



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit pénal et sciences pénales

Dirigé par Monsieur le Professeur Yves MAYAUD

2011

***Protection du corps humain et volonté
individuelle en droit pénal***

Pénélope GONTIER

Sous la direction de Madame le Professeur Agathe LEPAGE

MASTER II DROIT PENAL ET SCIENCES PENALES

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II

**Protection du corps humain et volonté
individuelle en droit pénal**

Réalisé par Pénélope GONTIER

Sous la direction de

Madame le Professeur Agathe LEPAGE

Année universitaire 2010-2011

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement Madame le Professeur Agathe Lepage pour ses précieux conseils et sa disponibilité.

J'adresse mes sincères remerciements à Monsieur Philippe Barreau, membre de la Brigade des stupéfiants au sein de la Direction Centrale de la Police Judiciaire pour sa présentation instructive relative aux effets des stupéfiants.

Introduction

« *Je ne suis pas seulement logé dans mon corps ainsi qu'un pilote en son navire, mais outre cela je lui suis conjoint très étroitement, et tellement confondu et mêlé que je compose comme un seul tout avec lui* ». (René Descartes, *Méditations métaphysiques*, 1647, sixième méditation)

Cette citation fait apparaître le dualisme inextricable de la personne. La personne humaine, constituée d'un corps et d'une volonté, ne peut être dissociée ni de l'un ni de l'autre. La volonté ne peut se réaliser que dans la mesure où le corps est en vie. Sitôt que le corps est mort, la volonté disparaît¹. Le corps est le révélateur empirique, physique de l'être humain². Il est même le « sanctuaire biologique de la personne »³. La distinction réalisée entre ce qui est tangible et ce qui ne l'est pas provient de l'étymologie du mot corps, lequel a eu historiquement comme sens premier d'illustrer l'opposition entre le corps et l'âme, conformément à la tradition philosophico-religieuse. C'est bien plus tard que le sens du mot s'est enrichi, soulignant ainsi l'attachement du terme à la personne humaine. Le corps renvoie précisément à l'organisme humain, à ce qui est chair. Il ne peut se comprendre pour la fiction juridique qu'est la personne morale et qui naturellement est exclue de nos développements. Chaque société a développé sa conception propre du corps. Pour illustration, dans les sociétés africaines, le corps est l'expression d'un ordre social par des marquages corporels tels que des peintures, des scarifications, ou certaines mutilations. Aussi le rapport au corps peut-il diverger selon les sociétés.

Vouloir appréhender la protection du corps humain par le droit pénal, c'est se confronter au constat suivant : le droit pénal ne fait aucunement référence au terme « corps humain ». Au premier abord, cela peut surprendre en raison de la promotion de la personne humaine réalisée par le Code pénal issu des quatre lois du 22 juillet 1992⁴. Cependant, le corps humain n'est pas dénué de protection pénale, que le droit organise par le biais de deux valeurs protégées, la vie et l'intégrité physique. Les infractions commises contre la vie méritent d'être intégrées dans la protection pénale du corps humain, car la mort résultant d'une infraction n'est qu'une atteinte aux organes vitaux d'une personne. Pour atteindre à la vie d'une personne, il faut

¹ R. Martin, « Personne, corps et volonté », *D.* 2000. 505.

² S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, thèse, Les études hospitalières, 1999, n°2.

³ J-C. Galloux, H. Gaumont-Prat, « Droits et libertés corporels », *D.* 2006. 1200.

⁴ P. Couvrat, « Le nouveau Code pénal en la forme », *Mélanges Cornu*, PUF, 1994.89 ; voir p.96 et s.

nécessairement et préalablement, toucher à son intégrité. A cet égard, il doit être relevé que le Code pénal comprend dans un même chapitre les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne. L'intégrité psychique recèle la protection de la seconde composante de la personne qu'est l'esprit. Protéger le corps humain, c'est protéger la matérialité de la personne et non sa moralité. Il conviendra en conséquence de n'aborder que les incriminations se rapportant à l'intégrité physique de la personne. Il faudra y ajouter les infractions sexuelles qui supposent une atteinte à l'intégrité physique parce que, si en premier lieu elles protègent la liberté sexuelle, elles contribuent indirectement à la protection de l'intégrité physique des personnes.

Le Code pénal ne contient pas l'ensemble du droit pénal. Le souhait qui avait été formulé par les acteurs de la réforme de 1992 de réunir dans le Code pénal l'ensemble des dispositions pénales s'est révélé utopique. La difficulté provient de ce que le droit pénal ne cesse d'investir de nouveaux domaines en lien avec l'évolution de la société et du progrès. Le foisonnement de dispositions pénales extérieures au Code pénal implique d'ouvrir le champ d'étude à d'autres codes comportant des instruments de protection pénale du corps humain, au premier chef duquel se tient le Code de la santé publique. Des incursions ponctuelles seront également réalisées dans le Code de la route ainsi que dans le Code du sport.

La volonté individuelle se tire du psychisme de la personne. Ce que le droit entend par la volonté, la philosophie utiliserait plutôt le terme d'esprit et la théologie plutôt celui de l'âme⁵. Ayant pour caractéristique d'être rationnelle, elle est « le moteur du corps », sans elle ce dernier n'étant qu'« une machine incapable d'action spontanée »⁶. De même que le corps, la volonté est tout autant absente du Code pénal et recèle de nombreux sens dans la langue française. C'est la raison pour laquelle il convient de définir la volonté telle qu'elle sera retenue pour notre réflexion. En guise d'appui afin de cerner le sens de la volonté, citons une étude du Professeur Yves Mayaud⁷ qui appréhende la volonté doublement, du point de vue de l'élément moral d'une infraction⁸ et d'un point de vue éthique⁹. La définition qui mérite d'être retenue est celle abordée au titre de l'élément moral comme étant « la projection d'un dessein dans l'action », à ceci près que la volonté dont il sera exclusivement question est celle de la personne qui subit l'atteinte à son corps, et non celle de l'auteur de l'atteinte.

⁵ R. Martin, art. *préc.*

⁶ R. Martin, art. *préc.*

⁷ Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mélanges Larguier*, 1993. 203.

⁸ Définie comme « la projection d'un dessein dans l'action ». Elle fait référence à l'intention comme à la faute.

⁹ Définie comme « l'assise morale de l'engagement du droit ». Elle renvoie à la faculté de se déterminer.

La volonté est la disposition mentale ou l'acte de celui qui veut, et ne doit pas être confondue avec la faculté de vouloir, correspondant à la faculté de se déterminer librement à l'action, en pleine connaissance de cause et après réflexion¹⁰. Mais ces deux sortes de volontés sont complémentaires, la première découlant nécessairement de la seconde. Elles ont aussi pour point commun d'entretenir des liens étroits avec la liberté individuelle.

Il faut partir de l'hypothèse selon laquelle la personne qui s'apprête à souffrir d'une atteinte à son corps possède une volonté propre. Cela amène naturellement à délaissier les questions relatives aux atteintes subies par l'embryon, le fœtus, et toutes celles qui impliquent une atteinte au corps humain qui soit le fait de la volonté d'autrui¹¹.

De ces réflexions, découle la question de la confrontation des deux composantes de la personne : le corps auquel le droit pénal offre une protection, et la volonté de la personne qui subit une atteinte en son corps.

Comment se résout le conflit entre la protection pénale du corps humain et la volonté de la personne qui subit une atteinte à son corps ? Quelle maîtrise sur son corps le droit pénal reconnaît-il à la personne humaine ?

Perçue comme une force intérieure, la volonté a plusieurs visages. Face à une atteinte potentielle à son corps, une personne peut manifester son adhésion par un consentement ou, au contraire, son opposition par un refus. Mais elle peut tout autant ne donner aucune manifestation extérieure de sa volonté. Ce sont alors les comportements adoptés par celle-ci qui témoigneront de sa volonté. En réalité, la volonté ne passe pas nécessairement par son expression pour exister, ainsi que le laisse transparaître la définition de la volonté qui a été retenue¹². En revanche, la volonté préexiste nécessairement à sa manifestation extérieure. De cette distinction peut être étudiée d'une part, la place accordée par la protection pénale du corps humain aux manifestations extérieures de volonté ou la volonté dévoilée (Partie 1) et d'autre part, celle qui est offerte à la volonté qui ne fait pas l'objet d'une manifestation extérieure ou la volonté voilée (Partie 2).

¹⁰ Définitions du dictionnaire Le Robert.

¹¹ Par exemple, les mutilations sexuelles réalisées sur de très jeunes enfants sont le fait d'une volonté des parents et non de l'enfant.

¹² M-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573 : « La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté » ; L'auteur note une différence de philosophie entre les deux notions : « par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation » .

Partie 1 : Volonté dévoilée et protection pénale du corps humain

La volonté peut se manifester positivement ou négativement. L'expression d'une volonté positive correspond au consentement de la personne, tandis que la manifestation négative de volonté est un refus, ou la rétractation du consentement préalablement donné. Il s'agit principalement de s'intéresser au consentement¹³ qui a fait une entrée remarquable dans le droit pénal protecteur du corps humain. La question de la conciliation de la protection pénale du corps et du respect de la volonté individuelle revêt en effet une acuité particulière lorsque la personne qui subit une atteinte à son corps y a consenti. L'application du droit pénal aux fins de protection du corps d'une personne non-consentante pose moins de difficultés, puisque qu'il n'est pas besoin d'une conciliation entre deux éléments qui en l'occurrence ne sont pas antagonistes.

Défini communément comme un acquiescement donné à un projet¹⁴, le sens du consentement retenu ne peut que s'écarter de la notion civiliste, notion clé en droit des contrats, qui semble trop restreinte au regard des finalités du droit pénal¹⁵. Il nous faut comprendre le consentement comme l'expression de la volonté de la personne subissant une atteinte à son corps qui sera révélatrice d'une acceptation¹⁶. Xavier Pin a ainsi pu qualifier le consentement de permissif¹⁷. La définition même du consentement induit une altérité dans l'atteinte au corps, c'est donc logiquement que seront abordées dans cette partie les atteintes au corps infligées par un tiers.

Seul le droit pénal général¹⁸ est susceptible de prévoir la prise en compte du consentement pour l'ensemble des incriminations, par l'instrument des causes d'irresponsabilité. Parmi ces causes, la place du consentement apparaît minimale (Chapitre 1), mais l'expression de la volonté fait l'objet d'une revalorisation en droit pénal spécial (Chapitre 2).

