, n° 22 et s.

13. Pour rechercher le contenu de la notion de bien, il convient de se détacher du plan du Code pénal pour entrer dans l'analyse des textes eux-mêmes. Le constat est alors celui d'une certaine hiérarchisation des biens, qui n'apparaît cependant guère rationnelle.

La monnaie et les instruments de paiement font l'objet d'une protection particulière⁵⁶. C'est aussi le cas du gage, dont le détournement est spécialement incriminé, comme l'est celui de l'objet saisi⁵⁷. La création d'incriminations autonomes est alors justifiée par la confiance nécessaire dans l'objet concerné, quand ce n'est pas l'autorité de la justice qui est réellement protégée par l'incrimination⁵⁸. C'est la confiance dans l'instrument portant sur l'objet qui conduit à faire sortir celui-ci de la catégorie de bien, pour l'ériger en bien juridique protégé autonome.

La création d'une valeur sociale protégée spécifique peut encore résulter de la seule qualité du bien, soit que des circonstances aggravantes sont prévues⁵⁹, soit que des textes spéciaux existent⁶⁰. Cependant, à force de pointillisme législatif, l'on frôle l'art abstrait ! Pourquoi est-il plus grave de détruire des décorations publiques⁶¹ que des minutes notariales⁶² ? Pourquoi les graffitis ne sont-ils répréhensibles que s'ils sont réalisés sur « *les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain* »⁶³ ? Pourquoi la filouterie ne peut-elle porter que sur les boissons et aliments⁶⁴, les locations de chambre⁶⁵, les carburants et lubrifiants⁶⁶ ou les transports en taxi ou voiture de place⁶⁷ ? C'est qu'à chaque actualité doit

⁵⁶ Pour la fausse monnaie, c. pén., art. 442-1 s. Pour les sanctions pénales relatives aux chèques et autres instruments de la monnaie scripturale, c. mon. fin., art. L. 163-1.

⁵⁷ C. pén., art. 314-5 et s.

⁵⁸ Sur cette question particulière, cf. *infra*, n° 18.

⁵⁹ Selon M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 277, les circonstances aggravantes peuvent être « *relatives aux biens concernés, aux victimes en rapport avec ces biens et aux circonstances de commission* ». Dans la suite des développements, consacrés aux infractions de destruction, dégradation ou détérioration par un procédé non dangereux pour les personnes (n° 278 et s.), l'auteur procède à une analyse critique de ces circonstances aggravantes.

⁶⁰ Ainsi pour les animaux, sur lesquels cf. *supra*, n° 12. Ainsi encore pour les biens environnementaux.

⁶¹ C. pén., art. 322-3, al. 1, 8°, qui punit la destruction, dégradation ou détérioration d'un bien destiné à l'utilité ou à la décoration publique de cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende – sous la réserve difficilement compréhensible qu'il appartienne « *à une personne publique ou chargée d'une mission de service public* ».

⁶² C. pén., art. 322-2, al. 1, 2°, qui punit la destruction, dégradation ou détérioration de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

⁶³ C. pén., art. 322-1, al. 2.

⁶⁴ C. pén., art. 313-5, al. 1, 1°.

⁶⁵ C. pén., art. 313-5, al. 1, 2°.

⁶⁶ C. pén., art. 313-5, al. 1, 3°.

⁶⁷ C. pén., art. 313-5, al. 1, 4°.

répondre son texte, sans respecter l'esprit du Code pénal⁶⁸. Au point que l'on pourrait transposer la dénonciation faite en son temps par Tunc : le droit pénal spécial apparaîtrait comme un « *droit en miettes* »⁶⁹.

Et les exemples se multiplient à l'infini... Les violences contre les animaux sont sanctionnées, mais seulement pour les animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité⁷⁰ – ce qui étonne, quand on sait que le prévenu peut être le propriétaire lui-même⁷¹, ce qui démontre que ce n'est pas son droit qui est protégé ! Elles ne le sont pas non plus, en raison de la tradition, des exigences du progrès médical ou de la survie humaine, pour les taureaux dans le sud et les coqs dans le nord⁷², les rats dans les laboratoires⁷³ et les bovins dans les abattoirs⁷⁴ ! Moins compréhensible, il est plus grave, en polluant, de tuer du poisson d'eau douce que du poisson de mer, tandis qu'il est moins grave de polluer l'eau douce plutôt que l'eau salée⁷⁵ ! Comprenez qui pourra... Y a-t-il encore, en ce cas, une *ratio legis*, présidant à la désignation des valeurs sociales protégées ? Il est malheureusement permis d'en douter.

14. Peut-on alors tirer, de cet inventaire à la Prévert, une classification des biens ? La question se pose notamment de savoir si les classifications du droit civil peuvent se retrouver en matière pénale. Le premier constat est celui de l'absence de la distinction des choses corporelles et incorporelles, pourtant parfois présentée comme la nouvelle *summa divisio* du droit des biens⁷⁶. Le droit pénal ne consacre nullement cette distinction, certains biens incorporels ne faisant l'objet que de législations spécifiques. Cette absence de régime unique se comprend parfaitement : l'ensemble des biens incorporels est en effet bien trop hétérogène

⁶⁸ À cet égard, l'on peut regretter, avec la doctrine, que le législateur se soit contenté, pour la filouterie, de procéder par codification à droit constant. Pourquoi avoir seulement réuni des textes épars, plutôt que d'avoir procédé par voie de définition générale ?

⁶⁹ A. Tunc, « Le droit en miettes », in *Jalons, Dits et écrits d'André Tunc*, Société de législation comparée, 1991, p. 205 et s.

⁷⁰ C. pén., art. 521-1, al. 1.

⁷¹ C. pén., art. 521-1, al. 2 : « *en cas de condamnation du propriétaire de l'animal...* ».

⁷² C. pén., art. 521-1, al. 5. Le texte a été validé par CC 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC.

⁷³ C. pén., art. 521-2. L'article incrimine le fait « *de pratiquer des expériences ou recherches scientifiques ou expérimentales sur les animaux sans se conformer aux prescriptions* » réglementaires. Il y a donc une autorisation encadrée.

⁷⁴ C. rur., art. R. 214-63 et s. Ces articles encadrent le processus d'abattage des animaux.

