Mémoire pour le Master 2 Droit Privé Général

Parcours Droit Pénal

LES CONCEPTS DU DROIT CIVIL DES BIENS A L'EPREUVE DU DROIT PENAL

Présenté et soutenu par :

Eliaz Le Moulec

Sous la direction du :

Doyen Edouard Verny

Professeur à l'Université de Rennes 1

Suffragant :

Madame Marie-Laure Cicile

Professeur à l'Université de Rennes 1

Année universitaire 2013 / 2014

A l'orée de ce travail, il me tient à cœur d'exprimer ma sincère reconnaissance à mon directeur de mémoire, le Doyen Edouard Verny, pour son accompagnement, ses précieux conseils et surtout pour les nombreux chemins qu'il m'a laissé emprunter lorsqu'il ne me les avait pas lui-même révélés.

Parce que le travail ici mené est un ouvrage de droit pénal, je tiens également à exprimer ma gratitude à ceux qui furent mes professeurs dans cette matière : Madame Claudia Ghica-Lemarchand et Messieurs Georges Fournier, Olivier Décima et Laurent Rousvoal.

Mais parce qu'il s'agit aussi d'une entreprise de droit civil, je souhaite également remercier Madame Marie-Laure Cicile et Monsieur Richard Desgorces qui m'ont permis, par leur enseignement, de rédiger ce mémoire où l'esprit et la plume du pénaliste puisent leur force dans les vives eaux du droit civil.

Ce mémoire de recherches a été soutenu le vendredi 27 juin 2014. Il lui a été attribué la note de 19/20.

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin du mémoire)

INTRODUCTION 5

Première partie : Dans le sillage du droit civil, la mutation des concepts de bien et de patrimoine par le droit pénal ……. 20

CHAPITRE 1 – LA METAMORPHOSE DU CONCEPT DE BIEN 20

§1 - Du paradigme physique au paradigme économique 21

§2 - La résistance du paradigme physique 32

CHAPITRE 2 – LA RELATIVISATION DE LA THEORIE CONCEPTUELLE DU PATRIMOINE 42

§1 - Le patrimoine comme universalité de « l'avoir » 43

§2 - Le patrimoine à la frontière de « l'être » 50

Seconde partie : A rebours du droit civil, l'objectivisation des concepts de possession et de propriété par le droit pénal..... 59

CHAPITRE 1 – LA POSSESSION OBJECTIVÉE 59

§1 - L'inadéquation de la conception civiliste subjective de la possession 60

§2 - L'adéquation de la conception objective de la possession 64

CHAPITRE 2 – LA PROPRIÉTÉ OBJECTIVÉE 73

§1 - L'objectivation du titre de propriété 73

§2 - L'objectivisation du droit de propriété 80

CONCLUSION GENERALE……... 92

LISTE DES ABREVIATIONS

art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull.	*Bulletin*
Bull. crim.	*Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation*
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
coll.	Collection
comm.	Commentaire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	*Recueil Dalloz*
dir.	Direction
Dr. pénal	Revue Droit pénal
éd.	Edition
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
J.C.P.	*Semaine juridique*
L.G.D.J	*Librairie générale de droit et de jurisprudence*
obs.	Observations
p.	Page
R.D.C.	*Revue de droit civil*
R.S.C.	*Revue de sciences criminelles*
R.T.D. civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
S.	*Recueil Sirey*
T.G.I.	Tribunal de grande instance

INTRODUCTION

La propriété, c'est le vol[1]

Voilà une affirmation bien surprenante. L'une des notions les plus fondamentales du droit civil des biens, la propriété, n'y est-elle pas assimilée à ce qui est pourtant son exact envers, l'infraction pénale contre les biens par excellence, le vol ? Toutefois, tout aussi surprenante et contestable soit-elle, la formule, sous ses faux airs d'oxymore, a le mérite de jeter un premier pont entre droit civil des biens et droit pénal, ce qui sera précisément toute l'ambition de notre étude.

1. Droit civil des biens et droit pénal. Si loin… Prétendre tisser des liens entre droit civil des biens et droit pénal, n'est-ce pas toutefois une entreprise démesurée ? Il est facile de s'en convaincre : ce sont en effet deux branches du droit qui a priori ne se ressemblent pas et s'opposent nettement sur au moins deux aspects.

D'une part, les deux matières poursuivent des finalités très différentes. Quand le droit pénal s'attache à protéger l'ordre public et maintenir la paix sociale, le droit des biens, lui, est orienté vers la protection et l'organisation d'intérêts privés, ceux que les individus portent sur leurs biens.

D'autre part, ces deux branches du droit s'opposent du point de vue de leurs évolutions législatives respectives. Le droit civil des biens est sans doute la discipline juridique qui a connu le moins d'évolutions textuelles depuis la codification napoléonienne. En effet, la plupart des dispositions du Code civil en cette matière sont restées inchangées et il suffit souvent de les lire pour s'apercevoir, avec nombre d'auteurs[2], que le droit des biens a manqué la marche de la modernité, du moins semble être resté un temps en arrière dans

---

[1] La formule de Pierre-Joseph Proudhon, père de l'anarchisme, figure dans son mémoire *Qu'est-ce que la propriété ? Ou Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement*. Paris, éd. A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie, 1873

[2] Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013, n°38 : *« Une constante dans la littérature juridique contemporaine dénonce l'inaptitude du Code civil pour régir les richesses de notre monde et de notre temps. Le Livre II du Code serait suranné et lié à une civilisation révolue : un monde agraire, avec de grandes fortunes essentiellement foncières »*. Voir également en ce sens : Terré F., Simler Ph., *Les biens*, Dalloz, 8e éd., 2010, n°1 et Desgorces R., *Les biens*, Hachette supérieur, 3e éd., 2013, p. 12

l'histoire et l'évolution industrielle et technique de la société[3]. Au contraire le droit pénal apparaît comme une branche du droit sans cesse soumise à la réforme. Depuis la codification napoléonienne, le nombre d'incrimination a explosé[4], des lois spectaculaires comme l'abolition de la peine de mort ont été votées et un nouveau Code a même remplacé l'ancien, modifiant de très nombreuses règles[5]. Aujourd'hui encore, d'aucun dénonce la logorrhée législative sinon sa *« frénésie »*[6] dans une matière qui ne cesse de changer, trop souvent sans doute au gré des faits divers ou à l'occasion des changements de majorité politique[7]. La comparaison est sans appel : un droit des biens quasiment figé en 1804, un droit pénal en perpétuel mouvement, ces deux matières illustrent au moins les deux extrêmes de ce que peut être l'œuvre législative française.

2. … et pourtant si proches. Malgré ces flagrantes différences, droit des biens et droit pénal sont nécessairement amenés à se rencontrer. Parce que le droit des biens pose un principe aussi important que celui de la propriété, fondement de nos sociétés, droit de l'homme parmi les droits de l'homme[8], la protection offerte par les règles de droit civil apparait largement insuffisante. Ainsi, le droit pénal est mobilisé afin de mettre *« l'énergie qui le caractérise au service de la défense de ce qui constitue le cœur même de l'objet du droit civil des biens »*[9]. Plus qu'un simple renfort du droit civil des biens dans son œuvre de protection de la propriété privée, le droit pénal en est le véritable bras armé.

Sont ainsi érigées à cette fin de nombreuses incriminations parmi lesquelles figurent en première ligne le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance mais également les différentes

---

[3] L'article 533 est un bon exemple : *Le mot "meuble", employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées ; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce.*

[4] Sont ainsi nées, entre autres exemples, les incriminations de recel (1915), de racolage (1939), d'omission de porter secours (1945), de blanchiment (1996), etc.

[5] Pour en citer quelques-unes seulement : la création de la responsabilité pénale des personnes morales, la modification des règles de répression de la complicité, la suppression des circonstances atténuantes, l'incrimination des crimes contre l'humanité, l'incrimination des risques causés à autrui, les nouvelles rédactions des incriminations d'escroquerie et d'abus de confiance.

[6] C'est le terme employé par Madame Rassat. Voir Rassat M.-L. *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6e éd., 2011, n°15. L'auteur n'hésite pas à noter par ailleurs que dès 1992, il restait en droit pénal français moins de 10% du Code pénal napoléonien ! Voir *ibid.*, n°10

[7] Il faut pourtant prendre garde à ne pas sombrer dans un « populisme pénal » : voir Salas D., *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littérature, 2008

[8] Il figure à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen devant la sûreté et la résistance à l'oppression. Seule la liberté le devance.

[9] Revet T., « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », *in. Droit pénal et autres branches du Droit*, Cujas, p. 29 n°1

atteintes matérielles. Aujourd'hui rassemblées au sein du Livre III du Code pénal, ces incriminations, en particulier celle de vol, apparaissent parmi les plus emblématiques de la matière et au-delà de la sphère juridique comme un incontournable phénomène de société[10]. De tout temps réprimées[11], ces atteintes à la propriété forment un pan substantiel et peut-être même fondateur[12] du droit pénal d'hier et d'aujourd'hui.

Ces incriminations apparaissent alors comme un véritable point de rencontre entre droit pénal et droit civil des biens. Les deux matières y tissent d'étroits liens, précisément parce que le premier investit de sa force au service du second en incriminant les comportements qui portent atteinte à la propriété. Les incriminations de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance sont autant d'objets juridiques par lesquels le droit pénal pénètre le droit des biens afin d'en renforcer les règles par la puissance de sa sanction.

Partant, cette rencontre entraîne une inévitable conséquence qui sera tout l'objet de notre étude : parce que le droit pénal participe à la protection des valeurs consacrées par le droit civil des biens, les grands concepts façonnés par ce dernier sont inévitablement appréhendés par le droit pénal[13]. Il ne peut du moins rester indifférent à ces concepts. Le droit pénal est nécessairement amené à en connaître puisqu'il irrigue de sa force la matière à laquelle ils appartiennent. Inversement et pour la même raison, ces concepts ne peuvent échapper à une confrontation avec le droit pénal.

Il y a donc bel et bien une place à l'étude des concepts du droit civil des biens à l'épreuve du droit pénal.

On en précisera dès lors le sens (§1), l'objet (§2) et la finalité (§3).

---

[10] Le meurtre et le vol sont sans doute les deux infractions les plus emblématiques et les plus connues par le profane. Si le meurtre l'emporte à la comparaison par sa gravité infiniment supérieure à celle du vol, ce dernier dépasse toutefois très largement le meurtre, et c'est heureux, d'un point de vue quantitatif : en France, en 2012, 400 condamnations ont été prononcées pour meurtre contre 93 174 condamnations pour vol et recel. Voir les statistiques du Ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_casier_Fiche_%20source_et_methodes.pdf

[11] Déjà du temps de Moïse selon la Bible : *« Tu ne voleras point. »*, Exode 20, 15 ; Deutéronome 5, 19

[12] Ainsi, Madame Rassat justifie que l'étude des infractions contre les biens doit devancer celle des infractions contre les personnes, à rebours du Code par le fait que *« il ne peut être contesté par personne que la plus grande partie du raisonnement de droit pénal, qu'il s'agisse de droit pénal général ou de droit pénal spécial, a toujours été élaborée sur l'exemple du vol (…). C'est ce degré d'élaboration des infractions contre les biens qui les a souvent conduites à servir de modèle technique pour créer ou analyser les autres infractions »*. Voir *op. cit.*, n°88

[13] Selon M. Mayaud, le droit pénal est *« prêteur »* en ce qu'il *« offre ses sanctions aux autres disciplines »* mais aussi « *emprunteur »* en *« prélevant volontiers dans les autres branches du droit »*. Voir Mayaud Y., « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », *in. Droit pénal et autres branches du Droit*, Cujas, p. 474

§1 - Sens de l'étude : comparaisons conceptuelles

3. Le sens de notre étude fait son originalité. De nombreux travaux portent sur le droit pénal des biens et certains ont même pour objet une confrontation du droit civil des biens avec le droit pénal[14]. Toutefois, notre travail se distingue de ceux-ci par l'approche particulière qu'il propose : une approche conceptuelle et comparative.

4. D'abord, l'analyse que nous entendons mener se démarque par son aspect éminemment conceptuel, définitoire et ontologique plutôt que fonctionnel.

En effet, l'étude de la mise en œuvre des règles de droit, des mécanismes juridiques et de leurs effets est inévitablement précédée par celle des concepts qui les bâtissent et les structurent. Comme dans toute science, un travail de *définition* des objets d'étude devance toujours celui de la mise en action de ces objets[15]. A plus forte raison, et parce que le droit est d'abord une construction intellectuelle, la connaissance de celui-ci impose nécessairement de recourir aux outils que sont les concepts[16], à tel point que l'on a parfois identifié l'esprit juridique au *« règne du concept »*[17]. La démarche est classique : l'étude de la notion précède celle de son régime.

Le travail que nous proposons s'inscrit précisément dans ce cadre et cette démarche définitoire qui est première : on s'attachera à déterminer quels sont les éléments qui, ensembles, composent des concepts ou notions[18] et la façon dont le droit pénal perçoit et bâtît des objets juridiques qu'il emprunte au droit civil des biens. Pour reprendre Kant, on proposera un *« shématisme »*[19] réunissant les propriétés essentielles ou typiques des phénomènes à représenter. Le cœur de l'ouvrage entrepris sera de mettre en évidence et d'ordonner les éléments constitutifs qui, harmonieusement assemblés font l'essence d'un

---

[14] On en retiendra deux qui seront d'ailleurs abondamment cités dans nos propres travaux : Auger D., *Le droit de propriété en droit pénal*, P.U.A.M., 2005 et Ollard R., *La protection pénale du patrimoine*, La nouvelle bibliothèque des thèses, 2010

[15] Il faut d'abord définir ce qu'est une cellule nerveuse avant d'expliquer quel sera son rôle dans la conduite de l'information cognitive, la façon par laquelle elle mettra en œuvre cette action et les différents paramètres qui conditionneront son succès ou son échec. De même, on ne peut étudier les influences du soleil sur les planètes alentour qu'après avoir établi ou rappelé que le soleil est une étoile, précisément parce que ses effets sont tirés de cette qualité.

[16] Sur cette nécessité, on lira avec profit Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5e éd., 2012, n°169 et s. : *« La "cognition juridique", c'est-à-dire la connaissance du droit, suppose de recourir à des concepts (...) »* Voir également Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., 2e éd., 2013, p. 5 et s.

[17] Gény F., *Science et technique en droit privé positif*, tome I, Sirey, 1913, n°40 : on notera que l'auteur en question se montre critique envers ce règne du concept qu'il constate.

[18] On distingue traditionnellement les concepts et les notions. Les notions serraient en effet plus que de simples constructions intellectuelles puisque on leur attacherait également un véritable régime. Pour notre étude, on utilisera essentiellement le terme de concept en prenant le parti qu'il englobe également celui de notion, les notions étant des concepts auxquels un régime est attaché. Voir sur ce point Bergel J.-L., *op. cit.*, n°170

[19] Kant E., *Critique de la raison pure*, 1787, Deuxième partie, Première division, Livre II

concept.

C'est par la particularité de cette approche que notre étude se distingue des travaux suscités qui sont eux, à l'inverse, dotés d'une analyse fonctionnelle, concentrée sur le rôle et les effets des concepts et non sur les concepts eux-mêmes[20]. Ainsi, et contrairement à ces études, on ne cherchera pas à montrer à titre principal comment le droit pénal protège la propriété ou le patrimoine ou quels sont les effets que le droit pénal peut avoir sur ceux-ci. Notre ambition sera bien davantage de mener une analyse ontologique : on se demandera plus fondamentalement, ce qu'est la propriété, ce qu'est le patrimoine au sens du droit pénal. Ne relève donc pas de notre étude à titre principal, par exemple, la question de savoir ce que la loi pénale interdit à un propriétaire de faire avec son bien. En relève au contraire celle de savoir que le droit pénal perçoit la propriété comme une sphère d'exclusivité[21]. On ne nie toutefois pas que l'approche conceptuelle soit liée à l'approche fonctionnelle : ainsi, c'est parfois une étude de la protection offerte par le droit pénal qui permettra d'aboutir à une conclusion d'ordre conceptuel[22].

On notera pour finir que par définition, une construction conceptuelle suppose un minimum de systématisation : c'est ce qui justifiera que nous écartions parfois certaines données dont le caractère trop exceptionnel et anecdotique ne permettra pas d'en tirer des éléments pertinents pour la construction d'un concept[23]. En effet, il serait difficile sinon impossible d'ordonner une idée pour lui donner la cohérence d'un concept si on avait la prétention de tenir compte de tous les éléments qui s'y rattachent.

5. Ensuite, l'analyse ici proposée se distingue encore par son ambition comparative[24]. Seront recherchées les ressemblances, les influences et les différences entre la perception civile d'un concept d'une part et la conception pénale de la même instance d'autre part. Le procédé sera constant : la présentation du concept tel qu'il

---

[20] C'est ce qui opposera notre étude aux travaux de Mme Auger et M. Ollard : l'un comme l'autre ne bâtissent pas une théorie conceptuelle de la propriété ou du patrimoine en droit pénal mais analysent plutôt la façon dont le droit pénal protège la propriété et le patrimoine et les effets qu'il peut avoir sur eux.

[21] Pour cette démonstration, voir *infra* n°162 et s.

[22] Ainsi par exemple, c'est en étudiant la protection pénale des biens que l'on pourra déterminer ce que le droit pénal considère ou non comme un bien. Voir *infra* n°37 et s.

[23] Par exemple, on verra qu'une critique de la construction conceptuelle que l'on proposera de la propriété peut être tirée de l'hypothèse du vol de l'animal commis pour protéger celui-ci d'un propriétaire qui souhaitait le maltraiter. Précisément, on écartera cet argument car il relève d'une situation trop particulière pour avoir la force de fragiliser une systématisation conceptuelle. Voir *infra* n°174

[24] Mme Auger et M. Ollard empruntent certes au droit civil les notions qu'ils étudient sous un angle pénaliste, mais leur ambition n'est pas pleinement comparative dans le sens où leurs travaux demeurent essentiellement orientés vers le droit pénal : le concept civiliste n'est qu'une base à partir de laquelle l'étude pénaliste peut ensuite se développer.

apparaît en droit civil précèdera son analyse en droit pénal de telle façon à mener une véritable et efficace comparaison[25].

Pour autant, cette comparaison ne saurait porter sur tous les concepts du droit civil des biens : une délimitation de l'objet de l'étude est nécessaire face à l'impossibilité évidente de l'exhaustivité.

§2 - Objet de l'étude : présentation sommaire des concepts et infractions retenus

6. L'objet de l'étude doit être délimité à deux égards : principalement d'abord du point de vue des concepts que l'on se propose d'étudier à la lumière du droit pénal, mais aussi et ensuite par rapport aux différentes infractions qui permettent précisément au droit pénal d'appréhender ces concepts. S'impose un important travail de sélection.

7. En ce qui concerne les concepts du droit civil des biens retenus pour être confrontés au regard du droit pénal, deux critères ont été choisis pour les sélectionner. D'abord, on s'est attaché à l'importance que ces concepts représentent dans la matière à laquelle ils appartiennent, le droit des biens. Ensuite, on a eu égard à l'intérêt que leur étude à l'angle du droit pénal pouvait représenter.

C'est ainsi que seront étudiés les concepts de *bien,* de *patrimoine,* de *possession* et de *propriété*[26]. A l'inverse, on écartera d'autres concepts tels que l'usufruit, la servitude, la mitoyenneté ou l'indivision[27].

On présentera sommairement ici les quatre concepts retenus.

8. Le concept de bien. Le concept de bien a donné son nom à l'une des disciplines majeures du droit civil. Pourtant, il n'est pas défini par le Code civil. C'est donc à la

[25] La finalité que l'on développera pour cette étude est directement tirée de cette approche comparatiste puisqu'il s'agit de mesurer la part d'autonomie que prend le droit pénal par rapport au droit civil des biens, donc de l'importance des différences et ressemblances entre les deux matières. Voir *infra* n°18 et s.

[26] Ces quatre concepts occupent incontestablement une place majeure dans la discipline qu'est le droit des biens. Est-il d'abord nécessaire d'expliquer l'importance du concept de bien dans une matière qui en porte le nom ? Les biens ont vocation à prendre place dans le patrimoine. De tous les droits qui peuvent porter sur ces biens, le plus complet, le plus classique et le plus emblématique est le droit de propriété, droit dont le volet factuel est la possession.

[27] Cela ne signifie pas que le droit pénal y est indifférent, au contraire. Ainsi, commet un vol l'indivisaire qui soustrait frauduleusement la chose indivise : Crim. 27 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1975.2.607

doctrine qu'est revenu ce travail de définition du concept de bien[28]. Pour ce faire, les auteurs ont essentiellement eu égard au lien qui unit ce concept à la propriété. En effet, l'intitulé du Livre II du Code civil associe les deux termes : *« Des biens et des différentes modifications de la propriété »*. C'est ainsi que l'on qualifie généralement de bien la *« chose susceptible d'appropriation »*[29] par opposition aux choses qui ne peuvent appartenir à personne, insusceptibles d'appropriation et donc interdites à la qualification de bien (par exemple : le soleil, l'air et la mer). Cette approche traditionnelle faisant porter le bien sur une chose matérielle est aujourd'hui complétée par une approche plus moderne : le bien peut reposer sur une valeur dématérialisée dès lors que celle-ci est réservée[30] (un brevet d'invention, une clientèle civile par exemple).

Les classifications des biens sont nombreuses. La plus classique est celle posée par le Code civil lui-même qui distingue entre les meubles et les immeubles[31]. Les premiers peuvent être déplacés contrairement aux seconds même s'il existe des exceptions à cette règle[32]. Plus précisément, le Code civil dresse aux articles 517 et s. la liste des immeubles ; dès lors, tous les autres biens sont des meubles, y compris les biens incorporels[33]. La doctrine propose également des classifications secondaires parmi lesquelles la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels est sans doute la plus importante[34].

Ainsi très sommairement défini et expliqué, le concept de bien apparaît comme une notion centrale du droit civil des biens et même plus largement comme une des *« grandes notions du droit privé »*[35].

9. Le concept de patrimoine. Le concept de patrimoine dépasse le droit des biens : il concerne aussi le droit des obligations. Dès lors, on peut s'interroger sur la pertinence

---

[28] Un ouvrage entier y est consacré : Berlioz P., *La notion de bien*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 489, 2007

[29] La formule est fameuse et partagée, on la retrouve chez de nombreux auteurs. Entre autres : Desgorces R., *Les biens*, Hachette supérieur, 3e éd., 2013, p. 9 ; Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013, n°8. Voir également en ce sens : Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., 2e éd., 2013, p. 212 et s.

[30] Sur cette notion de *réservation*, voir Rochfeld J., *op. cit.*, p. 228 et s.

[31] L'article 516 dispose en effet que : *« Tous les biens sont meubles ou immeubles. »*

[32] Si certaines conditions sont remplies, sont qualifiés d'immeubles par destination des biens mobiles affectés à un immeuble et de meubles par anticipation des biens immobiles amenés à devenir mobiles. Voir sur ce point : Desgorces R., *op. cit.*, p. 14 et s. ; Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.*, n°133 et s. ; Terré F., Simler Ph., *Les biens*, Dalloz, 8e éd., 2010, n°34 et s. et n°41

[33] Sur ce point, voir Périnet-Marquet H., « Evolution de la distinction des meubles et des immeubles depuis le Code civil », *in. Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 653

[34] Voir Desgorces R., *op. cit.*, p. 10 et s. ; Terré F., Simler Ph., *op. cit.*, n°43 et s.

[35] Rochfeld J., *op. cit.*, p. 209 et s.

de l'intégrer à une étude qui se limite aux concepts du droit civil des biens. On fera toutefois le choix de l'y accueillir car force est de constater que l'essentiel des ouvrages de droit des biens traite en détail de ce concept souvent dès l'orée de leurs développements[36]. De surcroît, le patrimoine apparaît comme le réceptacle des biens.

Le concept de patrimoine apparaît avant tout comme une théorie. Celle-ci a été essentiellement élaborée au XIXe siècle par Aubry et Rau[37]. Cette théorie est composée de deux aspects dont un seul est véritablement conceptuel.

Dans son aspect conceptuel, la théorie classique pose que le patrimoine est une universalité, c'est-à-dire un ensemble distinct de son contenu. Plus précisément, le patrimoine est une universalité de droit en ce sens qu'il est composé à la fois d'un actif et d'un passif, le premier répondant du second. Cette correspondance *« comptable »*[38] entre l'actif et le passif est fondée sur le droit de gage général de l'article 2284 du Code civil. Prolongée par la doctrine contemporaine[39], la théorie du patrimoine pose aujourd'hui que celui-ci est composé d'un actif comprenant lui-même des droits réels (droit sur une chose) et des droits personnels (droits d'obtenir une prestation de la part d'une personne)[40] et d'un passif. Les droits de la personnalité qui sont attachés à la personne humaine en sont en revanche exclus[41].

Le second aspect de la théorie classique du patrimoine tend à souligner le vigoureux lien qui existe entre celui-ci et la personne[42]. De cela, il résulte trois règles classiques : toute personne a un patrimoine, toute personne n'a qu'un patrimoine et tout patrimoine appartient à une personne. Pourtant, et malgré l'autorité de la théorie d'Aubry et Rau, les exceptions à ces trois principes sont aujourd'hui nombreuses[43] : seul le premier (toute

---

[36] Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2e éd., 2010, n°2 et s. ; Desgorces R., *op. cit.*, p. 20 et s. ; Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.*, n°11 et s. ; Terré F., Simler Ph., *op. cit.*, n°17 et s.

[37] *Cours de droit civil français*, tome IX, §575 à 583 : voir la 5e édition (1917), la 6e l'ayant abandonnée.

[38] Sériaux A., « La notion juridique de patrimoine. Brèves notions civilistes sur le verbe avoir », *R.T.D. civ.* 1994, p. 802 : *« Mais, soucieux de donner une définition de la notion de patrimoine, ils* (les juristes français) *furent immédiatement séduits par le parallélisme pédagogique et sobre que leur offrait la science économique, plus spécialement la comptabilité : un actif correspondant à un passif et vice versa »*.

[39] Desgorces R., *op. cit.*, p. 27 et s. ; Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.*, n°350 et s. On retrouve aussi cette conception dans le projet de réforme du droit des biens : voir Périnet-Marquet H., (dir.) *Projet de réforme du droit des biens, Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. Carré droit, 2009.

[40] Pour un exposé complet et critique de la distinction entre droits réels et droits personnels, voir Malaurie Ph., Aynès L., *Loc. cit.*

[41] Malaurie Ph., Aynès L., *Ibid.*, n°28 et s. : *« il y a des droits présentant un caractère très personnel, dépourvus de caractère pécuniaire : ils sont en dehors du patrimoine. »*

[42] Aubry C., Rau C.-F., *op. cit.*, §573 n°17 : le patrimoine est *« dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme »*.

[43] L'unicité du patrimoine est mise en défaut par le développement de techniques comme la déclaration d'insaisissabilité, la fiducie ou l'EIRL : sur cette vaste question, voir Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.*, n°20 et s. Le principe du rattachement

personne a un patrimoine) est intact et c'est d'ailleurs le droit pénal qui, à une époque maintenant révolue, semblait le menacer par l'existence de la peine de mort civile[44].

Ainsi résumée, la théorie du patrimoine demeure sans doute, malgré ses limites, une théorie fondamentale du droit civil tout entier et du droit des biens en particulier.

10. Le concept de possession. Les fonctions de la possession en droit civil des biens sont nombreuses. Entre autres et à certaines conditions, elle permet l'exercice des actions possessoires, constitue un mode d'acquisition de la propriété, fait présumer cette dernière, permet l'acquisition des fruits : ce sont là ses aspects fonctionnels, son rôle en droit civil des biens. Qu'en-est-il du concept en lui-même ? Autrement dit, quels sont les éléments constitutifs de la possession ?

L'étude de cette question révèle immédiatement que le concept de possession est au cœur d'une célèbre controverse entre deux auteurs allemands, Savigny et Jhering.

La base même du concept échappe toutefois à la controverse. La possession est l'exercice de fait des prérogatives d'un droit, que l'on soit effectivement titulaire ou non de ce droit. La possession donne *« l'apparence »*[45] du droit, apparence qui peut être en accord avec la réalité (par exemple, celui qui possède est effectivement le propriétaire) ou trompeuse (celui qui possède n'est pas le propriétaire, par exemple, le voleur).

En réalité, c'est sur les éléments constitutifs de cette apparence que les deux auteurs divergent. Si pour l'un comme pour l'autre, la possession est constituée par un corpus (qui consiste à accomplir sur une chose des actes matériels comparables à ceux exercés par le titulaire du droit) et un animus, les deux auteurs ne s'entendent ni sur le rapport entre ces deux éléments, ni sur le contenu du second.

Dans sa théorie qualifiée de subjective, Savigny[46] estime que la possession consiste en l'addition du corpus et de l'animus. Ce dernier correspond à un *animus domini,* c'est-à-dire en la volonté de se comporter en propriétaire et de prétendre à la propriété : il n'y a donc de possesseurs que ceux qui, en plus de la maîtrise matérielle (le corpus) prétendent à la propriété.

Pour Jhering[47] au contraire, l'animus ne saurait s'additionner au corpus afin de former

---

nécessaire du patrimoine à une personne juridique est également altéré par le développement des patrimoines d'affectation : voir Malaurie Ph., Aynès L., *Ibid.*, n°27

[44] On lira sur la mort civile Carbasse J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., 2e éd., 2006, n°156

[45] Desgorces R., *op. cit.*, p. 32

[46] Savigny F. Ch., *Traité de la possession en droit romain*, traduit de l'allemand par H. Stoedtler, 7e éd., Bruxelles, 1866

[47] Jhering R., *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain,* traduit de l'allemand par O. de Meulenaere, tome III, *Du rôle de la volonté dans la possession,* Paris, éd. Chevalier Marescq, 1891, p. 262

la possession par cette simple raison que l'animus est imbriqué dans le corpus. L'existence du corpus révèle celle de l'animus. Sa théorie est donc qualifiée d'objective. Surtout, Jhering ne reconnaît pas l'existence de *l'animus domini* de Savigny : à son sens, et c'est ce qui lui vaudra la critique de Saleilles, l'animus possessoire n'est pas différent de l'animus de la simple détention, *l'animus detinendi.* La thèse de Jhering emporte donc *« cette conséquence qu'il n'y a pas de différence théorique, de différence de principe, entre possession et détention »*[48].

Entre les deux thèses, le droit civil français a tranché, donnant raison à Savigny contre Jhering[49]. La partie, on le verra, n'est toutefois pas tout à fait perdue pour Jhering[50].

11. Le concept de propriété. L'importance du concept de propriété *« est telle que les rédacteurs du Code civil en ont presque fait le centre du Code »*[51], encore que ce concept peut s'observer sous deux angles différents : le titre et le droit.

La propriété est un titre (le terme est ici employé dans le sens de *titularité,* comme une qualité, celle de propriétaire, et non dans le sens d'écrit servant à prouver la propriété[52]). Ce titre est un label indiquant qu'une personne possède une certaine qualité, une dignité, celle de propriétaire. Cette personne est alors le titulaire et peut exercer le droit attaché au titre. Le Livre III du Code civil organise les différentes manières dont on acquiert cette titularité.