¹³ Pour une étude générale du consentement, voir X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, thèse, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2002.

¹⁴ Définition du dictionnaire Le Robert.

¹⁵ Lequel est défini comme l'accord de volontés ou la volonté émise par chacune des parties.

¹⁶ F. Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, préface A. Prothais, thèse Lille II, L'Harmattan, 2003, n°486.

¹⁷ X. Pin, *these préc.* p. 65 et s.

¹⁸ Lequel fait l'objet du livre Premier du Code pénal.

Chapitre 1 : La place minimale du consentement de la victime en droit pénal général

Le consentement de la personne qui subit une atteinte à son corps peut-il avoir un impact sur la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction ? Les causes objectives d'irresponsabilité sont un moyen de neutraliser l'élément légal des incriminations, et donc d'écarter la responsabilité pénale de l'auteur. A la lecture des articles 122-1 et suivants du Code pénal qui les développent¹⁹, il apparaît qu'aucune d'entre elles ne réside dans le consentement de la victime (Section 1). En revanche, l'autorisation ou permission de la loi, qui en est une, accorde un rôle à l'expression de la volonté (Section 2).

Section 1 : L'absence de cause d'irresponsabilité résidant dans le consentement de la victime

La question est traditionnellement évoquée par la doctrine sous l'expression de « consentement de la victime »²⁰, dont il faut d'emblée souligner les imperfections. A supposer que le consentement de la victime soit une cause d'irresponsabilité, il n'y a alors pas de victime. En effet, pour qu'une victime existe, une infraction doit avoir été commise, ce qui n'est pas le cas lors de l'intervention d'une cause objective d'irresponsabilité qui fait obstacle à ce qu'une incrimination s'applique au comportement, qui perd ainsi son caractère infractionnel. Cependant, cette expression sera réutilisée par commodité. L'absence de cause d'irresponsabilité résidant dans le consentement de la victime démontre son indifférence au sein de la protection pénale du corps humain (I) dont il faudra reprendre deux illustrations souvent contestées (II).

¹⁹ Ces causes d'irresponsabilité se divisent en causes subjectives et objectives d'irresponsabilité. Les causes subjectives d'irresponsabilité sont le trouble psychique ou neuropsychique (article 122-1 du Code pénal), la contrainte (article 122-2 du Code pénal), l'erreur sur le droit (article 122-3 du Code pénal) et la minorité en cas de défaut de discernement (article 122-8 du Code pénal) ; Sont des causes objectives d'irresponsabilité l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime (article 122-4 du Code pénal), la légitime défense (article 122-5 du Code pénal) et l'état de nécessité (article 122-7 du Code pénal). Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2010, p.418.

²⁰ R. Doublier, « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956 ; C. Mascala, *Juris-classeur Pénal Code*, articles 122-4 à 122-7 ; F. Archer, thèse préc. ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 7^e édition, Cujas.599 ; P. Salvage, *Droit pénal général*, PUF, 2006 n°132 ; J.-Cl. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 2006.125 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, 2006/2007, Cujas n°538 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, Ellipses, 2006 n°345 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, Themis, 2005. 279 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, précis Dalloz, 2005 n°409 ; P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Dalloz, 2004 n°276 ; P. Salvage, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991. 699.

I) L'indifférence du consentement de la victime

Contrairement à l'adage « Volenti non fit injuria »²¹ qui peut se comprendre comme « on ne peut faire du tort à celui qui y consent »²², notre droit pénal général ne tient pas compte du consentement de la victime aux fins d'exclure la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction. En effet, cet adage qui irait dans le sens d'une justification de l'infraction en cas de consentement de la victime n'a aucune valeur dans notre droit pénal²³. Néanmoins, tous les Etats ne partagent pas la même approche. En Allemagne, le consentement de la victime est un fait justificatif pour les atteintes à l'intégrité physique²⁴ et d'autres Etats européens l'ont même érigé en fait justificatif général²⁵.

En droit pénal français, l'indifférence du consentement de la victime se traduit par la responsabilité pénale de l'auteur d'une atteinte au corps d'autrui, que celle-ci y ait consenti ou non. Le Code pénal n'ayant jamais intégré de texte général relatif à la prise en compte du consentement de la victime, c'est la jurisprudence qui a consacré le principe de l'indifférence du consentement de la victime (A) dont il faudra étudier les fondements (B).

A) La genèse jurisprudentielle du principe

L'indifférence du consentement de la victime a connu une première ébauche à propos du duel (1), laquelle a fait l'objet d'une consécration expresse rapide (2).

1) Le duel, prétexte à l'ébauche du principe

Alors qu'auparavant la pratique du duel²⁶ faisait l'objet d'une répression spécifique, le Code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791 s'est montré muet sur cette pratique, tout comme le Code pénal de 1810. S'était ainsi posée la question en jurisprudence de savoir si le silence des deux codes successifs devait ou non s'apprécier comme une dépénalisation totale du duel et de ses éventuelles conséquences, ou si au contraire, il fallait y voir la volonté du législateur de ne pas réserver un traitement différent aux duellistes à celui résultant des dispositions protectrices de la vie et de l'intégrité physique. Dès 1819, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait pris parti pour la première branche de la réponse en ces termes : « les (anciens) articles 295 et 304 du Code pénal, ni aucun autre article de ce Code sur l'homicide, le meurtre

²¹ Cet adage est tiré du Digeste (Livre XLVII, titre X, paragraphe V) adapté par Ulpian, cité par X. Pin, thèse préc. n°15. Il semblerait que cet adage n'ait jamais eu la portée qui lui est prêtée par sa généralité.

²² A. Laingui, « Les adages du droit pénal », RSC 1985. 25.

²³ B. Bouloc, *Droit pénal général*, précis Dalloz, 2005 n°409 : l'auteur considère que l'adage s'applique plutôt à la responsabilité civile.

²⁴ Voir X. Pin, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », RSC 2003.259.

²⁵ Notamment le Portugal et l'Italie, cité par X. Pin, article préc. n°4.

²⁶ Pour un historique de la répression du duel, voir *infra*, p.60.

et l'assassinat, ne peuvent être appliqués à celui qui, dans les chances réciproques d'un duel, a donné la mort à son adversaire sans déloyauté, sans perfidie »²⁷. La position de la Cour de cassation assurait l'impunité du duelliste ayant donné la mort à son adversaire, a fortiori s'il l'avait seulement blessé.

Dans un arrêt célèbre rendu le 22 juin 1837²⁸, la Haute juridiction est revenue sur sa position, en considérant qu'« on ne saurait induire de cette abolition, une exception tacite en faveur du meurtre commis et des blessures et coups volontaires portés par suite de duel » et qu'« une convention par laquelle deux hommes prétendent transformer de leur autorité privée un crime qualifié en action indifférente ou licite, se remettre d'avance la peine portée par la loi contre ce crime, s'attribuer le droit de disposer mutuellement de leur vie et usurper ainsi doublement les droits de la société, rentre évidemment dans la classe des conventions contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public ». Ce revirement opéré par la Cour de cassation, laquelle avait suivi son Procureur Général, a été confirmé par un arrêt rendu le 15 décembre 1837²⁹.

La raison pour laquelle cette solution n'est qu'une ébauche du principe de l'indifférence du consentement de la victime vient de ce que la Cour de cassation fait référence non pas au consentement de la victime, mais à la convention des duellistes. Cette précision est d'importance, les duellistes ne consentant nullement à une atteinte à leur corps : ils ont seulement la volonté de se battre en duel³⁰. Malgré tout, cette solution peut être considérée comme un signe annonciateur du principe de l'indifférence du consentement de la victime.

2) La consécration du principe

Deux matières ont donné lieu à la formulation expresse de l'indifférence du consentement de la victime en droit pénal. Il s'agit du cas de l'homicide commis alors que la victime voulait mourir, l'auteur ayant la volonté de se suicider dans le même temps : cette hypothèse a permis l'affirmation explicite du principe (a). A un siècle d'intervalle, la pratique de la stérilisation donnera lieu à la confirmation du principe (b).

a) Son affirmation à propos de l'« homicide-suicide »

Empruntée à Frédéric Archer, cette expression a trouvé à s'illustrer dans l'affaire Copillet dite « des amants du Bois de Boulogne »³¹. Cette espèce a été l'opportunité pour la Cour de

²⁷ Crim. 8 avril 1819, *Bull. crim.* n°42. Solution qu'elle avait confirmée à de nombreuses reprises : Crim. 21 mai 1819, *Bull. crim.* n°61 ; Crim. 21 septembre 1821, *S.* 1821. 1. 500 ; Crim. 11 mai 1827, *Bull. crim.* n°114 ; Crim. 29 juin 1827, *S.* 1827. 1. 628 ; Cass. ch. réunies 5 août 1828, *S.* 1828-1830. 1. 152.

²⁸ Cass. crim. 22 juin 1837, *S.* 1837. 1. 465, concl. Dupin.

²⁹ Cass. ch. réunies 15 décembre 1837, *S.* 1838. 1. 14.

³⁰ Voir *infra* p.60.

³¹ Crim. 23 juin 1838, *S.* 1838. 1. 626, concl. Dupin.

cassation de consacrer expressément l'indifférence du consentement de la victime en droit pénal. Deux amants vivaient un amour impossible et avaient décidé de mettre fin à leurs jours ensemble. L'homme avait appliqué le canon d'un premier pistolet contre la poitrine de son amante, laquelle le maintenait, tandis qu'il retournait contre lui un second pistolet. Au signal donné par la femme, l'amant avait tiré. Si la première avait trouvé la mort, l'homme avait survécu malgré des blessures. Ce dernier avait bénéficié d'une ordonnance de non-lieu, laquelle fut sanctionnée par la Cour de cassation aux motifs que « la protection assurée aux personnes par la loi constitue une garantie publique ; que dès lors, le consentement de la victime d'une voie de fait homicide ne peut légitimer cet acte ». Des circonstances du même ordre ont d'ailleurs donné lieu à une solution identique dans un arrêt de la Cour d'Appel de Toulouse du 9 août 1973³². La Haute juridiction confirme l'indifférence du consentement de la victime, mais par un moyen détourné.

b) Sa confirmation à propos des stérilisations

Un siècle plus tard, l'affaire dite des « stérilisés de Bordeaux »³³ a permis à la Cour de cassation d'affirmer que les blessures volontaires « doivent donner lieu à condamnation contre les auteurs et complices ; que, notamment, le fait que les victimes auraient consenti aux violences n'est pas exclusif de la préméditation ». Ainsi a-t-elle approuvé la condamnation d'un homme du chef de coups et blessures volontaires pour avoir procédé à des opérations de vasectomie sur des hommes à la demande expresse de ceux-ci. Cependant, la Cour de cassation n'évoque le consentement de la victime qu'à propos de la circonstance aggravante de préméditation.