⁷⁵ J.-C. Saint-Pau, « La répression de la destruction de biens environnementaux », *Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice*, Bordeaux, n° 4, 2014, p. 325 et s., spéc. p. 337 pour une énumération des infractions et circonstances aggravantes spéciales nuisant à l'intelligibilité de la protection de ce type de biens.

⁷⁶ F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, PUF, Droit fondamental, 3^e éd., 2008, n° 88.

pour justifier de l'ériger en catégorie fondamentale du droit⁷⁷. Comment créer un genre unique composé d'espèces aussi irréductibles l'une à l'autre que les créances et les droits réels⁷⁸ ? L'on comprend que le droit pénal, pragmatique, ne consacre pas cette classification.

Au contraire, le droit pénal, à l'instar du droit civil, affirme la distinction des meubles et des immeubles. Le propos doit être relativisé : les textes visant tantôt les choses, tantôt les biens, n'appellent *a priori* pas la distinction. C'est le mérite – ou la faute⁷⁹ ? – de la jurisprudence, à la suite de la doctrine, que l'affirmation de la spécificité des immeubles en droit pénal : ceux-ci sont exclus du champ du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance. Cette construction semble avoir été consacrée par le législateur, venu incriminer spécifiquement certaines atteintes au « *bien immobilier d'autrui* »⁸⁰. Pour autant, la qualification est amputée des constructions théoriques des civilistes : « *le droit pénal s'attache à la nature physique de la chose, non aux fictions du droit civil* »⁸¹. Le droit pénal est pragmatique : même immobilisé par destination, le bien reste *en fait* un meuble, et peut donc être volé.

Il apparaît donc que la distinction des meubles et des immeubles peut être transposée en droit pénal. Mais l'immeuble et le meuble sont-ils considérés comme des biens juridiques protégés en tant que tels ? Il est permis d'en douter. La différence de protection selon la nature du bien résulte en effet non de la détermination des valeurs en amont, mais de la fixation du régime en aval⁸². Ce n'est pas en tant que bien juridique protégé que le meuble se distingue de l'immeuble. Le droit pénal protège les biens en général, mais la nature juridique du bien va influencer sur son appréhension par cette branche du droit. Ainsi, l'appréhension

⁷⁷ En ce sens, H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G* 2010. 2071, spéc. n° 17 : « *le régime juridique de chacun [des] biens incorporels est trop différent pour que leur regroupement dans une catégorie unique présente un avantage décisif* ». Mais l'affirmation n'est pas nouvelle ! V. déjà l'article classique de R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958. 331.

⁷⁸ Pour cette raison, la doctrine abdique parfois dans la recherche d'une *summa divisio*. Ainsi de R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 et s., spéc. n° 38.

⁷⁹ Pour une analyse critique, cf. *infra*, n° 17.

⁸⁰ C. pén., art. 313-6-1, créé par L. n° 2003-239 du 19 mars 2003. Pour une analyse critique de ces dispositions, notamment quant à l'identification de la valeur sociale protégée, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du code pénal*, *op. cit.*, n° 228.

⁸¹ P. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, Litec, Manuel, 2013, n° 531.

⁸² Il est d'ailleurs symptomatique de constater que le régime juridique différencié a été élaboré par la jurisprudence, n'apparaissant pas dans les textes eux-mêmes. Le Code pénal ne prévoit en effet pas expressément la distinction des biens immobiliers et des biens mobiliers, la jurisprudence distinguant là où la loi ne distinguait pas – mais se fondant tout de même sur les textes, et notamment l'idée de « *soustraction* ». Sur cette question, cf. *infra*, n° 17 et 23.

distincte des meubles et des immeubles ressortit plutôt à l'étude de la « notion de biens » telle que protégée par le droit pénal.

II. LA « NOTION DE BIENS » JURIDIQUEMENT PROTÉGÉE

15. La notion de bien en matière pénale, c'est aussi la « notion de biens » juridiquement protégée. En effet, la notion de « bien juridique protégé » conduit à ériger certains éléments en valeurs sociales protégées. Or, tel est le cas, à lire le plan du Code pénal, des « biens » en général. Le Livre III du Code pénal est ainsi consacré aux infractions « *contre les biens* ». Si le premier réflexe est alors de se tourner vers le bien considéré en lui-même, en tant qu'objet (A), il apparaît, à l'étude, que c'est le droit portant sur cet objet qui est protégé par le droit pénal (B).

A. L'objet

16. Étudier la notion de bien telle que juridiquement protégée par le droit pénal, c'est avant tout porter son regard sur l'*objet* lui-même. Le vocable se veut neutre, contrairement aux mots « chose » ou « bien », afin d'englober tous les éléments, susceptibles ou non d'appropriation. En préalable à l'analyse de l'appréhension juridique de l'objet, il convient évidemment de s'interroger sur « l'identité » de celui-ci. Son identification (1) précédera donc l'analyse de sa protection (2).

1) L'identification

17. Lorsque le civiliste cherche à identifier les objets protégés par le droit pénal, il peut être dérouté. En effet, la chose et le bien semblent y être définis de façon originale, ce qui peut déjà être vérifié concernant les objets immobiliers. Ceux-ci sont en effet rejetés de manière *quasi* totale hors de la protection pénale⁸³. Selon Garçon, la protection des seuls

⁸³ Toutefois, pour l'escroquerie – mais non les autres infractions contre les biens –, une défense doctrinale de l'application aux immeubles a pu être faite par R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Recueil Sirey, 1935, n° 2565, et reprise par M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 140. Si la conclusion des auteurs est convaincante, conduisant à l'admission des immeubles à la protection pénale, il semble délicat de fonder cette protection sur le mot « *fonds* » de l'article 405 du Code pénal de 1810. En effet, l'article prévoit la sanction de celui qui, dans des circonstances délictueuses, « *se sera fait remettre ou délivrer des fonds...* ». L'on voit mal comment le mot « *fonds* » pourrait être « *interprété dans le sens de "foncier"* » : déjà en raison du pluriel employé (« *des fonds* »), qui laisserait supposer que seule la remise d'une pluralité d'immeubles serait incriminée ; mais aussi en raison de l'exigence d'une « *remise* », dont on ne voit pas

meubles est justifiée par le fait qu'« *il est juste de protéger spécialement une propriété aussi fugitive* » que celle des meubles⁸⁴. Selon l'éminent auteur, « *la propriété immobilière n'est pas exposée aux mêmes dangers que la propriété mobilière* », le propriétaire de l'immeuble détourné pouvant le récupérer « *grâce à son droit de suite* » et au jeu de la publicité foncière⁸⁵. L'immeuble serait ainsi préservé du risque de dissipation, et donc suffisamment protégé par le droit civil pour être exclu du champ de la protection pénale.