La propriété est un droit. Il s'agit même du *« droit réel par excellence »*[53]. Classiquement, on le définit par l'association de ses trois qualités et de ses trois composantes. Le droit de propriété est d'abord un droit absolu, exclusif et perpétuel[54]. Il est ensuite composé par l'usus (le droit d'user de la chose), le fructus (le droit de percevoir les revenus de la chose et de les utiliser librement) et l'abusus (le droit de disposer matériellement ou juridiquement de la chose). Ensemble, ces trois prérogatives font la

---

[48] Saleilles R., « Etude sur les éléments constitutifs de la possession », *in. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* 1894, p. 201, n°79

[49] La majorité des auteurs estime effectivement que le droit civil français connaît d'une conception subjective de la possession. En ce sens, entre autres : Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J, 2e éd., 2010, n°126 ; Cornu G., *Droit civil, Les biens*, Montchrestien, 13e éd., 2007, n°43 ; Desgorces R., *op. cit.*, p. 33 ; Terré F., Simler Ph., *op. cit.*, n°156 et s. Pour une position plus nuancée, voir Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.*, n°484 et s. En outre, la conception subjective est celle retenue par le projet de réforme du droit des biens : voir Périnet-Marquet H., (dir.) *op. cit.* art.543

[50] Ce sera le cœur de notre démonstration : le droit pénal, à l'inverse du droit civil, donne davantage raison à Jhering. Voir *infra* n°120 et s.

[51] Terré F., Simler Ph., *op. cit.*, n°75

[52] Sur le sens précis que l'on donne au terme de *titre*, voir *infra* n°145

[53] Terré F., Simler Ph., *op. cit.*, n°120

[54] On détaillera ses qualités dans le cœur de notre démonstration : voir *infra* n°165

pleine propriété[55].

Nul doute que la propriété, en plus d'être au cœur du droit civil, est, bien au-delà, l'une des institutions humaines les plus essentielles et les plus primitives[56].

12. S'il s'agit d'étudier ces quatre concepts depuis le droit pénal, encore faut-il préciser quels sont les différents points de regard que l'on ouvrira pour mener cette étude. Autrement dit, un travail de sélection doit également s'opérer sur les infractions qui permettront de jeter la lumière du droit pénal sur ces concepts. On ne saurait en effet prétendre examiner ces derniers à partir de toutes les infractions contre les biens : ce serait mettre en péril la cohérence et la simplicité nécessaires à l'élaboration d'un concept.

13. En effet, le droit pénal des biens est vaste, dense, et parfois éminemment technique. Il est constitué par des réseaux d'incriminations particulièrement nombreuses et même dispersées dans plusieurs codes[57]. Pourtant, il n'est sans doute pas exagéré de dire que toute la complexité de cet immense ensemble est largement masquée par la prédominance de trois incriminations essentielles : le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance, trois arbres qui à eux-seuls masquent la gigantesque forêt du droit pénal des biens. Ces trois incriminations en sont la base et l'essentiel : les autres incriminations (extorsion, filouterie, détournement de gage, abus de biens sociaux, publicité mensongère, etc.) ne sont peut-être pas plus que des outils d'appoint pour saisir les petits espaces laissés libres par ces trois incriminations[58].

Si on écartera d'une manière générale toutes ces *« autres »*[59] infractions contre les biens, on ne s'interdira pas toutefois d'y faire une référence résiduelle lorsque leur étude montrera un intérêt aigu[60].

14. Le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance ont une origine commune puisque jusqu'à la codification napoléonienne de 1810, ces trois incriminations étaient fondues

---

[55] L'étude de ces trois composantes du droit de propriété est classique. On lira à ce propos : Desgorces R., *op. cit.*, p. 49 ; Terré F., Simler Ph., *op. cit.*, n°120

[56] On trouvera des développements sur les origines de la propriété et sa légitimation chez Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.* n°401 et s. On lira aussi avec profit l'ouvrage de Patault A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989

[57] Le Code pénal bien sûr, mais aussi le Code de commerce (par exemple : l'abus de biens sociaux aux articles L.241-3 4° et L.242-6 3°), le Code de la consommation (par exemple : les pratiques commerciales déloyales aux articles L. 121-1 et s. et L. 122-11), etc.

[58] Ainsi, Madame Rassat considère que les *« autres »* incriminations sont « *complémentaires »* et existent *« pour combler des lacunes »*. Voir Rassat M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6e éd., 2011, n°97. En ce sens également, voir Pradel J., Danti-Juan M., *Droit pénal spécial*, Cujas, 5e éd., 2010, n°825

[59] Rassat M.-L., *Loc. cit.*

[60] Ainsi, on fera référence à l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité à propos du passif patrimonial. Voir *infra* n°79

dans un même délit, le *furtum*[61]. Aujourd'hui et malgré cette identité partagée[62] elles se révèlent très différentes les unes des autres. Le vol appartient à la catégorie criminologique des infractions violentes et consiste en la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui (art. 311-1 du Code pénal). L'escroquerie et l'abus de confiance sont en revanche des infractions astucieuses. La première consiste à provoquer la remise de son bien par un propriétaire en trompant celui-ci par l'usage d'un faux nom, d'une fausse qualité, de l'abus d'une qualité vraie ou de manœuvres frauduleuses (art. 313-1 du Code pénal). Le second consiste dans le détournement d'un bien préalablement et volontairement confié par son propriétaire à titre précaire (art. 314-1 du Code pénal).

Dans un souci de clarté et de concision, on les désignera parfois par le vocable *d'appropriations frauduleuses* afin de les rassembler toutes les trois sous les mêmes termes. Dans la même logique, on nommera l'auteur de ces infractions *l'usurpateur* lorsqu'on ne voudra pas faire de distinction entre le voleur, l'escroc ou l'auteur d'un abus de confiance.

15. A ces trois incriminations majeures, on ajoutera dans le cadre de notre étude, les différentes atteintes matérielles de destructions, dégradations, détériorations prévues aux articles 322-1 et s. du Code pénal. En effet, ces dernières se distinguent très nettement du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance par leur physionomie originale[63] tout en représentant une part non négligeable du contentieux pénal[64].

L'incrimination de recel aurait également pu prétendre à avoir sa place dans l'étude qui va suivre. On l'a toutefois écartée afin de ne pas multiplier les regards et courir le risque de perdre la cohérence conceptuelle souhaitée.

16. Ainsi présentées, ces incriminations sont autant[65] de points de vue à partir desquels on peut observer, depuis le droit pénal, les concepts développés par une autre

---

[61] On lira sur le *furtum* : Carbasse J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., 2e éd., 2006, n°29

[62] Deux conséquences de cette parenté peuvent être relevées : leur assimilation du point de vue de la récidive (art. 132-16 du Code pénal) et leur applicabilité à l'immunité familiale (art. 311-12, 313-3 al. 2 et 314-4 du Code pénal)

[63] Contrairement au vol, à l'escroquerie, à l'abus de confiance mais aussi à l'extorsion, aux filouteries, etc. qui sont des atteintes dites juridiques, les atteintes matérielles ne portent pas sur le droit de propriété mais directement sur la chose objet de ce droit. Pour une critique des libellés « atteintes juridiques » et « atteintes matérielles », on lira Dreyer E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2e éd., 2012, n°807

[64] En 2012, 14 877 condamnations ont été prononcées pour les atteintes matérielles aux biens de nature délictuelle (ce chiffre ne prend donc pas en compte les atteintes matérielles de nature contraventionnelle), c'est-à-dire quasiment le même nombre de condamnation que pour l'escroquerie et l'abus de confiance réunis (15 956) ! Voir : http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/les-condamnations-27130.html

[65] Toutefois, l'analyse par le biais de chacune des incriminations retenues ne sera pas systématique : on pourra parfois se cantonner au seul regard du vol. Par exemple, voir *infra* n°120 et s.

branche du droit, le droit civil des biens. On pourra alors comparer ces concepts tels qu'ils apparaissent en droit civil avec ce qu'ils deviennent une fois l'éclairage du droit pénal jeté sur eux.

L'entreprise est vaste mais elle n'est pas faite en vain : elle poursuit une importante finalité.

§3 - Finalité de l'étude : contribution au débat sur l'autonomie du droit pénal

17. Parce qu'il est transpercé par la fondamentale distinction -ou plus précisément par la hiérarchie- entre les personnes et les choses, le droit des biens revêt une importance juridique mais aussi symbolique majeure[66]. La matière est l'occasion d'un débat de société avec une indéniable connotation morale : où tracer la frontière entre la personne et les choses ? La question qui dépasse le juriste a manifesté toute sa force hier à propos du statut de l'esclave dans le Code Noir[67] et aujourd'hui, notamment, dans le débat sur le statut juridique de l'animal[68].

Lui apporter l'éclairage du droit pénal, c'est contribuer à cette puissante réflexion[69].

18. C'est toutefois à une autre réflexion, non pas moins puissante que cette étude prétend essentiellement contribuer : celle de l'autonomie du droit pénal[70].

---

[66] Un certain nombre d'ouvrages de droit des biens commence par rappeler cette distinction. Par exemple : Desgorces R., *Les biens*, Hachette supérieur, 3e éd., 2013, p. 9 ; Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013, p. 1 : *« De toutes les distinctions juridiques, la plus importante oppose les personnes et les biens. Plus qu'une distinction, elle est une hiérarchie : la personne est la plus grande des richesses car elle a une valeur infinie. Les richesses du monde sont données à l'homme pour qu'il en soit le maître ; parfois, elles en deviennent la maîtresse. »*

[67] En effet, l'esclave y avait un statut ambigu : s'il ne faisait pas de doute qu'il était un bien objet de propriété, il pouvait toutefois se marier et devait être baptisé. Cela pose la question de savoir où commence la personne humaine. On lira beaucoup plus généralement sur cette question l'ouvrage de référence : Terré F., *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, 1987

[68] Faut-il faire sortir l'animal de la catégorie des biens ? On consultera sur cette question la proposition de loi n°1903 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 avril 2014, *« visant à établir la cohérence des textes en accordant un statut juridique particulier à l'animal »*. Mais agir ainsi, ne serait-ce pas brouiller la distinction entre l'animal et les personnes ? Sur cette question en général, on lira avec profit Marguénaud J.-P., « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998. chron. 205 ; On y consacrera pour notre part des développements de droit pénal : voir *infra* n°62 et s.

[69] Plusieurs de nos développements porteront sur cette question : voir *infra* n°62 et s. et principalement n°92 et s.

[70] Sur la question, on s'enrichira par la lecture de Thellier de Poncheville B., *La condition préalable de l'infraction*, P.U.A.M., 2010, n°115 et s.

19. C'est là un débat ancien. Fondamentalement, il consiste à s'interroger sur la place que le droit pénal occupe dans l'ordre juridique[71].

Au XIXe siècle, la doctrine majoritaire soutenait l'idée d'un droit pénal sanctionnateur et auxiliaire des autres branches du droit. Il n'était réputé n'apporter que la vigueur de sa sanction à des règles extra-pénales : il en était le serviteur. Dès lors qu'on adopte cette approche, le droit pénal doit rester entièrement fidèle à la perception conceptuelle d'une notion empruntée à une autre discipline. On cite souvent Portalis comme l'un des fondateurs de cette théorie : reprenant Rousseau, l'éminent codificateur expliquait dans une formule demeurée célèbre que *« les lois pénales sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »*[72]. Des auteurs fameux comme MM. Merle et Vitu s'alliaient également à cette théorie[73]. Quant à M. Bredin, sans prendre part au débat, il estimait que le droit civil peut être regardé comme *« la source »* du droit pénal[74].

Le XXe siècle a vu se développer une doctrine radicalement contraire : la thèse de l'autonomie du droit pénal. Initiée par Stefani[75], elle postule que le droit pénal constitue un système à part entière plutôt qu'un appendice des autres branches du droit. Déterminateur et surtout autonome dans les concepts qu'il adopte, le droit pénal peut ainsi poser des solutions, notamment conceptuelles, qui contredisent celles des autres branches du droit[76]. On peut même penser que cette théorie, sur son versant le plus raide, postule davantage l'indépendance du droit pénal que son autonomie, sinon même son abstraction par rapport aux autres branches du droit.

20. Entre les deux doctrines, le débat est vif mais les positions parfois nuancées[77]. A notre sens, l'un des meilleurs moyens permettant de résoudre la controverse est tout simplement de confronter directement le droit pénal aux autres branches du droit pour mesurer concrètement ce qu'il en est de la réalité de son autonomie. N'est-ce pas là plus

---

[71] Pour une présentation originale de l'ordre juridique, critique de la présentation classique de celui-ci en arbre : Grua F., « Les divisions du droit », *R.T.D. civ.* 1993, p. 59

[72] Rousseau J.-J., *Le contrat social*, 1762, Livre II, Chapitre XII

[73] Merle R., Vitu A., *Droit pénal général*, Cujas, 7e éd, 1997, n°150 : l'autonomie est *« contraire au bon sens et par conséquent dangereuse »*.

[74] Bredin J.-D., Préface de la thèse de Corlay P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, L.G.D.J., tome 157, 1978

[75] Voir entre autres : Stefani G., *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Librairie Dalloz, 1956

[76] On trouvera plusieurs cas où *« le juge pénal adopte des solutions qui contredisent ou méconnaissent les règles du droit public ou du droit privé »* dans les travaux de Thellier de Poncheville B., *op. cit.*, n°105 et s.

[77] Ainsi, M. Vouin est un contre-autonomiste qui considère que l'autonomie est parfois justifiée et M. Goutal un autonomiste qui concède qu'elle est parfois injustifiée. Voir Vouin R., « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.* 1947, chron. 81 à 84 ; Goutal J.-L., « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *R.S.C.* 1980, p. 911

pertinent que d'examiner la question uniquement sous un angle général et abstrait ? Confronter le droit pénal aux autres branches du droit pour en examiner les différences et ressemblances, c'est mettre sa prétendue autonomie à l'épreuve et la meilleure façon, on peut le penser, de la mesurer.

21. L'étude que nous proposons s'inscrit avec d'autres dans cette vaste entreprise. Les confrontations à réaliser sont aussi nombreuses qu'il est de branches du droit en dehors du droit pénal. La nôtre portera sur le droit civil des biens : c'est dans cette simple mesure qu'elle entend apporter des éléments de réponse au vaste débat sur l'autonomie du droit pénal. Peut-être découvrira-t-on que les concepts du droit civil des biens sont profondément modifiés par le droit pénal et alors ce travail sera un outil porté au crédit de la thèse autonomiste. A l'inverse, si on constate que le droit pénal est fidèle au droit civil des biens dans l'appréhension de ses concepts, alors notre étude viendra en renfort de la thèse adverse.

22. Problématique. On pressent la problématique, elle ne peut être que la suivante : *Qu'est-ce que l'étude des concepts du droit civil des biens à l'épreuve du droit pénal nous apprend des relations entre ces deux branches du droit et plus largement de l'autonomie prétendue du droit pénal ?*

23. Annonce du plan. En menant une comparaison conceptuelle entre droit civil des biens et droit pénal, on assiste à deux mouvements contraires : un flux du droit pénal vers le droit civil et un reflux du droit pénal vers lui-même, selon que l'on porte notre regard sur les biens et le patrimoine d'une part ou sur la possession et la propriété d'autre part.

Effectivement, le droit pénal est le théâtre d'un processus de mutation des concepts de bien et de patrimoine, s'inscrivant par là-même dans le sillage du droit civil qui l'a devancé en la matière (Première partie). En revanche, c'est à rebours du droit civil que le droit pénal objectivise les concepts de possession et de propriété (Seconde partie).

Première partie : Dans le sillage du droit civil, la mutation des concepts de bien et de patrimoine par le droit pénal

24. Lorsqu'il appréhende les concepts de bien et de patrimoine, le droit pénal ne semble pas accréditer la thèse qui postule son autonomie. Au contraire, on constatera qu'il est relativement fidèle au droit civil.

Ainsi, le phénomène de métamorphose du concept de bien qu'a connu le droit civil au siècle dernier, parcourt désormais le droit pénal des biens (Chapitre 1). De même, le droit pénal est entré dans un processus de relativisation de la théorie du patrimoine sur des aspects où le droit civil lui-même avait déjà écorné la théorie initiale (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LA METAMORPHOSE DU CONCEPT DE BIEN

25. Nombreuses sont les langues où le mot *bien* revêt un double sens[78]. Il y désigne à la fois, dans un sens moral ce qui s'oppose au Mal et, dans un sens juridique les choses et richesses susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété.

L'homonymie révèle-t-elle quelque chose de notre civilisation ? Une civilisation où le Bien signifie précisément en posséder : *beati possidentes*[79] *!* Mais n'est-ce pas pourtant une caractéristique tenant au Mal que de s'enorgueillir de ses richesses[80] ?

26. Pour fondamentales qu'elles soient, ce n'est pas à la technique juridique qu'il appartient de répondre à ces questions. Le devoir du juriste est plutôt de définir ce que le droit entend par la notion de bien.

Une étude de cette notion permet précisément de constater que deux critères ou ordres de logique sont en concurrence pour gouverner cette interrogation : un critère physique

[78] En français bien entendu mais aussi en latin : bona ; allemand : güter ; anglais : good ; espagnol : bien ; italien : beni

[79] *Bienheureux les riches !*

[80] *« A l'un d'eux Nous avons donné deux jardins plantés de vignes que Nous avons entourés de palmiers et séparés par des champs ensemencés (…) Il récolta donc ses fruits et dit, au cours d'une conversation à son compagnon : « Je suis plus riche que toi et plus puissant aussi grâce à mon clan. » Il entra dans son jardin et se fit tort à lui-même en disant « Je ne pense pas que ce jardin puisse jamais dépérir (…) » (…) Or sa récolte fut détruite et il ne lui restait plus qu'à se tordre les mains de regret, en pensant à toutes les dépenses qu'il avait effectuées et en se lamentant sur ses treilles complètement ravagées (…) ».* Coran, chapitre 18, versets 32 à 42.

et un critère économique. Le concept de bien apparaît alors comme une tension permanente entre ces deux paradigmes définitoires contraires. Tension qui prend corps dans la problématique suivante : la notion de bien doit-elle s'entendre d'après des données physiques ou eu égard à des considérations économiques ?

27. Dans le sillage du droit civil, le droit pénal est le théâtre d'une incontestable transition d'un paradigme physique vers un paradigme économique (§1) mais le premier organise toutefois une solide résistance (§2).

§1 - Du paradigme physique au paradigme économique

28. Des deux logiques qui gouvernent la définition de la notion de bien, le droit civil accorde aujourd'hui la préférence au critère économique (A) suivi en cela par le droit pénal (B).

A) Le changement de paradigme en droit civil

29. Afin de persuader Panurge qu'il est parfois bon de prendre conseil auprès des fous, l'horrifique Pantagruel lui raconte comment Joan le fou rendit un jour justice entre un rôtisseur et un portefaix. Ce faisant, il pose une problématique de droit des biens fort contemporaine :

« À Paris, à la rôtisserie du Petit Châtelet, à la devanture de la boutique d'un rôtisseur, un portefaix mangeait son pain à la fumée du rôt et le trouvait, ainsi parfumé, grandement savoureux. Le rôtisseur le laissait faire. Enfin, quand tout le pain fut avalé, le rôtisseur saisit le portefaix au collet, et voulait qu'il lui payât la fumée de son rôt. Le portefaix disait n'avoir en rien endommagé ses victuailles, n'avoir rien pris qui lui appartienne, ne lui être en rien débiteur. La fumée dont il était question s'échappait au dehors, et que d'une façon ou d'une autre elle se perdait. On n'avait jamais entendu dire que, dans Paris, on eût vendu de la fumée de rôt dans la rue. (...) »[81].

30. La fumée qui s'échappe du rôtissoire est-elle un bien ? Selon le portefaix, il n'en est point question : comment une chose volatile et à la consistance physique si particulière pourrait-elle faire l'objet d'un droit de propriété et donc donner droit au

[81] Rabelais F., *Tiers Livre*, 1546, chapitre XXXVII.

rôtisseur d'être payé ? Au sens du rôtisseur en revanche, la consistance physique de cette fumée n'est pas un obstacle à ce qu'il puisse exercer sur elle un droit. Nul doute que le critère qui a pour lui réellement de l'importance est celui de savoir qu'en en demandant paiement, il en retire profit. Entre les deux, Joan le fou tranche avec subtilité :

« Alors Sire Joan, après avoir entendu leur désaccord, demanda au portefaix qu'il lui tirât de son baudrier quelque pièce d'argent. Le portefaix lui mit dans la main un tournois-de-Philippe. Sire Joan le prit (...) Enfin, il le fit sonner sur le comptoir à plusieurs reprises. (...) il dit à haute voix : La Cour vous dit que le portefaix qui a mangé son pain à la fumée du rôt a payé civilement le rôtisseur au son de son argent. »[82]

En l'espèce, il est vrai que l'opinion du rôtisseur qui veut faire payer le prix de la fumée apparait excessive. Pour autant, on ne saurait la considérer comme totalement absurde et pour cause : des deux conceptions que l'on peut se faire de la notion de bien, c'est davantage celle du rôtisseur qui l'emporte aujourd'hui, en droit civil, sur celle du portefaix.

31. Un auteur a pu rendre compte de ce changement de paradigme qui a bouleversé le droit civil des biens tout entier. Dans sa thèse de doctorat[83], M. Berlioz met en évidence cet incontestable passage, au cours du siècle dernier, d'une conception traditionnelle de la notion de bien fondée sur un critère physique à une conception contemporaine de cette même notion, basée sur un critère économique. Entre les deux, la rupture est nette : plus qu'un changement de critère, c'est même un changement de logique[84].

32. En effet, dans la conception traditionnelle *« la notion de bien (...) s'ordonne (...) à partir de celle de choses du monde physique »*[85]. Il n'y a donc de bien que corporel. Le critère de qualification est éminemment physique : ne peut recevoir la qualification de bien que ce qui a les caractéristiques physiques les plus adéquates avec une appropriation, celle-ci étant conçue *« comme une maîtrise physique souveraine des corps »*[86]. Il faut pouvoir être pris, touché, perçu par les sens. La notion de bien incorporel n'est donc rien

---

[82] *Loc. cit.*

[83] Berlioz P., *La notion de bien*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 489, 2007. Voir également en son sens par rapport à cette démonstration : Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., 2e éd., 2013, p. 221 et s.

[84] M. Berlioz ne se contente pas de mettre en lumière ce passage d'une conception à une autre : il en propose aussi une troisième fondée sur le critère de la saisissabilité. Voir *Ibid.*, n°625 et s.

[85] Terré F., *Variations de sociologie juridique sur les biens, in Les biens et les choses*, A.P.D., tome 24, Sirey, 1979, p. 17

[86] Berlioz P., *op. cit.*, n°462

de plus qu'un oxymore[87].

Toutefois, cette approche ne pouvait résolument pas passer avec succès l'épreuve du temps : comment l'aurait-elle pu alors que le XXe et le XXIe siècles ont vu l'émergence de nouvelles richesses incorporelles qui, selon cette première conception seraient inaptes à recevoir la qualification de bien. C'est la raison pour laquelle s'est développée une nouvelle approche de la notion qui permettrait ainsi de faire face aux enjeux de la société moderne en ouvrant la catégorie des biens à ces richesses nouvelles qui sont, selon le mot de certains, *« l'avenir du monde »*[88].

33. Cette conception contemporaine prend radicalement le contrepied de la première en ce qu'elle en modifie le critère même. Désormais, *« le bien est défini par la valeur »*[89] au sens où *« constitueraient (…) des biens toutes les sources de profit estimable en argent dont bénéficie une personne et qui peuvent juridiquement être insérées dans son patrimoine »*[90]. Autrement dit, le nouveau critère qui fonde cette conception est éminemment économique : est un bien ce qui a une valeur économique, peu importe ses caractéristiques physiques. Il n'y a donc plus d'obstacle à considérer qu'une entité immatérielle puisse être qualifiée de bien. Le raisonnement n'est pas seulement modifié, il est renversé.

34. Au rôtisseur et au parfum de ses rôtis, se joignait ainsi la doctrine civiliste à mesure que celle-ci abandonnait le portefaix à sa misère. Le doyen Carbonnier déjà affirmait à propos de la notion de bien, résumant le remplacement du critère physique par le critère économique *« que la finalité utilitaire est essentielle dans tous les cas. Que les choses soient corporelles ou incorporelles d'origine, ce n'est pas une analyse de leur nature intrinsèque qui détermine la loi à les transformer en bien : c'est leur adaptation au besoin de l'homme »*[91]. Dans une formule plus courte, M. Simler assène dès l'orée de son ouvrage que *« le concept juridique de biens n'est pas autre chose que ce que la science économique appelle richesses »*[92]. Un autre auteur affirme plus prosaïquement que *« le droit ne considère pas les choses d'après les données physiques mais à partir de*

---

[87] Pour des développements sur les fondements de ce critère physique, voir *Ibid.* n°135 et s.
[88] Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013, n°201
[89] Berlioz P., *op. cit.*, n°469
[90] *Ibid.*, n°48
[91] Carbonnier J., *Droit civil*, tome 3, P.U.F., 19e éd., 2000, n° 45
[92] Simler Ph., *Les biens*, P.U.G., 3e éd., 2006, n°1

l'utilité économique ou sociale. »[93]. M. Le Tourneau estime également en ce sens qu' *« un bien ne dépend pas de sa matérialité et désigne toute valeur économique, pouvant figurer dans un patrimoine »*[94]. Encore en ce sens, M. Vivant, reprenant Planiol et Ripert[95] affirme *que « la qualité d'objet de droit peut être attribuée à un bien immatériel pourvu que ce bien soit considéré comme tel économiquement et qu'il soit digne de protection juridique »*[96].

La Cour européenne des droits de l'homme est souvent citée au soutien de cette nouvelle approche conceptuelle : elle aussi semble donner davantage raison, du moins sur un plan théorique, au rôtisseur plutôt qu'au portefaix. Elle attache en effet une définition purement économique à la notion de bien telle qu'entendue par l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme[97]. Les arrêts en ce sens sont nombreux : constitue un bien selon la Cour *« toute valeur patrimoniale dès lors qu'elle est cessible à titre onéreux et qu'une personne physique ou morale peut se prévaloir d'un droit exclusif sur elle »*[98], *« une espérance légitime de créance »*[99] ou encore *« tout intérêt économique substantiel »*[100].

35. Ce basculement d'une logique à une autre est parfois plus poussé encore : quelques rares auteurs[101] en viennent à considérer que le bien n'est plus la chose elle-même, mais la valeur de cette chose. *« Le véritable objet du droit* (de propriété) *est la valeur, et non plus la chose qui le porte »*[102]. Cette approche semble toutefois pêcher par un excès d'abstraction sinon de désincarnation du droit.

36. Or, si la conception de la notion de bien s'est métamorphosée en droit civil, passant d'une approche physique à une approche économique, il apparaît tout à fait

---

[93] Bruguière J.-M., *L'exploitation de l'image des biens*, Guide Legipresse, Victoires Editions, 2005, p. 14

[94] Le Tourneau Ph., « Quelques remarques terminologiques autour de la vente », *in. Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 469 et s., spéc. n°4

[95] Planiol M., Ripert G., *Droit civil français*, tome III, *Les biens*, 2e éd., 1955, n°50

[96] Vivant M., « A propos des « biens informationnels » », *J.C.P.* 1984.I.3132

[97] Cet article prévoit en son alinéa 1 que *« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

[98] C.E.D.H. 7 juillet 1989, *Tre Akitebolag c/ Suède*

[99] C.E.D.H. 6 octobre 2005, *Draon et Maurice c. France*

[100] C.E.D.H. 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fordentechnik Gmbh c. Pays-Bas*

[101] Voir notamment, Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2e éd., 2010, n°1 : *« Les biens ne seraient plus les choses elles-mêmes, mais les droits portant sur les choses. »* ; Mercier V., *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, P.U.A.M., 2005, n°276 : *« La valeur économique apparaît comme étant l'essence de la notion de bien. Elle constitue l'objet même du droit de propriété »*

[102] Berlioz P., *op. cit.*, n°621

envisageable que le droit pénal réalise lui aussi une transformation identique.

Cela semble même nécessaire. Effectivement, la notion de bien constitue une donnée essentielle au sein des conditions préalables respectives du vol, de l'escroquerie, de l'abus de confiance et des atteintes matérielles[103]. Or, si la condition préalable d'une infraction obéit pour des raisons évidentes à des règles de droit pénal comme le principe de légalité criminelle, elle doit tirer sa substance, sa définition, de la règle extra-pénale à laquelle elle se rattache, en l'occurrence, les règles du droit civil des biens[104]. C'est la raison pour laquelle il nous apparaît que le droit pénal doit s'inscrire dans le sillage du droit civil relativement à la notion de bien, précisément parce qu'il entend sanctionner un interdit qui relève de cette autre branche du droit.

B) Un changement de paradigme similaire en droit pénal

37. Le paradigme physique et le paradigme économique constituent deux modèles envisageables en droit pénal pour définir ce qui constitue ou non un bien. On s'attachera à les définir tous deux tels qu'ils peuvent s'entendre dans cette matière (1) avant de mettre en évidence le passage du premier vers le second (2).

1° Paradigme physique et paradigme économique en droit pénal : définitions

38. Autrefois, les différents modes d'appropriation frauduleuse étaient conçus dans une dimension exclusivement physique. L'appropriation ne pouvait se penser que comme inscrite dans le réel, consommée par un déplacement de la matière[105].

Or, dès lors que l'on se fait cette idée de l'appropriation, la chose qui en est l'objet doit nécessairement satisfaire à deux conditions : la corporalité et la mobilité. En effet, une chose, pour être physiquement déplacée, ne peut être que corporelle et mobilière. Ce

---

[103] S'y ajoute la condition de la propriété d'autrui (sauf pour certaines atteintes matérielles) ainsi que, pour l'abus de confiance, l'existence d'une remise préalable à titre précaire.

[104] C'est l'avis de Madame Thellier de Poncheville qui estime que *« La situation juridique constitutive de la condition préalable est définie et régie par la discipline juridique à laquelle le droit pénal apporte le soutien de sa sanction »* : Thellier de Poncheville B., *La condition préalable de l'infraction,* P.U.A.M., 2010, n°99 et s.

[105] Ainsi, à Rome la controverse qui opposa les sabiniens aux proculiens se solda par la victoire des premiers selon lesquels, voler, c'est nécessairement déplacer la chose. C'est du moins l'analyse qu'en fait Madame Rassat : voir Rassat M.-L., *Droit pénal spécial,* Dalloz, 6e éd., 2011, n°99. En réalité, la victoire des sabiniens n'est que relative car quelques concessions furent faites aux proculiens, notamment sur l'exigence de mobilité elle-même : ainsi, le *furtum* pouvait consister en une interversion de possession du dépositaire infidèle, ce qui ne suppose pas de déplacement.

critère physique[106] interdisait donc que le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance puissent porter sur un bien incorporel ou un immeuble[107]. M. Ottenhof considérait que ces deux exclusions relevaient bien de *« l'idée initiale »*[108] que l'on se faisait de ces trois incriminations. Sur le caractère incorporel plus précisément, un auteur est allé jusqu'à affirmer avec force qu'il *« n'avait jamais fait de doute, depuis Rome jusqu'aux environs de 1975, que les biens, siège des infractions d'atteinte juridique aux biens, devaient être corporels »*[109]. Du point de vue des appropriations frauduleuses et en application du critère physique, la corporalité et la mobilité sont donc des caractéristiques nécessaires pour être digne de la qualification de bien.

39. En ce qui concerne les atteintes matérielles, le critère physique apparaît sous un jour quelque peu différent. En effet, celui-ci ne postule plus que la corporalité de la chose : on ne peut détruire, du moins dans la conception traditionnelle des atteintes matérielles, ce qui n'a pas de corporalité[110]. En revanche, la mobilité n'est plus une caractéristique nécessaire car il est tout à fait envisageable, dans une dimension physique, de détruire, détériorer ou dégrader un immeuble. Au sens des atteintes matérielles et selon le critère physique, la notion de bien suppose donc la corporalité de la chose.