Dans cet arrêt, comme dans les autres qui ont été précédemment cités, la Cour de cassation se montre peu explicite sur les raisons qui l'ont amenée à ne pas tenir compte du consentement de la victime à subir des atteintes à son corps. Elle ne fait qu'effleurer une justification lorsqu'elle énonce que la protection assurée aux personnes constitue une garantie publique.

³² Toulouse, ch. d'acc. 9 août 1973, *JCP G.* 1974.IV.292. La chambre d'accusation avait renvoyé l'homme devant la Cour d'assises afin d'y être jugé pour meurtre en considérant que « si le suicide n'est pas punissable, le fait de donner la mort à un tiers sur sa demande constitue en droit un homicide volontaire ». Cependant, la Cour d'appel mettait en doute la libre volonté de mourir de la femme car elle relevait les menaces réitérées dont elle avait fait l'objet de la part de son amant.

³³ Crim. 1^{er} juillet 1937, *S.* 1938.1.193 note Tortat ; *Gaz. Pal.* 1937.2..358 ; *RSC* 1937.680 note Magnol.

B) Les fondements de l'indifférence du consentement de la victime

Les civilistes voient le fondement de l'indifférence du consentement de la victime dans le principe de l'invulnérabilité du corps humain lequel protège l'intégrité de celui-ci contre les atteintes susceptibles de lui être portées par des tiers³⁴. Ils en déduisent un droit extrapatrimonial au respect du corps humain qui trouverait une expression dans la Bible avec l'adage « Noli me tangere »³⁵. Ce principe a fait l'objet d'une consécration législative³⁶ à l'article 16-1 alinéa deux du Code civil³⁷. Mais l'existence de ce droit vise à permettre à la victime d'atteintes infligées sur son corps par autrui d'agir en réparation du préjudice qu'elle a subi. Il n'a un intérêt que sur le plan de la responsabilité civile.

Or, le droit pénal est étranger aux considérations que supportent le droit civil et plus particulièrement le droit de la réparation civile. L'explication donnée à l'indifférence du consentement de la victime en droit pénal n'est donc pas satisfaisante.

Le principe trouve plutôt son fondement dans la finalité supérieure poursuivie par le droit pénal, à savoir la sauvegarde de l'intérêt général. Lorsqu'il intervient, c'est au nom de la société et non au nom de la victime. Il n'en a pas toujours été ainsi, le système de justice ayant évolué considérablement. A l'origine, existait le système de la « vengeance privée » illustrée par la loi du Talion³⁸. Dès lors qu'une personne était la victime d'une atteinte perpétrée par une communauté différente de la sienne, les membres du groupe auquel elle appartenait la vengeaient en faisant subir à l'auteur une atteinte de même nature. Puis, à l'heure de la « justice privée », s'est fait jour un système dans lequel la victime ou la famille de celle-ci recevait une compensation financière de la famille de l'auteur de l'atteinte. C'est à la naissance de l'Etat que nous devons l'apparition du système de la « justice publique ». En se dotant d'institutions propres, il s'est en effet substitué aux volontés particulières en considération du fait que la commission d'une infraction n'intéresse pas seulement la victime mais constitue une atteinte à l'autorité du monarque, devenue par la suite l'intérêt général.

Cette finalité supérieure du droit pénal ne l'empêche pas de recouper un intérêt privé, mais de multiples hypothèses illustrent la primauté de l'intérêt général sur celui de la victime en droit pénal. Tout d'abord, il faut convenir de remarquer que le droit pénal retient rarement le

³⁴ F. Archer, thèse *préc.* n°175 et s.

³⁵ Cet adage pourrait être traduit en « ne me touche pas ».

³⁶ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

³⁷ Ainsi formulé : « le corps humain est inviolable ».

³⁸ Lévitique, XXIV, 19 : « si quelqu'un fait une blessure à son prochain, comme il a agi pour lui-même, on agira à son égard ; fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent, selon la lésion qu'il aura faite sur autrui ainsi lui sera-t-il fait », cité dans le mémoire de Céline Cotza, *Le corps en droit pénal*, 2004, Université Panthéon-Assas.

préjudice subi par la victime comme élément constitutif d'une infraction. Et si tant est qu'il en tienne compte, il ne le fait que partiellement. Les violences par exemple prennent en considération le préjudice subi par la victime, la peine encourue variant en fonction de la gravité du préjudice³⁹. Mais force est de constater que le droit pénal a opéré une sélection parmi l'ensemble des préjudices envisageables dans le droit de la réparation civile afin de n'utiliser que certains d'entre eux pour les besoins de la répression⁴⁰.

Ensuite, l'application du droit pénal n'est pas subordonnée à l'existence d'une victime. C'est le cas lors d'infractions formelles, qui par leur nature n'impliquent pas l'existence d'une victime. Pour illustration, le délit de risques causés à autrui⁴¹ est consommé par la « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement » laquelle exposerait directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. La consommation de l'infraction étant fixée avant la réalisation d'une atteinte effective à la vie ou à l'intégrité physique, cette incrimination peut être utilisée en l'absence de victime.

Par ailleurs, si la victime déclenche la mise en mouvement de l'action publique, elle ne pourra mettre fin au procès du fait de l'indisponibilité de l'action publique si elle se ravise. Les illustrations sont donc multiples de ce que le droit pénal n'est pas fait pour se plier à des intérêts privés.

Le droit pénal, d'ordre public, poursuit un but d'utilité sociale en portant un projet de société, concrétisé par la promotion de valeurs sociales. Chaque incrimination s'insère au sein de ce projet et y participe en assurant la protection d'une valeur sociale⁴². Concernant le droit pénal protecteur du corps humain, objet de notre étude, les infractions ont pour valeur sociale protégée la vie ou l'intégrité physique. Or ces valeurs sont toutes deux indisponibles, c'est-à-dire que le droit pénal les protège d'une manière absolue, y compris contre la volonté de la personne elle-même. Elles figurent en effet au sommet de la hiérarchie des valeurs véhiculée par le Code pénal. L'indifférence du consentement de la victime trouve à s'illustrer aussi bien lorsque la valeur protégée est la vie que lorsqu'il s'agit de l'intégrité physique.

³⁹ P. Conte, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007 n°152 et s. et n°171 et s.

⁴⁰ Y. Mayaud, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006 .807.

⁴¹ Incriminé à l'article 223-1 du Code pénal.

⁴² Y. Mayaud, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in « *Code pénal et Code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire* », Dalloz, 2010. 3.

II) L'illustration de l'indifférence du consentement de la victime

Certaines incriminations faisaient explicitement référence à l'indifférence du consentement de la victime, comme l'ancien article 317 du Code pénal qui sanctionnait l'avortement pratiqué sur une femme enceinte ou supposée enceinte « qu'elle y ait consenti ou non ». Il en était de même du proxénétisme réprimé à l'ancien article 334-5° du Code pénal qui visait celui qui « embauche, entraîne ou entretient, même avec son consentement, une personne même majeure en vue de la prostitution ou la livre à la prostitution ». Mais à la suite des développements précédents, ces précisions paraissent bien inutiles, ce qui explique sans doute qu'elles aient disparu depuis.

Alors que la question semblait être clairement tranchée en faveur de l'indifférence du consentement de la victime dans le droit pénal protecteur du corps humain, deux domaines sensibles l'ont fait ressurgir, le premier relatif à l'euthanasie (A), le second au sadomasochisme (B).

A) Une atteinte à la vie : l'euthanasie

Il est nécessaire avant tout de préciser ce que recouvre le terme euthanasie⁴³. Etymologiquement, l'euthanasie correspond à une « mort douce » ou « bonne mort », le mot étant construit à partir de « eù » signifiant « bien » et « thanatos », la « mort ». L'origine du mot soulignait le soulagement des souffrances, lequel correspond aujourd'hui davantage aux « soins palliatifs ». L'euthanasie a connu un glissement de sens, étant entendue communément comme le fait délibéré d'un tiers ayant pour objet d'abrèger la vie d'un malade afin de soulager ses souffrances⁴⁴.

L'euthanasie a sa place dans notre étude dans la mesure où la personne malade a manifesté sa volonté de mourir auprès d'un tiers, voire sollicité son intervention pour mourir. Dans ce dernier cas précisément, l'expression de sa volonté peut aller de pair avec un consentement à une atteinte à sa vie. Alors volonté et consentement paraissent confondus. Il est impossible en revanche de parler d'une volonté du malade lorsque celui-ci est dans l'impossibilité de la manifester.

Il faut insister sur la distinction entre euthanasie, aide au suicide et suicide. Le suicide est un homicide sur soi-même. A contrario, l'euthanasie fait nécessairement intervenir un tiers : c'est

⁴³ E. Dunet-Larousse, « L'euthanasie : signification et qualification au regard du droit pénal », *RD sanit. soc.* 1998. 265 ; X. Pin thèse *préc.* n°228 et s. ; pour un panorama du droit pénal libanais en la matière, voir P. Nasr, « Le droit à la mort face au Code pénal libanais », *Mélanges Pradel*, 2006. 837.

⁴⁴ F. Archer, thèse *préc.* n°65 et s.

un homicide sur autrui. Et l'aide au suicide s'entend de la personne qui aide un malade à se donner lui-même la mort, ce qui relève d'un cas tout à fait différent de celui de l'euthanasie. Afin de comprendre pourquoi un débat est né quant à la dépénalisation de l'euthanasie (3), il faut au préalable évoquer la réponse apportée par le droit pénal à l'euthanasie (1), puis l'application qu'en fait la jurisprudence (2).

1) La sévérité des textes

En droit pénal, l'euthanasie n'est pas une incrimination spécifique, mais elle a vocation à être couverte par les infractions protectrices du corps humain. Il faut distinguer deux hypothèses : celle dans laquelle le tiers va porter atteinte à la vie d'un malade de façon active et celle dans laquelle celui-ci va s'abstenir de mettre en œuvre les moyens d'assurer la survie du malade. Les deux cas tombent sous le coup de la loi pénale, y compris si le malade est à l'origine de cette action ou abstention du tiers. C'est pourquoi l'euthanasie est une illustration de l'indifférence du consentement de la victime. L'application d'incriminations s'explique aussi par l'indifférence des mobiles en droit pénal⁴⁵, laquelle permet de caractériser l'intention malgré le fait que l'auteur de l'infraction ait poursuivi un mobile honorable, comme c'est le cas dans l'euthanasie.