Au regard du droit civil, la solution étonne. L'article 516 du Code civil dispose que « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ». Dès lors, comment justifier que la remise⁸⁶ ou le détournement⁸⁷ d'un « *bien quelconque* » – expression consacrée depuis la réforme de 1992 – ne puisse porter sur un immeuble ? Même la notion de chose, seule visée par la soustraction en matière de vol⁸⁸, n'exclut pas les immeubles : dès lors que la doctrine pénaliste exige de la « chose » qu'elle présente un *corpus* – ce qui paraît quelque peu archaïque⁸⁹ –, il est difficile de nier que tel est le cas de l'immeuble. Son *corpus* est tellement présent qu'il est impossible à déplacer⁹⁰ !

Surtout, l'on comprend mal le fondement de l'exclusion. Même à défendre l'autonomie du droit pénal, l'exclusion des immeubles de la protection pénale apparaît comme contradictoire. En appeler à l'efficacité de la protection civile des immeubles pour les exclure du champ pénal, c'est concevoir le droit pénal comme le bras armé du droit civil, ce que, précisément, réfute la théorie de l'autonomie du droit pénal⁹¹ ! Si l'on s'en tient à la

en quoi elle pourrait avoir un champ plus large que la « *soustraction* » exigée en matière de vol. Non, les « *fonds* » visés par ce texte correspondent plutôt aux espèces (dans le même sens, E.-A. Garçon, *Code pénal annoté*, t. 1, Sirey, 1901, art. 405, n° 97). Ce raisonnement semble d'ailleurs consacré par la réforme de 1992 qui, malgré l'interprétation exclusive des immeubles faite par la jurisprudence, a maintenu le terme « *fonds* » dans la rédaction de l'article 313-1 du nouveau Code.

⁸⁴ E.-A. Garçon, *Code pénal annoté*, t. I, *op. cit.*, art. 379, n° 222.

⁸⁵ E.-A. Garçon, *Code pénal annoté*, t. II, Société du recueil général des lois et des arrêts, 1931, art. 408, n° 190.

⁸⁶ C. pén., art. 313-1, pour l'escroquerie.

⁸⁷ C. pén., art. 314-1, pour l'abus de confiance.

⁸⁸ C. pén., art. 311-1.

⁸⁹ Cf. *infra*, n° 18.

⁹⁰ *A fortiori* lorsque l'on retient la définition donnée par le Doyen Savatier de l'immeuble : il s'agirait d'une « *pyramide ou d'un cône dont le sommet se placerait au centre de la terre, et dont la section, au niveau de l'écorce terrestre, serait la parcelle cadastrale. Au delà de l'écorce terrestre, cette pyramide ou ce cône se prolongerait indéfiniment dans l'espace* » : R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958. 1, spéc. n° 7. Ainsi, l'immeuble serait une surface, par référence au référentiel terrestre, étant donc aussi immuable que la planète elle-même.

⁹¹ Pour une critique de l'exclusion des immeubles de la protection pénale, R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, n° 219 et s., spéc. n° 228 et s. sur la critique de l'argument tiré du « *rôle supplétoire* » du droit pénal.

seule considération de l'*objet* – indépendamment du comportement portant sur lui –, l'exclusion de l'immeuble n'a ainsi aucune justification théorique.

18. De plus, des difficultés concernent également le rejet de certains objets mobiliers hors du champ pénal. C'est évidemment des objets incorporels qu'il s'agit, et déjà des droits personnels⁹². La qualification de bien pour les créances est discutée en droit civil⁹³, en ce qu'il est difficile de concevoir que la propriété puisse avoir pour objet un rapport personnel. Or, il semble que le droit pénal puisse apporter au débat un début de réponse, qui irait dans le sens du rejet de la qualification de bien. Les droits personnels ne sont en effet pas pénalement protégés en eux-mêmes : les incriminations de l'organisation frauduleuse d'insolvabilité, du détournement d'objets saisis ou de l'abandon de famille ne protègent pas le créancier, mais l'autorité des décisions de justice⁹⁴. Par exemple, lorsqu'un bien confié à un séquestre est détourné par lui, il ne sera condamné pour détournement d'objet saisi que s'il s'agit d'un séquestre judiciaire, non d'un séquestre conventionnel⁹⁵. La protection des biens par le droit pénal paraît donc être exclue pour les créances, auxquelles serait ainsi refusée la qualité de bien.

Contrairement aux créances, les « choses » incorporelles ne sont pas exclues de la protection pénale. Si l'on insiste ici sur le mot « chose », c'est pour marquer le désaccord d'un civiliste avec la manière dont la doctrine pénale entend le mot. En effet, une majorité d'auteurs justifie l'exclusion de l'information hors du champ du vol, en se fondant sur la nécessaire corporéité de toute chose⁹⁶. Pourtant, il ne semble pas que cette corporéité soit de l'essence des choses. En réalité, la chose, c'est le fait ; elle devient bien avec son entrée dans le droit. Tel était le sens de la formule du Doyen Carbonnier : « *le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction* »⁹⁷. La chose préexiste au droit, et son appréhension par ce dernier la nove en bien. Affirmer cela,

⁹² Sur la question des droits réels, cf. *infra*, n° 23 et s. (propriété) et 25 et s. (autres droits réels).

⁹³ Notamment depuis l'ouvrage classique de S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960. Sur cette problématique, J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, p. 149 et s.

⁹⁴ R. Ollard, La protection pénale du patrimoine, *op. cit.*, n° 100 et n° 140 et s.