40. Aujourd'hui, aussi bien le législateur, que la jurisprudence ou la doctrine abandonnent progressivement ce raisonnement pour réfléchir à la notion de bien à partir d'un autre critère qui conduit à un résultat tout à fait différent. Selon ce nouveau critère que l'on dira économique, pris dans sa pureté, une chose pourra faire l'objet, d'une appropriation frauduleuse ou d'une atteinte matérielle dès lors qu'elle aura une valeur économique transférable. Le questionnement ne porte plus sur les caractéristiques physiques de la chose, dès lors, les conditions de corporalité et de mobilité ne constituent plus en théorie des obstacles à la réalisation de ces infractions et à l'accès à la qualité de bien. Le bien pourra être toute valeur économique, même incorporelle ou immobilière.

---

[106] On emprunte l'expression de « critère physique » à M. Ottenhof (observations sous Crim. 10 oct. 2001, *R.S.C.* 2002, 108) et à M. Ollard (« La dématérialisation des infractions contre le patrimoine », *in. Droit pénal et autres branches du Droit*, Cujas, 2012, p. 45)

[107] C'était effectivement les solutions applicables et parfois encore appliquées aujourd'hui (notamment sur l'exclusion des immeubles) pour les incriminations issues du *furtum*. Voir Rassat M.-L., *op. cit.* respectivement n°99 et s., n°136 et n°172

[108] Crim. 23 janvier 1997, *R.S.C.* 1998, 553, obs. Ottenhof

[109] Rassat M.-L., *op. cit.*, n°91

[110] En ce sens, voir : Ollard R., *op. cit.*, p. 46

41. Même s'il serait trop audacieux d'affirmer que le passage vers la seconde de ces deux logiques est pleinement consommé, précisément parce que les exceptions sont encore nombreuses et parfois de taille[111], les symptômes de ce changement de paradigme permettent au moins de conclure que celui-ci semble bel et bien enclenché.

2° Symptômes d'un mouvement vers le paradigme économique

42. C'est sans doute un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 3 août 1912[112] qui fut le premier à porter un coup de boutoir au paradigme physique régnant[113]. La Haute Juridiction se prononçait effectivement sur l'épineuse question du vol d'énergie, en l'occurrence, de l'électricité. Plus précisément, il s'agissait de savoir si l'électricité constituait une chose au sens de l'article 379 du Code pénal. La Cour a répondu par l'affirmative malgré la nature physique toute particulière de l'électricité. Le législateur consacra ensuite cette solution dans le Nouveau Code pénal par une disposition expresse d'ailleurs de formulation maladroite[114].

L'impact de cette solution doit toutefois être limité. Il faut effectivement constater que l'énergie n'est pas tout à fait un bien incorporel, du moins, elle n'est certainement pas virtuelle contrairement à l'information par exemple. L'énergie en effet, se quantifie, peut être matériellement stockée et *« sa réalité tangible n'est pas discutable »*[115]. Ainsi, en considérant possible le vol d'énergie, la Haute Juridiction et le législateur n'auraient en rien ouvert l'incrimination à l'incorporel. Le paradigme physique serait donc intact[116]. Concédons toutefois avec M. Vitu que si elle est corporelle, l'énergie revêt tout de même une *« nature physique particulière »*[117] et qu'elle se distingue nettement des autres biens sur lesquels le vol pouvait traditionnellement porter jusqu'à lors. Il est donc au moins possible d'en conclure que la jurisprudence de 1912, si elle n'a pas ouvert une brèche dans le paradigme physique, l'a quelque peu ébranlé par infléchissement en admettant le

---

[111] Voir *infra* n°44 et n°47 et s.

[112] Crim. 3 août 1912, *D.* 1913.1.439, *S.* 1913.1.37, note Roux

[113] Quoique quelques jugements rendus par des tribunaux retenaient déjà la même solution : Toulouse, 7 juin 1901, *S.* 1902.2.185, note Roux ; Nancy, 13 juillet 1904, *D.* 1905.2.471

[114] Sur le caractère maladroit de cette expression, on lira Rassat M.-L., *op. cit.*, n°100

[115] *Loc. cit.*

[116] Ainsi, Mme Rassat estime que *« l'électricité est à l'évidence une chose au sens du vol ordinaire »* alors que dans le reste de ses développements, elle considère que le vol ne saurait porter sur un bien incorporel. Il est donc clair pour elle que l'électricité n'est pas un bien incorporel et partant, cette décision ne remet pas en cause le principe de la nécessaire corporalité de la chose. Voir *Loc. cit.*

[117] Vitu A., *Droit pénal spécial*, tome II, Cujas, 1re éd., 1981, n°2215

vol d'une chose à la corporalité « limite »[118].

Ce qui est néanmoins le plus intéressant dans l'arrêt du 3 août 1912 mais aussi dans les jugements de plusieurs tribunaux[119], c'est le raisonnement qui a conduit les juges à retenir cette solution. A en croire M. Vitu les juges ont considéré que le caractère de chose appropriable *« ne dépend pas des qualités physiques de la chose »*[120] et que *« l'argumentation a pris corps dans la succession des affirmations suivantes : l'électricité est une richesse ; elle est mesurable par des appareils adéquats ; elle passe de la possession du fabricant à celle du client pour l'affecter à l'usage de son choix. L'électricité est donc bien une chose au sens de l'article 379 »*[121]. C'est donc bien une considération économique, beaucoup plus que physique qui a déterminé les juges à admettre le vol d'électricité : c'est parce qu'ils ont constaté qu'il y avait dans cette énergie, une richesse qu'ils ont estimé, dans le cadre de l'adaptation technique du droit, qu'il convenait de la protéger. En conclusion, si en l'espèce le paradigme physique ne s'opposait pas à l'admission du vol d'électricité (celle-ci étant tout de même corporelle), c'est une logique économique qui a véritablement déterminé les juges à adopter cette audacieuse solution.

43. Chancelant du fait du juge de 1912, le paradigme physique allait être abattu par le législateur de 1992. C'est en effet le Nouveau Code pénal qui a ouvert les incriminations d'escroquerie et d'abus de confiance aux biens incorporels qui leurs étaient jusqu'à lors interdits.

Pour opérer cette dématérialisation, le législateur a modifié les formules relatives aux biens susceptibles de faire l'objet d'une escroquerie ou d'un abus de confiance. L'article 405 à propos de l'escroquerie visait *« des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges »* quand le nouvel article 313-1 vise désormais *« des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, la fourniture d'un service ou le consentement à un acte opérant obligation ou décharge ».* L'article 406 incriminant l'abus de confiance visait quant à lui *« des obligations, quittances ou décharges, pour prêt d'argent ou de choses mobilières, ou d'effets de commerce, ou de tous autres effets obligatoires »* alors que le nouvel article 314-1 vise *« des fonds, des valeurs ou un bien*

[118] D'autant plus que l'on peut penser qu'en 1912, les magistrats n'avaient pas autant conscience qu'aujourd'hui que l'électricité était un bien corporel. A cette époque, cette énergie nouvelle pouvait largement passer pour incorporelle.
[119] Toulouse, 7 juin 1901, *S.* 1902.2.185, note Roux ; Nancy, 13 juillet 1904, *D.* 1905.2.471
[120] Vitu A., *op. cit.*
[121] *Loc. cit.*

quelconque ».

La référence au *bien quelconque* a été interprétée par les auteurs[122] et la jurisprudence comme une ouverture de ces infractions aux biens incorporels. Ainsi –et ce n'est qu'un exemple-, la chambre criminelle a pu admettre dans un arrêt du 16 novembre 2011[123] que l'abus de confiance puisse porter sur des informations relatives à une clientèle[124].

Conscient de ce que ces biens nouveaux au sens du droit civil représentaient une véritable richesse, le législateur a jugé opportun de leur faire bénéficier de la protection offerte par les deux incriminations. Abandonnant la logique physique héritée des romains, le législateur a donc bel et bien mené une analyse économique. La réponse à la question de savoir si un bien est susceptible d'être escroqué ou détourné ne dépend plus de ses caractéristiques physiques –du moins de son incorporalité[125]-. Ce n'est plus là une caractéristique qui permet d'exclure de la catégorie des biens[126].

Des auteurs[127] ont même cru pertinent d'aller jusqu'au bout de cette nouvelle logique économique en considérant que désormais, l'escroquerie et l'abus de confiance ne peuvent porter que sur un bien qui a véritablement une valeur vénale. Ainsi, malgré leur corporalité, une lettre missive ou des fleurs coupées ne sauraient, à suivre ces auteurs, faire l'objet de l'une de ces infractions. Le critère économique permettrait donc d'exclure de la catégorie des biens ce que le critère physique y aurait fait entrer.

44. Le paradigme physique aurait toutefois de beaux jours devant lui s'il parvenait à garder son emprise sur l'incrimination de vol. La doctrine majoritaire estime que c'est effectivement le cas, le vol ne pouvant aujourd'hui, aussi bien à la lecture du texte d'incrimination qu'à l'examen de la jurisprudence porter sur un bien incorporel[128].

Cette affirmation nous semble exacte, mais elle n'a pas la force et l'intangibilité qu'on

---

[122] Entre autres : Rassat M.-L., *op. cit.*, n°137 (escroquerie) et n°172 (abus de confiance) ; Pradel J., Danti-Juan M., *Droit pénal spécial*, Cujas, 5e éd., 2010, n°910 (abus de confiance), Conte Ph., *Droit pénal spécial*, Litec, 4e éd., 2013, n°559 (abus de confiance) et n°577 (escroquerie) ; Dreyer E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2e éd., 2012, n°957 (escroquerie) et n°1195 (abus de confiance).

[123] Crim. 16 novembre 2001, *D.* 2011, 2935, obs. Léna ; *Dr. pénal* 2012, comm. 1, obs. Véron

[124] Voir aussi, pour le détournement d'un projet (Crim. 22 septembre 2004, *D.* 2005, 411, note de Lamy) ou d'une connexion internet (Crim. 19 mars 2004, *Bull. crim.* n°126). Quant à l'escroquerie, la jurisprudence retenait déjà sous l'ancien code qu'elle puisse porter sur des inscriptions scripturales : Crim. 13 octobre 1971, *Bull. crim.* n°261

[125] Pour l'immeuble, voir *infra* n°48 et s.

[126] Sur cette question, on s'enrichira par l'approche critique de Jacopin S., « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », *Dr. pénal* 2001, chron. 16

[127] Il s'agit de Mme Rassat et M. Conte : Rassat M.-L., *op. cit.*, n°93, n°137 et n°172 ; Conte Ph., *op. cit.*, n°559 et n°578

[128] On lira par exemple un arrêt qui confirme la décision de la Cour d'appel qui a refusé de retenir la qualification de vol pour une « soustraction » de communications téléphoniques : Crim. 12 décembre 1990, *Gaz. Pal.* 1992.1.111 ; *D.* 1991, 364, note Mirabail

veut bien lui prêter. Au contraire, on peut penser, comme M. Ottenhof le fit en son temps[129], que cette affirmation est sur le point de céder, du moins, on perçoit les signes de son déclin.

D'abord, l'exclusion des biens incorporels du champ d'application du vol n'a pas la force qu'on lui prête. Effectivement, quand on se souvient de la clarté et de la vigueur des formules avec lesquelles la Cour de cassation martèle le rejet des immeubles du cercle de la protection offerte par les trois incriminations issues du *furtum*[130], il est révélateur de remarquer au contraire, sa tempérance sinon son silence vis-à-vis des biens incorporels. En un mot, si la Cour de cassation souhaitait réellement exclure les biens incorporels, elle le ferait avec autant de clarté et de force qu'elle en use s'agissant des immeubles. La différence de ton révèle bien que sa position n'est pas aussi figée qu'on pourrait le croire s'agissant des biens incorporels.

Ensuite, cette exclusion souffre d'un certain nombre d'entorses. S'agissant de l'information, un arrêt *Logabax* rendu par la chambre criminelle le 8 janvier 1979[131] avait confirmé la condamnation d'un salarié qui s'était emparé un instant de documents qu'il détenait dans le cadre de ses fonctions et les avait photocopiés. Certains y ont vu un vol d'information[132] mais d'autres[133] ont objecté que la question de l'objet du vol ne se posait pas puisque le salarié s'était aussi emparé du support de l'information[134]. Un arrêt *Bourquin* du 12 janvier 1989[135] est toutefois beaucoup plus clair puisque la chambre criminelle y approuvait la condamnation de deux personnes pour *« vol de 70 disquettes et du contenu informationnel de 47 d'entre elles ».* Présenté comme la consécration du vol d'information par certains[136] , cette formule a suscité la méfiance chez d'autres[137] qui

---

[129] *« L'idée initiale selon laquelle la trinité vol - abus de confiance – escroquerie ne peut porter que sur des meubles corporels est déjà suffisamment ébranlée pour que cet ultime pas soit bientôt franchi »*. Voir ses observations sous Crim. 23 janvier 1997, *R.S.C.* 1998, 553

[130] Crim. 27 mars 1995, *Bull. crim.* n°124 : *« Attendu que l'article 405 du Code pénal exclut de ses prévisions la remise d'un immeuble »* ; Crim. 10 oct. 2001, *R.S.C.* 2002, 108, obs. Ottenhof ; *D.* 2002, 1796, obs. de Lamy : *« L'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à l'exclusion des immeubles »*

[131] Crim. 8 janvier 1979, *D.* 1979, 509, note Corlay

[132] Par exemple : Lucas de Layssac M.-P., « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, chron. 43

[133] Par exemple : Pradel J., Danti-Juan M., *Droit pénal spécial*, Cujas, 5e éd., 2010, n°834

[134] Quoique un auteur a tenté de démontrer que dans cette espèce, on ne pouvait considérer comme constitué dans tous ses éléments, faute de soustraction, le vol sur le support. C'était donc bien un vol du contenu informationnel que la Cour de cassation constatait. Voir Lucas de Layssac M.-P., *op. cit.,*

[135] Crim, 12 janvier 1989, *R.S.C.* 1990, 346, obs. Bouzat ; *R.S.C.* 1990, 507, chron. Lucas de Leyssac

[136] Par exemple : Lucas de Layssac M.-P., « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constituent pas des informations », *R.S.C.* 1990, 507

[137] Voir par exemple l'opinion de Madame Rassat : *op. cit.,* n°103

ont avancé la même remarque que pour l'arrêt *Logabax* : là encore effectivement, il y avait eu aussi une soustraction du support en plus de celle du contenu informationnel. Le vol pouvait donc porter sur les disquettes, biens corporels, plutôt que sur l'information comme certains voulaient le croire. On mesure tout de même toute l'ambiguïté de la formule de la Cour de cassation, ambiguïté qui tranche, nous l'avons dit, avec la clarté de ses décisions par lesquels elle rejette le vol portant sur un immeuble.

Un arrêt du 4 mars 2008[138] doit également être examiné. Dans cette espèce, pour la première fois, aucun support n'avait été soustrait, l'agent s'étant accaparé le contenu de fichiers informatiques sans manipulation aucune du support matériel de ces fichiers. La chambre criminelle a pourtant approuvé la condamnation pour vol : c'était donc bien un vol d'information seule qu'elle entendait réprimer.

Cela nous semble permettre de conclure que le prétendu principe selon lequel le vol ne porte que sur des biens corporels est, pour le moins, singulièrement fragilisé. Opinion qui n'est pas isolée d'ailleurs puisque dès les années 90, le Doyen Bouzat écrivait *« qu'il y a longtemps que doctrine et jurisprudence déclarent possible le vol de biens incorporels »*[139]. Plus récemment, M. Detraz a affirmé que *« la dématérialisation de l'objet du vol est un phénomène incontestable dans certaines de ses manifestations »*[140].

On le voit, la puissance du paradigme physique s'agissant du vol ne résiste pas à l'examen.

45. Pour finir, il semble pertinent de citer deux arrêts de la Cour de cassation qui manifestent un intérêt particulièrement aigu s'agissant de ce changement de paradigme. Ils concernent tout deux l'incrimination d'abus de confiance.

Le premier arrêt en date du 14 novembre 2000[141] résume à lui seul le basculement du paradigme physique vers le paradigme économique. La chambre criminelle y approuve la condamnation pour un abus de confiance portant sur un numéro de carte bancaire. La motivation de cette décision est forte intéressante. La Haute juridiction relève d'abord que le numéro de carte bancaire *« constitue une valeur patrimoniale »* avant de rappeler que *« les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel ».* Ainsi, dans la première partie de son

---

[138] Crim. 4 mars 2008, *D.* 2008, 2213, chron. Detraz

[139] On peut toutefois juger la formule excessive : voir ses observations sous Crim, 3 mars 1992, *R.S.C.* 1993, 546

[140] Voir ses observations sous Crim. 4 mars 2008, *D.* 2008, 2213

[141] Crim. 14 novembre 2000, *R.T.D. civ.* 2001, 912, comm. Revet ; *R.S.C.* 2001, 385, obs. Ottenhof

raisonnement, la chambre criminelle met en évidence un critère économique (la *« valeur patrimoniale »*) qui va lui permettre d'attribuer au numéro de carte bancaire la qualité de bien[142]. Dans la seconde partie, elle explique qu'en revanche, le critère physique n'aura aucune influence à jouer sur la question de savoir si le numéro de carte bancaire est un bien.

Le second arrêt est plus récent puisqu'il fut rendu le 19 juin 2013[143]. La chambre criminelle y approuve la condamnation pour un abus de confiance portant sur du temps de travail[144]. Le temps, au sens du droit pénal serait donc un bien : du critère physique, il n'en est plus rien ! Nul doute que c'est une considération économique qui a poussé la Cour de cassation a adopté cette solution, constatant qu'il y avait dans ce temps de travail, pour paraphraser respectivement la Cour européenne des droits de l'homme et M. Vivant, *« un intérêt économique substantiel »*[145] *« digne de protection juridique »*[146].

Le point sur lequel ces deux décisions sont cependant le plus intéressant leur est commun : l'une comme l'autre érigent en bien des entités qui ne sont même pas considérés comme tel par le droit civil lui-même[147]. En effet, ni un numéro de carte bancaire, ni du temps de travail ne constituent des biens, malgré leur utilité économique, au sens du droit civil. A s'inscrire dans le sillage du droit civil, le droit pénal finit donc parfois par le dépasser[148].

46. Renversé par le paradigme économique, le paradigme physique est toutefois solidement retranché dans ce qui semble d'imprenables bastions.

§2 - La résistance du paradigme physique

47. Ce sont encore des considérations d'ordre physique qui déterminent le droit pénal à refuser la qualification de bien à certaines entités relativement à certaines

---

[142] Notons que par exemple, Madame Auger déduit de cet arrêt que *« le droit pénal valorise une conception de plus en plus économique du droit de propriété »* : Auger D., *Le droit de propriété en droit pénal*, P.U.A.M., 2005, n°5

[143] Crim. 19 juin 2013, *Gaz. Pal.* 2013, 2596, note Berlaud

[144] Selon la chambre criminelle, *« l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance »*.

[145] C.E.D.H. 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fordentechnik Gmbh c. Pays-Bas*

[146] Vivant M., « A propos des « biens informationnels », *J.C.P.* 1984.I.3132

[147] En ce sens, du moins pour le premier arrêt : Berlioz P., *La notion de bien*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 489, 2007, n°351

[148] Pour des développements sur ce point, voir *infra* n°86 et s. où l'on démontrera que le droit pénal a une vision en extension des droits réels, assurant sa protection sur des entités qui ne sont pas des biens mais de simples « utilités ».

infractions : l'immobilité en ce qui concerne les appropriations frauduleuses (A), l'incorporalité pour les atteintes matérielles (B).

A) Les appropriations frauduleuses et le barrage de l'immobilité

48. Depuis le Code de 1810 jusqu'à nos jours, la jurisprudence de la chambre criminelle martèle sans fléchir l'exclusion des immeubles de la protection offerte par les trois incriminations issues du *furtum* romain (1). Solution qui n'est pourtant pas à l'abri de puissantes critiques (2).

1° L'exclusion des immeubles de la catégorie des biens

49. L'immeuble est-il le grand oublié du droit pénal des biens, du moins des appropriations frauduleuses ? Sans doute, ce qui est paradoxal quand on sait leur grande valeur et le régime très protecteur que leur réserve le droit civil des biens par rapport aux meubles qui sont des *choses viles* selon l'adage *res mobilis, res vilis*. Faut-il s'autoriser à penser qu'en droit pénal, l'adage pourrait être réécrit ainsi : *res imobilis, res vilis* ? Du moins, un examen de la jurisprudence relativement aux trois incriminations issues du *furtum* pourrait laisser cette impression. Autrement dit, du point de vue de ces incriminations, un bien est nécessairement mobilier.

50. De longue date, la jurisprudence considère que l'immeuble n'est pas une chose au sens où l'entendent les textes successifs incriminant le vol[149]. A l'appui de cette exclusion, on invoque généralement un autre terme de l'incrimination : la soustraction[150]. En effet, celle-ci impliquerait que la chose soit déplacée, soustraire étant *« prendre, enlever, ravir »*[151], ce qui est par définition impossible s'agissant d'un immeuble. C'est donc bien le critère physique qui détermine la jurisprudence.

51. Concernant l'escroquerie et l'abus de confiance, la justification apportée à la jurisprudence[152] qui exclut l'immeuble de la catégorie des biens quelconques est assez

---

[149] Alger, 24 mars 1911, *Dr. pénal* 1913.2.168 : *« En principe, le vol ne peut s'appliquer qu'aux choses mobilières, celles-là seules étant susceptibles d'être transportées d'un lieu dans un autre »*. Voir aussi : Grasse, 5 avril 1948, *Gaz. Pal.* 1948.1.253

[150] En ce sens même si la première présente l'argument sans vraiment se l'approprier : Mascala C., « L'immeuble, un bien saisi par le Code pénal », *in. Mélanges R. Saint-Alary*, P.U.T., 2006, p. 387 n°13 ; Rassat M.-L., *op. cit.*, n°99

[151] Sur cette conception de la soustraction voir *infra* n°112

[152] Crim. 27 mars 1995, *Bull. crim.* n°124 : *« Attendu que l'article 405 du Code pénal exclut de ses prévisions la remise d'un immeuble »* ; Crim. 10 oct. 2001, *R.S.C.* 2002, 108, obs. Ottenhof ; *D.* 2002, 1796, obs. de Lamy *: « L'abus de*

semblable : on invoque, toujours en se fondant sur un critère physique, l'incompatibilité de la remise avec l'immobilité de l'immeuble[153], cette remise supposant, aussi bien pour l'escroquerie que pour l'abus de confiance, un déplacement du bien objet de l'infraction.

La jurisprudence se montre d'ailleurs particulièrement sévère en ce qui concerne l'abus de confiance car elle ne se laisse pas abuser (si l'on peut dire) par des juges du fond qui ont cru pertinent de retenir cette qualification à l'encontre d'une locataire qui détourne les clés, bien meuble, permettant l'accès à l'immeuble[154]. Elle admet en revanche que l'escroquerie puisse porter sur un acte translatif de propriété immobilière[155].

52. Pour preuve que c'est bien un critère physique, celui de l'immobilité qui détermine la jurisprudence, celle-ci juge de longue date que les immeubles par destination et les immeubles par incorporation peuvent faire l'objet d'une appropriation frauduleuse. Ainsi, il est possible de voler les poissons d'un étang, le tapis d'un escalier d'immeuble, du matériel d'exploitation agricole ou industrielle[156] alors que ces biens sont des immeubles au sens du droit civil. On peut y voir avec M. Ollard[157], le réalisme du droit pénal par rapport aux conceptions plus idéelles du droit civil : sur ce point, les deux matières se séparent. C'est en tout cas bien là la démonstration que c'est une donnée physique, l'immobilité, qui détermine la jurisprudence : les immeubles par destination peuvent être volés, escroqués ou détournés car ils satisfont, de fait, à la condition de mobilité.

Cette résistance du critère physique qui exclut l'immeuble de la catégorie des biens peut-être vigoureusement dénoncée.

2° Critique de l'exclusion : l'illogisme de l'exclusion

53. En dehors de l'argument qui consisterait à dire qu'il est paradoxal que le droit pénal refuse sa protection à des entités pourtant investies d'une très grande valeur, on

---

confiance ne peut porter que sur des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à l'exclusion des immeubles » ; Crim. 14 janvier 2009, *J.C.P.* 2009, n°166, note Beaussonie : *« Mais attendu qu'en l'état de ces énonciations, qui n'établissent pas que l'abus de confiance a porté sur des fonds, valeurs ou biens susceptibles de détournement, remis à titre précaire, et alors que ne peut être réprimée l'utilisation abusive d'un bien immobilier ou de droits réels portant sur un immeuble, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision »*

[153] Voir, même s'il ne souscrit pas à cet argument, Ollard R., *La protection pénale du patrimoine*, La nouvelle bibliothèque des thèses, 2010, n°264 et s.

[154] Crim. 10 octobre 2001, *R.S.C.* 2002, 108, obs. Ottenhof ; *D.* 2002, 1796, obs. de Lamy

[155] Crim. 23 janvier 1997, *R.S.C.* 1998, 553, obs. Ottenhof

[156] Sur ce dernier exemple : Crim. 23 octobre 1980, *Gaz. Pal.* 1981.I.140

[157] Ollard R., *op. cit.*, n°260 et s.

peut invoquer trois raisons de mettre fin à l'exclusion des immeubles : un argument d'ordre concret, le texte de la loi et la jurisprudence elle-même.

54. Concrètement d'abord, rien n'interdit de concevoir qu'une escroquerie ou un abus de confiance porte sur un immeuble. Par exemple, il peut y avoir détournement lorsque le bien n'a pas été affecté à l'usage convenu, ce qui peut être conçu aussi bien pour un meuble qu'un immeuble[158] : s'agissant par exemple d'un appartement mis à disposition par un office HLM pour habitation et qui est transformé en permanence politique[159]. De même, on peut concevoir que par l'usage d'un faux nom, d'une fausse qualité, de l'abus de qualité vraie ou de manœuvres frauduleuses, l'auteur détermine une personne à lui céder la propriété d'un immeuble[160].

A propos du vol, il est vrai qu'il est plus difficile de concevoir ce à quoi il pourrait correspondre s'agissant d'un immeuble. Plus précisément, on voit mal quelle distinction il y aurait alors à faire entre ce « vol » d'immeuble et les incriminations de violation de domicile (art. 226-4 du Code pénal), de mise à disposition frauduleuse d'un bien immobilier appartenant à autrui (art. 313-6-1) et d'installation sans droit sur un terrain appartenant à autrui (art. 322-4-1). Du moins, l'incrimination de vol n'aurait qu'un intérêt résiduel dans l'hypothèse congrue où aucune de ces incriminations ne trouverait à s'appliquer[161].

55. Un deuxième argument peut ensuite être tiré du texte de la loi. L'article 311-1 incriminant le vol vise la *« chose d'autrui »* lorsque les articles 313-1 et 314-1 incriminant respectivement l'escroquerie et l'abus de confiance visent, entre autres, un *« bien quelconque »*. Ces formules ont en commun d'être singulièrement larges. Surtout, le législateur ne semble pas avoir entendu faire le départ entre les meubles et les immeubles : ces derniers ne sont-ils pas des *choses* et des *biens quelconques* ? Du moins, force est de constater que la jurisprudence répond par la négative à cette question et il n'est pas sûr qu'il y ait là un bien.

En effet, si le juge répressif doit adopter une interprétation stricte des textes

---

[158] En ce sens, voir Dreyer E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2e éd., 2012, n°1195

[159] Crim. 19 septembre 2007, *Dr. pénal* 2007, comm. 156, obs. Robert. L'arrêt est toutefois ambigu et son principal objet intéresse une question étrangère à notre propos : l'articulation entre abus de biens sociaux et corruption.

[160] En ce sens, voir Dreyer E., *op. cit.*, n°957

[161] En effet, la première incrimination ne concerne que le domicile (donc un lieu destiné à l'habitation), la deuxième ne permet pas de poursuivre celui qui usurpe lui-même la possession d'un immeuble et la troisième se limite à l'installation sans droit sur un terrain. Le vol pourrait donc trouver un intérêt dans l'hypothèse d'une usurpation par l'agent lui-même d'un immeuble autre qu'un terrain et non destiné à l'habitation. En ce sens, voir Ollard R., *op. cit.*, n°268

d'incrimination, son approche ne doit pas pour autant être restrictive. Or, c'est précisément ce qu'elle est lorsque la jurisprudence estime que les termes *chose* et *bien quelconque* n'englobent pas les immeubles. Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pourtant pas lieu de distinguer[162].

Cela est d'autant plus étonnant -et contestable- que lorsqu'il s'agit d'interpréter l'expression de *bien* telle qu'elle apparaît à l'article 322-1 incriminant les atteintes matérielles, la chambre criminelle considère qu'elle renvoie aussi bien aux meubles qu'aux immeubles[163]. Il semble qu'il y ait là une *« énigme »*[164].

56. La contradiction de la jurisprudence avec-elle-même semble plus importante encore.

D'abord, comme M. de Lamy, on peut penser qu'en étendant les qualifications d'escroquerie et d'abus de confiance aux biens incorporels[165], la jurisprudence a fait de l'expression *bien quelconque « une application plus audacieuse que celle consistant à l'étendre aux immeubles »*[166]. Or, qui peut le plus ne peut-il pas le moins ?

Ensuite on peut penser que la jurisprudence est fondamentalement en contradiction avec elle-même. Peu d'auteurs font un lien entre la dématérialisation des infractions contre les biens et le sort réservé à l'immeuble : la plupart pense qu'il y a là deux problèmes différents.

On peut toutefois estimer le contraire[167]. Effectivement, afin d'étendre la protection pénale aux biens incorporels, la jurisprudence a abandonné une logique physique pour concevoir désormais le bien d'un point de vue économique. Si elle allait au bout de cette logique, elle devrait également concevoir l'escroquerie ou l'abus de confiance d'un immeuble. Pourquoi en effet ressuscite-t-elle le critère physique dès lors qu'il s'agit d'un immeuble alors qu'elle l'a abandonné pour les autres biens ?

Plus précisément, pour intégrer les biens incorporels au cercle de la protection pénale,

---

[162] Dans notre sens, entre autres : Dreyer E., *op. cit.*, n°957 et n°1195 ; Mascala C., « L'immeuble, un bien saisi par le Code pénal », *in. Mélanges R. Saint-Alary*, P.U.T., 2006, p. 387 n°16

[163] Voir par exemple Crim. 30 octobre 1984, *Bull. crim.* n°326

[164] C'est l'expression que M. de Lamy utilise à propos de cette contradiction : voir ses observations sous Crim. 10 oct. 2001, Bull. crim. n°205, D 2002, 1796 obs. de Lamy

[165] Voir *supra* n°43

[166] Voir ses observations sous Crim. 10 octobre 2001, *R.S.C.* 2002, 108, obs. Ottenhof ; *D.* 2002, 1796, obs. de Lamy

[167] Dans notre sens, quatre auteurs ébauchent ou exposent l'idée que l'admission des biens incorporels comme « bien » au sens du droit pénal doit entraîner, en toute logique, l'accession de l'immeuble à cette même qualité : voir Mascala C., *op. cit.*, n°17 et 18 ; Dreyer E., *op. cit.*, n°957 et n°1195 ; Ollard R., *op. cit.*, n°271 ; Ottenhof, voir ses observations sous Crim. 10 oct. 2001, *R.S.C.* 2002, 108

la jurisprudence a été obligé d'adopter une conception dématérialisée, *« virtuelle »*[168] de la remise et des agissements sur le bien. Dans cette conception nouvelle, la remise ne suppose plus un déplacement physique du bien : il n'y a donc plus d'obstacle à ce qu'un immeuble fasse l'objet d'une remise et, partant, d'une escroquerie et d'un abus de confiance. Le droit civil lui-même admet d'ailleurs qu'un immeuble puisse faire l'objet d'une telle remise virtuelle[169].