Une personne qui porte atteinte à la vie d'un tiers peut être l'auteur d'un meurtre⁴⁶, d'un assassinat⁴⁷ ou d'un empoisonnement⁴⁸. Ces incriminations figurent parmi les plus graves au sein des infractions contre les personnes et sont en conséquence punies de lourdes peines⁴⁹. L'interdit de porter atteinte à la vie d'un patient a fait l'objet d'une inscription destinée aux professionnels de la santé dans le Code de déontologie médicale⁵⁰.

Si la personne s'abstient de sauvegarder la vie du malade, la qualification applicable est le délit de non-assistance à personne en danger⁵¹. Cette qualification trouverait surtout à s'appliquer au personnel médical. Pour l'application de cette qualification à l'euthanasie, il est une difficulté due à une distinction habituellement faite entre euthanasie passive et euthanasie active dont le pénaliste doit particulièrement se méfier, la signification n'étant pas identique à ce que le pénaliste voit sous les termes actif et passif. Emmanuel Dunet-Larousse a mis en

⁴⁵ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2010 n°221 et s.

⁴⁶ Article 221-1 du Code pénal.

⁴⁷ Article 221-3 du Code pénal.

⁴⁸ Article 221-5 du Code pénal. Par le moyen visé par l'incrimination, c'est souvent la qualification la plus adéquate.

⁴⁹ Trente ans de réclusion criminelle, voire la réclusion à perpétuité pour l'assassinat.

⁵⁰ Repris à l'article R. 4127 -38 du Code de la santé publique.

⁵¹ Article 223-6 du Code pénal.

garde contre l'amalgame parfois réalisé entre l'abstention et l'arrêt de soins⁵². En droit pénal, l'arrêt de soins constitue un acte de commission qui ne peut être envisagé sous la qualification de non-assistance à personne en danger. Quel que soit le comportement, le droit pénal apporte une réponse intransigeante à l'euthanasie. Cette sévérité est perçue comme excessive, surtout lorsque la mort est donnée par un proche du malade, même aux yeux des juges.

2) Une jurisprudence indulgente

Si le mobile n'est pas pris en compte pour la constitution de l'infraction elle-même, rien en revanche n'interdit au juge de le prendre en compte dans la fixation de la peine, en raison du pouvoir de personnalisation des peines qui lui est reconnu⁵³. A ce titre, les juges peuvent ne prononcer que des peines symboliques à l'égard de proches ayant donné la mort à une personne gravement malade, et la jurisprudence en témoigne ouvertement⁵⁴. Les acquittements en la matière ne sont pas rares, ce qui illustre la compréhension des jurés à l'égard de l'euthanasie⁵⁵.

C'est une question si sensible que des solutions parfois contraires au droit ont été rendues, ainsi que cela a été le cas dans l'affaire Vincent Humbert. Ce jeune homme de 23 ans devenu tétraplégique à la suite d'un grave accident de la circulation voulait mourir mais se trouvait dans l'impossibilité de mettre fin lui-même à ses jours. En septembre 2003, sa mère injectait des barbituriques dans sa sonde gastrique et quelques jours plus tard un médecin décidait d'injecter au jeune homme du chlorure de potassium entraînant son décès. La mère de Vincent et le médecin étaient mis en examen, respectivement pour administration de substances nuisibles⁵⁶ et pour empoisonnement avec préméditation⁵⁷. Le 27 février 2006, le juge d'instruction rendait une ordonnance de non-lieu à leur égard, en retenant une contrainte extensive à l'égard de la mère et au prix d'une confusion entre intention et mobile pour le médecin⁵⁸. L'application faite du droit pénal protecteur de la vie humaine par les juridictions,

⁵² Art. *préc.* 277 : « L'adjonction d'adjectifs ayant des natures opposées à un terme ambigu a provoqué une dérive terminologique telle que l'euthanasie a fini par désigner autant des actes criminels, que des actes qui ne le sont pas. Ainsi l'arrêt et l'abstention ont été confondus et il n'est pas rare de lire parmi les auteurs pénalistes que l'euthanasie passive est un arrêt de traitement ou une injection de produit toxique ».

⁵³ Article 132-24 du Code pénal.

⁵⁴ C. Assises Seine, 10 juillet 1962 : condamnation d'un père ayant tué sa fille incurable à trois ans d'emprisonnement avec sursis ; C. Assises Seine, 6 janvier 1983 : condamnation du mari ayant donné la mort à son épouse atteinte d'un cancer particulièrement grave à deux ans d'emprisonnement avec sursis. Cités par F. Archer, thèse *préc.*

⁵⁵ Par exemple C. Assises de Liège, 5 novembre 1962, *RSC* 1963, p.83.

⁵⁶ Article 222-15 du Code pénal.

⁵⁷ Article 221-5 alinéa 3 du Code pénal.

⁵⁸ Pour plus de précisions, voir A. Lepage et P. Maistre du Chambon, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006. 613 n°45.

voire sa dénaturation pour le cas de l'affaire Humbert, est l'un des arguments pour que soit légalisée ou dépénalisée l'euthanasie.

3) Le débat relatif à la dépénalisation de l'euthanasie

La dépénalisation ou légalisation de l'euthanasie fait l'objet d'un débat particulièrement vif, comme en témoigne le nombre de propositions de loi déposées sur cette question⁵⁹. Le Comité Consultatif National d'Ethique avait même proposé, dans un avis du 27 janvier 2000⁶⁰, l'instauration d'une « exception d'euthanasie ».

Ce débat⁶¹ est alimenté par la dépénalisation de l'euthanasie opérée par certains Etats, comme c'est le cas aux Pays-Bas depuis une loi du 12 avril 2001 ou encore en Belgique depuis une loi du 28 mai 2002.

La Cour Européenne des droits de l'Homme n'oblige pas les Etats à légaliser ou dépénaliser l'euthanasie. Dans un arrêt célèbre *Pretty contre Royaume-Uni*⁶², la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶³ par les autorités britanniques qui refusaient une immunité de poursuites à un époux s'il l'aidait à mourir sa femme atteinte d'une maladie dégénérative et incurable. Elle a considéré que « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir » eu qu'il « ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie ». La Cour a estimé qu'il n'est donc pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique.

La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de la vie⁶⁴, qui était très attendue, n'a ni légalisé ni dépénalisé l'euthanasie. En revanche, elle permet au médecin de respecter la volonté du malade de refuser ou d'interrompre un traitement malgré le fait que cela mette en danger sa vie, à condition que la personne ait réitéré sa décision après un délai raisonnable⁶⁵. Par ailleurs, les médecins qui s'abstiendraient de sauvegarder la vie du malade

⁵⁹ Proposition de H. Caillavet déposée le 6 avril 1978 sur le bureau du Sénat ; deux propositions de loi distinctes déposées durant l'année 1989 devant les deux assemblées parlementaires ; proposition de loi déposée par P. Biarnes le 13 février 1997 sur le bureau du Sénat ; le même sénateur dépose à nouveau une proposition de loi en janvier 1999, cité par F. Archer, thèse *préc.* n°78.

⁶⁰ Avis n° 63 du CCNE « Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie ». V. C. André, « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », *RSC* 2004.43.

⁶¹ V. L. Puybasset, « Faut-il légaliser l'euthanasie ? », *D.*2007. 1328.

⁶² CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 14 avril 2002, *RSC* 2002. 645 note F. Massias ; *RD sanit. soc.* 2002. 475 note P. Pedrot ; *JCP G.* II. 10062 note C. Girault.

⁶³ L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme protège la vie.

⁶⁴ Loi n° 2005-370. A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°41 et s.

⁶⁵ Article L. 1111-4 du Code de la santé publique. Voir *infra* p.49.

seraient couverts par l'autorisation de la loi si les conditions de l'acharnement thérapeutique étaient réunies⁶⁶.

Cette loi a déçu les partisans de la dépénalisation de l'euthanasie, ce qui explique la présentation postérieure d'autres propositions de loi. L'Assemblée nationale a ainsi rejeté le 24 novembre 2009 une proposition de loi déposée par Jean-Marc Ayrault. La dernière en date est une proposition de loi votée par la commission des affaires sociales du Sénat qui visait à instaurer une assistance médicalisée pour mourir, que les sénateurs ont rejeté le 25 janvier 2011.

Cette illustration de l'indifférence du consentement de la victime est fortement liée à des considérations de dignité de la personne humaine. Certains auteurs font justement remarquer que de la dignité peut être tiré « un argument à double tranchant »⁶⁷ qui, en raison de l'ambiguïté de la notion même de dignité, peut s'utiliser autant pour justifier la maîtrise par la personne de sa vie, qu'au contraire pour la lui interdire. La considération de dignité de la personne humaine se retrouve lorsque les atteintes au corps sont infligées dans le cadre de pratiques sadomasochistes.

B) Une atteinte à l'intégrité physique : le sadomasochisme

Le sadomasochisme correspond à la combinaison de deux perversions sexuelles chez le même individu, le sadisme et le masochisme. Le sadisme se traduit par le fait que la personne ne peut ressentir de plaisir érotique qu'en faisant souffrir moralement ou physiquement son partenaire, tandis que la personne masochiste ne peut en avoir qu'en subissant une telle souffrance. Il s'agit de ne s'intéresser qu'aux atteintes à l'intégrité physique qui, dans les deux perversions, ont pour point commun d'être infligées par un tiers.

Seule la combinaison de ces deux perversions relève de notre étude, car elle seule implique la volonté des deux participants d'avoir de telles pratiques sexuelles. La personne qui subit des atteintes à son corps a la volonté de se soumettre à des pratiques sexuelles sadiques tout en connaissant d'avance la nature des atteintes qu'elle va subir puisqu'elles constituent le principe même de ces perversions. Il faut cependant préciser que la personne ne consent pas pour autant par avance à toute atteinte à son corps, car il est de nombreux degrés dans la gravité des atteintes qui peuvent lui être infligées. La personne peut retirer son consentement

⁶⁶ Article L. 1110-5 alinéa 2 du Code de la santé publique qui interdit l'acharnement thérapeutique.