⁹⁵ *Ibidem*, n° 182. L'auteur cite T. corr. Nantes, 31 juill. 1946, RSC 1947. 111, obs. P. Bouzat ; Douai, 29 mai 1952, JCP 1952. II. 7242, note G. M. et RSC 1953. 102, obs. P. Bouzat.

⁹⁶ Ainsi de P. Conte, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 530, note 32 : « *dans la langue juridique, la chose désigne exclusivement un bien corporel* ». Encore de M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 105 : « *s'il reste vrai que le mot chose est l'un des plus vagues de la langue française, nul ne peut douter qu'on ne l'emploie jamais, en droit, pour désigner quelque chose d'incorporel* ». La doctrine pénaliste s'accorde sur l'incompatibilité du mot « chose » avec l'incorporel.

⁹⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, PUF, coll. « Themis », n° 16.

c'est dire que tous les biens sont nécessairement des choses, ce qui contredit l'idée selon laquelle les biens pourraient seuls être incorporels, contrairement aux choses qui seraient nécessairement corporelles⁹⁸.

Et de fait, force est de constater que nombre de choses incorporelles existent en dehors de toute appréhension juridique. On le sait de longue date, « *les gaz, comme les liquides, sont des corps matériels susceptibles de soustraction* »⁹⁹. Puis a été admis le vol d'électricité, bien que le Code pénal ait préféré voir dans la soustraction frauduleuse d'énergie une infraction « *assimilée* » au vol¹⁰⁰. Mais, à définir la chose par sa préexistence au droit, ne faut-il pas élargir le champ de la chose, et inclure certaines choses immatérielles ? Une idée ne préexistait-elle pas à son appréhension par le droit ? N'est-ce pas encore le cas du sentiment ? Contrairement à ce qu'affirme la doctrine pénaliste, il apparaît que la chose peut être incorporelle¹⁰¹. Et d'ailleurs, l'avant-projet Périnet-Marquet vise, en son article 520, les « *choses corporelles et incorporelles* », éligibles à la qualification de bien sous réserve qu'elles fassent « *l'objet d'une appropriation* ». Le recours à la notion de « chose » ne fait donc pas obstacle à l'élargissement du champ du vol.

On le voit : les restrictions à l'intervention du droit pénal, tant concernant les objets mobiliers incorporels – à l'exception des créances – que les objets immobiliers, apparaissent infondées. L'objet ainsi identifié, quelle est la forme que revêt sa protection ?

2) La protection

⁹⁸ Ainsi, la distinction faite par les textes du code pénal entre le « *bien* » en matière d'abus de confiance et la « *chose* » pour le vol serait sans incidence juridique, *a fortiori* dès lors que la chose visée en matière de vol est celle « *d'autrui* », soit la chose appropriée, donc, à suivre une grande partie de la doctrine civiliste, le bien...

⁹⁹ E.-A. Garçon, *Code pénal annoté*, t. I, *op. cit.*, art. 379, n° 256. Comme les gaz et les liquides, l'énergie est un corps matériel. Cela a été relevé de longue date par R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels », art. préc., n° 23.

¹⁰⁰ C. pén., art. 311-2. Pour une appréciation critique de la disposition, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 103.

¹⁰¹ Pour une étude critique de l'évolution historique ayant conduit à l'exclusion doctrinale des choses incorporelles comme objet de propriété, F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305, spéc. le I. Sur la nécessaire admission des biens intellectuels mais le rejet des droits comme objets de propriété, W. Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2012, n° 426 et s. Sur la posture du droit pénal à l'égard de ces problématiques, v. G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, Thèse, Toulouse I Capitole, dir. B. de Lamy.

19. Il arrive que certaines infractions soient indifférentes aux droits portant sur l'objet : la protection porte alors sur l'intégrité de la chose elle-même. Ce sont les infractions de destruction.

La protection de l'objet en lui-même est ainsi évidente concernant les infractions relatives aux animaux. Le fait « *d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté* »¹⁰² envers eux est réprimé, même lorsque ces comportements sont le fait du propriétaire de l'animal « victime ». Le propriétaire n'ayant plus l'*abusus* pourtant consubstantiel à la propriété¹⁰³, il est clair que l'infraction ne vient pas protéger son droit. L'animal est érigé en valeur sociale protégée autonome : c'est l'objet lui-même, non le droit portant sur lui, qui est protégé. Mais ne s'agit-il pas, en réalité, d'une manière indirecte de protéger les personnes¹⁰⁴ ? De telles atteintes aux animaux seraient parfois la prémisse à un comportement criminogène similaire contre les personnes. Tout comme le voleur d'un œuf est tenté de voir plus grand et de s'approprier le bœuf, l'atteinte au meilleur ami de l'homme ne serait qu'un préalable à l'atteinte à l'homme lui-même. La valeur sociale protégée serait alors, en réalité, la personne. Quoi qu'il en soit, et que la protection de la personne soit ou non la valeur sociale *indirectement* protégée, il y a bien protection de l'animal, donc de l'objet, en lui-même.

20. Toutefois, il apparaît que l'animal est un objet suffisamment original pour justifier une protection autonome, qui n'existe pas forcément pour d'autres objets. Ainsi, au premier abord, les infractions de destruction semblent protéger les objets eux-mêmes dans leur intégrité. Mais en réalité, il n'est pas certain que tel soit le cas, pour deux raisons. La première tient à ce que les textes d'incrimination sanctionnent la destruction de la chose d'autrui¹⁰⁵ : le propriétaire ayant l'*abusus*, il est logique – sauf pour le propriétaire d'animaux – qu'il puisse disposer matériellement de la chose, donc la détruire. La seconde découle de ce que les textes viennent retenir, comme circonstances aggravantes, l'usage de procédés dangereux pour les

¹⁰² C. pén., art. 521-1.

¹⁰³ Pour la doctrine classique, l'*abusus* est l'une des trois prérogatives du propriétaire, et l'archétype même de la propriété : ainsi, dans l'usufruit, seul subsisterait l'*abusus*. Mais cette conception présente des limites certaines, sur lesquelles cf. *supra*, note 12.

¹⁰⁴ Historiquement, la création d'incriminations spécifiques concernant les mauvais traitements des animaux visait la protection de l'homme plus que de l'animal. En ce sens, J. Chacornac, « La définition sur mesure d'une infraction à la finalité incertaine », *D.* 2008. 524, spéc. les développements *in fine* de l'auteur.