Certes, dans la conception classique, la remise suppose un déplacement, mais cette conception classique a été abandonnée pour permettre l'intégration des biens incorporels à la protection pénale. Refuser de considérer comme possible la remise d'un immeuble faute que celui-ci puisse être déplacé, c'est donc ressusciter ce que la chambre criminelle a elle-même enterré.

M. Ottenhof allait même plus loin en confrontant directement l'arrêt du 14 novembre 2000[170] par lequel la chambre criminelle a admis que l'abus de confiance puisse porter sur un numéro de carte bancaire avec l'arrêt du 10 octobre 2001[171] refusant que la même infraction puisse porter sur un immeuble. A son sens, ces deux décisions peuvent être analysées comme en contradiction l'une avec l'autre : c'est dire que considérer le numéro de carte bancaire comme un bien susceptible de remise et refuser cette même qualité à un immeuble est pour M. Ottenhof une étrangeté[172]. L'idée semble pertinente, elle est aussi celle de M. Ollard qui affirme dans notre sens que *« dans la mesure où les juges répressifs admettent que la remise constitutive des délits portant atteinte juridique aux biens peut être caractérisée en l'absence de déplacement effectif du bien qui en est l'objet, les immeubles pourraient être considérés comme des objets possibles de ces infractions »*[173].

Faut-il alors penser que la contradiction est en réalité assumée par une chambre criminelle voulant simplement *« éviter d'avoir à connaître du contentieux locatif »*[174] ?

---

[168] Ottenhof R., *Loc. cit.*

[169] L'article 1605 du Code civil permet une remise virtuelle de l'immeuble par la remise des clés ou des titres de propriété.

[170] Crim. 14 novembre 2000, *R.T.D. civ.* 2001, 912, comm. Revet ; *R.S.C.* 2001,385, obs. Ottenhof

[171] Crim. 10 octobre 2001, *Bull. crim.* n°205, *R.S.C.* 2002, 108, obs. Ottenhof ; *D.* 2002, 1796, obs. de Lamy

[172] *« Mais dès lors que celle-ci (la remise) peut s'opérer de façon virtuelle, permettant ainsi le transfert d'une valeur patrimoniale, peut-on complètement l'exclure (la remise de l'immeuble) ? »* et *« Si en vertu de ce que l'on appellerait volontiers un critère physique, le détournement ne peut porter sur une chose immobile, en est-il de même (…) de la valeur patrimoniale comparable à celle attachée à un numéro de carte de crédit (…) ? »* Voir ses observations sous Crim. 10 octobre 2001, *Bull. crim.* n°205, R.S.C. 2002, 108, obs. Ottenhof ; *D.* 2002, 1796, obs. de Lamy

[173] Ollard R., *op. cit.* n°272. M. Ollard va même plus avant en considérant qu'un raisonnement similaire vaudrait pour le vol et permettrait donc d'admettre le vol d'immeuble : voir *Ibid*. n°267 et s. On peut toutefois penser que l'admettre déformerait trop considérablement la physionomie de l'infraction.

[174] C'est l'avis de M. de Lamy : voir ses observations sous Crim. 10 octobre 2001, *Bull. crim*. n°205, *R.S.C.* 2002, 108, obs. Ottenhof ; *D.* 2002, 1796, obs. de Lamy

57. En somme, ce que nous apprend cette étude de l'immeuble à la lumière du droit pénal, c'est que, plus que la résistance en elle-même du critère physique, c'est plutôt la coexistence entre cette logique *« archaïque »*[175] et un paradigme économique moderne qui est contestable. Les divergences notionnelles au sein d'une même matière sont rarement heureuses. Il est en tout cas difficile de systématiser la notion de bien telle qu'elle apparaît en droit pénal quand celui-ci adopte deux logiques contraires en fonction de l'objet sur lequel il porte.

Il est pourtant encore un autre domaine depuis lequel le critère physique organise une résistance, plus faible il est vrai, au critère économique.

B) Les atteintes matérielles et le barrage de l'incorporalité

58. Le critère physique semble encore être déterminant lorsqu'il s'agit de préciser ce qu'est un bien au sens des incriminations d'atteintes matérielles, du moins pour les plus classiques d'entre-elles (1). Il est toutefois pris en défaut dès lors qu'il s'agit de sanctionner l'atteinte matérielle à un « bien » très particulier : l'animal (2).

1° L'application du critère physique

59. Sous leur forme classique au moins, les infractions d'atteintes matérielles *« ne peuvent viser que des objets de nature corporelle »*[176].

60. Contrairement à ce que l'on a pu faire observer pour les immeubles, cette exclusion des biens incorporels ne semble pas injustifiée. En effet, si on avait aisément pu concevoir qu'un abus de confiance puisse porter sur un immeuble, on a plus de difficulté, de prime abord, à imaginer à quoi pourrait correspondre la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien incorporel, sauf à admettre par exemple que jeter le discrédit sur une idée puisse être analysé comme une dégradation de celle-ci au sens de ces textes.

Si on admettra que cette dernière analyse ne saurait convaincre, il convient toutefois de concéder que l'idée qu'une destruction, dégradation, détérioration puisse porter sur un

---

[175] Ollard R., *op. cit.*, n°266

[176] Rassat M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6e éd., 2011, p. 311. Se faisant porte-parole de la doctrine, l'auteur explique même à quelques pages de distance (n°263) que *« tout le monde a toujours considéré comme ne pouvant être que corporels »* les biens visés par les incriminations de destructions, dégradations et détériorations. Voir également sur ce point Ollard R., « La dématérialisation des infractions contre le patrimoine », *in. Droit pénal et autres branches du Droit*, Cujas, 2012, p. 46

bien incorporel n'est plus, de nos jours, si incongrue. L'évolution de la technique et le progrès scientifique laissent percevoir quelques occurrences non négligeables : les articles 322-1 et s. du Code pénal ne permettraient-ils pas de sanctionner pénalement l'habile et malhonnête technicien qui, émettant des fréquences parasites, perturbe la transmission d'une onde hertzienne ou encore qui génère un virus informatique susceptible d'effacer ou de corrompre les données de tiers ?

Cette évolution est portée en germe par le législateur qui a inséré au Titre II du Livre III du Code pénal, un chapitre III intitulé : *Des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données*[177]. Se faisant, le législateur a choisi, pour réprimer l'atteinte matérielle infligée à certains biens incorporels de procéder par la technique de l'incrimination spéciale plutôt qu'en étendant les incriminations classiques et générales des articles 322-1 et s.

61. La résistance du critère de la corporalité, si elle concerne bien les incriminations classiques (destructions, dégradations, détériorations) est donc à relativiser dès lors que l'on porte également le regard sur les nouvelles incriminations spéciales et techniques des articles 323-1 et s[178] qui ont toutefois un domaine restreint : les systèmes automatisés de données.

Elle doit l'être d'autant plus lorsque le critère physique s'efface totalement de la technique législative dès qu'il s'agit d'envisager la question des sévices sur les animaux.

2° Le critère physique pris en défaut : l'hypothèse particulière des animaux

62. La question de l'animal vu par le droit dépasse le seul droit civil. Le droit public[179] et le droit pénal sont également mobilisés afin de répondre aux diverses problématiques que ces êtres peuvent poser.

Le droit pénal notamment les protège mais pas par les incriminations auxquelles on aurait pu penser de prime abord. En application du critère physique en effet, les animaux pourraient très logiquement être l'objet d'une atteinte matérielle aux biens des articles 322-1 et s. : ne sont-ils pas tous, sans exception, des entités corporelles ? On conçoit tout à fait qu'une destruction porte sur un animal. Certes, il peut aussi paraître plus pertinent

---

[177] Pour une critique de la technique législative sur ce point, voir Rassat M.-L., *Ibid.*, n°263. L'auteur estime par exemple que les incriminations contenues dans ce chapitre auraient davantage eu leur place dans le Livre V du Code pénal.

[178] Sur ces incriminations, voir Dreyer E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2e éd., 2012, n°857 et s.

[179] Sur l'animal en droit public, voir par exemple : Prieur M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 6e éd., 2011, n°410 et s. et 627 et s.

de créer à leur égard une incrimination spéciale, incrimination qui aurait alors toute sa place au sein des atteintes matérielles aux biens mais dans un chapitre spécifique, de la même manière que les atteintes aux systèmes automatisés de données. Pourtant, le législateur semble en avoir décidé autrement en créant à leur égard une qualification spéciale ne figurant pas dans le Livre III du Code pénal mais dans le Livre V : les sévices graves et actes de cruauté de l'article 521-1 du Code pénal.

63. Or, s'il n'est pas protégé au titre des incriminations du Livre III *« des infractions contre les biens »*, on ne peut qu'en déduire que l'animal, en droit pénal, n'est plus un bien[180]. Il y a d'ailleurs là une divergence notable avec le droit civil qui malgré les revendications récentes en ce sens[181], n'a pas encore procédé à l'extraction de l'animal de la catégorie des biens[182]. On peut même y voir une véritable incohérence[183].

L'incohérence est aussi au sein du Code pénal lui-même puisque par ailleurs, nul ne doute qu'un animal puisse être volé ou faire l'objet d'une escroquerie ou d'un abus de confiance[184]. Vis-à-vis de ces infractions, il correspond donc bel et bien à une *chose* et à un *bien quelconque*[185].

64. Abstraction faite des craintes que cette déréification peut susciter[186], force est de constater que ce n'est ici, ni le critère physique, ni même le critère économique qui semblent avoir guidé le législateur dans son choix de considérer qu'en droit pénal, l'animal n'est pas un bien : ces deux critères auraient en effet conduit au résultat inverse.

Ce serait donc une troisième logique qui présiderait l'orientation du droit pénal s'agissant des animaux, sans doute la conscience dictée par le pragmatisme

---

[180] En ce sens : Marguénaud J.-P., « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995. chron. 187 ; « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998. chron. 205

[181] Voir dernièrement la proposition de loi n°1903 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 avril 2014, *« visant à établir la cohérence des textes en accordant un statut juridique particulier à l'animal »*.

[182] Précisément, on remarquera que la question des animaux en droit civil est étudiée dans les ouvrages de droit des biens. Entre autres : Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens,* L.G.D.J., 2e éd., 2010, n°26 ; Malaurie Ph., Aynès., *Les biens,* Defrénois, 5e éd., 2013, n°5

[183] Marguénaud J.-P. : voir le compte-rendu de la table-ronde annuelle du Master 2 DPG de l'Université de Rennes 1 du 15 avril 2014 « Le statut juridique des animaux », compte-rendu à paraître au numéro estival 2014 du *Petit Juriste.*

[184] Voir par exemple, pour un vol de sanglier : Crim. 30 janvier 1992, 90-85.403. Ou encore pour le vol de dix-sept babouins et d'un ours : Crim. 13 mai 1992, *Dr. pénal* 1992, n°279, obs. Véron

[185] Il faut ajouter que *« l'utilisation d'un animal pour tuer, blesser ou menacer est assimilée à l'usage d'une arme »* selon l'article 132-75 alinéa 4 du Code pénal. L'animal serait donc potentiellement une arme, donc une chose. De même, l'animal dangereux peut-être saisi, telle une chose, comme le prévoit les dispositions de l'article 99-1 du Code de procédure pénale. En ce sens, on lira Verny E. au compte-rendu de la table-ronde annuelle du Master 2 DPG de l'Université de Rennes 1, *op. cit.*

[186] Libchaber R., « La souffrance et les droits - À propos d'un statut de l'animal » *D.* 2014, p. 380 ; Sohm-Bourgeois A.-M., « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », *D.* 1990, chron. 33

caractéristique de cette branche du droit que l'animal, malgré sa corporalité, n'est pas une chose comme une autre, mais un être sensible qui mérite d'être protégé pour lui-même. On peut y voir une nécessité éthique[187] ou à l'inverse une *« sensiblerie démagogique »*[188].

65. Pour le moins, il est possible d'en conclure que si l'animal est un jour complètement extrait de la catégorie des biens, c'est le droit pénal qui aura été pionnier sur cette question, devançant un droit civil encore imprégné par la théorie des animaux-machine de Descartes[189]. Dans le sillage du droit civil quant à la définition de la notion de bien, le droit pénal le dépasse parfois[190].

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

66. La notion de bien telle qu'elle apparaît en droit pénal semble assez incertaine et est difficile à systématiser. Il n'y a pas en effet un critère unique qui permette d'en gouverner la définition : la matière est constamment tiraillée entre son passé où régnait un critère physique et son avenir où le critère économique pourrait triompher définitivement.

C'est effectivement le premier qui empêche encore les atteintes juridiques de porter sur un immeuble quand le second a permis que ces mêmes infractions puissent porter sur un bien incorporel. De cette divergence entre deux logiques alternatives au sein d'une même matière, il n'est pas sûr qu'il y ait un bien à en tirer : quelle cohérence pour une branche du droit qui proclame qu'un numéro de carte bancaire est un bien et mérite dès lors protection quand l'immeuble n'en est pas un et en demeure donc privé ?

Peut-être serait-il bon que le droit pénal achève la transition initiée et déjà accomplie par le droit civil avant lui. La cohérence en serait meilleure non seulement entre les deux branches du droit, mais aussi au sein du droit pénal lui-même.

67. Si la mutation de la notion de bien en droit pénal s'inscrit dans le sillage de celle commencée par le droit civil, il en va de même concernant le réceptacle de ces biens : le patrimoine.

---

[187] Marguenaud J.-P., « Droit des animaux : on en fait trop ou trop peu ? », *D.* 2010, entretien p. 816

[188] Rassat M.-L., *op. cit.*, n°263

[189] *Discours de la méthode*, 1637, chapitre V

[190] Sur la question de l'animal en droit pénal en général, on lira naturellement l'article de référence : Marguénaud J.-P., « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, chron. 187

CHAPITRE 2 – LA RELATIVISATION DE LA THEORIE CONCEPTUELLE DU PATRIMOINE

68. Plus encore qu'une notion, le patrimoine apparaît comme une véritable théorie, peut-être l'une des plus fameuses du droit civil. Cette théorie, en son aspect conceptuel peut se résumer de la manière suivante : le patrimoine est une universalité de droit contenant un actif composé de droits réels et de droits personnels et un passif, l'actif répondant du passif. Les droits de la personnalité, liés à la personne humaine en sont en revanche exclus.

69. Qu'en est-il en droit pénal ? Le patrimoine correspond-t-il à la même réalité ? Est-il une universalité de droit plutôt que de fait ? Contient-t-il lui aussi des droits réels et personnels ? Exclut-il les droits de la personnalité avec autant de vigueur ?

70. Répondre à ces questions sera précisément notre ambition.

L'intérêt d'une telle étude semble certain : il convient en effet de ne pas oublier que la théorie civiliste du patrimoine n'est qu'une théorie. Elle n'est donc pas immunisée à la critique et préservée contre des constructions doctrinales concurrentes. L'examiner à l'aune du droit pénal apparaît précisément comme un bon moyen d'en éprouver la pertinence afin de la renforcer ou l'affaiblir par rapport aux théories adverses.

Notre réflexion nous amènera à un tableau du patrimoine en droit pénal tout en nuances : il englobe à la fois plus et à la fois moins que le patrimoine de la conception classique. Le droit pénal relativise donc fortement la théorie classique du patrimoine.

71. Pour autant, et ce sera le cœur de la démonstration ci-après menée, lorsque le droit pénal contredit la théorie classique du patrimoine, il le fait essentiellement sur des points où le droit civil lui-même n'était plus tout à fait fidèle à la théorie initiale.

72. Universalité de « l'avoir » et non de droit (§1), le concept de patrimoine en droit pénal s'étend parfois jusqu'aux limites de « l'être » (§2).

§1 - Le patrimoine comme universalité de « l'avoir »[191]

73. Une première approche du concept de patrimoine pourrait laisser à penser qu'il est simplement la conjugaison juridique du verbe avoir[192]. En droit civil, cette idée, pour être séduisante, est toutefois erronée pour une large part.

Effectivement, les droits réels constituent une notion bien plus restreinte que l'intégralité de l'avoir : il est des choses que l'on « a » mais qui ne font pas l'objet d'un droit réel[193]. Les droits personnels eux, sont étrangers à cette idée « d'avoir » et sont davantage « pouvoir ». Quant au passif, il semble être l'inverse même de l'idée d'avoir.

74. Or, en droit pénal, le patrimoine est précisément expurgé des éléments qui l'éloignent de « l'avoir » -droits personnels et passif- (A) et, dans le même temps, étendu au-delà des droits réels (B). C'est en ce sens que l'on peut affirmer qu'il constitue davantage une universalité de « l'avoir ».

A) <u>En-deçà des droits personnels et du passif</u>

75. Dans la théorie classique, le patrimoine est constitué entre autres par les droits personnels et l'aspect négatif de ceux-ci, le passif. A cette acception, M. Sériaux oppose le sens commun qu'il dit d'ailleurs peut être, être le bon sens : *« A l'homme de la rue, à ce citoyen banal que nous sommes tous peu ou prou, nul n'a jamais pu faire croire que son patrimoine fut autre chose que l'ensemble de ses seuls biens »*[194]. Pour le profane, le patrimoine s'identifie au réceptacle de ce que « l'on a ». Il n'est en revanche point question du passif ou des droits personnels.

Paradoxalement, des deux conceptions, le droit pénal semble préférer celle de l'homme de la rue à celle du civiliste : abstraction est faite du passif (1) et les droits personnels ne reçoivent qu'une protection subsidiaire (2).

---

[191] Le terme est délibérément flou. Si on démontrera que le patrimoine en droit pénal recouvre une autre réalité que celle du droit civil (c'est-à-dire le triptyque droits réels, droits personnels, passif), on ne sera pas en mesure d'intituler avec précision cette réalité nouvelle. On l'aura identifié sans vraiment pouvoir la nommer. A défaut, le terme d'avoir nous semble être le mieux à même de traduire cette réalité. De surcroît, on emprunte cette expression à M. Sériaux qui précisément, propose une définition originale du patrimoine en phase avec celle que l'on va ébaucher pour le droit pénal : voir son article « La notion juridique de patrimoine. Brèves notions civilistes sur le verbe avoir », *R.T.D. civ.* 1994, p. 802

[192] L'intitulé de l'article de M. Sériaux « La notion juridique de patrimoine. Brèves notions civilistes sur le verbe avoir » donne cette impression.

[193] Voir *infra* n°86 et s.

[194] Sériaux A., *op. cit.,*

1° L'abstraction du passif

76. *« Les dettes, il n'en est point question. »*[195], affirmait M. Sériaux, exprimant l'homme de la rue confronté au concept de patrimoine. Il aurait pu tenir le propos à l'identique s'il avait entendu exprimer le positionnement conceptuel du droit pénal. Le patrimoine tel qu'il apparait en droit pénal ne semble en effet pas contenir de passif.

L'examen des grandes infractions contre les biens conduit à ce constat. On ne vole ni n'escroque pas plus qu'on ne détourne des dettes et on ne peut procéder à la destruction de celles-ci. Peut-on soustraire ce qui est déjà négatif ? Peut-on détruire la dette d'un autre si ce n'est en la payant, ce qui n'est tout au plus qu'un acte licite ? Quand bien même cela serait rendu possible par un excès d'abstraction, quelle « victime » considérerait que l'on a porté atteinte à son patrimoine en en retirant un élément de passif ?

Plus prosaïquement, la protection pénale du patrimoine ne passe pas par la protection des dettes qui composent celui-ci[196].

77. Le patrimoine tel qu'il apparait en droit pénal ne contient donc pas de passif. Cela se comprend d'ailleurs aisément : l'idée théorique qui consiste à intégrer le passif au patrimoine permet de comprendre un mécanisme qui n'appartient qu'au droit civil puisqu'il s'agit du droit de gage général[197].

78. Or, c'est précisément l'existence de ce passif en droit civil qui fait du patrimoine une universalité *de droit*. Les autres universalités ne sont *de fait* que parce qu'elles ne contiennent qu'un actif[198]. Ainsi, dès lors que l'on a montré que le patrimoine en droit pénal ne contient pas de passif, on peut affirmer que dans cette matière, le patrimoine est *une universalité de fait*.

Partant de là, doit-on voir dans cette abstraction du passif, une rupture avec le droit civil ? Certainement, mais la fracture n'est en réalité pas aussi importante qu'on pourrait le croire.

---

[195] *Loc. cit.*

[196] Dans son ouvrage intitulé « *La protection pénale du patrimoine* », M. Ollard ne fait pas état d'une protection des dettes.

[197] Voir *supra* n°9

[198] En ce sens, Desgorces R., *Les biens*, Hachette supérieur, 3e éd., 2013, p. 21 : *« Nous commencerons par exposer pourquoi le patrimoine est une universalité de droit plutôt qu'une universalité de fait. (…) L'universalité de fait est uniquement constituée d'un actif (…). L'universalité de droit est constituée d'un actif et d'un passif et l'actif répond du passif. Tels sont les critères de l'universalité de droit. »*

79. D'abord, si on porte le regard sur l'infracteur et non plus sur la victime, on peut déceler la présence, certes très réduite et indirecte, d'occurrences du concept de passif. La banqueroute et l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité ne sont pas étrangères au passif. Celui-ci est même au cœur de la première de ces deux infractions. Pour autant, leur véritable objet est bien davantage la créance correspondant à ce passif. Par exemple, l'incrimination d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité ne fait référence au passif de l'infracteur que pour protéger la créance de la victime. La référence au passif demeure indirecte : ce n'est pas la dette du débiteur qui est protégée mais la créance du créancier.

Sur ce point, se pose également l'épineux problème des biens à valeur vénale négative[199]. En ce cas, on pourrait penser que le voleur emporte avec lui les dettes qui grèvent le bien et qu'il a par conséquent bel et bien soustrait un élément de passif. Il n'est pourtant pas sûr que ce soit le cas : la victime demeurant propriétaire du bien[200], elle reste par là-même tenue, en théorie, des dettes qui le grèvent.

Enfin, le droit civil lui-même, contrairement à ce que la théorie classique laisse trop souvent penser, fait parfois et même dans la plupart des cas, abstraction du passif pour ne voir dans le patrimoine que l'actif. M. Sériaux le notait déjà en expliquant qu'on *« n'a sans doute pas assez remarqué que le Code civil d'hier et d'aujourd'hui, dans les rares circonstances où il emploie le terme de patrimoine, n'a en vue que les biens d'une personne »*[201]. Ainsi en est-il par exemple de l'article 271 à propos du calcul de la prestation compensatoire en matière de divorce. Cet article dispose entre autres que dans la détermination des besoins et des ressources, le juge doit prendre en considération notamment *« le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ». Quid* du passif ? Il n'en est point question dans cet article du Code civil. M. Sériaux note même que *« sitôt qu'il est question de patrimoine, mêmes les auteurs contemporains, juristes ou économistes, concentrent leurs efforts de descriptions sur les biens et non sur les dettes »*[202].

80. La différence entre droit civil et droit pénal sur la question du passif est donc à relativiser.

---

[199] Sur cette question originale, on lira Chilstein D., « Les biens à valeur vénale négative », *R.T.D. civ.* 2006, p. 663
[200] Voir *infra* n°148
[201] Sériaux A., *op. cit.*
[202] *Loc. cit.*

Les deux matières se séparent encore, mais de manière tout aussi relative à propos des droits personnels.

2° La subsidiarité de la protection des droits personnels

81. La protection pénale des droits personnels s'inscrit généralement dans le cadre d'une protection plus vaste qui la dépasse. Ce n'est que de manière incidente et jamais systématique que ceux-ci font l'objet de la protection du droit pénal, aussi bien quant à leur formation que quant à leur exécution[203].

82. La protection de la *formation* des droits personnels ne bénéficie de l'énergie du droit pénal que de manière incidente et ne revêt pas de caractère systématique.

S'il est vrai que l'incrimination d'escroquerie permet de sanctionner pénalement un vice du consentement, encore faut-il que celui-ci ait été causé par une tromperie au sens du texte d'incrimination : faux nom, fausse qualité, abus de qualité vraie ou manœuvres frauduleuses. A cela s'ajoute les autres conditions du délit : entre autres, la condition préalable et l'élément moral. Le texte de l'article 313-1 du Code pénal réserve ainsi de nombreuses hypothèses de vice du consentement au sens du droit civil non sanctionné au titre de l'escroquerie. Par exemple, il peut y avoir dol civil à propos de la convention conclue sur un immeuble ; or on sait qu'une escroquerie ne peut porter sur un tel bien[204]. L'incrimination n'a donc vocation à protéger la formation d'un droit personnel que de manière exceptionnelle.

La protection offerte au consentement par certaines incriminations issues du droit de la consommation –délits de fraude et falsifications[205] ou incriminations de pratiques commerciales déloyales[206]- est quant à elle purement incidente. Si le consentement est protégé par le droit pénal, ce n'est que par ricochet sur une autre valeur qui le dépasse. Comme l'a développé M. Ollard, parce que le comportement déloyal de l'auteur est le nœud gordien de ces incriminations, celles-ci ont pour finalité, non de protéger un

[203] Pour des développements plus conséquents que les nôtres : voir Ollard R., *La protection pénale du patrimoine*, La nouvelle bibliothèque des thèses, 2010, n°39 et s.

[204] Voir *supra* n°51

[205] Code de la consommation : articles L. 213-1 et s.

[206] Par exemple, Code de la consommation : articles L. 121-1 et s. L. 122-11

consommateur déterminé, mais de préserver la loyauté des rapports commerciaux dans leur ensemble[207].

83. L'*exécution* des droits personnels ne bénéficie pas d'une protection plus directe de la part de la loi pénale.

Contrairement à ce qu'une première approche de l'infraction peut laisser penser, l'incrimination d'abus de confiance n'a pas vocation à sanctionner tout manquement à une obligation contractuelle. La référence au détournement réduit considérablement le champ d'action de l'infraction par rapport à celui de l'article 1147 du Code civil qui sert de base à la sanction civile d'une violation contractuelle. Ainsi, l'usage du bien en dehors de ce que la convention prévoyait n'est pas nécessairement constitutif d'un abus de confiance : encore faut-il que cet usage revête un caractère abusif permettant d'en induire, comme l'exige la jurisprudence, *« la volonté* (pour l'auteur) *de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire de la chose »*[208]. De même, tout retard dans la restitution du bien n'est pas constitutif du délit[209]. Ces quelques exemples permettent de comprendre, avec Mme Rassat que *« les peines de l'abus de confiance n'ont pas pour but de sanctionner d'une façon générale, l'inexactitude d'exécution de la parole donnée* (c'est-à-dire des droits personnels) *qui relève du droit privé civil ou commercial »*[210]. Conformément à son objet, - la protection de l'ordre social- le droit pénal ne sanctionne au titre de l'abus de confiance, qu'un *« comportement spécialement malhonnête »*[211].

Au-delà de l'abus de confiance, la protection de l'exécution des droits personnels par les incriminations comme l'abandon de famille (consommé entre autres par la violation de l'obligation alimentaire) ou le détournement d'objet saisi demeure indirecte. La créance n'est effectivement pénalement protégée qu'à la condition qu'existe un acte de l'autorité publique qui la constate : c'est une condition préalable de ces infractions. Partant de là, on peut penser que l'objet premier de la protection n'est pas le droit personnel : le véritable enjeu de ces incriminations est la sanction de l'atteinte portée à une décision de l'autorité publique. L'analyse du texte de l'article 227-3 du Code pénal incriminant l'abandon de famille permet d'abonder en ce sens. Ce texte définit en effet l'infraction comme *« le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision*

---

[207] Pour des développements plus complets sur cette question, on lira avec profit Ollard R., *op. cit.*, n°41
[208] Crim, 13 février 1984, *Bull. crim.* n°49
[209] En ce sens : Crim, 12 novembre 1990, *Dr. pénal* 1991, comm 111, obs. Véron
[210] Rassat M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6e éd., 2011, p. 223
[211] *Loc. cit.*

judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant (...), une contribution (...) dues en raison de l'une des obligations familiales (...) ». On le constate, c'est la décision judiciaire qui est placée au cœur de l'incrimination, bien plus que la créance reléguée en fin de phrase. Au sens de ce texte d'ailleurs, ce qui est l'objet de l'inexécution (celle-ci étant l'élément matériel du délit), c'est la décision judiciaire et non le droit personnel[212].

84. La protection pénale du patrimoine en ce qu'il contient des droits personnels semble donc tout à fait occasionnelle (escroquerie et abus de confiance) et indirecte (infractions à la consommation, abandon de famille, etc.). Le concept de patrimoine tel qu'il apparaît en droit pénal semble donc n'être que la réalité partielle de la même instance vue par le droit civil : il est dépouillé d'une partie de son contenu.

Toutefois, cette approche doit être nuancée car le droit civil lui-même ne réserve pas aux droits personnels une place aussi importante au sein du patrimoine que la théorie classique le laisse penser. Il est effectivement incontestable que le droit civil n'investit pas autant d'énergie à la protection des droits personnels qu'à celle des droits réels. D'abord, seuls les seconds bénéficient du droit de suite et du droit de préférence. Ce dernier permet d'ailleurs au titulaire du droit réel d'échapper au risque d'insolvabilité du débiteur, contrairement au titulaire d'un *simple* droit personnel. Ensuite, le droit réel dispose d'une opposabilité absolue à l'inverse du droit personnel : ainsi, toute atteinte au droit réel, même commise de bonne foi et même lorsqu'il n'en ait résulté aucun dommage permet une action en justice[213], contrairement au droit personnel[214]. Pour ces raisons, la protection civile des droits réels revêt une plus grande force que celle des droits personnels. Il y a donc bien aussi en droit civil, *« une supériorité du droit réel »* [215].

85. Lorsqu'il délave le patrimoine en ce qu'il contient des droits personnels, le droit pénal ne fait donc qu'exacerber une hiérarchie portée en germe par le droit civil.

---

[212] En ce sens et pour d'autres exemples (organisation frauduleuse de l'insolvabilité, détournement d'objet saisi), on lira Ollard R., *op. cit.*, n°141 et s.

[213] Pour un exemple à propos du droit de propriété, voir Civ 3e, 4 octobre 1989, *Bull.* n°183 *: « la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé ».*

[214] Selon la Cour de cassation, la simple inexécution contractuelle ne suffit pas à fonder l'octroi d'une réparation : Civ 3e, 3 décembre 2003, *J.C.P.* 2003.1.163 n°2, obs. Viney *; R.D.C.* 2004/2, 280, obs. Mazeaud ; *R.T.D. civ*. 2004, 295, obs. Jourdain. La solution semble quelque peu différente lorsque c'est une obligation de ne pas faire qui n'est pas exécutée : voir Civ. 1re 10 mai 2005, *Defrénois* 2005, 1247, obs. Aubert. Notons toutefois que ce dernier arrêt est ambigu.

[215] Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013, n°370. Voir aussi en ce sens : Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2e éd., 2010, n°37 et s.

En-deçà de la conception civile du passif et des droits personnels, le droit pénal se porte en revanche au-delà des droits réels.

B) Au-delà des droits réels

86. On l'a déjà vu[216], par deux arrêts relatifs à l'abus de confiance[217], la chambre criminelle a fait une très singulière appréciation de la notion de bien. Elle a en effet considéré qu'un numéro de carte bancaire et du temps de travail pouvaient s'analyser comme des biens quelconques. Or, en droit civil, ni l'un ni l'autre ne sauraient être regardés comme tel.