⁶⁷ A. Lepage et P. Maître du Chambon, art. *préc.* n°46 : « selon les convictions spirituelles, elle peut être invoquée en faveur de la reconnaissance d'une autonomie – l'individu dispose de sa vie pour mourir dignement, c'est sa dignité par renvoi à la conception qu'il se fait de celle-ci – ou bien au contraire de façon objective, extrinsèque à une personne déterminée, comme faisant obstacle à cette libre disposition de la vie, dans le sens d'une dignité transcendante à l'individu, pour être inhérente au genre humain ».

dès lors que les atteintes subies excèdent une souffrance acceptable, en le manifestant par des cris, des supplications.

Indépendamment de la volonté de la personne de se soumettre à des pratiques sadiques et de son consentement à une atteinte à son corps, ou à défaut du retrait de son consentement, le droit pénal a vocation à sanctionner l'auteur de ces pratiques dès qu'il en est résulté une atteinte à l'intégrité physique (1). Le sadomasochisme place la protection de l'intégrité physique en opposition avec l'autonomie de la volonté. L'égarement de la jurisprudence européenne devra ensuite être abordé afin de mesurer ses éventuelles conséquences sur le droit pénal français (2).

1) La réponse du droit pénal

S'agissant d'atteintes à l'intégrité physique infligées par un tiers, deux qualifications peuvent être applicables, à savoir les tortures et actes de barbarie⁶⁸ et les violences volontaires⁶⁹.

La première incrimination est apparue récemment, puisqu'antérieurement au Code pénal issu de la réforme de 1992, les tortures et actes de barbarie ne figuraient que sous forme de circonstances aggravantes d'un certain nombre d'infractions. A la lecture du texte, se soulève d'emblée la question de savoir ce que recouvre l'expression de tortures et actes de barbarie, dont aucune définition n'est donnée par le Code pénal. La jurisprudence n'ayant pas suppléé le législateur, un éclairage est donné par une définition doctrinale, l'acte de barbarie étant « celui par lequel le coupable extériorise une cruauté, une sauvagerie, une perversité qui soulèvent une horreur et une réprobation générale »⁷⁰. Tout semble donc affaire d'interprétation. Il est également possible de se référer à la Convention de l'ONU du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁷¹ qui les définit en son article premier comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales sont intentionnellement infligées à une personne »⁷².

L'application de cette incrimination ne fait aucun doute si la victime consent aux atteintes à son corps en vertu de l'indifférence du consentement de la victime, mais en revanche, une difficulté subsiste : peut-on considérer que la victime de ces actes, qui lui procurent une

⁶⁸ Article 222-1 du Code pénal.

⁶⁹ Articles 222-7 et suivants du Code pénal, avec l'ensemble des déclinaisons possibles selon le préjudice subi par la victime.

⁷⁰ A. Vitu, *RSC* 1992. 71.

⁷¹ Ratifiée par la France le 18 février 1986 ; Elle est entrée en vigueur le 26 juin 1987.

⁷² Un arrêt de la chambre d'accusation de Lyon du 19 janvier 1996 fait référence à l' « élément moral consistant dans la volonté de nier dans la victime la dignité de la personne humaine », ce qui ne correspond pas à la définition des tortures dans le droit pénal français.

jouissance sexuelle, subit une souffrance aiguë ? De fait, l'incrimination de tortures et actes de barbarie n'est-elle pas inapplicable aux pratiques sadomasochistes ?

La question n'a pas reçu de réponse en jurisprudence. Les qualifications de violences volontaires ne posent quant à elles aucune difficulté pour leur application aux pratiques sadomasochistes. La condamnation des auteurs d'atteintes à l'intégrité physique lors de ces pratiques a cependant été remise en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme.

2) Une évolution européenne inquiétante

La Cour européenne des droits de l'Homme a eu à connaître des pratiques sadomasochistes dans un arrêt du 19 février 1997⁷³. Condamnés par la justice britannique du chef de coups et blessures et complicité de coups et blessures qu'ils avaient infligés dans le cadre de séances sadomasochistes pratiquées entre majeurs consentants, trois requérants invoquaient la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷⁴. La Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 8 en considérant qu'il revenait à chaque Etat qui a pour rôle de réguler les pratiques qui entraînent des dommages corporels, de choisir quel est le niveau de dommage toléré lorsque la victime est consentante. Elle relevait à cet égard qu'en l'espèce, les pratiques sadomasochistes des requérants avaient entraîné des lésions et blessures d'une gravité certaine et que l'Etat n'avait pas outrepassé sa marge d'appréciation. La Cour admettait implicitement que la maîtrise de son corps par un individu n'est pas absolue.

Dans une affaire K. A. et A. D. contre Belgique⁷⁵, la Cour va adopter une position tout à fait contraire. Il s'agissait des pratiques sadomasochistes d'une gravité extrême commises par un médecin et un magistrat sur l'épouse du premier, qui avaient été filmées par leurs auteurs. Il est fait état de certaines scènes dans lesquelles la victime « hurlait de douleur ». La Cour recourt à la notion d'autonomie personnelle qu'elle avait dégagée en 2002⁷⁶ pour en tirer le droit d'entretenir des relations sexuelles en estimant que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne ». Elle précise que le droit d'entretenir des pratiques sexuelles dommageables n'a de

⁷³ CEDH, 19 février 1997, Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, D. 1998.97 note J-M. Larralde ; *RTD civ.* 1997. 1013 note J-P. Marguénaud.

⁷⁴ Ce texte garantit le droit au respect de la vie privée.

⁷⁵ CEDH, 1^{ère} section, 17 février 2005 ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », D.2005 chron. 2973 ; *RTD civ.* 2005. 341 note J-P. Marguénaud ; A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°47 et s.

⁷⁶ CEDH, 24 avril 2002, Pretty contre Royaume-Uni, voir *supra* p.13.

limite que la liberté de la personne qui subit ces pratiques⁷⁷, mettant ainsi complètement de côté le rôle de régulation étatique. Certes, la Cour a conclu à l'absence d'ingérence dans la vie privée des requérants mais seulement après avoir constaté que la victime avait supplié les auteurs de cesser et que ceux-ci avaient continué de la martyriser malgré tout. C'est uniquement parce que la victime avait cessé de consentir que le Cour reconnaît le bien-fondé de la condamnation, et non sur le fondement de la gravité des atteintes subies par celle-ci. Une telle solution, outre le fait qu'elle se trouve en totale contradiction avec le droit pénal français, comporte le risque d'une volonté individuelle toute-puissante qui, affirmée sur le terrain des atteintes à l'intégrité physique, pourrait tout aussi bien s'étendre aux atteintes à la vie. Il faut espérer que la Cour n'avait pas envisagé l'ensemble des implications de son revirement de jurisprudence, qui vide la substance des droits de l'Homme en les réduisant à de simples instruments de protection du consentement de la personne. Cette solution revient à faire primer la liberté sexuelle, une valeur dont la personne a la libre disposition, sur la protection de l'intégrité physique, une valeur indisponible. Cette étonnante dérive se fait au détriment de la personne elle-même⁷⁸. Il faut en conséquence se réjouir de la résistance des juridictions françaises⁷⁹ laquelle démontre l'attachement de la protection pénale du corps humain à l'indifférence du consentement de la victime, qui reste une règle dominante malgré le rôle que lui reconnaît la cause d'irresponsabilité d'autorisation de la loi.

Section 2 : Le rôle restreint accordé au consentement par la permission de la loi

La neutralisation d'une incrimination peut provenir indirectement du consentement de la victime, grâce à la permission de la loi. La permission ou autorisation de la loi est une cause objective d'irresponsabilité édictée à l'article 122-4 alinéa premier du Code pénal. Ce texte dispose que « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ».

En matière d'atteintes à l'intégrité physique infligées par un tiers, il s'agit d'autorisations implicites de la loi c'est-à-dire qu'elles résultent des dispositions du Code de la santé publique. L'autorisation de la loi permet de sacrifier la protection pénale du corps humain

⁷⁷ CEDH, 1^{ère} section, 17 février 2005 : « si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti ».

⁷⁸ A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°48.

⁷⁹ Crim. 2 déc. 2009, n° 09-82.447 confirmant CA Grenoble 11 mars 2009 ; *rev. Communication Commerce électronique* n° 3, Mars 2010, comm. 28 A. Lepage.

lorsqu'est en jeu un intérêt que le législateur juge supérieur, comme le bien-être de la personne ou encore le progrès de la recherche scientifique⁸⁰.

Xavier Pin dénomme le consentement qui sera pris en compte dans la permission de la loi comme étant le consentement justificatif⁸¹. Selon lui, le consentement a un rôle à jouer dans la justification à lui seul, car « la permission de la loi ne peut supprimer que la violation de l'intérêt social, elle est sans incidence sur l'atteinte portée à l'intérêt individuel »⁸². La permission légale ne permettrait donc pas à elle seule de neutraliser une incrimination, le consentement étant toujours nécessaire pour effacer l'atteinte à l'intérêt de la victime. Ce raisonnement est séduisant, mais à la lecture des textes, la permission de la loi neutralise l'incrimination⁸³ en tant que cause d'irresponsabilité et le consentement de la personne qui subit l'atteinte fait seulement partie des conditions qui, réunies, permettent la justification de l'infraction. Le consentement apparaît comme une condition à la justification (I) et c'est la raison pour laquelle le rôle qui lui est accordé par la permission de la loi ne peut être perçu comme une exception à la règle de l'indifférence du consentement de la victime en droit pénal. Pour preuve, tout consentement ne pourra constituer valablement une condition de la justification légale, la loi organisant strictement sa prise en compte (II).

I) Le consentement, condition de la justification de l'atteinte au corps

Sans la permission de la loi, aucun rôle ne serait laissé au consentement de la personne qui subit l'atteinte à son corps. Mais dans le même temps, le consentement est une condition sine qua none de la justification. Il sera en effet démontré que, dans tous les cas de justification par l'autorisation de la loi, le consentement figure parmi les conditions légales. Ces autorisations implicites de la loi concernant des atteintes à l'intégrité physique volontairement infligées par un tiers se sont multipliées, mais la particularité de l'interruption volontaire de grossesse justifie qu'elle soit envisagée séparément (B) des autres atteintes (A).

⁸⁰ Y. Mayaud, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. *préc.* voir p.10 ; P. Garraud, « Les sports et le droit pénal », *rev. Internationale de droit pénal* 1924. 212 : « En réalité, l'existence d'un ordre ou d'une permission de la loi autorisant exceptionnellement à accomplir un acte normalement défendu, et sacrifiant ainsi dans un cas particulier les intérêts subjectifs ordinairement protégés par la règle pénale s'explique le plus souvent par le caractère de cet acte conforme à des intérêts sociaux supérieurs aux intérêts individuels qui vont être lésés ».