¹⁰⁵ C. pén., art. 322-1 : l'incrimination vise « *la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui* ».

personnes¹⁰⁶. Pour certains auteurs, cela signifierait qu'en réalité, il s'agit d'éviter les atteintes aux personnes qui pourraient résulter de la destruction de l'objet¹⁰⁷.

21. Par conséquent, la protection ne porte pas sur l'objet en lui-même. Cela cache un autre dessein : la protection du droit. Ainsi, l'on ne saurait poursuivre quelqu'un pour le vol d'une chose abandonnée : n'appartenant pas ou plus à autrui, elle est susceptible d'occupation¹⁰⁸. Pour autant, dans certaines hypothèses, la protection du droit d'autrui pourrait être oubliée. En effet, les juridictions refusent, fort logiquement, d'exiger comme condition l'identification du propriétaire véritable de la chose : il faut et il suffit que le voleur ait soustrait une chose qu'il savait appartenir à autrui pour que le vol soit consommé¹⁰⁹. Mais comment s'assurer de ce que l'objet est celui d'autrui, lorsque le soi-disant propriétaire n'est pas identifié ? Ne risque-t-on pas de condamner une personne pour vol, alors que la chose était, en réalité, abandonnée ? Cela peut être redouté, au vu de la jurisprudence récente qui, pour distinguer un téléphone abandonné d'un téléphone simplement perdu, s'attache au point de savoir si la carte *sim* était ou non présente en son sein¹¹⁰. Mais est-ce un critère satisfaisant ? Surtout, n'est-ce pas le premier réflexe du voleur que de jeter la carte *sim* ? En ce cas, l'insécurité juridique pointe. Mais ce n'est qu'une conséquence d'une règle plus générale : pour qu'il y ait sanction pénale, il faut, de manière générale, qu'il soit attenté à la chose d'*autrui*. C'est dire alors que ce n'est pas l'objet, mais le droit qui est protégé.

¹⁰⁶ C. pén., art. 322-5 et s.

¹⁰⁷ En ce sens, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 93 : « dans l'atteinte matérielle, ce qui est condamnable, c'est moins le préjudice causé à autrui par la perte de son bien que l'usage d'un procédé de destruction susceptible de dépasser son objectif premier et même d'atteinte aux personnes ». L'auteur d'ajouter qu'il serait « tout à fait concevable de punir même la destruction de sa propre chose ». Précisément, la destruction de sa propre chose n'étant pas incriminée de la sorte, les limites du raisonnement apparaissent. S'il est tout à fait possible que l'atteinte aux personnes apparaisse en filigrane – de la même manière qu'elle justifierait l'incrimination des atteintes aux animaux –, elle ne l'est que de façon très secondaire. D'autant plus que l'usage de procédés spécialement dangereux donne lieu à des incriminations spécifiques, ne concernant pas l'ensemble des infractions de destruction – et supposant, là encore, qu'il soit le fait du non-propriétaire. V. en ce sens, P. Conte, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 656 et n° 662.

¹⁰⁸ Reste alors à s'entendre sur la notion de chose abandonnée. Sur cette problématique, Crim. 12 mai 2015, n° 14-83.310. La Cour de cassation estime que dans le cas d'un sac contenant une importante somme d'argent, le fait qu'un tiers s'en soit débarrassé ne pouvait avoir été accompli avec l'intention de l'abandonner.

¹⁰⁹ Selon la formule jurisprudentielle classique, « il suffit qu'il soit établi que la propriété reposait sur une tête autre que celle de l'auteur », jurisprudence constante depuis Crim. 16 mars 1923, *D.* 1924. 1. 136. Ainsi, le vol est caractérisé pour celui qui soustrait des objets placés dans des caveaux ou des cercueils : en ce sens, Crim. 25 févr. 2000, *D.* 2001. Jur. 1052, note T. Garé. Le vol n'est donc pas tant la soustraction de la chose d'autrui que celle d'une chose qui ne nous appartient pas.

¹¹⁰ Paris, 14 mars 2001, *D.* somm. 1797, obs. B. de Lamy ; *RSC* 2002. 822, obs. R. Ottenhof. Dans cet arrêt, la cour d'appel considère que, privé de sa carte *sim*, le téléphone est dépourvu d'utilité, et doit donc être considéré comme une chose abandonnée, indépendamment de la déclaration de vol. La solution est compréhensible – v. toutefois les observations critiques de R. Ottenhof préc., qui évoque « l'origine douteuse » de la chose –, en ce qu'elle évite la condamnation systématique pour vol des personnes croyant occuper une chose abandonnée.

B. Le droit

22. Le droit pénalement protégé est évidemment la propriété, ce pilier du droit civil¹¹¹. Ce ne sont pas les atteintes au patrimoine, mais à la propriété qui sont réprimées¹¹². Pour autant, il est possible de s'interroger : la protection de la propriété (1) se prolonge-t-elle pour embrasser également les autres droits réels (2) ?

1) La propriété

23. On le sait : la chose devient bien lorsque le fait devient droit¹¹³. Cette transmutation se fait par le truchement de la propriété¹¹⁴. Et il s'avère que le droit pénal semble directement s'intéresser à la relation d'appropriation, qu'il protège en elle-même, plutôt que son objet. Ainsi, les infractions du Livre III sont dites « *contre les biens* ». De même, l'escroquerie comme l'abus de confiance peuvent porter sur « *un bien quelconque* ». Même dans le vol, le vocable de « *chose* » est immédiatement accompagné d'une précision : c'est la chose « *d'autrui* » qui est seule susceptible de vol. La valeur sociale protégée, est donc bien la propriété.

Reste alors à identifier la propriété, à vérifier son existence. Pour ce faire, autonomie ou non, il faudra nécessairement recourir au droit civil, le juge civil étant le prêcheur naturel de la propriété, et le Code civil son temple¹¹⁵. Avec cette conséquence du recours à l'idée de possession, dont l'importance est fondamentale pour identifier la propriété : en matière mobilière, elle vaut ainsi titre de propriété. Or, bien que cela puisse être contesté¹¹⁶, le droit pénal se désintéresse des choses immobilières. Historiquement, cela se justifie, par exemple pour le vol, par le fait que le délit n'est possible « *que si la chose, qui en est l'objet, a pu être*

¹¹¹ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001.