87. Fondamentalement, le nœud gordien de ce problème se situe au niveau du droit de propriété, c'est-à-dire du droit réel : si le droit civil ne peut permettre de considérer un numéro de carte bancaire ou du temps de travail comme des biens, c'est parce qu'il est inconcevable qu'un véritable droit de propriété puisse porter sur eux. On n'est jamais propriétaire d'un numéro de carte bancaire ou d'un temps de travail[218].

Tout au plus, ce numéro de carte bancaire et ce temps de travail constituent des *utilités.* Ils ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un droit réel de la part d'une personne et donc ne sont pas des biens mais relèvent tout de même de la sphère plus large de *« tout ce qui lui appartient »* pour reprendre la formule de M. Thomassin[219]. S'ils ne sont pas les biens d'une personne, cette dernière les considère toutefois comme utiles à ses activités et donc dignes de protection : même si on n'a pas de droit réel sur un numéro de carte bancaire, on peut vouloir que celui-ci soit efficacement protégé contre l'usurpation par un tiers.

88. Pragmatique, c'est précisément à ce titre, parce qu'ils sont au moins des *utilités,* que le droit pénal entend les protéger, d'où les solutions adoptées dans les arrêts du 14 novembre 2000 et du 19 juin 2013. Autrement dit, la protection pénale du patrimoine ne s'arrête pas là où les droits réels cessent d'exister : elle étend son action au-delà, jusque sur des entités qui, sans être l'objet de droits réels, relèvent tout de même de « l'avoir »

---

[216] Voir *supra* n°45

[217] Crim. 14 nov. 2000, *R.T.D. civ.* 2001, 912, comm. Revet ; *R.S.C.* 2001, 385, obs. Ottenhof (numéro de carte bancaire) et Crim. 19 juin 2013, *Gaz. Pal.* 2013, 2596, note Berlaud (temps de travail).

[218] Voir en ce sens, du moins pour le numéro de carte bancaire : Berlioz P., *La notion de bien*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 489, 2007, n°351

[219] Thomassin N., « Le bien susceptible d'abus de confiance », *D.* 2012, p. 968

d'une personne dont celle-ci n'entend pas se voir usurper les utilités, qui ont pour elle, pour paraphraser la chambre criminelle, *« une valeur patrimoniale »*[220]. Ainsi, même si l'employeur ne peut pas se prévaloir d'un droit réel sur le temps de travail qu'il octroie à ses salariés, il peut au moins voir l'un d'entre eux être sanctionné lorsque celui-ci a profité de ce temps pour s'adonner à une activité autre que celle qui avait été prévue. En effet, si le salarié n'a pas porté atteinte à un droit réel de l'employeur, il a tout de même détourné une chose *utile* à celui-ci, du moins quelque chose qui avait pour lui une véritable valeur et dont il n'entendait pas qu'on use contre sa volonté.

Pragmatique par rapport à la notion civiliste de droit réel, le droit pénal n'y enferme donc pas l'énergie de sa protection qu'il étend au-delà pour atteindre également de simples *utilités*.

89. Le patrimoine en droit pénal serait donc l'avoir, il est à craindre qu'il devienne l'être.

§2 - Le patrimoine à la frontière de « l'être »

90. Dans la loi de Numa, le fait de tuer l'esclave d'autrui ne s'identifiait pas à un meurtre mais à une simple atteinte à la propriété[221]. Dans la loi des XII tables, le vol pouvait également porter sur une femme mariée, un fils de famille ou même un débiteur (car celui-ci appartenait à son créancier)[222]. Ces temps où l'on appliquait des qualifications de droit pénal des biens à des êtres humains semblent aujourd'hui révolus. Le Code pénal n'est-il pas précisément bâti pour partie sur la distinction des personnes et des biens ?

Pourtant, force est de constater que cette division, pour fondamentale qu'elle soit, ne suffit pas à empêcher que les qualifications du Livre III se livrent parfois à quelques audacieuses excursions dans la sphère de la personne humaine : se faisant, le droit pénal intègre au patrimoine des éléments qui en sont en principe exclus.

Deux mouvements se dessinent en ce sens. D'abord, les qualifications du Livre III sont parfois purement appliquées à des éléments de la personne humaine (A). Ensuite et plus subtilement, la disparition de la référence au préjudice en matière d'escroquerie et d'abus

---

[220] C'est la formule fameuse utilisée par la chambre criminelle dans l'arrêt du 14 novembre 2000.

[221] Verny E., *Le membre d'un groupe en droit pénal,* L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 37, 2002, n°90

[222] Carbasse J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., 2e éd, 2006, n°29

de confiance peut faire redouter que ces qualifications perdent leur caractère patrimonial et investissent alors la sphère de la personne humaine (B).

A) L'application des qualifications du Livre III à des éléments de la personne humaine

91. Conformément à la théorie civiliste, il est des droits ne faisant pas partie du patrimoine : les droits extrapatrimoniaux (à l'inverse des droits patrimoniaux qui sont les droits réels et personnels) ou droits de la personnalité qui sont attachés à la personne humaine.

92. Le droit pénal semble donc s'en distinguer lorsqu'il permet de manière occasionnelle à des incriminations par essence protectrices du patrimoine de concurrencer les incriminations protectrices de la personne humaine. Or, étendre la protection pénale du patrimoine à des éléments de la personne humaine, c'est logiquement inclure ces éléments à la sphère patrimoniale, donc courir le risque de leur réification.

Dans un jugement du 22 décembre 1952[223], le Tribunal correctionnel de Nice a jugé susceptible de vol les parties d'un cadavre qui deviennent des reliques ou des objets d'exposition scientifique. La solution paraîtrait anecdotique si elle n'avait pas été approuvée par M. Vitu[224]. Surtout, le mouvement de patrimonialisation du corps humain en droit pénal qu'elle a initié a trouvé un écho spectaculaire avec l'une des plus célèbres affaires judiciaires de la fin du XXe siècle : l'affaire du sang contaminé. En effet, la qualification pénale retenue en définitive fut la tromperie sur les qualités substantielles de la marchandise[225]. Plus encore qu'une qualification de droit pénal des biens, c'était une qualification de droit pénal des affaires que l'on appliquait à un élément de la personne humaine, le sang, damant le pion à l'incrimination d'empoisonnement. Si le sang apparaît donc aux yeux du droit pénal comme une *« marchandise »* (car c'est bien le terme utilisé dans le texte d'incrimination), cela peut faire redouter une mercantilisation du corps humain : le droit pénal deviendrait alors *« droit vénal »*[226]. Faut-il aller plus loin et induire de cette décision que ce qui méritait punition était le

[223] Nice, 22 décembre 1952, *D.* 1953.J.139
[224] Vitu A., *Droit pénal spécial*, tome II, Cujas, 1ère éd., 1981, n°2218
[225] TGI Paris 23 octobre 1992, *D.* 1993, Jur. 222, note Prothais
[226] Ghica-Lemarchand C., « L'évolution de la protection pénale du patrimoine », *Law Annals Titu Maiorescu U. 31* 2009

manquement à la loyauté contractuelle plutôt que l'atteinte gravissime à l'intégrité physique sinon à la vie elle-même ? Il faut croire d'ailleurs que ce mouvement n'est pas propre au droit français : on peut se demander ce qu'il faut penser de la très récente décision d'un tribunal israélien condamnant une femme pour vol de sperme[227] !

93. Le législateur n'est pas davantage préservé que la jurisprudence par cette tendance. On peut effectivement s'interroger sur la pertinence d'ériger les violences contre les personnes en circonstance aggravante du vol (311-5 et s. du Code pénal). L'inverse n'aurait-il pas été plus conforme à l'échelle des valeurs, car en définitive, ce système permet de poursuivre des comportements qui portent atteinte à l'intégrité de la personne sur le fondement d'une qualification infractionnelle portant atteinte aux biens ? Un constat assez similaire semble s'imposer en ce qui concerne les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes (art. 322-5 et s. du Code pénal). Ces incriminations conduisent au résultat relativement choquant qu'un comportement qui aura entraîné la mort d'une personne humaine, pourra être puni sur le fondement d'une incrimination de droit pénal des biens, le décès de la personne ne jouant le rôle que de circonstance aggravante[228]. Dans cette hypothèse de destructions, dégradations ou détériorations ayant entraîné la mort, tout semble donner l'impression que le dommage causé au bien est la donnée principale lorsque la mort n'est qu'un évènement venant en complément afin d'aggraver la répression.

94. Il n'est pas sûr qu'il y ait là un bien. Le droit pénal est animé d'une force expressive qui permet de révéler la hiérarchie des valeurs d'une société. Appliquer des qualifications du Livre III par préférence à celles du Livre II, n'est-ce pas renverser cette hiérarchie en plaçant les biens avant la personne ? Ce faisant, le droit pénal contribue à la réification de la personne humaine en étendant à celle-ci le périmètre de la protection pénale du patrimoine, ce qui est d'autant plus paradoxal, sinon troublant, lorsqu'on se souvient que dans le même temps, il tend à déréifier l'animal[229].

---

[227] Dans cette affaire, une femme avait affirmé à son compagnon qu'elle était stérile et qu'il était donc inutile pour eux de recourir à des moyens de contraception lors de leurs rapports sexuels. C'était là un mensonge et ladite femme tomba enceinte. Elle fut condamnée pour vol de sperme par un tribunal de Tel-Aviv. Voir : http://www.lepoint.fr/monde/israel-une-femme-condamnee-pour-vol-de-sperme-08-12-2013-1765995_24.php

[228] Cette circonstance aggravante est prévue par les articles 322-5 alinéa 6 (pour les destructions non-intentionnelles) et 322-10 (pour les destructions intentionnelles) du Code pénal.

[229] Voir *supra* n°63

95. Pour autant, la différence avec le droit civil est encore à relativiser. Il est lui aussi aux prises avec un mouvement de réification similaire : le phénomène contemporain de patrimonialisation des droits extrapatrimoniaux. Ainsi et à titre d'exemple, le droit à l'image, le droit à la voix ou encore le droit au respect de la vie privée tendent-ils à acquérir une valeur patrimoniale[230]. Parallèlement, l'accroissement des biens d'activités (les droits d'auteur, les brevets, la clientèle, la force de travail, etc.) remet elle aussi en cause la distinction traditionnelle[231]. Par ces raisons, le patrimoine tend aussi en droit civil à investir la sphère de la personne humaine.

96. En droit pénal, ce phénomène est parfois plus subtil encore et passe par l'anesthésie de l'exigence du préjudice patrimonial comme résultat dans[232] l'infraction.

B) La relative mutation des qualifications du Livre III par la disparition de l'exigence du préjudice patrimonial

97. Un constat peut être fait et paraît difficilement contestable : la jurisprudence est entrée dans une démarche *« d'élimination du préjudice des composantes des infractions portant atteinte juridique aux biens »*[233]. En revanche, la conséquence qui pourrait immédiatement en être tirée, c'est-à-dire que les infractions du Livre III perdraient leur caractère patrimonial, menaçant ainsi d'entrer dans la sphère de la personne humaine (1) doit être relativisée tant est puissante la critique qui peut être faite à cette thèse (2).

1° Thèse

98. Les textes d'incrimination de l'abus de confiance (314-1 du Code pénal) et de l'escroquerie (313-1 du Code pénale) posent tout deux expressément, l'exigence d'un « préjudice » parmi leurs éléments constitutifs. Or en vérité, cette référence faite au préjudice est souvent dénuée de portée car la jurisprudence la vide de son sens quand elle ne l'ignore pas totalement.

---

[230] Pour des développements sur ce phénomène largement commenté, voir notamment Hassler T., « La patrimonialisation des droits extrapatrimoniaux », *Petites affiches*, 7 décembre 2004, n° 244, p. 3

[231] Pour des développements sur ces biens nouveaux, voir Desgorces R., *Les biens*, Hachette supérieur, 3e éd., 2013, p. 11 ; Voir également Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., 2e éd., 2013, p. 375

[232] On préfère l'usage de l'expression « résultat dans l'infraction » à celle de « résultat de l'infraction », seule la première permettant de marquer l'inclusion du résultat dans les éléments constitutifs de l'infraction et non à l'extérieur de ceux-ci comme le laisse penser la seconde.

[233] Ollard R., « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *R.S.C.*, 2010, p. 568

En ce qui concerne l'abus de confiance, la jurisprudence se contente d'un simple préjudice éventuel[234] ou d'un préjudice moral[235] et considère même que l'existence d'un préjudice *« se trouve incluse dans le détournement »* constitutif du délit[236], ce qui revient à lui nier son caractère d'élément constitutif autonome. Le préjudice n'a plus dès lors à être recherché par le juge répressif.

En matière d'escroquerie, la jurisprudence s'est ingéniée à écarter la référence au préjudice de manière plus radicale encore : plutôt que de le dégrader, elle l'escamote totalement en affirmant que *« le préjudice, élément constitutif du délit, est établi dès lors que la remise n'a pas été librement consentie, mais extorquée par des moyens frauduleux »*[237]. Cette formule a pu conduire un auteur à affirmer dans une formule vigoureuse *« l'inutilité absolue de ce prétendu élément de l'escroquerie »*[238]. Une décision plus récente a toutefois semblé réamorcer l'exigence du préjudice comme élément constitutif autonome de l'escroquerie[239] mais on peut penser que la portée de cette solution est très limitée car dans cette espèce, c'était le résultat lui-même qui faisait défaut[240].

99. De ce constat, on pourrait tirer la conséquence que l'escroquerie et l'abus de confiance ont perdu leur caractère patrimonial. C'était en effet la référence au préjudice, analysé comme un préjudice patrimonial qui permettait de considérer classiquement ces deux incriminations comme protectrices du patrimoine[241]. Dans l'esprit originel du texte et la conception première des deux incriminations[242], un préjudice était non seulement requis, encore fallait-il que ce préjudice soit d'ordre patrimonial. Or, en anéantissant l'exigence d'un préjudice patrimonial (en se suffisant d'un préjudice moral ou éventuel par exemple) et même du préjudice tout court, on pourrait penser que la jurisprudence a

---

[234] Crim. 18 mars 1936, *Gaz Pal.* 1936.1.880 ; Crim. 3 décembre 2003, *Bull. crim.* n°232

[235] Crim. 6 avril 1882, *Bull. crim.* n°98

[236] Crim. 5 mars 1980, *Bull. crim.* n°81

[237] Crim. 16 avril 1980, *Bull. crim.* n°107

[238] Garraud R. *Traité théorique et pratique du droit pénal français,* tome VI, Sirey, 3e éd., 1935, n°2570. Voir également Mayaud Y., « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », *in. Droit pénal et autres branches du Droit,* Cujas, 2012, p. 479

[239] Crim. 3 avril 1991, *R.S.C.* 1992, 579, obs. Bouzat

[240] En ce sens : Ollard R., *op. cit.* p. 568

[241] Ainsi par exemple, Madame Rassat estime que se satisfaire d'un préjudice moral est en contradiction avec la nature d'atteinte au patrimoine de l'abus de confiance. Rassat M.-L., *Droit pénal spécial,* Dalloz, 6e éd., 2011, n°185

[242] L'ancienne formulation de l'incrimination de l'escroquerie posait clairement le caractère patrimonial du préjudice puisqu'elle faisait référence à l'« atteinte à la *fortune* d'autrui ».

retiré aux deux incriminations leur ancrage patrimonial[243]. Dès lors, il n'y a plus qu'un pas à franchir pour que les deux incriminations suivent le chemin emprunté par l'abus de faiblesse qui a déjà basculé *« de la catégorie des infractions contre les biens à celle des infractions contre les personnes »*[244]. Il y aurait donc là, de nouveau, par l'élimination de l'exigence du préjudice patrimonial, une incursion des incriminations du Livre III en dehors de la sphère patrimoniale et donc une menace qu'elles pénètrent dans la sphère de la personne humaine.

Cette thèse, pour séduisante, n'est pas à l'abri de la critique.

2° Critique

100. La principale faiblesse de la thèse précédemment évoquée est de considérer que le préjudice patrimonial était le seul élément qui permettait d'arrimer l'escroquerie et l'abus de confiance à la sphère patrimoniale. Le faire disparaître, c'était donc permettre à ces incriminations de dériver librement en dehors de cette sphère.

Or, on peut soutenir qu'il est au moins deux autres éléments qui donnent également un caractère patrimonial aux deux incriminations, deux éléments qui demeurent bel et bien présents au sein des infractions. Ainsi, deux des trois liens qui unissent l'abus de confiance et l'escroquerie à la sphère patrimoniale ne sont pas rompus, *« ce qui permet de sauver leur identité patrimoniale »*[245].

101. A l'occasion d'une étude sur la distinction du préjudice et du dommage en droit pénal[246], M. Ollard a mis en évidence le premier de ces deux liens non rompus : le dommage. Selon lui, *« même indifférente à la réalisation d'un préjudice pécuniaire, la consommation des délits d'escroquerie et d'abus de confiance n'en implique pas moins toujours la réalisation d'un dommage d'ordre patrimonial »*[247]. Effectivement, le dommage consiste en l'atteinte portée à un droit de propriété, droit patrimonial par

---

[243] Même s'ils ne la formulent pas aussi distinctement, de nombreux auteurs ébauchent cette idée. On lira notamment Pin X., *Le consentement en matière pénale,* L.G.D.J., 2002, p. 80 qui estime que la disparition du préjudice des éléments de l'escroquerie a entrainé *« un déplacement du résultat pénal de la lésion du patrimoine vers la lésion de la volonté »*. Pour Mme Rassat, *« cette solution paraît en contradiction avec la nature d'atteinte au patrimoine de l'abus de confiance » :* voir Rassat M.-L., *op.cit.,* n°185. En ce sens, on lira également Léauté J., « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », *in. Mélanges L. Julliot de la Morandière*, D. 1974, p. 249 ; Ottenhof R., *Le droit pénal et la formation du contrat civil,* Bibl. dr. Privé. L.G.D.J., tome 110, 1970, n°44 et s.

[244] Lanthiez M.-L., « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005. chron. 464, p. 468

[245] Ollard R., *op. cit.,* p. 569

[246] *Ibid.,* p. 561

[247] *Ibid.,* p. 569

essence. Cette référence au dommage patrimonial qui survit au déclin du préjudice patrimonial permet alors de *« préserver la nature patrimoniale »* de ces délits.

C'est ce qui permet de comprendre un arrêt de la chambre criminelle du 26 octobre 1994[248] où un individu de nationalité étrangère et qui s'était marié avec une citoyenne française afin d'obtenir un titre de séjour a été relaxé du délit d'escroquerie au motif que *« la remise par l'administration d'un titre de séjour, fût-ce à la suite de manœuvres frauduleuses, ne porte pas atteinte à la fortune d'autrui ».* Comme l'explique M. Ollard[249], si le délit ne fut pas considéré comme constitué, ce n'était pas à cause de l'absence de préjudice (celui-ci n'étant plus une condition de l'infraction) mais bel et bien car le dommage, s'il existait, n'était pas d'ordre patrimonial. Il y a donc là, un marqueur qui permet de considérer les incriminations du Livre III comme bel et bien protectrices du patrimoine.

102. Un second élément, non sans lien avec le premier d'ailleurs, permet également de rattacher l'escroquerie et l'abus de confiance à la sphère patrimoniale : il s'agit de la condition préalable. Celle-ci demeure, pour l'une comme pour l'autre des deux infractions, d'ordre patrimonial. Les articles 313-1 et 314-1 du Code pénal précisent en effet que les infractions d'escroquerie et d'abus de confiance portent respectivement et exclusivement sur des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, la fourniture d'un service ou un consentement à un acte opérant obligation ou décharge (escroquerie) et des fonds, des valeurs ou un bien quelconque (abus de confiance). Ces références qui sont purement patrimoniales interdisent de considérer qu'un élément extrapatrimonial, et donc attaché à la personne humaine, puisse faire l'objet d'une escroquerie ou d'un abus de confiance. L'identité patrimoniale de ces infractions est donc sauvegardée. Ainsi, la jurisprudence, pour peu que les mots aient un sens, ne considèrera pas le délit d'escroquerie constitué dans l'hypothèse d'un individu qui en trompe un deuxième afin de déterminer celui-ci à avoir une relation sexuelle avec lui, précisément parce que la condition préalable, qui est nécessairement d'ordre patrimonial selon le texte, fait ici défaut[250].

---

[248] *R.S.C.* 1995, 593, obs. Delmas Saint-Hilaire

[249] Ollard R., *op. cit.*, p. 569

[250] La qualification est ici, nous semble-t-il, celle de viol, incrimination emblématique du Livre II. Ce crime peut en effet se commettre, au sens de l'article 222-23 par surprise. On peut toutefois penser que dans une telle hypothèse, les juges n'entreront en voie de condamnation que si la tromperie revêt un caractère particulièrement puissant.

103. Il n'est donc pas tout à fait exact de soutenir que l'élimination de la référence au préjudice patrimonial permet aux incriminations d'escroquerie et d'abus de confiance d'investir la sphère de la personne humaine : la référence au dommage et à la condition préalable qui sont tous deux d'ordre patrimonial ancre profondément ces infractions dans le champ du seul patrimoine et les préserve d'une telle dérive.

La distinction civiliste entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux est donc ici maintenue.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

104. L'impression que le droit pénal laisse du concept de patrimoine par rapport à la même instance vue par le droit civil semble tout en nuances. Il est vrai que le droit pénal se détache sur plusieurs points de la théorie civiliste qui considère le patrimoine comme l'universalité de droit contenant l'actif (droits personnels et droits réels) et le passif d'une personne, et excluant les droits extrapatrimoniaux de celle-ci.

D'abord, le droit pénal ignore la référence au passif et ne conçoit les droits personnels que de manière incidente. Ensuite, il a une vision en extension des droits réels. Enfin, il ne s'interdit pas, quelque fois, d'intégrer au patrimoine des éléments attachés à la personne humaine.

105. Or, on l'a amplement remarqué, ce serait un excès que d'en tirer la conclusion que le droit pénal se place à rebours du droit civil. Au contraire, lorsqu'il déforme la théorie civiliste, c'est souvent sur des points où le droit civil lui-même trahit ou modifie sa propre conception originelle du patrimoine (ainsi par exemple, l'abstraction du passif en droit pénal ne tranche pas totalement avec le droit civil, celui-ci ayant en réalité une approche toute relative de cette référence au passif[251]). Partant de ce constat, il semble plus juste de considérer que le droit pénal s'inscrit bel et bien dans le sillage du droit civil. Le concept de patrimoine apparaît en droit privé comme une théorie qui souffre quelques écarts, les écarts imputables au droit pénal coïncidant souvent avec ceux du droit civil, même s'il les exacerbe pour la plupart.

106. Transition. En définitive, le droit pénal se montre relativement fidèle au droit civil dans son appréhension des concepts de bien et de patrimoine. Cette étude apporte

[251] Voir *supra* n°79

donc du crédit à la thèse qui conteste l'entière autonomie du droit pénal : ce dernier en effet, ne fait pas abstraction du droit civil et bâtit les concepts de bien et de patrimoine sur son modèle. Avec M. Bredin, on pourrait alors penser que le droit civil est véritablement *« la source »* du droit pénal[252].

Pour autant, la thèse adverse, celle qui défend l'autonomie conceptuelle du droit pénal n'est pas sans ressources car s'il est en phase avec le droit civil dans son appréhension des concepts de bien et de patrimoine, le droit pénal adopte en revanche une position conceptuelle nettement différente s'agissant des concepts de possession et de propriété.

[252] Bredin J.-D., Préface de la thèse de Corlay P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, L.G.D.J., tome 157, 1978

Seconde partie : A rebours du droit civil, l'objectivisation des concepts de possession et de propriété par le droit pénal

107. Lorsqu'il appréhende les concepts tenant à deux des pouvoirs portant sur les biens –la possession et la propriété-, le droit pénal semble apporter du crédit à la thèse qui postule son autonomie.

En effet, il adopte une approche de ces concepts très différente de celle du droit civil, si bien que l'on pourra parfois avoir l'impression qu'il ne décrit pas la même notion.

La possession (Chapitre 1) et la propriété (Chapitre 2) sont effectivement profondément objectivées par le droit pénal.

CHAPITRE 1 – LA POSSESSION OBJECTIVÉE

108. La possession est sans doute au droit civil ce que Hélène de Troie (ou de Sparte, c'est bien là le cœur du problème) est à l'Iliade : elle est à la source de l'une des plus célèbres controverses qui a agité la matière[253]. A son sujet, deux juristes allemands, Savigny et Jhering se sont affrontés avec une vigueur rare et même si un auteur français, Saleilles, est venu au secours du second, c'est la conception subjective du premier qui l'a finalement emporté[254]. En droit civil du moins.

109. C'est donc en parfaite conscience de ranimer un ardent débat qu'il faut entamer l'étude du concept de possession en droit pénal, un nouveau terrain où la conception objective pourrait peut-être enfin tenir sa revanche.

110. Précisément, l'apport de la conception subjective de la possession en droit pénal est à la source d'une flagrante contradiction dans la théorie de la soustraction

[253] Pour un rappel des éléments de la controverse, voir *supra* n°10

[254] La majorité des auteurs estime effectivement que le droit civil français connaît d'une conception subjective de la possession. En ce sens, entre autres : Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2e éd., 2010, n°126 ; Cornu, *Droit civil, Les biens*, Montchrestien, 13e éd., 2007, n°43 ; Desgorces R., *Les biens*, Hachette supérieur, 3e éd., 2013, p. 33 ; Terré F., Simler Ph., *Les biens*, Dalloz, 8e éd., 2010, n°156 et s. Pour une position plus nuancée : Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013, n°484 et s. En outre, la conception subjective est celle retenue par le projet de réforme du droit des biens : voir Périnet-Marquet H., (dir.) *Projet de réforme du droit des biens, Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens,* Litec, coll. Carré droit, 2009. art.543

frauduleuse en matière de vol (§1). Contradiction résolue dès lors que l'on adopte une conception objective de cette notion (§2).

§1 - L'inadéquation de la conception civiliste subjective de la possession

111. Il n'est sans doute pas exagéré d'affirmer que la théorie civiliste de la possession est venue au secours de l'incrimination de vol en lui permettant de trouver application même dans l'hypothèse d'une remise préalable de la détention (A). Pour autant, l'apport de cette notion dans sa conception civiliste n'est pas sans un effet secondaire particulièrement néfaste : la renaissance du dol spécial (B).

A) La théorie de la possession au secours de l'incrimination de vol

112. La partition du *furtum* romain en trois délits distincts avait le mérite de la clarté, elle entraînait toutefois une réduction du domaine de la répression[255]. En ce qui concerne l'incrimination de vol, des arrêts anciens lui imprimaient d'étroites limites en affirmant que *« pour soustraire »*, il faut *« prendre, enlever, ravir »*[256]. Dès lors, la soustraction était incompatible avec la remise préalable de la chose par la victime. La Cour de cassation l'affirmait avec clarté dans un arrêt *Prost* en date du 7 janvier 1864[257] : *« il n'y a pas de soustraction dans le sens précis et légal de ce mot dans le cas où la chose a été remise volontairement par le propriétaire à la personne inculpée »*.

Pour être stricte, cette conception matérielle de la soustraction l'était peut-être à l'excès. Elle laissait impunis des comportements graves dès lors que l'agent s'était vu remettre le bien en vertu d'un contrat non visé par l'article 408 de l'ancien Code pénal incriminant l'abus de confiance. Ne pouvait être qualifié de vol l'appropriation de la chose dont le propriétaire n'avait pourtant entendu confier que la seule détention. Ainsi, par exemple, n'était pas coupable de vol celui qui s'appropriait la chose que son propriétaire lui avait simplement remis pour examen.

Pour cette raison, la jurisprudence a très tôt admit que la remise préalable de la chose

---

[255] En ce sens, on lira J. Léauté : *« Le délit* (le *furtum*) *englobait beaucoup des hypothèses modernes de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance. Il en comprenait mêmes d'autres, exclues de nos jours par ces textes. »* ; *« Les idées restrictives de la Révolution s'y retrouvent. Au lieu du délit large de furtum romain ou de vol sous l'ancien régime prévaut une manière plus limitative de voir »*. Léauté J., « 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. Mélanges Maurice Patin,* Cujas, 1965, p. 228

[256] Crim 18 novembre 1837, *Bull. crim.* n°405 ; Crim. 9 juillet 1853, *S.* 1853.1.668, *D.* 1853.1.288

[257] Crim. 7 janvier 1864, *S.* 1864.1.242, rapport Helie

n'excluait plus la soustraction[258], mais elle le faisait en usant d'une expression maladroite qui *« traduisait son embarras »*[259].

113. C'est Emile Garçon qui apporta à la jurisprudence la clé qui lui permettrait de réprimer désormais le vol en cas de remise préalable de la chose. Cette clé, l'auteur l'a trouvait dans la théorie civiliste de la possession, plus précisément dans la décomposition de celle-ci en deux éléments constitutifs, le corpus et l'animus[260].

Son raisonnement pourrait être résumé de la manière suivante. Le propriétaire d'une chose peut n'avoir remis à l'agent que le corpus et non l'animus : l'agent n'en a alors que la simple détention. La soustraction consisterait alors dans *« la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire »*[261]. C'est dire que le simple détenteur devient voleur en s'arrogeant l'animus possessoire afin de nover sa simple détention en véritable possession. Là est la soustraction, là est le vol.

114. A côté de la conception traditionnelle du vol (prendre, enlever, ravir) se développait ainsi une conception plus idéelle dite vol par maniement juridique. La jurisprudence s'est effectivement ralliée à l'opinion doctrinale de Garçon depuis un arrêt du 11 janvier 1919[262]. La chambre criminelle y affirmait dans une formule maintes fois reproduite depuis que *« la détention purement matérielle, non accompagnée d'une remise de la possession, n'est pas exclusive de la préhension qui constitue un élément du vol »*[263].

115. Comme le disait Garçon lui-même, la soustraction consiste dans l'usurpation *« de la véritable possession dans ses deux éléments simultanés et concomitants du corpus et de l'animus »*[264]. Toutefois, on se souvient ce à quoi correspond l'animus dans la

---

[258] Crim. 31 mars 1856, *Bull. crim*. n°115 ; Crim. 11 janvier 1867, *S.* 1867.1.306

[259] La jurisprudence utilisait l'expression de *« remise nécessaire et forcée »*. Pour une démonstration du caractère maladroit sinon erroné de cette expression, voir Corlay P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, L.G.D.J., tome 157, 1978, n°3

[260] On peut lire à ce sujet l'hommage à Emile Garçon aux Mélanges Decocq : Gautier P.-Y., « Emile Garçon et le droit civil », *in. Mélanges Decocq*, Litec 2004, p. 270 et s. On s'enrichira également à la lecture de Berr Cl. J., « Aspects actuels de la notion de soustraction frauduleuse », *R.S.C.* 1967, p. 49, n°17 : *« Le grand mérite de la théorie de Garçon a été de mettre en lumière l'imprécision de cette notion de remise et d'indiquer à la jurisprudence que, parmi les remises, certaines laissent subsister la possibilité d'une soustraction »*.

[261] Garçon E., *Code pénal annoté*, tome II, 1re éd., art. 379, n°40 et s.

[262] Crim. 11 janvier 1919, *Bull. crim.* n°9

[263] Entre autres : Crim. 22 décembre 1926, *Bull. crim.* n°317 ; Crim. 21 avril 1964, *D.* 1964, 398 ; Crim. 30 novembre 1977, *Bull. crim.* n°381 ; Crim. 3 mars 1992, Dr. pénal 1992, comm. 254 ; Crim. 8 février 1993, *Bull. crim.* n°65 ; Crim. 7 juin 1994, 93-81.442 ; Crim. 8 novembre 2011, 11-81.798
M. Ottenhof la juge d'ailleurs suffisamment célèbre pour en tirer l'inspiration d'une autre formule : voir ses observations sous Crim. 10 oct. 2001, *R.S.C.* 2002, p.110

[264] Garçon E., *op. cit.* n°40 et s.

théorie civiliste subjective de la possession : la volonté de prétendre à la propriété[265].