⁸¹ X. Pin, thèse *préc.* n°69 et s.

⁸² X. Pin, thèse *préc.* n°70 : « juridiquement l'incrimination est suspendue par l'effet d'une double permission à la fois légale et individuelle ». V. n°223 et s.

⁸³ Il s'agira bien souvent des incriminations de violences volontaires prévues aux articles 222-7 et suivants du Code pénal.

A) La diversité des atteintes à l'intégrité permises par la loi

Les interventions bénéficiant d'une permission de la loi peuvent être regroupées en trois matières : la médecine et la chirurgie (1), la recherche esthétique (2) et la bioéthique (3).

1) En matière médicale

Sont concernées à l'évidence les interventions médicales et chirurgicales⁸⁴, chaque médecin et chirurgien étant amené à infliger des atteintes à l'intégrité physique d'autrui.

La justification des atteintes réalisées dans ce cadre est contenue implicitement dans l'organisation des professions médicales par le législateur, et expressément par l'article 16-3 du code civil qui prévoit deux conditions. L'atteinte doit résulter d'une « nécessité médicale » pour la personne qui la subit⁸⁵, et son consentement doit être recueilli préalablement⁸⁶. Cette dernière exigence est rappelée dans le Code de déontologie médicale⁸⁷. La personne qui subit une atteinte à son corps doit manifester sa volonté dans le sens d'une acceptation de l'intervention. Cependant, la volonté de se soumettre à une intervention médicale ou chirurgicale est déterminée chez la personne par son état de santé dans la mesure où la personne est devant le dilemme suivant : se soigner en subissant l'atteinte à son intégrité, ou voir sa santé se détériorer.

Des interventions de même nature effectuées sur des personnes atteintes de transsexualisme bénéficient de la même autorisation de la loi, le transsexuel étant considéré comme malade en raison des risques liés à ce trouble, la mutilation volontaire et le suicide étant les plus répandus. Cette considération permet d'admettre l'intérêt thérapeutique⁸⁸ de ces interventions. Le transsexualisme pouvant être défini comme le « sentiment éprouvé par un individu normalement constitué d'appartenir au sexe opposé, avec désir intense et obsédant de changer d'état sexuel, anatomie comprise, pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'il s'est faite de lui-même »⁸⁹, une intervention est destinée à mettre en accord le physique de la personne avec son psychisme⁹⁰. Le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de

⁸⁴ X. Pin, thèse *préc.* n°247.

⁸⁵ Article 16-3 alinéa 1^{er} du Code civil.

⁸⁶ Article 16-3 alinéa 2nd du Code civil.

⁸⁷ Article R. 4127-36 du Code de la santé publique.

⁸⁸ La jurisprudence n'hésite pas d'ailleurs à sanctionner l'absence d'intérêt thérapeutique. V. Aix-en-Provence, 23 avril 1990, *Gaz. Pal.* 1990. II. 575 note Doucet ; *JCP G* 1991. II. 21720 note Mémeteau ; Crim, 30 mai 1991, rejet du pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel, *RSC* 1991. 565 note Levasseur.

⁸⁹ Alby, Contribution à l'étude du transsexualisme, thèse de médecine, Paris 1956, cité par M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz Sirey 1985.651.

⁹⁰ Par un traitement hormonal et chirurgical particulièrement lourd : pour un homme, une ablation du pénis et des testicules est pratiquée, avec création d'un vagin artificiel et éventuellement la pose de prothèses mammaires ;

cassation, accordant aux transsexuels la possibilité de modifier leur état civil⁹¹, va sans doute faciliter la justification des interventions chirurgicales lorsque les personnes auront préalablement obtenu cette modification. Les interventions sur la personne transsexuelle pourraient être rapprochées des stérilisations, mais ces dernières ont donné lieu à des dispositions spécifiques.

Une loi du 4 juillet 2001⁹² a en effet instauré les articles L. 2123-1 et suivants du Code de la santé publique permettant la stérilisation à visée contraceptive. Le premier de ces textes prévoit expressément l'expression par la personne d'une « volonté libre, motivée et délibérée ». La condition légale du recueil du consentement se retrouve de façon identique en matière esthétique.

2) En matière esthétique

La recherche de l'esthétique recouvre la chirurgie esthétique bien sûr, mais aussi le tatouage et le piercing⁹³. La chirurgie esthétique fait l'objet de dispositions dans le Code de la santé publique⁹⁴, tout comme les cas du tatouage et du piercing⁹⁵, mais aucune référence explicite n'est faite au consentement de la personne. Le recueil du consentement de l'intéressé résulte malgré tout implicitement du Code de la santé publique. Pour ces atteintes ainsi que toutes celles préalablement développées, la personne a la volonté de se soumettre à une atteinte à son intégrité et elle devra l'exprimer la plupart du temps, bien qu'en matière de tatouage ou coiffure par exemple, le seul fait de solliciter un professionnel induise le consentement à une atteinte. Fahmy Abdou⁹⁶ a expliqué la justification de ces atteintes par le fait que l'intégrité corporelle serait une valeur disponible en dessous d'une certaine gravité - qu'il fixait aux seuils dommageables des contraventions alors existantes en la matière – pour en tirer la conclusion que le consentement de la personne peut valablement écarter à lui seul les

pour une femme, il s'agit d'une oblitération du vagin et ablation éventuelle des seins et retrait de l'utérus avec la mise en place d'un faux pénis. Cité par F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°17.

⁹¹ Cass. ass. plén. 11 décembre 1992, *JCP G* 1993. II. 21991 note G. Mémeteau. Elle s'est ainsi pliée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, CEDH, 25 mars 1992, *JCP G* 1992. II. 21955 note Garé : la Cour a condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée) du fait des entraves à la reconnaissance du transsexualisme.

⁹² Loi n°2001-588 relative à l'interruption de grossesse et à la contraception.

⁹³ Rite social pratiqué depuis le néolithique. Pour des exemples, V. M. Delhoste, « Piercing et santé : une pratique fondée, une réglementation inadaptée », *rev. de recherche juridique*, 2006.1109 en particulier la première partie. Les dangers de cette pratique sont soulignés par cet auteur : fragilisation de la personne durant la cicatrisation, infections, risques de transmissions infectieuses par manque d'hygiène des professionnels, détérioration des gencives et de l'émail des dents pour le piercing de la bouche.

⁹⁴ Articles L. 6322-1 et suivants et R. 6322-1 et suivants du Code de la santé publique.

⁹⁵ Articles R. 1311-1 et suivants, L. 5437-1 et 2 et R. 5437-1 et suivants du Code de la santé publique (produits de tatouage).

⁹⁶ Fahmy Abdou, *Le consentement de la victime*, thèse, préface R. Vouin, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 1971, 2^{ème} tome, partie intitulée « Le droit à l'intégrité corporelle ».

incriminations de violences. Cette position, d'ailleurs isolée, est critiquable dans la mesure où l'intégrité physique est une valeur indisponible et que le droit pénal est appelé à réagir à l'ensemble des violences exercées par un tiers sur une personne, quelle que soit la gravité du résultat. Si la justification des atteintes au corps sont compréhensibles lorsqu'elles poursuivent l'intérêt de la personne qui les subit, des atteintes sont aussi permises par la loi alors qu'elles n'ont aucun intérêt pour la personne.

3) En matière bioéthique

La bioéthique recouvre deux champs, dans lesquels ce n'est plus l'intérêt de la personne elle-même qui va justifier l'atteinte à son intégrité mais un intérêt général : le progrès de la recherche scientifique est recherché par la permission des expérimentations humaines (a) tandis que le prélèvement d'organes est permis dans l'intérêt d'autrui (b).

a) La primauté accordée au progrès de la recherche scientifique

Les expérimentations humaines ou recherches biomédicales peuvent avoir un avantage pour la personne elle-même mais elles sont également autorisées lorsqu'elles ne comportent aucun bénéfice individuel direct pour elle⁹⁷. Ces recherches peuvent se traduire par des atteintes à l'intégrité physique qui ne seront justifiées que par le respect des nombreuses conditions légales⁹⁸, parmi lesquelles l'interdiction suivante : « aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement »⁹⁹. Une législation ressemblante existe pour les prélèvements d'organes destinés à sauver des vies par des dons.

b) La primauté accordée à l'intérêt d'autrui

Le prélèvement d'organes doit être fait dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur, qui ne peut être qu'un proche du donneur¹⁰⁰. Le consentement de la personne donneuse doit avoir été exprimé¹⁰¹. La même condition est prévue pour le prélèvement de tissus et cellules, ainsi que pour le prélèvement de cellules issues de la moelle osseuse¹⁰² qui quant à eux peuvent être effectués dans un intérêt autre que thérapeutique, notamment scientifique. En ce qui concerne les atteintes autorisées dans un but esthétique, il n'est question ni de l'intérêt d'autrui, ni d'intérêt général, sauf à considérer qu'il est d'intérêt général de viser au bien-être

⁹⁷ Ces dernières ont été permises depuis une loi du 20 décembre 1988, V. F. Alt-Maes, « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *RSC* 1991, 244.

⁹⁸ Voir les articles L. 1121-1 et suivants du Code de la santé publique.

⁹⁹ Article L. 1122-1-1 du Code de la santé publique.

¹⁰⁰ Article L. 1231-1 alinéa 1 et 2 du Code de la santé publique.

¹⁰¹ Article L. 1231-1 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹⁰² Article L. 1241-1 alinéa 2 et 4 du Code de la santé publique.

des individus. La permission de la loi est aussi le mécanisme qui va justifier les interruptions de grossesse.

B) La révolution opérée pour l'interruption volontaire de grossesse

L'interruption de grossesse mérite une place à part dans les atteintes au corps justifiées par la permission de la loi en ce que ce domaine a connu une évolution considérable.