¹¹² En ce sens, R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.*, n° 304 : « *l'appropriation constitue le critère d'intervention du droit pénal* » ; « *le droit pénal assure la protection du droit de propriété* ».

¹¹³ *Cf. supra*, n° 18.

¹¹⁴ La chose qui est appropriée, donc qui est objet de propriété, devient un bien. En ce sens, J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281, n° 13. Pour certains auteurs, la qualification de bien ne passerait pas par l'appropriation mais par ce que la chose serait *susceptible* d'appropriation. En ce sens, R. Libchaber, « Biens », *Rép. civ.* Dalloz, n° 6-7.

¹¹⁵ Les hautes juridictions françaises réaffirment le principe fréquemment. Seules les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent statuer sur la réparation des préjudices découlant d'une atteinte à la propriété immobilière. En ce sens, T. confl. 23 avr. 2007, *Bull.*, n° 13. *Adde c. expro.*, art. L. 211-1, qui prévoit la désignation du juge de l'expropriation parmi les magistrats du tribunal de grande instance.

¹¹⁶ *Cf. supra*, n° 17.

déplacée »¹¹⁷. Mais cette exclusion doit céder dès lors qu'à la soustraction matérielle a succédé la soustraction juridique¹¹⁸. L'usurpation aura donc systématiquement pour objet véritable la possession de la chose.

C'est exactement ce qu'affirmait Garçon, définissant la soustraction dans le vol comme la « *prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire ou du précédent possesseur* »¹¹⁹. Cela démontre d'ailleurs, chez l'auteur, le caractère fondamental de la possession, qui est protégée même lorsque le possesseur n'est pas propriétaire. En effet, les qualités de possesseur et de propriétaire étant le plus souvent confondues, il semble logique d'affirmer la protection du possesseur, protégé en tant que tel, sans qu'il soit exigé de lui la preuve de sa propriété¹²⁰. De la même manière, le détournement constitutif de l'abus de confiance est défini par l'auteur comme « *l'acte matériel par lequel le possesseur précaire*¹²¹ *manifeste sa volonté d'intervertir cette possession et de posséder animo domini la chose qui lui a été confiée* »¹²². En protégeant ainsi la possession, le droit pénal vient efficacement au secours de la propriété. Reste alors à identifier les choses susceptibles de possession, seules protégées par le droit pénal.

24. Le champ de la possession, donc de la protection pénale, est extrêmement large. La formule du Code civil est bien connue : « *en fait de meubles, la possession vaut titre* »¹²³. Tous les meubles sont ainsi visés, sans distinction¹²⁴. Et désormais, la règle s'étend sans

¹¹⁷ R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., n° 2375.

¹¹⁸ Sur le changement de sens de la soustraction, J. Léauté, « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1966, p. 223 et s. La soustraction matérielle est celle de l'objet, quand la soustraction juridique est celle de la possession. En toute logique, il faudrait alors admettre que tout bien susceptible de possession puisse être l'objet d'une soustraction.

¹¹⁹ E.-A. Garçon, *Code pénal annoté*, t. I, op. cit., art. 379, n° 47.

¹²⁰ La règle était similaire dans le cas des actions possessoires. Cela était logique, dès lors que la possession de bonne foi fait présumer la propriété mobilière, et que la bonne foi est toujours présumée.

¹²¹ La notion de « *possesseur précaire* », chez Garçon, correspond à celle commune de détenteur précaire. L'auteur préfère utiliser cette dernière expression pour désigner le cas dans lequel une personne se voit remettre matériellement la chose, sans que le propriétaire lui en ait « *fait tradition, parce qu'il n'a pas voulu abdiquer l'animum* ». En ce cas, si « *le détenteur s'en empare, il usurpe réellement une possession qui ne lui a pas été transmise, et commet une soustraction* ». Avec cette difficulté de distinguer l'hypothèse de la remise en « *détention* » ou en « *possession précaire* ». Sur ces éléments, E.-A. Garçon, *Code pénal annoté*, t. I, op. cit., art. 379, n° 53.

¹²² E.-A. Garçon, *Code pénal annoté*, t. II, op. cit., art. 408, n° 8.

¹²³ C. civ., art. 2276.

¹²⁴ Et l'on sait que la possession est également protégée en matière immobilière. Ainsi des actions possessoires, récemment partiellement abrogées. Mais ainsi surtout de l'usucapion : l'acquisition de la propriété immobilière est légitimée par l'écoulement du temps, ce qui pallie la grande difficulté de prouver l'origine immémoriale de la propriété, souvent qualifiée de *probatio diabolica*.

conteste aux choses incorporelles¹²⁵ : « *en fait de valeurs mobilières, inscription vaut titre* »¹²⁶ ; « *en fait d'œuvres intellectuelles, exploitation vaut titre* »¹²⁷ ! De la même manière, le formalisme possessoire permet aujourd'hui le don manuel dématérialisé : un jeu d'écriture scripturale suffit à caractériser la tradition¹²⁸. On le voit : la possession présente un champ de plus en plus large, et porte sur un champ de plus en plus étendu de choses incorporelles.

Reste la problématique actuelle et complexe de la protection pénale de l'information, qui mériterait bien plus de développements que les quelques mots qui suivent. Pour que l'information soit susceptible de vol, encore faut-il qu'elle soit appropriée ; et pour qu'elle soit appropriée, encore faut-il que l'exclusivité du droit sur l'information soit opposable aux tiers, ainsi par le biais de la possession. Si la tendance actuelle est à l'extension du champ des biens protégés par le droit pénal, faut-il y inclure l'information¹²⁹ ? La jurisprudence récente semble répondre de façon positive¹³⁰, ce qu'il convient d'apprécier théoriquement.