Dès lors, on pressent déjà à quelle contradiction majeure la brillante analyse de Garçon peut nous conduire.

B) La contradiction issue de la conception subjective de la possession : la résurrection du dol spécial

116. Dans la conception subjective développée par Savigny et qui a gagné les faveurs des civilistes, l'animus possessoire consiste en un *animus domini*, c'est-à-dire en la volonté de se conduire en propriétaire et de prétendre à la propriété.

117. Pour cette raison, la conception subjective de la possession, si on l'adopte en droit pénal, est à la source d'une éclatante contradiction dans la théorie de la soustraction. Effectivement, dès lors que l'on considère que l'élément psychologique de la possession consiste en la volonté de se revendiquer propriétaire de la chose, le détenteur ne peut devenir possesseur et donc voleur qu'à la condition qu'il ait la volonté de se comporter en propriétaire et de prétendre à la propriété, puisque c'est là un élément de la possession qu'il soustrait. Soustraire la possession, c'est en effet acquérir l'élément psychologique de celle-ci, donc la volonté de se comporter en propriétaire et de prétendre à la propriété. Le juge, pour entrer en voie de condamnation devrait alors, en théorie, caractériser en cette hypothèse l'existence d'un *animus domini* de la part de l'agent.

Or, cette exigence est en contradiction frontale avec une autre donnée : l'inexistence, au sein de l'élément moral du vol d'un *dol spécial* qui consisterait en une volonté d'appropriation[266].

---

[265] Voir *supra* n°10

[266] La question de savoir si un tel dol spécial existe ou non est un autre débat sur lequel on ne s'étendra pas. On s'en tiendra pour notre part à ce qui semble aujourd'hui être l'opinion majoritaire : l'inexistence du dol spécial.
Dans les années 70, Madame Delmas-Marty considérait déjà que le dol spécial se fondait dans le dol général (Crim. 12 mars 1970, *D.* 1970, 386, note Delmas-Marty). Aujourd'hui, l'idée peut être considérée comme ayant pénétré la doctrine et la jurisprudence.

C'est effectivement la seule explication qui permet de comprendre les décisions de la chambre criminelle confirmant la condamnation pour vol du créancier qui s'empare des biens de son débiteur pour se constituer un gage (entre autre, Crim, 7 octobre 1959, *Bull. crim.* n°414). Pour une démonstration de l'absence de ce dol spécial enrichie d'opinions doctrinales et par la jurisprudence, voir Corlay P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, L.G.D.J., tome 157, 1978, n°78 et s.

Egalement dans notre sens, voir Dreyer E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2e éd., 2012, n°899 : *« La jurisprudence ajoutait la nécessité de rapporter la preuve d'un dol spécial. (...) Cette jurisprudence a été abandonnée lorsqu'on a admis la sanction du vol d'usage. (...) un dol spécial n'a plus à être démontré »*. Voir également Pradel J., Danti-Juan M., *Droit pénal spécial*, Cujas, 5e éd., 2010, n°854 : *« Ce que n'est pas l'intention »*

Pour une opinion contraire, on lira Rassat M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6e éd., 2011, n°115 et s.

118. Ainsi, l'introduction de la notion de possession en droit pénal par Garçon ressusciterait l'exigence de ce dol spécial, du moins dans l'hypothèse d'une remise de la détention, la soustraction de la possession impliquant celle de son élément psychologique et donc de la volonté de se comporter comme propriétaire et de prétendre à la propriété. Or, c'est précisément l'absence de ce dol spécial qui permet de réprimer le « vol d'usage »[267], situation dans laquelle le voleur n'entend pas s'approprier la chose puisqu'il la rend après l'avoir momentanément soustraite[268]. De ce fait, il deviendrait impossible de punir le vol d'usage dès lors que la détention a été remise préalablement. Ainsi, le client d'une concession automobile à qui l'on propose de s'installer au poste de commande pour observation et qui s'enfuit avec le véhicule pour aller faire une course et le ramène plus tard ne serait pas coupable, en théorie, d'une soustraction de la possession et donc d'un vol par cette raison qu'il n'a pas acquis l'élément moral de la possession, *l'animus domini*.

119. La contradiction est claire, toutefois il existe deux moyens de s'en défaire. Il est d'abord possible d'accepter l'existence de ces deux éléments contradictoires et de leur aménager un domaine propre à chacun et dont l'élément moral de l'infraction serait fonction :

- En l'absence de remise volontaire, la soustraction est matérielle et n'implique pas la volonté de se comporter comme propriétaire et de prétendre à la propriété ; dès lors, le vol d'usage est punissable.
- Au contraire, dans l'hypothèse d'une remise préalable et donc d'une soustraction juridique de la possession, le dol spécial est exigé car c'est un élément de la possession soustraite, excluant ainsi la répression du vol d'usage.

---

[267] Ainsi, la chambre criminelle sanctionne le vol d'usage. Voir par exemple : Crim. 19 février 1959, *D.* 1959, 331, note Roujou de Boubée ; *J.C.P.* 1959.II.11178, note Chambon

[268] Le point de savoir si la volonté de se comporter en propriétaire et de prétendre à la propriété de la chose implique nécessairement que l'appropriation soit définitive est lui aussi discuté. Ainsi, un auteur avance que l'on peut vouloir se comporter en propriétaire tout en ayant l'intention de rendre la chose après usage (Rassat M.-L., *op. cit.*, n°116 et s.). On peut toutefois penser le contraire, à l'aune des règles du droit civil toujours, la propriété ayant un caractère perpétuel. De surcroît, celui qui entend « emprunter » le bien puis le rendre ensuite ne cherche pas à méconnaître le titre du propriétaire et donc, nécessairement n'entend pas se comporter en propriétaire et prétendre à la propriété. S'il rend le bien, c'est précisément parce qu'il ne se considère pas comme propriétaire et qu'il ne nie pas que le bien appartienne à autrui. Sinon, pourquoi le rendrait-il ?

C'est pourquoi il nous apparaît que l'exigence du dol spécial empêcherait la répression du vol d'usage car celui qui emprunte n'a pas cette volonté. Dans notre sens, voir Dreyer E., *op. cit.*, n°899 : *« La jurisprudence ajoutait la nécessité de rapporter la preuve d'un dol spécial.* (…) *Cette jurisprudence a été abandonnée lorsqu'on a admis la sanction du vol d'usage ».* Voir également Pradel J., Danti-Juan M., *op. cit.*, n°854. Ces auteurs font un lien net entre le dol spécial et la répression du vol d'usage.

C'est cependant là une distinction artificielle, uniquement dictée par l'impact d'une théorie civiliste sur le droit pénal, domaine pour lequel elle n'a pas été pensée et demeure inadaptée. De surcroît, aucun argument de politique criminelle ne vient la justifier : en quoi serait-il plus opportun de réprimer le comportement de celui qui « emprunte » un véhicule trouvé et non le comportement de celui qui l'« emprunte » après qu'on le lui ait remis pour simple observation ?

120. La véritable solution qui permettrait de résoudre la contradiction purge le mal à sa source : plutôt que d'adopter une conception subjective de la possession, il suffirait de lui préférer la conception objective où l'élément moral ne consisterait plus en la volonté de se comporter comme propriétaire de la chose. D'ailleurs, Garçon ne l'avouait-il pas lui-même lorsqu'il soutenait qu'*« en matière de vol, il faut revenir à une notion plus archaïque* (de la possession) »[269] et que la conception objective *« se concilierait facilement »*[270] avec la théorie du vol qu'il essayait de dégager ?

§2 - L'adéquation de la conception objective de la possession

121. A l'inverse du droit civil, c'est la conception objective de la possession qui semble adaptée aux exigences du droit pénal. Si un auteur, M. Corlay, a mis cette idée en évidence (A), il nous faut encore constater que seule une conception objective renouvelée réalise parfaitement cette adéquation (B).

A) La relative pertinence de la conception objective classique

122. La conception objective développée par Jhering se révèle plus pertinente que la conception subjective de Savigny (1). Toutefois, force est de constater que la principale faiblesse qui affecte cette théorie en droit civil et mise en évidence par Saleilles perdure en droit pénal (2).

[269] Garçon E., *Code pénal annoté*, tome II, 1re éd., art. 379, n°43
[270] *Ibid.*, n°44

1° Pertinence

123. Si sa théorie fut qualifiée d'objective, c'est simplement parce que Jhering *« n'attache aucune importance à l'animus du possesseur »*[271]. Certes, il n'en niait pas l'existence mais il n'en faisait pas pour autant un élément constitutif autonome comme Savigny. A son sens, l'animus et le corpus ne sont que les deux faces du rapport possessoire. Surtout, Jhering concentrait ses critiques sur la notion *d'animus domini* dont il niait purement et simplement l'existence[272] de telle manière que le possesseur chez Jhering n'est pas nécessairement animé par la volonté de prétendre à la propriété[273].

124. Dans sa thèse de doctorat, M. Corlay s'est attaché à mettre en lumière la pertinence de cette conception objective relativement à la théorie de Garçon[274].

Effectivement, dès lors que l'on retire *l'animus domini* des éléments constitutifs de la possession, celle-ci peut être soustraite sans que l'agent acquière *l'animus domini.* Il n'est alors plus besoin que l'agent ait la volonté de se comporter comme propriétaire et de prétendre à la propriété pour être puni comme voleur. N'étant plus de l'essence de la possession dans une conception objective de celle-ci, cette volonté d'appropriation n'est plus, par définition, de celle de la soustraction de cette possession. L'exigence d'un dol spécial disparaît alors là où la conception subjective l'avait fait renaître.

En pratique donc, le juge n'est pas tenu de rechercher une volonté d'appropriation, même dans l'hypothèse d'une soustraction de la possession après remise préalable de la détention[275]. Soustraire la possession, ce n'est en effet plus soustraire *l'animus domini* dès lors que comme Jhering, l'on épure la notion de cet élément psychologique qui est en fait propre à la conception de Savigny.

125. Ainsi, en mobilisant la notion de possession, Garçon élargissait l'élément matériel du vol ; on pouvait toutefois craindre que dans le même temps, il restreignait l'élément moral en ressuscitant l'exigence du dol spécial. Mais en précisant que la notion de possession adoptée par Garçon est en fait objective, M. Corlay permet de désamorcer

---

[271] Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013, n°486

[272] *« Pour Jhering (...) l'animus domini n'existe pas »* : Saleilles R., « Etude sur les éléments constitutifs de la possession », *in. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1894, p. 201, n°79

[273] Voir *supra* n°10

[274] Corlay P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession,* L.G.D.J., tome 157, 1978

[275] Pour une référence jurisprudentielle commentée par M. Corlay lui-même : Crim. 8 janvier 1979, *D.* 1979, 509, note Corlay

cette inquiétude.

Autrement dit, la qualification de vol se trouve, grâce à la théorie de Garçon élargie sur le plan matériel sans être réduite, grâce à M. Corlay, sur le plan intellectuel.

Toutefois, cela semble en réalité être quitter une difficulté pour une autre.

2° Limites

126. Dans un mouvement de parallèles, on peut faire à M. Corlay les mêmes critiques que Saleilles faisait en son temps à Jhering.

Ce dernier enferme effectivement dans ses travaux, une faille majeure. Comme le relève Saleilles, la thèse de Jhering emporte *« cette conséquence qu'il n'y a pas de différence théorique, de différence de principe, entre possession et détention »*[276]. Chez Jhering, détention et possession sont assimilées, c'est là même le *« point culminant »*[277] de son système selon Saleilles.

Effectivement, en supprimant *l'animus domini* sans le remplacer, Jhering annihile le marqueur qui permettait, chez Savigny –et donc à la doctrine civiliste- de faire le départ entre le possesseur et le simple détenteur. A son sens, il n'y a pas d'animus possessoire distinct de *l'animus detinendi* du détenteur. Autrement dit, possesseur et détenteur ont le même élément moral, leurs rapports à la chose sont identiques[278].

127. Par cette raison, la théorie de Jhering ne semble pas être en parfaite adéquation avec la théorie de Garçon. Selon ce dernier, la soustraction juridique consiste précisément pour un détenteur à nover sa détention en véritable possession. Or, comment un tel passage de la détention à la possession serait-il possible si, comme dans la théorie de Jhering, le détenteur est déjà possesseur ?

Dit d'une autre manière, selon Garçon, l'agent est voleur parce que, simple détenteur, il soustrait l'animus possessoire qui est *l'animus domini* selon Savigny. Or, Jhering supprime cet *animus domini* sans le remplacer : il n'y a donc plus rien à soustraire !

128. Ainsi, la conception objective en adéquation avec le droit pénal n'est certainement pas celle de Jhering. Il nous faut donc prolonger, sinon dépasser la pensée

[276] Saleilles R., *op. cit.*, n° 79

[277] *Ibid.*, n° 80

[278] En réalité et d'une certaine façon, Jhering reportait le marqueur de la distinction sur un autre élément, les interdits possessoires (c'est-à-dire les actions possessoires) : est une détention le rapport de possession auquel le législateur a retiré les interdits.

de M. Corlay[279] afin de démontrer qu'une conception objective renouvelée -celle de Saleilles- est plus appropriée encore.

B) L'entière pertinence d'une conception objective renouvelée

129. La conception objective de la possession développée par Saleilles donne presque l'impression d'avoir été pensée pour le droit pénal (1), d'autant plus qu'on devrait être en mesure d'écarter les critiques faites à une telle affirmation (2).

1° Pertinence

130. La faille de la théorie de Jhering était d'assimiler détenteur et possesseur, interdisant l'idée de passage de la détention à la possession, ce qui était pourtant le cœur de la démonstration de Garçon.

Pour résoudre la contradiction à laquelle conduit la conception de Jhering, il serait donc nécessaire de caractériser l'existence d'un animus possessoire distinct du simple *animus detinendi* du détenteur, ce que ne permet pas la théorie de Jhering. C'est cet animus possessoire qui sera soustrait par le voleur en application de la théorie de Garçon. Pour autant, cet animus possessoire ne doit pas être *l'animus domini* de Savigny, au risque de réamorcer l'exigence du dol spécial. Une analyse à la croisée des chemins entre Savigny et Jhering s'impose donc.

131. Dans son célèbre article sur les éléments constitutifs de la possession[280], Saleilles reprenait la conception objective de Jhering en la corrigeant sur plusieurs points. Le nœud gordien de son travail sur l'animus peut être résumé en deux propositions :

- Contre Savigny et avec Jhering, l'animus possessoire n'est pas un *animus domini*[281].

- Contre Jhering et avec Savigny, *« il y a (...) un animus possidendi distinct de l'animus inhérent à la détention »*[282]. Autrement dit, et c'est sur ce point que Saleilles se détache nettement de Jhering, animus possessoire et *animus detinendi* ne sont pas deux

---

[279] Dans sa thèse de doctorat, l'auteur fait référence à la conception objective de la possession, sans préciser s'il retient celle de Jhering ou celle de Saleilles. Il ne fait toutefois pas mention de ce deuxième auteur dans le corps de ses développements. On prendra précisément le contrepied de cette démarche.

[280] Saleilles R., « Etude sur les éléments constitutifs de la possession », *in. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1894, p. 201

[281] *Ibid.*, n°107

[282] *Ibid.*, n° 106

mots pour une même réalité.

En somme, le possesseur est animé par un élément moral différent et même supérieur à celui du simple détenteur, pour autant, cet élément moral n'est pas *l'animus domini* de Savigny.

Selon Saleilles, l'animus possessoire n'est pas dirigé vers le droit de propriété mais vers le fait. A son sens, l'animus de la possession est *« la volonté d'agir comme maître de fait de la chose »*[283], non comme propriétaire. Il est le fait de *« prétendre à la maîtrise de la chose »*[284], la prétention de se conduire en maître *« et non en subordonné »*[285] à la différence du simple détenteur.

132. Cette conception semble se marier harmonieusement à la théorie de Garçon. Effectivement, la volonté tournée vers le fait, c'est-à-dire la volonté d'être le maître de la chose correspond à l'élément moral du voleur. Le vol par soustraction juridique s'applique alors de la manière suivante : le simple détenteur, dès lors qu'il décide, contre la volonté du propriétaire, de se faire maître de fait de la chose qu'on lui a remise devient possesseur et donc voleur. Il a soustrait l'*animus possidendi* en novant sa volonté de subordonné en volonté de maîtrise de fait.

Avec cette approche, nul besoin de rechercher le dol spécial car ce n'est pas *l'animus domini* qui permet le passage de la détention à la possession. La seule volonté que le juge devra caractériser est celle de se poser en maître de la chose, ce qui est très différent de la volonté de prétendre à la propriété.

133. Effectivement, seule la première permet de réprimer le vol d'usage. La maîtrise de fait est en effet dépouillée de l'exigence de perpétuité qui est au contraire intrinsèque à la propriété[286]. Celui qui « emprunte » le bien ne prétend pas à la propriété par ces raisons que nous avons déjà exposées[287] mais il a bien la volonté d'être le maître, le temps d'un moment du moins. Lors de la période « d'emprunt », le voleur ne nie pas le titre de propriété du propriétaire (il entend rendre le bien) ; en revanche, il nie que le propriétaire soit le maître de fait, précisément parce qu'il l'empêche d'être ce maître. Le voleur peut nier vouloir être le propriétaire mais certainement pas le maître. Cela

[283] *Ibid.*, n° 109
[284] *Ibid.*, n° 112
[285] *Loc. cit.*
[286] La propriété a effectivement vocation à la perpétuité. Voir *infra* n°165
[287] Voir notre note de bas de page à la référence n°268

correspond d'ailleurs à la réalité sur un plan matériel et non plus intentionnel : le voleur, s'il est bien maître de la chose dans les faits, ne devient pas effectivement propriétaire[288].

134. Ainsi, il faut en conclure que Garçon, lorsqu'il utilisait la notion de possession dans ses travaux faisait en réalité référence, non pas à la théorie de Savigny, ni à celle de Jhering mais bien à celle de Saleilles.

Par cette raison, on est conduit à affirmer avec force que la théorie de Saleilles, si elle n'a pas retenu les faveurs des civilistes, est aujourd'hui et sous l'impulsion de Garçon, en cours d'application systématique par la chambre criminelle de la Cour de cassation lorsque celle-ci considère que *« la détention purement matérielle, non accompagnée d'une remise de la possession, n'est pas exclusive de la préhension qui constitue un élément du vol »*[289]. La possession dont il est ici fait mention ne peut être, comme nous avons voulu le démontrer, que celle conceptualisée par Saleilles. C'est du moins la seule conception qui permet à la chambre criminelle d'assurer la cohérence de sa jurisprudence.

Des critiques pourraient être faites à cette thèse. On tentera de les écarter.

2° Rejet des critiques

135. Deux critiques semblent pouvoir fragiliser notre thèse. L'une comme l'autre visent à mettre en évidence des failles dans l'apport de la théorie de Saleilles en droit pénal.

136. D'abord, on pourrait soutenir que la théorie de Saleilles, parce qu'elle réserve une place conséquente à l'animus possessoire ressuscite la recherche de volonté que l'on voulait précisément écarter.

Ce serait oublier que la théorie de Saleilles reste objective : l'animus, s'il existe, n'est pas un élément autonome de la possession. L'auteur l'affirme lui-même : l'animus *« devient un élément du corpus possessoire lui-même »*[290]. A quelques lignes de distance, Saleilles assène même que *« la volonté n'est plus qu'un élément secondaire »*[291]. Sur ce point, l'auteur rejoint Jhering sur l'aspect majeur de sa théorie : l'animus est imbriqué dans le corpus ; plus encore, le second révèle le premier. C'est *« l'élément que le corpus*

---

[288] Voir *infra* n°148 où l'on explique que l'usurpateur, même s'il le désire, ne devient pas propriétaire.

[289] Entre autres : Crim. 11 janvier 1919, *Bull. crim.* n°9 ; Crim. 22 décembre 1926, *Bull. crim.* n°317 ; Crim. 21 avril 1964, *D.* 1964, 398 ; Crim. 30 novembre 1977, *Bull. crim.* n°381 ; Crim. 3 mars 1992, Dr. pénal 1992, comm. 254 ; Crim. 8 février 1993, *Bull. crim.* n°65 ; Crim. 7 juin 1994, 93-81.442 ; Crim. 8 novembre 2011, 11-81.798

[290] Saleilles R., *op. cit.* n° 116

[291] *Ibid.*, n° 118

est censé impliquer »[292] explique l'auteur en parlant de l'animus. Ainsi, en droit pénal, la volonté de posséder du voleur est impliquée par l'exercice effectif du pouvoir de fait : nul besoin de mener une recherche autonome de la volonté.

Quand bien même, cette volonté n'apparaît en rien comparable au dol spécial. Au contraire, *l'animus possidendi* dans la conception de Saleilles semble s'apparenter davantage à l'irréductible animus du voleur : le dol général. Vouloir se comporter en maître de la chose, dès lors que l'on sait le faire au mépris de la volonté du véritable propriétaire, n'est-ce pas ce qui est exigé du point de vue intentionnel de la part de tout voleur ? La recherche de volonté imposée par la théorie de Saleilles n'ajoute rien à ce qui est déjà commandé par le caractère intentionnel de l'infraction de vol.

137. Ensuite, on pourrait nous objecter que Saleilles lui-même réserve dans sa théorie un élément qui viendrait fracasser la concordance que l'on essayait de lui prêter avec le droit pénal. En effet, l'auteur précisait qu'en principe, la possession suppose une *« relation durable »*[293] avec la chose. Partant de là, il n'y aurait donc pas prise de possession par celui qui « emprunte » momentanément la chose d'autrui contre sa volonté, et donc pas de vol. La répression du vol d'usage serait donc de nouveau rendue impossible.

Cette critique doit être écartée pour quatre raisons.

Premièrement, on remarquera que Saleilles ne pose dans le caractère durable de la possession, qu'une règle de principe.[294] Un auteur a même écrit, commentant Saleilles, qu'il n'y avait là pas plus qu'une *« pétition de principe »*[295].

Deuxièmement, le principe posé par Saleilles selon lequel la possession est une relation durable, est considéré par les civilistes comme en contradiction avec le reste de sa théorie[296]. Dès lors, il n'est pas étonnant que cet élément vienne perturber l'adéquation qui existe entre la thèse de Saleilles et celle de Garçon.

Troisièmement, si Saleilles a posé ce principe de relation durable, c'est, de son aveu même[297] en raison du fait qu'à son époque l'exercice de tous les interdits possessoires

---

[292] *Ibid.*, n° 119

[293] *Ibid.*, n° 110

[294] *« En principe, il faut poser cela en règle et par suite en présomption », Loc. cit.*

[295] Corlay P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, L.G.D.J., tome 157, 1978, n°12

[296] Seul un civiliste peut faire une aussi brillante démonstration. Voir *Ibid.*, n°13

[297] Aveu implicite certes : *Ibid.*, n°81

était conditionné par le caractère « non précaire » de la possession[298]. Or, à l'heure d'aujourd'hui, cette exigence a été abandonnée en ce qui concerne l'action possessoire de réintégrande de l'article 1264 du Code de procédure civile : s'il réécrivait sa théorie de nos jours, Saleilles ne formulerait peut-être donc pas le même principe.

Quatrièmement et en lien avec la troisième remarque, le caractère durable de la possession découle (ou découlait comme on vient de le dire) des conditions des interdits possessoires qui sont des mécanismes de pur droit civil. Or, rien n'impose de faire ricocher cette exigence en droit pénal. On peut plutôt considérer que le caractère durable n'est pas un élément de la possession mais une qualité de celle-ci : la possession peut exister sans être durable, seulement, elle doit l'être pour donner lieu à une action possessoire autre que la réintégrande. Le caractère durable n'est qu'une qualité supplémentaire requise pour exercer ces actions. En réalité, si Saleilles s'était sentit contraint de faire de cette qualité un élément même de la possession, au point de contredire le reste de sa théorie, c'est parce qu'il ne voyait pas l'utilité de la notion de possession en dehors de l'exercice des actions possessoires : le caractère durable que ces actions exigeaient pouvait donc se confondre avec la substance même de la possession. Or, ne sommes-nous pas en train de prouver que le concept de possession est intéressant même en dehors du cadre des seules actions possessoires puisqu'il intéresse aussi le droit pénal ?

138. En réalité, Saleilles semble avoir considérablement minimisé la portée de sa propre théorie. Bien au-delà des actions possessoires, elle est la clé qui permet au juge pénal de réprimer le vol par maniement juridique[299].

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

139. Ainsi, il faut en conclure que contrairement au droit civil, le droit pénal est plus adapté à une conception de la possession qui est celle de Jhering et plus encore de Saleilles. Si les deux auteurs ont perdu la bataille du droit civil face à Savigny, ils en ont gagné une autre sur un terrain inattendu, le droit pénal.

---

[298] Ainsi en disposait l'article 23 ancien de l'ancien Code de procédure civile jusqu'à la loi du 9 juillet 1975.

[299] Entre autres : Crim. 11 janvier 1919, *Bull. crim.* n°9 ; Crim. 22 décembre 1926, *Bull. crim.* n°317 ; Crim. 21 avril 1964, *D.* 1964, 398 ; Crim. 30 novembre 1977, *Bull. crim.* n°381 ; Crim. 3 mars 1992, Dr. pénal 1992, comm. 254 ; Crim. 8 février 1993, *Bull. crim.* n°65 ; Crim. 7 juin 1994, 93-81.442 ; Crim. 8 novembre 2011, 11-81.798

La conception civiliste subjective de la possession s'est en effet révélée inadaptée aux exigences du droit pénal : elle avait le singulier défaut de ressusciter le dol spécial parmi les éléments constitutifs du vol. Pour autant, la conception objective de Jhering n'était pas elle non plus dénuée de désavantages : en assimilant détenteur et possesseur, l'auteur allemand empêchait le passage de la détention à la possession, ce qui était pourtant un élément essentiel de la théorie de Garçon. Ainsi, c'est une thèse à la croisée des chemins, celle de Salleiles qui s'est révélée en adéquation avec les exigences du droit pénal.

Conceptions subjectives et objectives de la possession coexistent donc en droit privé.

140. Partant de là, faut-il faire de cette divergence entre droit civil et droit pénal un argument au service de la thèse postulant l'autonomie du droit pénal ? Sans doute. Quoiqu'il nous faut rappeler à celui qui voudrait utiliser notre étude dans le sens de l'autonomie que ce qu'il croît à son crédit est en fait un argument à double tranchant : certes, une approche primaire de notre étude pourrait laisser à penser que droit civil et droit pénal sont autonomes, mais une approche plus approfondie révèle plutôt l'idée inverse ! N'a-t-on pas démontré précisément que l'une des plus célèbres controverses qui a agité le droit civil, celle de la possession, intéressait aussi le droit pénal ? Si les deux matières ne proposent pas les mêmes réponses, n'est-ce pas déjà qu'elles se posent les mêmes questions ?

141. Un constat assez similaire semble pouvoir être tiré d'une étude de la propriété à l'aune du droit pénal.

CHAPITRE 2 – LA PROPRIÉTÉ OBJECTIVÉE

142. La question de la propriété dépasse le juriste. Il n'est pas de science humaine majeure qui n'en connaisse : théologie, politique, économie, sociologie, histoire, géographie, psychologie, morale… D'un point de vue strictement juridique, ce qu'on s'attachera à savoir, c'est si elle dépasse le civiliste[300] pour concerner aussi le pénaliste.

143. En droit civil, deux notions peuvent être distinguées comme existant au sein même de la propriété : le titre et le droit[301]. L'une comme l'autre ne sont pas ignorées par le droit pénal, précisément parce qu'il est amené à user de la vigueur qui le caractérise pour en assurer la protection. Néanmoins, cette approche s'opère au prix d'une véritable translation conceptuelle. Cette translation revêt respectivement deux formes selon qu'elle concerne le titre ou le droit : objectivation et objectivisation[302].

144. Le droit pénal objectivise le titre en ce sens qu'il inscrit la protection de ce dernier dans le réel, par ricochet sur la possession (§1). Le droit de propriété pour sa part, subit un véritable mouvement d'objectivisation par un effacement du sujet de ce droit qu'est le propriétaire (§2).

§1 - L'objectivation du titre de propriété

145. Liminairement, il convient de préciser le sens précis que l'on attache à l'expression de *titre de propriété.* Celle-ci peut en effet revêtir deux significations. L'expression *titre de propriété* peut d'abord être comprise dans le sens de titularité : la personne a la qualité, la dignité de propriétaire (exemple : « il agit à titre de propriétaire », c'est-à-dire en qualité de propriétaire). Elle peut ensuite être entendue comme signifiant l'écrit permettant de prouver la propriété (exemple : « je vous remets mon titre pour observation, voilà la preuve de ma propriété »). C'est au premier de ces sens que l'on se

---

[300] *« Comme le montre sa place dans le Code* (civil)*, le droit de propriété est au cœur du droit civil »* et *« L'objet principal de la législation civile est l'organisation et la défense de la propriété. »* Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens,* Defrénois, 5e éd., 2013, n°400

[301] Sur cette distinction, voir *supra* n°11

[302] On fait une subtile distinction entre ces termes. Le terme d'objectivation s'apparente à une extériorisation, un passage d'une donnée idéelle à une donnée présente dans le réel. Le terme d'objectivisation renvoie en revanche à l'idée d'un détachement par rapport à un sujet ou individu. On peut voir sur cette distinction l'entrée « objectif-ive » au *Trésor de la langue française.*

réfère exclusivement dans nos développements : le terme de titre est donc entendu ici dans le sens de titularité.

146. Un examen des incriminations du Livre III permet de constater que la protection pénale de la propriété est davantage protection de la possession (A). Il ne faut pas pour autant en déduire que le titre de propriété n'est pas perçu par le droit pénal. Effectivement, par le jeu d'un certain nombre de mécanismes, l'atteinte à la possession peut se prolonger en une véritable atteinte à la titularité de la propriété (B).

A) L'assimilation de la propriété à la possession

147. En droit civil, contrairement à ce que suggère le langage commun[303], la propriété vit en dehors de la possession. Le propriétaire d'un bien a la liberté d'être possesseur ou de ne pas l'être ; et l'on peut être possesseur sans être propriétaire.

148. Le droit pénal en revanche semble fondre la propriété dans le moule de la possession en *« organisant la répression des atteintes à la propriété à partir des atteintes à la possession »*[304]. Il apparaît effectivement que ce que la doctrine et le législateur lui-même[305] nomment *« infractions contre la propriété »* relève davantage d'atteintes à la possession tant il est vrai que ces infractions n'opèrent pas en elle-même un transfert du titre de propriété. La victime d'un vol, d'une escroquerie, d'un abus de confiance ou d'une atteinte matérielle, même si elle est troublée dans sa possession, demeure propriétaire de son bien[306] : ne dispose-t-elle pas d'une action en revendication contre l'infracteur, action précisément réservée au propriétaire[307] ?

Si la victime ne perd pas la titularité, c'est aussi parce que l'auteur d'une infraction contre les biens ne devient pas propriétaire à sa place : le Livre III du Code civil *« Des différentes manières dont on acquiert la propriété »* n'érige pas le vol, l'escroquerie ou

---

[303] Il « possède » une magnifique maison. Combien de champs « possède-t-il » ?