Historiquement, c'est avec l'influence grandissante de la morale chrétienne que va naître une répression sévère de l'avortement. En France, jusqu'au Code pénal de 1791, la peine capitale s'appliquera à ceux qui le pratiquent. Un décret-loi du 29 juillet 1939 a autorisé l'avortement lorsque la sauvegarde de la vie de la mère le nécessitait, mais cette légalisation ne s'est pas traduite par une diminution de la répression. Au contraire, une loi du 15 décembre 1942 a requalifié l'avortement en crime puni de la peine de mort¹⁰³. Ce dernier texte intervenant alors que la France était engagée dans la seconde guerre mondiale, ce regain de sévérité se justifiait pour les besoins de la guerre¹⁰⁴. Un second type d'avortement pour motif de détresse de la femme sera autorisé par une loi du 17 janvier 1975¹⁰⁵, à la suite de débats houleux à l'assemblée nationale dus à l'intervention parasite dans les débats de considérations quant à la protection de l'enfant à naître¹⁰⁶. La loi de 1975 ayant prévu un bilan au terme de cinq années, l'adoption définitive de l'interruption volontaire de grossesse a été le fait de la loi du 31 décembre 1979 dite loi Pelletier relative à l'interruption volontaire de grossesse¹⁰⁷. Ces deux lois étaient motivées par la lutte contre les pratiques clandestines d'avortement qui mettaient en danger la vie et la santé des femmes, d'autant que l'ancien article 317 du Code pénal¹⁰⁸ était très peu appliqué. L'infraction d'avortement a cependant subsisté à ces lois. Elle a disparu lors de la réforme de 1992 du Code pénal.

Avec la loi du 4 juillet 2001¹⁰⁹, va être consacrée la liberté de la femme de recourir à une interruption de grossesse, déjà actée par le changement de terminologie désormais dénuée de connotation morale. La naissance de cette liberté laisse plus de pouvoir à la volonté de la femme sur son corps. C'est particulièrement marqué dans le cas de l'interruption de grossesse

¹⁰³ F. Archer, thèse *préc.* n°272 et s.

¹⁰⁴ Le maréchal Pétain, dans une allocution du 22 juin 1940 impute la défaite de la France à trois causes : trop peu d'enfants, trop peu d'armes, trop peu d'alliés !

¹⁰⁵ Loi n° 75-17 instaurant l'interruption de grossesse. V. G. Roujou de Boubée, « L'interruption volontaire de la grossesse », *D.*1975 chron. .209.

¹⁰⁶ G. Roujou de Boubée, art. *préc.* 211.

¹⁰⁷ Loi n° 79-1204.

¹⁰⁸ Lequel réprimait aussi la tentative d'avortement d'une femme supposée enceinte.

¹⁰⁹ La loi n°2001-588 a transféré les dispositions relatives à l'interruption de grossesse dans le Code de la santé publique (sauf une, étudiée *infra* p.34).

pour situation de détresse de la femme¹¹⁰, dont cette dernière est à l'origine. En outre, la femme est seule apte à apprécier si elle se trouve ou non dans une situation de détresse, l'unique condition à respecter pour y recourir étant un délai¹¹¹. Cette absence de contrôle sur la situation de détresse de la femme¹¹² met en exergue la liberté reconnue à la femme sur son corps.

Ce n'est pas autant le cas dans l'interruption de grossesse pour motif médical¹¹³ qui a vocation à intervenir sur proposition des médecins. Le choix de la femme semble par ailleurs limité même si par principe elle est libre de sa décision : soit elle perd l'enfant, soit elle prend des risques pour sa santé ou celui d'avoir un enfant atteint d'une maladie incurable. Elle doit cependant donner son consentement à l'intervention. C'est donc l'interruption de grossesse pour situation de détresse de la femme qui fait la plus grande place à la volonté de celle-ci¹¹⁴.

En outre, il faut souligner l'existence de dispositions pénales dans le Code de la santé publique en la matière¹¹⁵. L'article L. 2222-3 du Code de la santé publique incrimine le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi. Cette disposition a vocation à entrer en concours avec les dispositions pénales du Code pénal, la même remarque pouvant être faite à l'égard de l'article L. 2222-2 du Code de la santé publique¹¹⁶. Ce texte sanctionne celui qui pratique une interruption de grossesse en violation de certaines conditions légales. Sont visés le non-respect du délai pour l'interruption de grossesse pratiquée pour situation de détresse, le défaut de qualité du médecin et l'interruption de grossesse pratiquée dans un établissement non-habilitation. Mais qu'en est-il pour les conditions qui ne sont pas visées par ces textes telle, par exemple, l'information de la femme par le médecin ? Les dispositions pénales du Code de la santé publique ne pourraient s'y appliquer, principe de légalité et son corollaire de

¹¹⁰ Articles L. 2212-1 et suivants du Code de la santé publique. Un éminent auteur voit un fait justificatif spécial dans la situation de détresse de la femme, V. Y. Mayaud, « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983.597, n°34 : « la situation de détresse visée par les lois qui nous retiennent, bien qu'elle ne puisse être que subjectivement remplie, a objectivement les caractères, sinon d'une valeur, du moins d'un intérêt digne de considération sur le plan social, particulièrement pour les suites regrettables qu'elle entraînerait, si elle n'était pas érigée en fait justificatif, sous forme d'avortements nuisibles pour la santé et coûteux pour la collectivité ».

¹¹¹ Cette interruption de grossesse peut être effectuée jusqu'à la douzième semaine de grossesse depuis la loi du 4 juillet 2001.

¹¹² Déjà en 1975, G. Roujou de Boubée constatait qu' : « il est indubitable que rien dans la loi ne permet de faire obstacle aux « avortements de convenance » », art. *préc.*

¹¹³ Articles L. 2213-1 et suivants du Code de la santé publique : « soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

¹¹⁴ A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°33 : la volonté individuelle est « érigée en pierre cardinale de l'interruption de grossesse pour motif de détresse ».

¹¹⁵ Dont certaines seront évoquées plus loin : articles L. 2222-1 et L. 2222-4 du Code de la santé publique.

¹¹⁶ Ancien article 223-11 du Code pénal.

l'interprétation stricte de la loi pénale obligent, mais rien ne s'oppose à l'application des incriminations du Code pénal, et notamment des violences volontaires. Or, une telle application pourrait aboutir à réprimer plus sévèrement les conditions non-visées par l'article L. 2222-2 du Code de la santé publique, ce qui nuit à la cohérence des dispositions pénales existantes en matière d'interruption de grossesse.

Ces développements ont permis d'établir le revirement complet du droit pénal dans ce domaine, en ce que l'ancien article 317 du Code pénal visait expressément l'indifférence du consentement de la femme et que désormais la volonté individuelle occupe une place centrale dans l'ensemble des dispositions relatives à l'interruption de grossesse. A un principe d'illicéité de l'avortement a succédé un principe inverse accompagné d'exceptions. La prise en compte du consentement par le biais de la permission de la loi a été démontrée. Mais la loi ne se contente pas du recueil ou de l'expression d'un consentement quelconque ; celui-ci doit présenter des garanties.

II) L'encadrement légal de la place du consentement

A des fins de protection de l'intégrité physique, des garde-fous sont prévus par le Code de la santé publique. Certaines personnes font l'objet d'une protection renforcée, les empêchant pour partie de consentir valablement à une atteinte à leur corps (A). Pour toutes les personnes, la loi a mis en place les conditions d'un consentement intègre (B). Cet encadrement a pour conséquence de ne permettre la neutralisation des incriminations que si le consentement de la personne qui subit l'atteinte à son intégrité remplit l'ensemble des garanties requises.

A) Les garanties propres à certaines personnes

Bénéficient d'un renfort de protection les mineurs et les majeurs protégés pour les atteintes à l'intégrité qui ont été développées (1). En revanche, la protection de l'intégrité physique du cadavre est plus ténue (2).

1) La protection renforcée du mineur et du majeur protégé

A priori, la logique de la capacité telle qu'elle est entendue par le droit civil est reproduite dans le Code de la santé publique, puisque le mineur comme le majeur protégé ne peuvent consentir valablement à une atteinte à leur intégrité physique (a). Le droit pénal en revanche s'éloigne de la conception civile de la capacité en matière d'interruption de grossesse de la femme mineure (b).

a) L'incapacité de consentir à une atteinte à leur intégrité

Les recherches biomédicales sont licites à certaines conditions¹¹⁷ sur les mineurs et les majeurs protégés mais ce sont les titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal, ou encore le majeur sous curatelle assisté de son curateur qui donnent leur consentement¹¹⁸. En ce qui concerne les prélèvements sur un mineur ou majeur protégé, le principe est l'interdiction¹¹⁹. Une exception restreinte¹²⁰ concerne le prélèvement de cellules issues de la moelle osseuse, mais comme pour les recherches biomédicales, le consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal lorsqu'il s'agit d'un mineur doit être recueilli¹²¹, et lorsqu'il s'agit d'un majeur protégé, des aménagements sont prévus selon le régime de protection. Une autre exception est prévue pour le prélèvement de sang sur un mineur, et encore une fois il faut le consentement écrit des titulaires de l'autorité parentale¹²².

Les stérilisations sont absolument interdites sur les mineurs¹²³, mais l'interdiction dont font l'objet les majeurs protégés sous curatelle et tutelle connaît une exception¹²⁴. Des garanties sont prévues par la loi : autorisation du juge des tutelles qui entend la personne protégée et des proches de la personne, avis d'un comité d'experts.

Que ce soit même pour un tatouage ou un piercing, le mineur doit présenter le consentement écrit d'une personne titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur¹²⁵. De telles dispositions ne sont pas reprises pour le majeur protégé. L'ensemble de ces dispositions démontre qu'il n'est pas reconnu aux mineurs et majeurs protégés la capacité de consentir à une atteinte à leur intégrité. Ce constat doit immédiatement être relativisé dans la mesure où la loi précise, dans un certain nombre de cas, qu'un refus du mineur et du majeur protégé, ou la révocation de leur consentement, fait obstacle à l'intervention. C'est le cas pour le prélèvement de cellules de moelle osseuse¹²⁶, le prélèvement de sang¹²⁷, les recherches biomédicales¹²⁸, et les

¹¹⁷ Article L. 1121-7 et -8 du Code de la santé publique.

¹¹⁸ Article L. 1122-2 du Code de la santé publique.

¹¹⁹ Articles L. 1231-2 (prélèvement d'organes sur le vivant), L. 1241-2 (prélèvement de tissus et cellules sur le vivant), et L. 1221-5 du Code de la santé publique (prélèvement de sang).

¹²⁰ Article L. 1241-3 du Code de la santé publique.

¹²¹ Article L. 1241-3 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹²² Article L. 1221-5 alinéas 2 et 3 du Code de la santé publique.

¹²³ Article L. 2123-1 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique.

¹²⁴ Même article : « lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement ».