À la suite de Catala¹³¹, il apparaît que les informations peuvent prendre deux formes distinctes. Certaines informations sont assimilables à des choses communes : accessibles à tous, elles ne sont appropriables par aucun. C'est le droit à l'information. D'autres seraient, à

¹²⁵ Mais par le biais de textes spéciaux, la Cour de cassation estimant que la formule de l'article 2276 en limite l'application aux seules choses corporelles, ce qui n'apparaît pas fondé au regard de la formulation du texte – mais l'est en considération de son histoire. Ainsi, Com. 7 mars 2006, *Bull. civ. IV*, n° 62 refuse l'application de l'article au cas d'une licence de débit de boissons. Pour une critique du « *caractère absolu* » de « *l'exclusion radicale* » des choses incorporelles hors du champ de ce texte, v. *RTD civ.* 2006. 348, obs. T. Revet.

¹²⁶ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2 par P. Delebecque et M. Germain, LGDJ, 2004, n° 1766. En réalité, mieux vaudrait sans doute affirmer qu'« *en fait de titres financiers, inscription vaut titre* ». En ce sens, c. mo. fin., art. L. 211-17 : « *Le transfert de propriété de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur* ».

¹²⁷ « *À l'égard des tiers* ». En ce sens, R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 461. Sur l'extension possible de la possession aux choses incorporelles, en s'inspirant de la propriété intellectuelle, C. Caron, « *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle* », *JCP G* 2004. I. 162, spéc. n° 4.

¹²⁸ En ce sens – entre autres –, Com. 19 mai 1998, *Bull. civ. IV*, n° 161.

¹²⁹ V. ainsi les observations critiques quant à la dématérialisation excessive de l'abus de confiance de F. Safi, « *Les nouvelles frontières de l'abus de confiance* », *RPDP* 2014. 553, spéc. p. 564 et s.

¹³⁰ Plusieurs arrêts ont semblé l'admettre. Nettement, Crim. 20 mai 2015, n° 14-81.336, *Gaz. Pal.* 18 juin 2015, n° 169, p. 8, obs. S. Detraz. Pour l'annotateur, « *l'arrêt rapporté admet clairement la constitution du délit de vol* ». L'on peut s'interroger sur la portée de cet arrêt, au regard de la modification, par la L. n° 2014-1353 du 13 nov. 2014, de l'article 323-3 du Code pénal, incriminant le fait « *d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre* » les données présentes sur un système de traitement automatisé des données (STAD). L'ajout transforme singulièrement la portée du texte. Mais la qualification de vol n'en est pas moins nettement retenue. Avec cette précision intéressante : le prévenu avait « *soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire* ». Pour que l'usurpation de possession soit caractérisée, il faudrait donc qu'il y ait eu utilisation de l'information, ce qui serait une condition de qualification de la possession spécifique aux biens incorporels. Sur cette question, P. Conte, « *Vol d'information* », *Dr. pén.* 2015. n° 123.

¹³¹ P. Catala, « *Ébauche d'une théorie juridique de l'information* », *D.* 1984. 97. La distinction entre droit *sur* et droit à l'information constitue l'architecture de l'article de l'auteur.

l'opposé et par leur essence même, appropriées, de par leur origine : créées par les individus, elles leur appartiendraient nécessairement. Et ce, que l'information ait été créée *ex nihilo* ou qu'elle ait été le résultat de la transformation substantielle d'une information préexistante¹³². De par cette appropriation, les informations du second type seraient susceptibles de vol¹³³.

La doctrine oppose volontiers à cette idée l'incompatibilité de la notion de soustraction – qui implique une privation pour le propriétaire – avec l'ubiquité de l'information. L'information pouvant être reproduite à l'infini, la « soustraire » reviendrait en réalité à la dupliquer¹³⁴. Ce qui revient à déplacer l'objet de la soustraction : c'est l'exclusivité – unipersonnelle ou pluripersonnelle – de l'information¹³⁵ qui serait ainsi protégée par le droit pénal.

Plus loin, considérer l'objet soustrait comme étant l'exclusivité de l'information, c'est n'avoir égard que pour la valeur : dès lors que « *la valeur d'une information est conditionnée par sa confidentialité et sa rareté* », l'objet soustrait serait « *moins l'information elle-même ou son exclusivité, que sa valeur marchande* »¹³⁶. Or, le droit pénal ne protégeant pas les intérêts privés, mais la société, il ne saurait prendre en considération la valeur¹³⁷. Pour autant, la difficulté tient à ce que, dans le cas de l'information, l'appropriation ne semble se faire que par la valeur, économique ou morale, de son exclusivité¹³⁸. Dès lors, la valeur étant consubstantielle au bien, soustraire la valeur, ce serait soustraire le bien. Évidemment, derrière le débat technique se profilent des complications liées à l'économie. Mais en admettant de soustraire cette propriété que constitue la valeur, l'on resterait dans l'objectif

¹³² Sur la question de la création de l'information, P. Catala, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97, n° 10 et s.

¹³³ Pour une application du droit pénal à la théorie de l'information de P. Catala, M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985. 43. *Adde* V. Peltier, *Le secret des correspondances*, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », 1999.

¹³⁴ En ce sens, J. Devèze, « Le vol de "biens informatiques" », *JCP G* 1985. I. 3210.

¹³⁵ L'influence des théories modernes de la propriété (*cf. supra*, note 12) semble indéniable. En tentant de redéfinir la propriété par l'exclusivité, l'on instille dans la pensée l'idée que cette exclusivité serait le critère de définition du bien. Partant, le raisonnement à rebours paraît parfaitement envisageable : dès lors qu'il y a exclusivité, il y a bien. Donc une information exclusive serait un bien. Mais est-ce le cas de toute information ? Il conviendrait sans doute de refuser une telle généralisation, et de se limiter à certaines informations spécifiquement déterminées par le législateur.

¹³⁶ R. Ollard, « La dématérialisation des infractions contre le patrimoine », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, *op. cit.*, spéc. p. 49.

¹³⁷ Pour une critique de l'opportunité de l'incrimination, S. Detraz, R. Ollard et J.-C. Saint-Pau, « Contre l'incrimination du vol d'information », in V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum, op. cit.*, p. 97 et s., spéc. p. 108 et s.

¹³⁸ Pour J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, n° 4.13, la qualification de bien suppose un double critère : il faut une valeur, et que celle-ci soit réservée.

habituel du droit pénal, qui est de protéger la propriété. Objectif qui conduit à s'interroger sur un autre ordre de difficultés : le droit pénal protège-t-il également les autres droits réels susceptibles de porter sur la chose ?