[304] Revet T., « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », *in. Droit pénal et autres branches du Droit*, Cujas, 2012, p. 29, n°5

[305] Le Code pénal de 1810 regroupait les infractions de vol, escroquerie et abus de confiance dans un chapitre intitulé *« les crimes et délits contre les propriétés »*

[306] Voir en ce sens Léauté J., « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », *in. Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1974, p. 246 : *« Le bien continuera à faire partie du patrimoine de la victime » ; « Les trois infractions ne sont pas très profondément liées au droit de propriété. »*

[307] Pour des développements sur l'action en revendication des meubles volés, on s'enrichira à la lecture de Auger D., *Le droit de propriété en droit pénal*, P.U.A.M., 2005, n°232 et s. En matière d'escroquerie et d'abus de confiance, Madame Auger note que l'action en revendication est impossible contre le tiers de bonne foi : elle demeure possible contre l'usurpateur lui-même.

l'abus de confiance en mode d'acquisition de la propriété.

Le titre de propriété loge dans la virtualité juridique, ce qui explique qu'il ne soit pas atteint par un comportement infractionnel matériel. Si l'infraction retire au propriétaire victime la capacité physique d'user, de jouir et de disposer[308] de son bien –en un mot, la possession- elle ne lui fait pas pour autant perdre la titularité. Selon l'expression de M. Léauté *« il devient un propriétaire aux mains vides »*[309] mais demeure propriétaire. Le titre de propriété de la victime survit à l'infraction qui lui en a « simplement » retiré la possession.

149. En droit pénal, protéger la propriété, c'est donc protéger le pouvoir de fait sur la chose –la possession- et non le pouvoir de droit en lui-même –la propriété-. Ce qui est véritablement atteint par l'infraction, c'est la possession et non la propriété. Ainsi, le droit pénal inscrit sa protection dans le réel, là où le droit civil a une approche beaucoup plus idéelle, abstraite du titre de propriété. En vérité, le droit pénal ramène la propriété à sa dimension objective, la possession. C'est en ce sens que l'on peut affirmer que le droit pénal objectivise le titre de propriété. Il faut y voir une marque du pragmatisme du droit pénal dans son approche conceptuelle des notions du droit civil.

150. Une étude de chacune des infractions dites « contre les biens » permettra de s'en convaincre.

Selon Garçon, le voleur n'opère qu'une prise de possession contre le gré du propriétaire[310]. Le voleur ne saurait devenir propriétaire, pas même par le jeu de la règle de l'article 2276 du Code civil et cela pour deux raisons. D'abord parce que s'il est voleur, c'est qu'il est nécessairement de mauvaise foi (le vol étant une infraction intentionnelle) et la mauvaise foi exclue l'application de l'adage *« en fait de meuble, possession vaut titre »*[311]. Ensuite, parce que la règle posée par l'article 2276 ne régit que les rapports du propriétaire privé de possession avec le tiers acquéreur et non les relations entre le

---

[308] Encore qu'il n'est théoriquement pas exclu que le propriétaire dépossédé puisse vendre le bien qui lui a été volé. C'est d'ailleurs là une preuve qu'il conserve bien sa propriété.

[309] Léauté J., « 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. Mélanges Maurice Patin*, Cujas, 1965, p. 225

[310] Voir *supra* n°113

[311] La condition tenant à l'existence de la bonne foi ne découle pas directement du texte de l'article 2276. Toutefois, *« doctrine et jurisprudence sont unanimes pour décider que l'article 2276, alinéa 1 suppose la bonne foi du possesseur »*. Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.* n°579. En outre, la bonne foi s'apprécie au moment de l'entrée en possession : Civ. 1re, 4 janvier 1972, *Bull.* n°4

propriétaire dépossédé et son ayant cause direct[312]. Le vol n'opère donc aucun transfert de propriété : concevoir le contraire serait récompenser le voleur en accordant un effet juridique bénéfique à son action pourtant illicite.

L'abus de confiance n'opère pas davantage un transfert de la qualité de propriétaire : certes, il trouble le propriétaire dans la destination qu'il souhaitait donner à sa chose en la remettant mais ne le prive pas de son titre.

La question est plus complexe en ce qui concerne l'escroquerie mais appel néanmoins la même réponse. La dupe peut effectivement entendre remettre la propriété de son bien à l'escroc. Toutefois, son consentement étant vicié par la tromperie dont-elle est victime, la remise doit être considérée comme nulle en application de l'article 1116 du Code civil et avec elle le transfert de propriété. La dupe demeure donc propriétaire[313].

Enfin, les atteintes matérielles ne privent pas le propriétaire de son titre. Il le conserve même si sa chose est détériorée ou dégradée.

151. De ces constatations, certains auteurs en tirent l'énergique conclusion que la formule *« d'appropriation frauduleuse »* est impropre[314] et relève plus « *de la commodité de langage que de l'exactitude de fond »*[315]. Selon M. Léauté, on suivrait *« une terminologie juridique plus précise en appelant [ces infractions] délits contre la possession mobilière d'autrui »*[316] et il est *« inexact »* et *« trompeur »* de considérer ces incriminations comme des sanctions de l'article 545 du Code civil[317]. L'affirmation est stupéfiante : les infractions du Livre III ne seraient pas des infractions contre la propriété.

Conceptuellement, le droit pénal ne connaîtrait donc que du concept de possession, celui-ci absorbant entièrement le concept de titre de propriété. Ce dernier ne serait en effet jamais atteint par l'infraction.

---

[312] La solution est donc différente lorsque le voleur remet un bien à un tiers de bonne foi. Voir *infra* n°154 et s.

[313] En notre sens on lira avec profit : Planiol M. « Dol civil et dol criminel », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 545-573 et p. 649-663 ; Léauté J., « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », *in. Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1974, p. 246 : *« En matière d'escroquerie et d'abus de confiance le malfaiteur qui agit avec l'animus d'un maître, ne parvient pas, non plus, à se rendre juridiquement propriétaire »*.

[314] Auger D., *Le droit de propriété en droit pénal*, P.U.A.M., 2005, n°198

[315] *Ibid.*, n°182

[316] Léauté J., « 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. Mélanges Maurice Patin*, Cujas, 1965, p. 228

[317] Léauté J., « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », *in. Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1974, p. 247

152. Cette analyse n'est pas à l'abri de la critique, du moins semble-t-elle excessive. Si la possession *« est aux avant-postes »* de la propriété comme le suggère lui-même M. Léauté[318], une atteinte à la possession ne peut-elle pas constituer l'étape préalable à une véritable atteinte au titre de propriété qui viendra ensuite prolonger l'infraction initiale ? L'infraction ne serait alors qu'un premier feu tiré pour abattre l'armure possessoire de la propriété afin qu'un second puisse ensuite la frapper au cœur.

B) La conversion des atteintes à la possession en atteintes au titre de propriété

153. L'infraction pénale, même si elle ne consomme en elle-même qu'une simple atteinte à la possession porte en germe une atteinte à la titularité de la propriété. Ce concept n'est donc pas ignoré par le droit pénal. En effet, l'atteinte à la possession peut être convertie en véritable atteinte au titre de propriété, principalement par le jeu de l'article 2276 du Code civil lorsque intervient un tiers de bonne foi (1) et accessoirement par d'autres mécanismes (2).

1° L'article 2276 du Code civil : en fait de meubles, possession vaut titre

154. L'article 2276 du Code civil dispose en son alinéa 1 qu'*« en fait de meubles, possession vaut titre »*. En vertu de cette règle, le possesseur d'un meuble qui l'a acquis *a non domino* (c'est-à-dire d'une personne qui n'était pas propriétaire) en devient immédiatement propriétaire[319] à condition d'être de bonne foi[320].

155. On l'a vu, l'usurpateur ne peut pas lui-même bénéficier de cette règle puisqu'il ne remplit aucune de ces deux conditions[321]. En revanche, il suffit que l'auteur de l'infraction remette le bien à un tiers de bonne foi pour que s'opère un véritable transfert de propriété. Par le jeu de l'article 2276 du Code civil, l'acquéreur de bonne foi devient propriétaire du bien objet de l'infraction. Or, s'il en devient propriétaire, c'est nécessairement que la victime de l'infraction a elle-même perdu son titre de propriété, précisément parce que cette titularité passe sur la tête de l'acquéreur. Dans cette

---

[318] *Ibid.*, p. 246

[319] Au-delà de cette conséquence de fond, l'article 2276 alinéa 1 pose aussi une règle de preuve de la propriété : la possession, lorsqu'elle revêt certains caractères fait présumer la propriété.

[320] La condition tenant à l'existence de la bonne foi ne découle pas directement du texte. Toutefois, *« doctrine et jurisprudence sont unanimes pour décider que l'article 2276, alinéa 1 suppose la bonne foi du possesseur »*. Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.* n°579. La bonne foi s'apprécie au moment de l'entrée en possession : Civ. 1re, 4 janvier 1972, *Bull.* n°4

[321] Voir *supra* n°150 et s.

hypothèse, la dépossession initiale de la victime s'est novée en véritable expropriation. Elle ne peut d'ailleurs plus revendiquer son bien, celui-ci étant désormais le bien du tiers.

156. L'infraction pénale est donc bien une atteinte potentielle à la titularité : elle ne lui porte pas directement atteinte car elle n'attaque en elle-même que la possession mais le jeu de l'article 2276 lui permet de prolonger son effet jusque sur le titre. Une personne qui se voit privée de la possession de son bien par une infraction peut ainsi craindre qu'à tout instant son bien soit remis à un tiers de bonne foi, ce qui lui en fera alors perdre la propriété.

157. Cette règle connaît toutefois une exception. Exception de taille car celle-ci concerne le vol. Effectivement, l'alinéa 2 de l'article précité dispose *que « celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. »*. En matière de vol[322], la victime conserve donc sa qualité de propriétaire pendant au moins trois ans. Il n'en demeure pas moins que ce délai écoulé, sa propriété peut être anéantie au profit du tiers acquéreur. De surcroît, l'article 2277 alinéa 1 du Code civil prévoit que lorsque le possesseur de bonne foi a acheté le meuble perdu ou volé *« dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles »* alors le propriétaire revendiquant ne peut reprendre son bien qu'à condition de verser au possesseur *« le prix qu'elle lui a coûté »*. En cette hypothèse particulière, il est vrai que le propriétaire volé ne perd pas la propriété de son bien, mais cela au prix d'une perte de propriété imposée sur un autre bien : la somme d'argent qu'il doit verser à l'acquéreur.

158. On ne saurait donc soutenir comme certains auteurs[323] que les infractions du Livre III ne sont pas dirigées contre la titularité de la propriété, concept qui serait alors ignoré par le droit pénal. Du moins le sont-elles indirectement. En empêchant une dépossession, le droit pénal entend empêcher aussi une expropriation qui viendrait la prolonger. C'est en ce sens que l'on peut dire que le droit pénal protège la propriété par

[322] Il est légitime de se demander ce qui justifie cette différence entre le vol d'une part et l'escroquerie et l'abus de confiance d'autre part (ainsi, la règle ne vaut pas pour un abus de confiance : Civ. 1re, 9 janvier 1996, *J.C.P.* 1996.I.3972, obs. Périnet-Marquet). Messieurs Malaurie et Aynès avancent que le propriétaire victime d'une escroquerie ou d'un abus de confiance mérite une protection *moindre « parce qu'il a eu tort de faire confiance à un coquin ; il ne serait pas juste que le tiers acquéreur de bonne foi subisse les conséquences de cette imprudence »*. Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.* n°581

[323] Madame Auger et plus particulièrement M. Léauté.

ricochet sur la possession. Cela est d'autant plus vrai qu'il est d'autres mécanismes qui permettent de prolonger l'atteinte à la possession causée par l'infraction en une atteinte à la propriété.

2° D'autres mécanismes de conversion

159. Une première illustration peut être apportée par les infractions de destructions, dégradations et détériorations. Il est évident que lorsque l'agent détruit totalement la chose, hypothèse visée par le premier terme de l'intitulé de l'incrimination[324], alors le titre de propriété s'éteint en même temps que la possession par cette simple raison que l'on ne peut être propriétaire d'une chose qui n'existe plus.

Au-delà des infractions de destructions, dégradations et détériorations, il suffit que le voleur ou l'escroc détruise la chose issue de son infraction pour annihiler le titre après avoir privé dans un premier temps le propriétaire de sa possession .

160. La théorie de l'accession permet également une conversion de l'atteinte à la possession en atteinte à la propriété. L'article 551 du Code civil dispose en effet que *« Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire »*. Plus précisément, l'article 554 prévoit que lorsque *« le propriétaire du sol (...) a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, (...) le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever. »* Autrement dit, par l'effet de l'accession, le propriétaire du sol est devenu propriétaire des matériaux. C'est précisément pour cela que le propriétaire originaire ne peut les enlever : il en a perdu la propriété au profit du constructeur. Il est vrai toutefois que le propriétaire du fonds est tenu d'indemniser le propriétaire des matériaux en en payant le prix et en lui versant des dommages et intérêts le cas échéant comme le prévoit également l'article 554. Il n'en demeure pas moins que la propriété a été transférée.

A l'aune du droit pénal, cette règle revêt une double vigueur. D'abord, parce qu'elle permet au délinquant de devenir propriétaire du bien qu'il a usurpé. Ainsi, le voleur qui incorpore à son terrain les matériaux qu'il a soustrait à son voisin en devient propriétaire. L'article 554 du Code civil ne pose en effet aucune condition qui tiendrait à la bonne foi

[324] Madame Rassat attribue une définition distincte à chacun des termes : *« on la détruit si on la fait disparaître en tant qu'objet précis ; on la détériore si, sans la détruire totalement, on la rend impropre à l'usage qui est le sien ; on la dégrade si on l'abîme sans pour autant la priver de son usage »* Rassat M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6e éd., 2011, n°260

du constructeur[325]. De même s'il incorpore ces matériaux au terrain d'un tiers, ce tiers en devient propriétaire. Dans les deux cas, la propriété de la victime est éteinte. Ensuite, parce que le tempérament à la perte de propriété posé par l'article 554 a toutes les chances, en matière délictuelle, de ne pas pouvoir être appliqué de manière effective. Il est en effet très probable que le propriétaire des matériaux ne retrouve jamais le voleur, celui-ci veillant le plus souvent à ne pas être découvert. Or, dès lors que celui-ci ne peut être identifié, il devient impossible de le condamner au paiement du prix et au versement des dommages et intérêts prévus par l'article 554.

161. En conclusion, il semble qu'il ne soit pas tout à fait juste d'affirmer que ce que le droit pénal appelle « propriété » est en fait « possession ». Le droit pénal protège effectivement la première, même s'il ne le fait que par ricochet sur la seconde.

Si les infractions du Livre III génèrent directement une atteinte à la possession, celle-ci porte en germe une atteinte à la propriété qui pourra la prolonger par le jeu des mécanismes suscités. Autrement dit, l'atteinte à la possession est réelle, l'atteinte à la propriété est potentielle.

Dans une approche conceptuelle, le droit pénal connaît donc bien du concept de propriété même s'il l'assimile pour une large part à la possession. Le titre de propriété n'est pas ignoré mais sa protection pénale s'inscrit dans le réel : elle suppose son objectivation par un rattachement à la possession.

Le concept de droit de propriété subit un processus similaire même si celui-ci s'identifie davantage à une véritable objectivisation.

§2 - L'objectivisation du droit de propriété

162. Chez les peuples primitifs, le feu constituait un symbole de propriété car il était le moyen de protéger le territoire et les biens contre les intrusions d'autrui[326]. Précisément, en droit pénal, le droit de propriété apparaît comme ce feu protecteur dirigé contre l'usurpateur, bien davantage que comme un moyen pour le propriétaire de cultiver les utilités de ses biens.

Des trois caractères du droit de propriété, c'est effectivement le caractère exclusif qui

[325] Pour Messieurs Malaurie et Aynès *« il suffit que les matériaux aient été incorporés au fonds »*. Voir *op. cit.*, n°446

[326] Chassan J.-P., *Essai sur la symbolique du droit, précédé d'une introduction sur la poésie du droit primitif,* Paris, éd. Videcoq fils aîné, 1847, p. 48.

semble retenir toute l'attention du droit pénal, au mépris même de ses composantes et du propriétaire (A), ce qui régénère la puissance de la thèse personnaliste des droits réels développée par M. Planiol (B).

A) La propriété assimilée à l'exclusivité et l'effacement du propriétaire

163. A notre sens, le droit pénal perçoit la propriété en opérant par métonymie : il l'assimile à l'un de ses caractères en plus d'effacer le sujet du droit qu'est le propriétaire. Après avoir développé cette thèse (1) nous tenterons d'en rejeter les critiques (2).

1° Thèse

164. Dans la mythologie romaine, le dieu *Terminus* semblait être l'un des plus terribles. Dieu des bornes qui entouraient les demeures de chaque famille, il exigeait l'immolation pour expiation de tout homme qui les outrepassait[327]. Ces bornes, symboles de la propriété comme le feu avant elles, revêtaient ainsi un caractère sacré.

Notre thèse par laquelle nous soutenons que le droit pénal objectivise le droit de propriété pourrait être résumée de cette manière : en droit civil, le droit de propriété est ce qui se trouve entre ces bornes ; en droit pénal, le droit de propriété, ce sont les bornes elles-mêmes.

165. En droit civil, la propriété revêt trois caractères et offre autant de prérogatives.

Le droit de propriété est un droit absolu. L'article 544 du Code civil dispose *que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »*. Le droit de propriété permet ainsi à son titulaire de réaliser tous les actes juridiques qui ne sont pas interdits spécialement.

C'est aussi un droit perpétuel en ce qu'il est héréditaire et imprescriptible.

C'est enfin un droit exclusif en ce sens que le propriétaire a le droit d'interdire à quiconque de prendre part aux utilités que sa chose peut apporter.

[327] *« S'il a touché le Terme du soc de sa charrue, que l'homme et ses bœufs soient voués aux dieux infernaux »*, Festus, voir « Terminus », éd. Muller, p. 363

Le droit de propriété offre également trois prérogatives à son titulaire : l'usus, le fructus et l'abusus[328].

166. En son temps, de Vareilles-Sommières semblait concentrer sa définition du droit de propriété sur son caractère absolu et ses trois prérogatives : selon lui, son véritable caractère *« c'est de donner ou plutôt d'être la liberté d'agir sur la chose »*[329]. Il précisait d'ailleurs que *« le droit de propriété n'a pas pour qualité distinctive d'être exclusif »*[330]. Comme le note Mme Auger[331], cette idée semble être reprise et défendue par une large partie de la doctrine qui conçoit aujourd'hui le droit de propriété comme un espace de liberté. Ainsi, MM. Malaurie et Aynès le définissent comme *« le droit d'exercer une complète maîtrise sur un bien »*[332]. Contre cette opinion, M. Desgorces estime que l'on *« a trop souvent tendance à définir la propriété par ses trois attributs : usus, fructus et abusus »*[333].

Le caractère exclusif en revanche, ne semble pas susciter la même attention : si on l'analyse avec précision, l'article 544 lui-même n'y fait pas référence[334]. Dans ce sens, des auteurs ont également pu écrire que l'exclusivité n'était que le *« corollaire du caractère absolu »*[335].

De cette manière, le droit de propriété semble tout entier conçu autour du propriétaire. Il est effectivement essentiellement conceptualisé comme la liste de ses prérogatives (usus, fructus et abusus) sur lesquels il peut exercer un pouvoir absolu. En droit civil, le droit de propriété est donc bel et bien conçu avant tout comme un *pouvoir*, celui du propriétaire de tirer ressources de ses biens.

167. En droit pénal, la conceptualisation de ce droit se décline d'une autre manière. La propriété est saisie à partir et sous le seul angle du comportement, non du propriétaire qui s'efface, mais de l'usurpateur. Effectivement, il importe peu au droit pénal de connaître des prérogatives, -usus, fructus et abusus- offertes au propriétaire. Il n'est pas

---

[328] Sur ce point, voir *supra* n°11

[329] Vareilles-Sommières (Marquis de), « La définition et la notion juridique de la propriété », *R.T.D. Civ.* 1905, p. 485, n°78.

[330] *Ibid.*, p. 483, n°74

[331] Auger D., *Le droit de propriété en droit pénal*, P.U.A.M., 2005, n°11

[332] Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.*, n°400

[333] Desgorces R., *Les biens*, Hachette supérieur, 3e éd., 2013, p. 52

[334] Le projet de réforme du droit des biens propose précisément d'ajouter au texte du Code civil les caractères exclusif et perpétuel. Voir Périnet-Marquet H., (dir.) *Projet de réforme du droit des biens, Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. Carré droit, 2009, art. 534

[335] Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2e éd., 2010, n°95

de l'objet du droit pénal, contrairement au droit civil de les prévoir ou de les définir. Pas plus le droit pénal n'en fait des conditions d'existence pour les infractions qu'il pose. Comme le suggère M. Revet[336], il n'est pas nécessaire que le propriétaire possède pour être volé, peu importe dès lors qu'il use, jouisse ou dispose de son bien de telle ou telle façon, pas plus que n'importe d'ailleurs qu'il en use, jouisse ou dispose effectivement. Plus prosaïquement, les trois prérogatives offertes par le droit de propriété sont ignorées par le droit pénal, elles ne relèvent en rien de son objet et leur étude n'est même pas rendue nécessaire pour qui porte son attention sur les infractions du Livre III. On peut concevoir le droit de propriété, en droit pénal, sans faire aucune référence à l'usus, au fructus et à l'abusus : la différence est éclatante avec le droit civil pour lequel aucune étude du droit de propriété ne se conçoit sans référence à ces trois prérogatives.

Dans le prolongement de cette logique, parce qu'il s'abstrait des prérogatives offertes par le droit de propriété, le droit pénal ne connaît pas davantage de la liberté avec laquelle ces prérogatives sont exercées, c'est-à-dire du caractère absolu du droit de propriété.

Quant au caractère perpétuel du droit de propriété de la victime, ce n'est pas une donnée à laquelle le droit pénal semble faire davantage référence. C'est en effet au droit civil de poser en règle que la propriété est un droit héréditaire et imprescriptible. Le droit pénal lui, n'a pas de réelle utilité à faire également référence à ces deux principes[337].

168. En vérité, c'est le caractère exclusif qui semble concentrer l'attention du droit pénal. La démarche du pénaliste n'est pas celle de savoir, contrairement au civiliste, ce que le propriétaire peut faire avec son bien. Elle est celle de savoir ce que d'autres n'ont pas le droit de faire avec le bien objet de propriété. La fonction du droit pénal relativement au droit de propriété est nichée dans son caractère exclusif par cette simple raison qu'il en est une sanction. En incriminant le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance ou les atteintes matérielles, il interdit à d'autres *de prendre part aux utilités de la chose* contre

---

[336] Revet T., « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », *in. Droit pénal et autres branches du Droit*, Cujas, 2012, p. 29

[337] Il est toutefois une hypothèse très particulière où le caractère perpétuel du droit de propriété de la victime peut être pris en compte par le droit pénal. Elle est celle d'un propriétaire dont le bien a été détruit puis reformé avant d'être soustrait : c'est le cas par exemple, d'un bien englouti par l'océan qui réapparaît soixante-dix ans plus tard, rejeté sur le rivage. Les héritiers du propriétaire initial invoqueront précisément le caractère perpétuel de la propriété afin de s'affirmer propriétaire. Ainsi, le tiers qui, ayant trouvé la chose, la soustrait frauduleusement (en connaissance de la propriété d'autrui), soustrait bel et bien la chose d'autrui et peut dès lors être considéré comme voleur. Le caractère perpétuel du droit de propriété revêt ici une véritable importance car il permet de considérer que la condition d'appartenance à autrui est remplie.

On le constate, cette hypothèse frappe par sa marginalité. Elle est toutefois la transposition, en droit pénal, d'une affaire ayant conduit à l'un des plus célèbres arrêts de droit civil des biens : Ass. plén. 23 juin 1972, *arrêt Etang Napoléon, Bull.* n°3. Or, les faits ayant conduit à cet arrêt semblent contenir un élément qui précisément, aurait exclu la qualification de vol : le bien englouti était un immeuble…

la volonté du propriétaire. Comme le dieu *Terminus* dans la mythologie romaine, le droit pénal vient sanctionner celui qui dépasse les bornes sacrées qui entourent le droit de propriété[338]. Le droit pénal conçoit donc le droit de propriété davantage comme une *barrière* érigée contre le tiers que comme un véritable *pouvoir* du propriétaire. Ce dernier s'efface de l'étude pénaliste au profit de l'infracteur.

169. Ainsi, cette démonstration nous permet d'affirmer que si le droit civil appréhende le droit de propriété sous l'angle de la *richesse*, comme étant le moyen pour le *propriétaire* de cultiver et tirer les ressources de ses biens, le droit pénal en revanche l'appréhende comme une *limite* que *l'étranger* ne doit pas franchir[339].

Dans notre sens et pour des raisons similaires, M. Revet estime que le droit de propriété apparaît en droit pénal comme le *« négatif »*[340] de ce qu'il est en droit civil. Pour poursuivre la métaphore, l'éclairage lancé sur la propriété par le droit pénal fait disparaître le propriétaire et révèle les tiers.

170. Le droit pénal a donc bel et bien une vision objectivisée du droit de propriété en ce sens qu'il le conçoit par abstraction du propriétaire et de ses prérogatives : il n'est pas de son objet de préciser quels sont les pouvoir du propriétaire sur son bien.

La rédaction de l'article 379 de l'ancien Code pénal porte d'ailleurs en elle les stigmates de cette appréhension originale du droit de propriété. Cet article définissait effectivement le vol de la manière suivante : « *Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.* » On le voit, l'article ne fait pas état de la chose d'autrui (du propriétaire) mais bien *d'une chose qui ne lui appartient pas* (à l'infracteur). Il est paradoxal de constater ainsi que l'article incriminant le vol ne faisait donc pas mention, du moins pas directement, du propriétaire et de son droit. Il montre que le droit pénal appréhende la propriété d'abord comme n'étant pas celle de l'infracteur, bien plus que comme celle du propriétaire.

Cette thèse selon laquelle le droit pénal fait abstraction du propriétaire et de ses

---

[338] Toute ingérence dans la sphère d'exclusivité du propriétaire ne constitue pas pour autant une infraction pénale : ainsi, ne commet pas une infraction le constructeur qui empiète sur le terrain d'autrui. Il peut subir cependant une sanction civile : la démolition. Voir Civ. 3e, 10 novembre 2009, *Bull.* n°248.

[339] C'est pour cette raison que Madame Auger a affirmé dans sa thèse de doctorat que *« lorsqu'il protège le droit de propriété, l'action du droit pénal se concrétise par l'affirmation des caractères essentiels du droit de propriété : l'exclusivité et l'opposabilité »* Auger D., *op. cit.,* n°25

[340] Revet T., *op. cit.,* n°2

prérogatives pour ne retenir que le caractère exclusif du droit de propriété peut toutefois faire l'objet de critiques qu'il nous faudra rejeter.

2° Rejet des critiques

171. Un argument contre notre thèse pourrait être tiré des nombreuses dispositions pénales qui limitent les pouvoirs (usus, fructus et abusus) du propriétaire.

Le droit de propriété n'est effectivement pas étendu *usque at inferos et usque at coelum*[341]. La préservation de l'intérêt général et le maintien de l'ordre public peuvent commander que celui-ci soit limité dans son exercice.

Le droit pénal marque le droit de propriété en ce sens. Ainsi, il est des lois répressives qui affaiblissent le caractère absolu du droit de propriété en posant des restrictions à son exercice. En un mot, le propriétaire ne peut plus user, jouir ou disposer de sa chose comme il l'entend, et cela sous l'influence du droit pénal. Les exemples sont nombreux.

L'article 521-1 du Code pénal incrimine les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux[342] et ne fait pas de la propriété sur l'animal une circonstance annihilant l'infraction. Au contraire, cette circonstance est précisément prévue par l'alinéa 2 du même article.

Dans le même domaine, l'article L. 228-1 du Code rural limite la capacité de disposition en punissant d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 3750 € d'amende le fait de vendre ou de mettre en vente des animaux que leur propriétaire sait atteints ou soupçonnés d'être atteints de maladies contagieuses.

Il est une faculté normale du propriétaire de pouvoir abandonner son bien. Le droit pénal pose toutefois des restrictions dans certaines hypothèses à cette prérogative. Ainsi, l'article L. 541-46-4° du Code de l'environnement incrimine certains abandons de déchets[343].

L'article L. 544-1 du Code du patrimoine fulmine une peine d'amende contre la personne, y compris le propriétaire qui réalise, sans autorisation, sur un terrain des fouilles ou des sondages à l'effet de recherches de monument ou d'objet pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie.

---

[341] *« De l'enfer jusqu'aux étoiles »*

[342] Voir *supra* n°62

[343] Sont des déchets visés par cette incrimination, entre autres, le mercure, l'amiante, le nickel, l'étain, etc.

172. De ces quelques exemples[344], on pourrait tirer un argument contre notre thèse. En effet, ils illustrent l'impact du droit pénal sur le caractère absolu du droit de propriété et sur les trois prérogatives qui le composent. Du fait de l'action du droit pénal, le propriétaire voit ses prérogatives, usus, fructus et abusus limitées dans leur exercice. Il serait alors erroné d'affirmer comme nous l'avons fait que le droit pénal conçoit la propriété sans référence, d'une part, au propriétaire et d'autre part aux trois composantes de ce droit ainsi qu'à son caractère absolu.

173. Cette critique doit être écartée pour trois raisons qui sont liées.

D'abord, on constatera que la limitation des prérogatives du propriétaire par le droit pénal est davantage un effet incident du droit pénal sur le droit de propriété qu'une approche conceptuelle de celui-ci. Lorsque le législateur pose l'incrimination de vol, il conçoit nécessairement le droit de propriété[345], précisément parce qu'il est l'objet qu'il entend protéger ; au contraire, lorsqu'il incrimine les sévices graves sur des animaux ou l'abandon de déchets dangereux, il ne le fait pas en rapport avec le droit de propriété (pour preuve : l'infracteur n'est pas nécessairement le propriétaire) mais dans un souci de protection animal ou de salubrité publique. Ces infractions peuvent être pour la plupart commises par quiconque, le propriétaire n'ayant pas l'exclusivité du comportement. Or, dès lors que l'infraction est commise par un autre que lui, comment concevoir une limitation de l'exercice d'un droit que par hypothèse l'auteur n'a pas ? Ce n'est donc pas l'exercice du droit de propriété que le droit pénal prétend limiter, mais bien plus généralement, un comportement qui porte atteinte à l'ordre public. Si le droit pénal limite l'exercice du droit de propriété, ce n'est tout au plus que dans la situation particulière mais indifférente du point de vue de la commission de l'infraction, où l'auteur est effectivement le propriétaire et non un tiers. Ces infractions ne permettent donc de percevoir l'usus, le fructus et l'abusus que de manière incidente, ce qui est trop peu pour fonder une véritable analyse conceptuelle par ces raisons que nous avons déjà développées[346].

Dans le même sens, il nous faut précisément remarquer que la critique entend remettre en cause notre thèse sur un terrain où elle n'avait pourtant pas l'ambition de se

[344] Pour un inventaire plus complet et plus détaillé, on lira avec profit Auger D., *op. cit.*, n°435 et s.

[345] D'une manière originale certes, comme nous l'avons expliqué, par abstraction du propriétaire et assimilation à l'exclusivité. Voir *supra* n°163 et s.

[346] Voir *supra* n°4

développer. Notre propos se cantonne aux infractions contre les biens[347]. Or, les incriminations susceptibles de limiter le droit de propriété dans son exercice relèvent d'autres domaines.

Enfin, alors que nous avons envisagé le droit de propriété comme étant celui de la victime, la critique l'envisage du point de vue de l'infracteur. Plutôt que de contredire notre thèse, elle ne fait que renverser le problème.