2) Les autres droits réels

25. Dès lors que la valeur sociale protégée est la propriété, l'interrogation doit être soulevée : celui qui bénéficie d'un droit réel sur la chose d'autrui est-il protégé par le droit pénal contre les agissements du propriétaire attentant à son droit ? Celui qui soustrait sa propre chose au titulaire d'un droit réel concurrent soustrait-il « *la chose d'autrui* » ? Le propriétaire d'un bien peut-il être poursuivi pour l'avoir détourné ? Si la valeur sociale protégée est la propriété, la réponse apparaît immédiatement comme négative. Comment un propriétaire pourrait-il attenter à une propriété qui n'est, *in fine*, que la sienne ? Le silence – relatif¹³⁹ – de la doctrine sur cette question milite dans le sens d'une absence de difficulté. Et pourtant, la question mérite que l'on s'y attarde, car il y a bien atteinte au droit d'autrui. Le droit pénal doit-il alors se saisir de cette hypothèse ?

Il semble évident que celui qui bénéficie de la remise du bien en usufruit ou, par exemple, en qualité de fiduciaire, peut être pénalement poursuivi en cas de dissipation de l'objet. L'article 314-1 du Code pénal sanctionne, pour abus de confiance, la personne qui détourne des biens « *qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». Or, il est évident que le fiduciaire¹⁴⁰ ou l'usufruitier sont dans cette situation, et peuvent donc se rendre coupables d'abus de confiance¹⁴¹.

26. À renverser la perspective, les choses se compliquent : le nu-propriétaire ou le constituant-bénéficiaire peuvent-ils être poursuivis pénalement s'ils décident de reprendre la chose ? Si l'usufruitier et le fiduciaire sont considérés comme des propriétaires, la

¹³⁹ En matière d'abus de confiance, v. ainsi C. Souweine, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau code pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, PUG, 1993, p. 303 et s.

¹⁴⁰ R. Ollard, « La fiducie : aspects de droit pénal », *RSC* 2009. 545, spéc. n° 17 et s.

¹⁴¹ Sur la problématique du dépôt irrégulier, T. Samin et S. Torck, « Retour sur le délit d'abus de confiance et le dépôt de fonds en banque », *JCP G* 2011. 1999.

qualification de vol paraît envisageable¹⁴². Pourtant, il apparaît que l'analyse des droits du fiduciaire ou de l'usufruitier en termes de propriété peut être sérieusement contestée¹⁴³. Il faut revenir à la définition donnée par Vareilles-Sommières : la propriété est « *le droit en vertu duquel une personne peut en principe tirer d'une chose tous ses services* », retrouvant avec l'extinction des droits d'autrui l'ensemble des services de la chose. En somme, « *la propriété incomplète, tout autant que la propriété complète, est la propriété et la propriété entière* »¹⁴⁴. Ainsi le nu-propiétaire doit-il toujours être considéré comme le propriétaire du bien, quand bien même la chose objet du droit serait une chose fongible et consommable¹⁴⁵. Quant au fiduciaire, il ne saurait être considéré comme propriétaire des biens de la fiducie : il est le simple gérant d'une fraction du patrimoine du constituant, resté propriétaire¹⁴⁶. Faute de transfert de propriété, le nu-propiétaire ou le constituant ne sauraient être poursuivis pour vol.

Il reste que la qualification de vol pourrait être admise sur le fondement de l'affectation du bien. L'hypothèse est proche de l'indivision, à propos de laquelle il est de jurisprudence constante que celui qui s'approprie privativement la chose indivise peut être condamné pour vol¹⁴⁷. En effet, l'indivisaire n'est propriétaire que pour sa quote-part, et ne saurait priver les coïndivisaires de leurs droits. Surtout, un vieil arrêt de 1946¹⁴⁸ peut amener un début de réponse : l'exploitant agricole qui reprend des échantillons de lait prélevés par un service de contrôle peut être condamné pour vol. De par l'affectation, le propriétaire aurait en effet perdu une part de sa propriété.

Si cet arrêt est isolé, la solution pourrait utilement être transposée aux hypothèses de fiducie, de démembrement de propriété ou encore au dépôt irrégulier : celui qui soustrait sa

¹⁴² Ainsi, selon W. Dross, *Droit civil, Les choses, op. cit.*, n° 82, l'usufruit consisterait en une propriété temporaire, ce qui aurait pour conséquence la perte de qualité de propriétaire du nu-propiétaire pendant la durée de l'usufruit.

¹⁴³ Sur cette question, l'on ne peut qu'en renvoyer à la patience du lecteur, qui devra attendre pour pouvoir lire avec profit les développements de G. Sebban, *La qualification juridique du bien*, thèse Paris 2 (en cours), dir. C. Brenner.

¹⁴⁴ M. Vareilles-Sommières, « La définition de la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905. 443, spéc. p. 447 et s.

¹⁴⁵ En ce sens, F. Zénati, « La nature juridique du quasi usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 605 et s.

¹⁴⁶ En ce sens, M. Grimaldi, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* 2010, n° 77, p. 73 et s. En effet, comment expliquer que le constituant ne soit plus propriétaire, ou en tout cas que les biens soient sortis de son patrimoine, dès lors que l'article 2025 alinéa 2 du Code civil dispose qu'« *en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant le gage commun* » des créanciers de la fiducie ?

¹⁴⁷ La jurisprudence est constante sur ce point. V. récemment Crim. 12 mai 2015, n° 13-87.668.

¹⁴⁸ Crim. 21 févr. 1946, *RSC* 1946. 442, obs. P. Bouzat.

propre chose au mépris de son affectation pourrait être poursuivi pour vol. L'affectation peut-elle justifier de condamner le propriétaire pour soustraction de la « chose d'autrui », alors qu'il s'agit de sa propre chose ? La question paraît *quasi* insoluble, montrant les limites d'une analyse civiliste des textes du Code pénal. Reste un indice : si le nu-propriétaire, le déposant ou le constituant relève de la catégorie « *grand-maigre* », il est fort possible qu'il soit en effet le voleur.