174. Il est toutefois une hypothèse très particulière, sinon marginale où le droit pénal semble tenir compte du comportement du propriétaire sans que celui-ci soit infracteur mais bel et bien victime, et cela dans le cadre d'une infraction contre les biens.

Elle est celle du vol ou de la destruction commis pour parer la réalisation d'un péril actuel ou imminent qui trouve sa source dans l'exercice de ses prérogatives par le propriétaire. Il s'agit par exemple de la situation du voleur qui soustrait l'animal d'un tiers parce que celui-ci était en train de le torturer ou menaçait de le tuer, ou encore l'hypothèse de celui qui détruit la chose d'autrui car celui-ci était sur le point d'en faire un usage dangereux[348]. En ces cas, le fait justificatif d'état de nécessité posé à l'article 122-7 du Code pénal semble pouvoir être invoqué au bénéfice du voleur qui veut protéger l'animal contre son propriétaire et à celui du destructeur qui veut parer un usage néfaste de sa chose par le propriétaire. Précisément, l'admission de ce moyen de défense sera conditionnée par l'existence au moins tangible du péril actuel et imminent et donc par l'étude de l'attitude du propriétaire. Ainsi, l'essentiel des débats judiciaires portera sur l'exercice par le propriétaire des prérogatives offertes par son droit, afin de déterminer si cet exercice était tangiblement à la source d'un péril actuel ou imminent. Le propriétaire et l'exercice de son droit se retrouvent donc au premier plan : ils ne sont pas effacés comme nous l'avons suggéré.

Cette hypothèse semble toutefois trop marginale pour permettre d'en tirer des éléments pertinents relativement à une analyse conceptuelle[349].

175. A titre subsidiaire, on remarquera que la critique présentée contre notre thèse peut aussi s'analyser comme un argument qui la renforce. Si le droit pénal limite le droit

---

[347] Sur la délimitation du sujet : voir *supra* n°12 et s.

[348] Ces hypothèses semblent assez marginales. La littérature en donne toutefois des exemples fameux. Ainsi de l'ingénieur Roch qui détruit le *Fulgurateur*, l'infernale machine du diabolique comte d'Artigas dans le roman de Jules Verne *Face au drapeau*, 1896

[349] Voir *supra* n°4

de propriété par de si nombreuses dispositions, n'est-ce pas là la meilleure illustration de ce que le droit pénal en ignore le caractère absolu affirmé par le droit civil[350] ?

176. En conclusion, nous sommes amenés à maintenir notre propos. A notre sens, le droit civil donne l'impression d'observer le droit de propriété depuis l'intérieur (il est un espace de liberté) tandis que le droit pénal lui, semble le conceptualiser de l'extérieur (il est la limite au-delà de laquelle on ne peut aller). Cela n'est pas sans rappeler la thèse personnaliste des droits réels développée par M. Planiol.

B) La pertinence de la thèse personnaliste des droits réels en droit pénal

177. Peu de thèse de droit civil auront connu un rejet aussi unanime[351] que celle développée par M. Planiol sur la personnalisation des droits réels. Même si on a peine à croire que l'auteur ait également envisagé la pertinence de son propos à l'aune du droit pénal, c'est pourtant dans cette matière que sa thèse semble puiser une force nouvelle (1) à l'abri des critiques des civilistes (2).

1° Thèse

178. Traditionnellement, les droits patrimoniaux se subdivisent en deux espèces de droit : les droits personnels (droits contre une personne) et les droits réels (droit sur une chose). La théorie personnaliste de M. Planiol tend précisément à nier cette dualité en ramenant les droits réels aux droits personnels. A l'inverse, des auteurs comme Saleilles ont tenté de dissoudre les droits personnels dans la catégorie des droits réels[352].

179. Selon M. Planiol[353], un droit subjectif ne peut se concevoir sur une chose mais nécessairement entre deux personnes, un sujet actif et un sujet passif : le droit réel apparaît donc comme un non-sens. Pour M. Planiol, le prétendu droit réel n'est en fait que le lien juridique d'obligation qui unit un créancier et tous les autres individus qui sont tenus de respecter son rapport -factuel donc- à la chose. Ainsi, le droit de propriété –droit réel par

[350] Pour des développements en ce sens : Auger D., *op. cit.*, n°434

[351] *« Aujourd'hui, la théorie de Planiol est unanimement rejetée »* : Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013, n°364

[352] Saleilles R., *L'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand*, French Edition, 1889, n°82

[353] Pour un exposé de sa théorie : voir Planiol M., *Traité élémentaire*, tome I, 1re éd., 1900, n°762

excellence- n'est qu'une *obligation passive universelle* en vertu de laquelle le propriétaire peut exiger de quiconque qu'on le laisse jouir et disposer de son bien.

180. Dès lors, on voit facilement les nombreuses similitudes entre cette conception personnaliste du droit de propriété et la conception que s'en fait le droit pénal.

Pour M. Planiol, comme pour le droit pénal, et contrairement à l'ensemble de la doctrine civiliste, le droit de propriété n'est pas un rapport entre le propriétaire et son bien.

Au contraire, la conception du droit de propriété par M. Planiol fait du tiers l'élément pivot de ce droit, exactement comme le droit pénal. Le droit de propriété s'analyse comme la créance d'une obligation de ne pas faire. En un mot, M. Planiol résume le droit de propriété à sa dimension exclusive : le droit du propriétaire est celui d'interdire à quiconque de prendre part aux utilités de son bien. Or, comme nous l'avons démontré, c'est là aussi l'approche du droit de propriété adoptée par le droit pénal. Dès lors, on ne saurait mieux marier les deux conceptions qu'en avançant très simplement que le droit pénal assure la sanction de *l'obligation passive universelle* dégagée par M. Planiol.

181. Toutefois, la meilleure preuve de la pertinence de ce rapprochement se trouve peut-être dans les faiblesses même de la thèse de M. Planiol. C'est en effet en analysant la théorie de M. Planiol sous le jour du droit pénal que l'on parvient à balayer l'une des principales critiques qui lui étaient adressées.

2° L'inapplicabilité en droit pénal de l'une des principales critiques faites à la thèse de M. Planiol

182. L'une des principales critiques qui fut faîte à la théorie personnaliste des droits réels est la suivante : on a reproché à M. Planiol de définir le droit réel par ce qu'il a d'anormal. Si on suit son analyse, le droit réel n'apparaît effectivement que lorsque celui-ci est violé, « *ce qui relève d'une mauvaise méthode (…) ; on serait ainsi conduit à refuser tout caractère juridique à la situation du titulaire véritable du droit lorsqu'elle est paisible ce qui est pourtant et de beaucoup, la situation normale et le plus courante. Or, l'analyse juridique doit partir du normal et de l'habituel, non des situations exceptionnelles et pathologiques* »[354].

[354] Malaurie Ph., Aynès L., *op. cit.*, n°364

183. Toutefois, cette critique ne peut plus être soutenue dès lors que l'on examine la thèse de M. Planiol comme posant une description du droit de propriété conforme à la conception que s'en fait le droit pénal. En effet, il est précisément de la nature même du droit pénal que d'inscrire son action dans les situations « *pathologiques* »[355] : on ne saurait donc persister à faire ce reproche à la thèse de M. Planiol lorsque celle-ci est examinée à l'aune du droit pénal.

Certes, la vision « *pathologique* » de la thèse de M. Planiol n'est pas adaptée à ce qui doit être une analyse de droit civil ; elle l'est tout à fait en revanche dans une analyse de droit pénal, celui-ci n'appréhendant précisément que des situations par nature exceptionnelles et pathologiques.

184. Appliquée en droit pénal, la théorie de M. Planiol est ainsi purgée de l'une de ses principales faiblesses. Quelle meilleure preuve de la similitude de la conception personnaliste du droit de propriété d'une part, et de la conception pénale de ce même droit d'autre part ?

185. Comme un autre auteur[356], Planiol semble avoir développé en droit civil une thèse qui était en fait beaucoup plus pertinente en droit pénal. De là, peut-on se permettre d'en conclure, non sans audace, que M. Planiol était un pénaliste qui s'ignorait.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

186. Là encore, le droit pénal marque sa différence avec le droit civil. S'il connaît des concepts de titre et de droit de propriété, il les déforme considérablement.

D'abord, le droit pénal objective le titre de propriété[357] en ce qu'il inscrit sa protection dans le réel, par ricochet sur la possession. Pragmatique, il n'en a pas la vision abstraite et idéelle du droit civil.

Ensuite, le droit pénal objectivise le droit de propriété. En droit civil, ce droit est composé par l'usus, le fructus et l'abusus et revêt trois caractères : il est absolu, exclusif et perpétuel. Le droit pénal lui, semble réduire le droit de propriété à son seul caractère exclusif et en efface le sujet, c'est à dire le propriétaire.

---

[355] En effet, l'infraction revêt par nature un caractère anormal.

[356] Il s'agit bien entendu de Saleilles : voir *supra* n°134 et n°138

[357] Pour un rappel de la signification précise que l'on donne à l'expression *titre de propriété*, voir *supra* n°145

187. La translation conceptuelle du droit civil vers le droit pénal est donc nette. Toutefois, il faut prendre garde à ne pas aller trop loin dans la conclusion que l'on pourrait en tirer relativement à la problématique générale de notre étude : l'autonomie du droit pénal. Effectivement, même s'il la déforme, c'est bien la même propriété que celle du droit civil que le droit pénal connaît et entend protéger. La véritable différence n'est pas plus qu'une simple différence de regard : le droit pénal adopte un angle de vue conforme au pragmatisme qui est le sien et à sa finalité, la protection de l'ordre public. En aucun cas on ne saurait en conclure que la propriété du droit civil n'est pas celle du droit pénal. Seul le regard change : il n'y a pas *une* propriété du droit civil et *une* propriété du droit pénal, mais *la* propriété vue par le droit civil et *la* propriété vue par le droit pénal.

188. On notera enfin qu'il est révélateur que la thèse de M. Planiol, l'une des plus célèbres du droit civil trouve du crédit en droit pénal : le droit pénal montre ici, une fois de plus, qu'il est ouvert aux débats et controverses que l'on pensait réservés au seul droit civil.

CONCLUSION GENERALE

189. De cette confrontation entre droit civil des biens et droit pénal, que faut-il retenir ? Elle apporte des éléments de réponse au débat sur l'autonomie prétendue du droit pénal et permet de jeter une part de lumière sur les complexes relations qui unissent droit civil et droit pénal. Ainsi, deux mouvements se sont dessinés : un flux du droit pénal vers le droit civil et un reflux du droit pénal vers lui-même.

190. Le flux du droit pénal vers le droit civil. Lorsqu'il s'est agi d'appréhender les concepts de bien et de patrimoine, le droit pénal s'est montré relativement fidèle au droit civil.

S'agissant du concept de bien, le droit pénal a montré que le droit civil était sa principale source d'inspiration. En effet, la mutation du concept de bien qu'a connue le droit civil, passant d'une approche physique à une approche économique trouve aujourd'hui son écho en droit pénal où un mouvement similaire se dessine malgré de solides résistances comme celle de l'immeuble qui ne peut pas encore faire l'objet d'une appropriation frauduleuse.

Quant au concept de patrimoine, on a remarqué que droit pénal et droit civil s'accordent souvent pour remettre en question ou relativiser la théorie classique du patrimoine sur les mêmes aspects. Ainsi par exemple, lorsque le droit pénal intègre des éléments de la personne humaine à la sphère patrimoniale, il ne fait qu'exacerber le phénomène contemporain de patrimonialisation des droits de la personnalité que connaît le droit civil.

191. Le reflux du droit pénal vers lui-même. En revanche, lorsque le regard du droit pénal s'est tourné vers les concepts de possession et de propriété, ceux-ci se sont vus singulièrement déformés.

La conception civiliste subjective de la possession s'est en effet révélée inadaptée aux exigences du droit pénal en ce qu'elle ressuscitait le dol spécial parmi les éléments constitutifs du vol. C'est donc la conception objective de Jhering et plus encore, celle de Saleilles qui se sont montrées être en phase avec les exigences du droit pénal.

S'agissant du concept de propriété, aussi bien le titre que le droit ont été objectivés par le droit pénal. L'appréhension pénale du titre s'est en effet inscrite dans le réel par ricochet sur la possession et le droit a été assimilé à l'une de ses caractéristiques, l'exclusivité, tandis que le propriétaire s'est effacé.

192. Supériorité du flux. Le tableau ainsi dressé semble mitigé. De prime abord, les éléments de différence semblent aussi nombreux que ceux de ressemblance. Néanmoins, conclure ainsi, sans prendre parti ne satisfait pas l'esprit : ce serait laisser le débat comme on l'a trouvé. En réalité, il est sans doute plus pertinent de trancher.

Et c'est ainsi que l'on constatera que les éléments qui plaident pour l'harmonie des deux disciplines que sont le droit civil et le droit pénal l'emportent. Car en effet, même lorsque le droit pénal a marqué sa différence avec le droit civil, il s'est tout de même révélé être un formidable banc d'essai pour les théories civilistes les plus fameuses : celles de Savigny, Jhering, Saleilles, Aubry et Rau, Planiol… Même en désaccord avec le droit civil, le droit pénal a su trouver son inspiration dans les controverses et débats que l'on pensait réservés au seul droit civil. Et s'il s'est montré différent, c'était souvent en raison du pragmatisme qui le caractérise ou en raison de son objet particulier : la protection de l'ordre social. Si on peut donc concéder que le droit pénal a bel et bien sa part d'autonomie, celle-ci n'est certainement pas synonyme d'indépendance ou d'abstraction : au contraire, le droit pénal puise abondamment dans le droit civil.

Parfois même, les rôles s'inversent. C'est alors le droit pénal qui ouvre la voie au droit civil et on assiste à cette occasion à *« un passionnant renouveau du droit des biens par le droit pénal »*[358]. Ainsi, c'est le positionnement audacieux du droit pénal sur la question du statut juridique des animaux qui constitue aujourd'hui l'une des meilleures raisons de modifier les dispositions du Code civil en la matière[359].

193. Tout au long de cette étude, on a voulu exalter l'harmonie qui existe et demeure entre le droit civil des biens et le droit pénal. On s'est attaché à montrer que ces disciplines entretiennent entre elles des liens profonds et que les divergences conceptuelles cachent souvent de véritables interactions entre les deux matières. Le Droit en réalité *« se joue de l'étanchéité toute relative des disciplines juridiques »*[360].

Malgré cela, nombreux seront peut-être ceux à ne pas vraiment croire à la réalité de cette harmonie, à penser que la chambre criminelle, animée par ses propres exigences répressives, construit la théorie des infractions contre les biens sans regard pour le droit civil, que les similitudes qu'on a constatées ne sont que hasard et que le droit pénal pose ses définitions sans se soucier de savoir si la cohérence est préservée avec le droit civil.

Mais ce pessimisme, c'était précisément l'ambition de notre étude que de s'y refuser.

---

[358] L'expression est celle d'un civiliste. Voir Thomassin N., « Le bien susceptible d'abus de confiance », *D*. 2012, p. 964

[359] Voir *supra* n°62 et s.

[360] La formule est de Monsieur Gautier pour rendre hommage à Emile Garçon et André Decocq. Voir Gautier P.-Y., « Emile Garçon et le droit civil », *in. Mélanges Decocq*, Litec, 2004, p. 267

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

A. Droit pénal

Conte Ph., *Droit pénal spécial*, Litec, 4e éd., 2013

Dreyer E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2e éd., 2012

Garraud R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome VI, Sirey, 3e éd., 1935

Merle R., Vitu A., *Droit pénal général*, Cujas, 7e éd., 1997

Pradel J., Danti-Juan M., *Droit pénal spécial*, Cujas, 5e éd., 2010

Rassat M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6e éd., 2011

Vitu A., *Droit pénal spécial***,** tome II, Cujas, 1re éd., 1981

B. Droit civil des biens

Aubry C., Rau C.-F., *Cours de droit civil français*, tome IX, 5e éd., 1917

Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2e éd., 2010

Carbonnier J., *Droit civil*, tome 3, P.U.F., 19e éd., 2000

Cornu G., *Droit civil, Les biens*, Montchrestien, 13e éd., 2007

Desgorces R., *Les biens*, Hachette supérieur, 3e éd., 2013

Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5e éd., 2013

Patault A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989

Planiol M., Ripert G., *Droit civil français*, tome III, *Les biens*, 2e éd., 1955

Simler Ph., *Les biens*, P.U.G., 3e éd., 2006

Terré F., Simler Ph., *Les biens*, Dalloz, 8e éd., 2010

C. Autres ouvrages

Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5e éd., 2012

Carbasse J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., 2e éd., 2006

Descartes R., *Discours de la méthode*, 1637

Kant E., *Critique de la raison pure*, 1787

Planiol M., *Traité élémentaire*, tome I, 1re éd., 1900

Prieur M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 6e éd., 2011

Proudhon P.-J., *Qu'est-ce que la propriété ? ou Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement.* Paris, éd. A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie, 1873

Rabelais F., *Tiers Livre,* 1546

Rousseau J.-J., *Le contrat social,* 1762

Verne J., *Face au drapeau,* 1896

II. OUVRAGES SPECIALISES ET THESES

Auger D., *Le droit de propriété en droit pénal,* P.U.A.M., 2005

Berlioz P., *La notion de bien,* L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 489, 2007

Bruguière J.-M., *L'exploitation de l'image des biens,* Guide Legipresse, Victoires Editions, 2005

Chassan J.-P., *Essai sur la symbolique du droit, précédé d'une introduction sur la poésie du droit primitif,* Paris, éd. Videcoq fils aîné, 1847

Corlay P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession,* L.G.D.J., tome 157, 1978

Garçon E., *Code pénal annoté,* tome II, 1re éd., art. 379

Gény F., *Science et technique en droit privé positif,* tome I, Sirey, 1913

Jhering R., *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain,* traduit de l'allemand par O. de Meulenaere, tome III, *Du rôle de la volonté dans la possession,* Paris, éd. Chevalier Marescq, 1891

Mercier V., *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens,* P.U.A.M., 2005

Ollard R., *La protection pénale du patrimoine,* La nouvelle bibliothèque des thèses, 2010

Ottenhof R., *Le droit pénal et la formation du contrat civil,* Bibl. dr. Privé. L.G.D.J., tome 110, 1970

Pin X., *Le consentement en matière pénale,* L.G.D.J., 2002

Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé,* 2è éd., P.U.F., 2013

Salas D., *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal,* Hachette Littérature, 2008

Saleilles R., *L'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand,* French Edition, 1889

Savigny F. Ch., *Traité de la possession en droit romain,* traduit de l'allemand par H. Stoedtler, Bruxelles, 7e éd., 1865

Stefani G., *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal,* Librairie Dalloz, 1956

Terré F., *Variations de sociologie juridique sur les biens,* in *Les biens et les choses,* A.P.D., tome 24, Sirey, 1979

Terré F., *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, 1987

Thellier de Poncheville B., *La condition préalable de l'infraction,* P.U.A.M., 2010

Verny E., *Le membre d'un groupe en droit pénal*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 37, 2002

III. ARTICLES, ETUDES ET CHRONIQUES

Berr Cl. J., « Aspects actuels de la notion de soustraction frauduleuse », *R.S.C.* 1967, p. 49

Bredin J.-D., Préface de la thèse de Corlay P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, L.G.D.J., tome 157, 1978

Chilstein D., « Les biens à valeur vénale négative », *R.T.D. civ.* 2006, p. 663

Gautier P.-Y., « Emile Garçon et le droit civil », *in. Mélanges Decocq*, Litec, 2004, p. 267

Ghica-Lemarchand C., « L'évolution de la protection pénale du patrimoine », *Law Annals Titu Maiorescu U. 31* 2009

Goutal J.-L., « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *R.S.C.* 1980, p. 911

Grua F., « Les divisions du droit », *R.T.D. civ.* 1993, p. 59

Hassler T., « La patrimonialisation des droits extrapatrimoniaux », *Petites affiches,* 7 décembre 2004, n°244, p. 3

Jacopin S., « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », *Dr. pénal* 2001, chron. 16

Lanthiez M.-L., « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, chron. p. 464

Le Tourneau Ph., « Quelques remarques terminologiques autour de la vente », in. *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec 2001, p. 469

Léauté J., « 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. Mélanges Maurice Patin,* Cujas, 1965, p. 223

Léauté J., « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », *in. Mélanges L. Julliot de la Morandière,* D. 1974, p. 243

Libchaber R., « La souffrance et les droits - À propos d'un statut de l'animal », *D.* 2014, p. 380

Lucas de Layssac M.-P., « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, chron. 43

Lucas de Layssac M.-P., « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constituent pas des informations », *R.S.C.* 1990, 507

Marguénaud J.-P., « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, chron. 187

Marguénaud J.-P., « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, chron. 205

Marguenaud J.-P., « Droit des animaux : on en fait trop ou trop peu ? », *D.* 2010, entretien p. 816

Mascala C., « L'immeuble, un bien saisi par le Code pénal », *in. Mélanges R. Saint-Alary,* P.U.T., 2006, p. 387

Mayaud Y., « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », *in. Droit pénal et autres branches du Droit,* Cujas, 2012, p. 473

Ollard R., « La dématérialisation des infractions contre le patrimoine », *in. Droit pénal et autres branches du Droit,* Cujas, 2012, p. 41

Ollard R., « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *R.S.C.* 2010, p. 561

Périnet-Marquet H., « Evolution de la distinction des meubles et des immeubles depuis le Code civil », *in. Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin,* Litec, 2005, p. 653

Planiol M., « Dol civil et dol criminel », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1893 p. 558

Revet T., « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », *in. Droit pénal et autres branches du Droit,* Cujas, 2012, p. 29

Saleilles R., « Etude sur les éléments constitutifs de la possession », *in. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* 1894, p. 201-218, 311-406

Sériaux A., « La notion juridique de patrimoine. Brèves notions civilistes sur le verbe avoir », *R.T.D. civ.* 1994, p. 802

Sohm-Bourgeois A.-M., « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », *D.* 1990, chron. 33

Thomassin N., « Le bien susceptible d'abus de confiance », *D.* 2012, p. 964

Vareilles-Sommières (Marquis de), « La définition et la notion juridique de la propriété », *R.T.D. civ.* 1905, p. 483

Vivant M., « A propos des « biens informationnels » », *J.C.P.* 1984.I.3132

Vouin R., « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.* 1947, chron. 81 à 84

IV. JURISPRUDENCE

A. Cour de cassation

Crim. 18 novembre 1837, *Bull. crim.* n°405

Crim. 9 juillet 1853, *S.* 1853.1.668, *D.* 1853.1.288

Crim. 31 mars 1856, *Bull. crim.* n°115

Crim. 7 janvier 1864, *S.* 1864.1.242, rapport Hélie

Crim. 11 janvier 1867, *S.* 1867.1.306

Crim. 6 avril 1882, *Bull. crim.* n°98

Crim. 3 août 1912, *D.* 1913.1.439, *S.* 1913.1.37, note Roux

Crim. 11 janvier 1919, *Bull. crim.* n°9

Crim. 22 décembre 1926, *Bull. crim.* n°317

Crim. 18 mars 1936, *Gaz. Pal.* 1936.1.880

Crim. 19 février 1959, *D.* 1959, 331, note Roujou de Boubée ; *J.C.P.* 1959.2.11178, note Chambon

Crim, 7 octobre 1959, *Bull. crim.* n°414

Crim. 21 avril 1964, *D.* 1964, 398

Crim. 12 mars 1970, *D.* 1970, 386, note Delmas-Marty

Crim. 13 octobre 1971, *Bull. crim.* n°261

Civ. 1re, 4 janvier 1972 *Bull.* n°4

Ass. plén. 23 juin 1972, *Bull.* n°3

Crim. 27 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1975.2.607

Crim. 30 novembre 1977, *Bull. crim.* n°381

Crim. 8 janvier 1979, *D.* 1979, 509, note Corlay

Crim. 5 mars 1980, *Bull. crim.* n°81

Crim. 16 avril 1980, *Bull. crim.* n°107

Crim. 23 octobre 1980, *Gaz. Pal.* 1981.1.140

Crim. 13 février 1984, *Bull. crim.* n°49

Crim. 30 octobre 1984, *Bull. crim*. n°326

Crim. 12 janvier 1989, *R.S.C.* 1990, 346, obs. Bouzat ; *R.S.C.* 1990, 507, chron. Lucas de Leyssac.

Civ 3e, 4 octobre 1989, *Bull.* n°183

Crim, 12 novembre 1990, *Dr. pénal* 1991, comm. 111, obs. Véron

Crim. 12 décembre 1990, *Gaz. Pal.* 1992.1.111 ; *D.* 1991, 364, note Mirabail

Crim. 3 avril 1991, *R.S.C.* 1992, 579, obs. Bouzat

Crim. 30 janvier 1992, 90-85.403

Crim. 3 mars 1992, *R.S.C.* 1993, 546, obs. Bouzat

Crim. 13 mai 1992, *Dr. pénal* 1992, 279, obs. Véron

Crim. 8 février 1993, *Bull. crim*. n°65

Crim. 7 juin 1994, 93-81.442

Crim. 26 octobre 1994, *R.S.C.* 1995, 593, obs. Delmas Saint-Hilaire

Crim. 27 mars 1995, *Bull. crim.* n°124

Civ. 1re, 9 janvier 1996, *J.C.P*. 1996.I.3972, obs. Périnet-Marquet

Crim. 23 janvier 1997, *R.S.C.* 1998, 553, obs. Ottenhof

Crim. 14 novembre 2000, *R.T.D. civ.* 2001, 912, comm. Revet ; *R.S.C.* 2001, 385, obs. Ottenhof

Crim. 10 octobre 2001, *R.S.C.* 2002, 108, obs. Ottenhof ; *D.* 2002, 1796, obs. de Lamy

Civ 3e, 3 décembre 2003, *J.C.P.* 2003.1.163, n°2, obs. Viney ; *R.D.C.* 2004/2, 280, obs. Mazeaud ; *R.T.D. civ*. 2004, 295, obs. Jourdain

Crim. 3 décembre 2003, *Bull. crim.* n°232

Crim. 19 mars 2004, *Bull. crim.* n°126

Crim. 22 septembre 2004, *D.* 2005, 411, note de Lamy

Civ. 1re 10 mai 2005, *Defrénois* 2005, 1247, obs. Aubert

Crim. 19 septembre 2007, *Dr. pénal* 2007, comm. 156, obs. Robert

Crim. 4 mars 2008, *D.* 2008, 2213, chron. Detraz

Crim. 14 janvier 2009, *J.C.P.* 2009, n°166, note Beaussonie

Civ. 3e, 10 novembre 2009, *Bull.* n°248.

Crim. 8 novembre 2011, 11-81.798

Crim. 16 novembre 2011, *D.* 2011, 2935, obs. Léna ; *Dr. pénal* 2012 comm. 1, obs. Véron

Crim. 19 juin 2013, *Gaz. Pal.* 2013, 2596, note Berlaud

B. Cour européenne des droits de l'homme

C.E.D.H. 7 juillet 1989, *Tre Akitebolag c/ Suède*

C.E.D.H. 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fordentechnik Gmbh c. Pays-Bas*

C.E.D.H. 6 octobre 2005, *Draon et Maurice c. France*

C. Autres juridictions

Toulouse, 7 juin 1901, *S.* 1902.2.185, note Roux

Nancy, 13 juillet 1904, *D.* 1905.2.471

Alger, 24 mars 1911, *Dr. pénal* 1913.2.168

Grasse, 5 avril 1948, *Gaz. Pal.* 1948.1.253

Nice, 22 décembre 1952, *D.* 1953.J.139

Paris, 23 octobre 1992, *D.* 1993, Jur. 222, note Prothais

V. AUTRES REFERENCES

Projet de réforme du droit des biens, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens,* sous la direction de Périnet-Marquet H., Litec, coll. Carré droit, 2009.

Proposition de loi n°1903 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 avril 2014, *« visant à établir la cohérence des textes en accordant un statut juridique particulier à l'animal* ».

Compte-rendu de la table-ronde annuelle du Master 2 DPG de l'Université de Rennes 1 du 15 avril 2014 *« Le statut juridique des animaux »*, à paraître au numéro estival 2014 du *Petit Juriste*

TABLE DES MATIERES DETAILLEE

LISTE DES ABREVIATIONS…….4

INTRODUCTION……..5

§ 1 – Sens de l'étude : comparaisons conceptuelles……8

§2 – Objet de l'étude : présentation sommaire des concepts et infractions retenus…10

§3 – Finalité de l'étude : contribution au débat sur l'autonomie du droit pénal……..17

Première partie : Dans le sillage du droit civil, la mutation des concepts de bien et de patrimoine par le droit pénal 20

CHAPITRE 1 – LA METAMORPHOSE DU CONCEPT DE BIEN 20

§1 - Du paradigme physique au paradigme économique 21

A) Le changement de paradigme en droit civil…… 21

B) Un changement de paradigme similaire en droit pénal……... 25

1°Paradigme physique et paradigme économique en droit pénal : définitions…….... 25

2°Symptômes d'un mouvement vers le paradigme économique……. 27

§2 - La résistance du paradigme physique 32

A) Les appropriations frauduleuses et le barrage de l'immobilité……... 33

1°L'exclusion des immeubles de la catégorie des biens…….…….... 33

2°Critique de l'exclusion : l'illogisme de l'exclusion…….. 34

B) Les atteintes matérielles et le barrage de l'incorporalité……. 38

1°L'application du critère physique……. 38

2°Le critère physique pris en défaut : l'hypothèse particulière des animaux…….... 39

CHAPITRE 2 – LA RELATIVISATION DE LA THEORIE CONCEPTUELLE DU PATRIMOINE 42

§1 - Le patrimoine comme universalité de « l'avoir » 43

A) En-deçà des droits personnels et du passif…… 43

1°L'abstraction du passif…… 44

2°La subsidiarité de la protection des droits personnels……. 46

B) Au-delà des droits réels……... 49

§2 - Le patrimoine à la frontière de « l'être » 50

A) L'application des qualifications du Livre III à des éléments de la personne humaine……51

B) La relative mutation des qualifications du Livre III par la disparition de l'exigence du préjudice patrimonial……..53

1°Thèse…….. 53

2°Critique……..55

Seconde partie : A rebours du droit civil, l'objectivisation des concepts de possession et de propriété par le droit pénal..... 59

CHAPITRE 1 – LA POSSESSION OBJECTIVÉE 59

§1 - L'inadéquation de la conception civiliste subjective de la possession 60

A) La théorie de la possession au secours de l'incrimination de vol……60

B) La contradiction issue de la conception subjective de la possession : la résurrection du dol spécial……62

§2 - L'adéquation de la conception objective de la possession 64

A) La relative pertinence de la conception objective classique……..64

1°Pertinence……65

2°Limites……..66

B) L'entière pertinence d'une conception objective renouvelée……67

1°Pertinence……67

2°Rejet des critiques……..69

CHAPITRE 2 – LA PROPRIÉTÉ OBJECTIVÉE 73

§1 - L'objectivation du titre de propriété 73

A) L'assimilation de la propriété à la possession……74

B) La conversion des atteintes à la possession en atteintes au titre de propriété……77

1°L'article 2276 du Code civil : en fait de meubles, possession vaut titre……...77

2°D'autres mécanismes de conversion……79

§2 - L'objectivisation du droit de propriété 80

A) La propriété assimilée à l'exclusivité et l'effacement du propriétaire……81

1°Thèse……..81

2°Rejet des critiques……85

B) La pertinence de la thèse personnaliste des droits réels en droit pénal……...88

1°Thèse……...88

2°L'innaplicabilité en droit pénal de l'une des principales critiques faites à la thèse de M. Planiol..……89

CONCLUSION GENERALE……92

BIBLIOGRAPHIE……94