¹²⁵ Formulation sous forme d'interdiction pour les professionnels : article R. 1311-11 du Code de la santé publique, laquelle fait l'objet de dispositions pénales lorsqu'elle est violée aux articles R. 1312-9 7° (tatouage) et R. 1312-10 5° (piercing) du Code de la santé publique.

¹²⁶ Article L. 1241-3 in fine du Code de la santé publique.

¹²⁷ Article L. 1221-5 du Code de la santé publique (que pour les mineurs).

¹²⁸ Article L. 1122-2 du Code de la santé publique.

stérilisations¹²⁹. Il est donc malgré tout tenu compte de l'expression négative de la volonté du mineur et du majeur protégé. Cette originalité par rapport à la capacité civile, qui se comprend puisqu'il s'agit d'atteintes à l'intégrité, est accrue pour l'interruption de grossesse sur une femme mineure.

b) L'exception pour l'interruption de grossesse sur la femme mineure

L'article L. 2212-7 du Code de la santé publique prévoit en principe le recueil du consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, à défaut, du représentant légal lorsque la femme est mineure. Sur ce point, l'interruption de grossesse sur la femme mineure ne se distingue pas des autres interventions. Mais la grande particularité provient de ce qu'en cas de refus de la mineure de procéder à cette démarche ou en cas de refus de ces personnes, l'interruption de grossesse peut avoir lieu sur la seule demande de l'intéressée¹³⁰, laquelle doit être accompagnée d'une personne majeure de son choix. Des garanties spécifiques sont prévues quand la mineure est seule mais il n'en résulte pas moins que la mineure est laissée seule juge de sa situation comme toute femme majeure, bien qu'elle soit incapable au regard du droit civil. L'interruption de grossesse se distingue nettement par ce trait des autres atteintes à l'intégrité, le consentement de la mineure suffisant à la justification de l'interruption de grossesse. Le cas du prélèvement sur la personne décédée s'éloigne pareillement du droit civil, la volonté du défunt étant recherchée alors que la personnalité juridique s'éteint avec la mort.

2) La recherche de l'absence d'opposition du vivant

Le prélèvement d'organes sur une personne décédée¹³¹ est permis dès lors que la personne décédée n'a pas fait connaître son refus d'un tel prélèvement de son vivant. Ce refus résultera la plupart du temps de l'inscription sur un registre national, mais il est prévu que le médecin recueille auprès des proches l'absence d'opposition éventuelle au don d'organes exprimée du vivant. Un tel prélèvement est aussi possible sur un mineur ou majeur protégé décédé, mais il faut alors le consentement des titulaires de l'autorité parentale du tuteur¹³².

Ces dispositions visent à relever l'absence d'opposition du défunt manifestée de son vivant ; il n'est pas question de présumer le consentement du défunt comme le fait justement remarquer

¹²⁹ Article L. 2123-2 alinéa 3 du Code de la santé publique (seulement pour les majeurs protégés).

¹³⁰ Possibilité instaurée par une loi du 4 juillet 2001.

¹³¹ Articles L. 1232-1 et suivants du Code de la santé publique.

¹³² Article L. 1232-2 du Code de la santé publique.

Dominique Thouvenin¹³³. Or, la démarche n'est pas du tout la même lorsqu'il s'agit de manifester son opposition, la personne devant s'être manifestée d'avance et de sa propre volonté. Cette absence d'opposition couvre le prélèvement par la permission de la loi mais il ne peut en être déduit une quelconque volonté du défunt vis-à-vis du prélèvement d'organes. Si cette recherche de l'absence d'opposition du vivant peut apparaître contestable, l'enjeu est de sauver des vies et cet impératif peut justifier par sa supériorité la recherche sommaire de la volonté du défunt¹³⁴.

Selon les personnes susceptibles de subir une atteinte à leur intégrité, le Code de la santé publique apporte une protection adaptée qui conditionne la justification pénale de l'atteinte réalisée. Certaines garanties sont communes à toutes les personnes auxquelles est reconnue la capacité de consentir.

B) Les garanties requises du consentement de toute personne

Les garanties requises du consentement sont au nombre de deux et indissociables. Le consentement de la personne susceptible de subir une atteinte à son intégrité doit être libre (1) et éclairé (2), l'un ne pouvant aller sans l'autre.

1) Un consentement libre

Cette liberté est garantie par l'antériorité ou concomitance du consentement à l'acte pour lequel il est donné. Parfois les textes ne reprennent pas expressément cette exigence mais dans la plupart des cas, elle est évidente. En matière d'interruption de grossesse par exemple, la femme doit confirmer sa demande avant que le praticien n'effectue l'intervention. Il en résulte que la confirmation ne peut être qu'antérieure à cette dernière. La postériorité du consentement à l'intervention ne satisfait donc pas les conditions légales de la permission de la loi et justifiera au contraire l'application du droit pénal. Ce caractère induit la liberté du consentement, car comment concevoir un consentement libre lorsqu'il est donné par la personne après avoir subi une atteinte à son intégrité ? Cette garantie est insuffisante à s'assurer de la liberté du consentement, encore faut-il que la personne ait en main toutes les informations nécessaires.

¹³³ D. Thouvenin, « La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine », *D.2005. 172. Contra* A. Terrasson de Fougères, « Que votre oui soit oui : plaider pour un registre des acceptations de prélèvement d'organes », *RD sanit. soc.* 2000. 339. Cette auteure propose un registre inverse de celui existant pour les refus, qui permettrait de s'assurer de la volonté expresse d'accepter un prélèvement d'organes, et non de se contenter d'un consentement implicite.

¹³⁴ La permission de la loi va neutraliser l'incrimination prévue à l'article 225-17 alinéa 1^{er} du Code pénal, « toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

2) Un consentement éclairé

L'expression d'une volonté positive éclairée se déduit de l'information que doit recevoir la personne sur l'intervention, du délai de réflexion parfois imposé par le législateur, de la libre révocabilité du consentement, et enfin d'un certain formalisme qui va interpeller la personne sur la gravité de l'acte auquel elle s'apprête à consentir. L'information par les professionnels de santé est obligatoire pour les actes médicaux généraux¹³⁵, en matière de prélèvements¹³⁶, d'expérimentations humaines¹³⁷, en matière d'interruption de grossesse¹³⁸ et de stérilisation¹³⁹. Un délai de réflexion est prévu pour l'interruption de grossesse¹⁴⁰, pour la stérilisation¹⁴¹ et pour la chirurgie esthétique¹⁴². Le consentement est librement révocable en matière de recherches biomédicales¹⁴³, de prélèvements¹⁴⁴ et pour les actes médicaux généraux¹⁴⁵.

Enfin, une tendance nette du législateur est à la généralisation du consentement écrit même si par principe, il n'est pas soumis à un formalisme. C'est le cas pour une interruption volontaire de grossesse¹⁴⁶, pour les recherches biomédicales¹⁴⁷, pour le prélèvement de tissus¹⁴⁸ et pour la stérilisation¹⁴⁹. En pratique, l'exigence d'un écrit va faciliter la preuve de l'existence ou non du consentement. Pour le prélèvement d'organes¹⁵⁰ et de cellules issues de la moelle osseuse¹⁵¹, le consentement est exprimé devant un magistrat afin d'attirer l'attention de la personne sur la gravité qu'un tel prélèvement implique, et afin que le magistrat vérifie que le

¹³⁵ Article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

¹³⁶ Articles L. 1231-1 alinéa 3 (prélèvement d'organes), L. 1241-1 alinéa 2 (prélèvements de tissus et cellules), et L. 1241-1 alinéa 3 (prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse) du Code de la santé publique.

¹³⁷ Détaillée à l'article L. 1122-1 du Code de la santé publique.

¹³⁸ Articles L. 2212-3 du Code de la santé publique, L. 2212-4 et R. 2212-12 et suivants du même Code : information « dès la première visite », avec remise d'un dossier-guide par le médecin. Procédure d'information qui aurait un effet dissuasif « assez mince », V. A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°32.

¹³⁹ Articles L. 2123-1 et L. 2123-2 du Code de la santé publique.

¹⁴⁰ Article L. 2123-1 alinéa 4 du Code de la santé publique : délai de réflexion de 4 mois.

¹⁴¹ Article L. 2212-5 du Code de la santé publique : la confirmation de la demande d'interruption de grossesse par la femme ne peut être acceptée avant le délai d'une semaine à partir de la première demande et ne peut intervenir qu'à l'expiration de deux jours après la consultation destinée à prodiguer une assistance et des conseils.

¹⁴² Article D. 6322-30 du Code de la santé publique : délai de réflexion de 15 jours.

¹⁴³ Article L. 1122-1 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁴⁴ Articles L.1231-1 alinéa 3 (prélèvement d'organes), L. 1241-1 alinéa 2 (prélèvement de tissus et de cellules), et L. 1241-1 alinéa 3 (prélèvement de cellules issues de la moelle osseuse) du Code de la santé publique: « le consentement est révocable sans forme et à tout moment ».

¹⁴⁵ Article L. 1111-4 alinéa 3 du Code de la santé publique : « le consentement peut être retiré à tout moment ».

¹⁴⁶ Article L. 2212-5 du Code de la santé publique. C'est une confirmation de la demande, et non un consentement.

¹⁴⁷ Article L.1122-1-1 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁴⁸ Article L. 1241-1 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁴⁹ Article L. 2123-1 alinéa 4 du Code de la santé publique.

¹⁵⁰ Article L. 1231-1 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹⁵¹ Article L. 1241-1 in fine du Code de la santé publique.

consentement est libre et éclairé. Ce formalisme va de pair avec la gravité des atteintes à l'intégrité en cause.

L'ensemble de ces dispositions protège les professionnels de la médecine contre d'éventuelles poursuites, mais est davantage motivé par la protection du patient.

Il apparaît des développements précédents que le consentement n'a d'effet qu'en raison de la permission de la loi et que, dans la mesure où de nombreuses autres conditions accompagnent celle du recueil ou expression du consentement, leur nombre va directement conditionner la portée reconnue à la manifestation de la volonté individuelle¹⁵². Cela confirme la règle de l'indifférence du consentement de la victime, les manifestations de volonté à elles seules n'ayant aucune place dans la protection pénale du corps humain. L'existence d'un texte préalable pour que la volonté exprimée ait un rôle se confirme, alors même que peut être évoquée une revalorisation de la volonté exprimée.

Chapitre 2 : La revalorisation de la volonté dévoilée en droit pénal spécial

Les manifestations de volonté font l'objet d'une revalorisation dans le droit pénal protecteur du corps humain, même s'il est question d'atteintes infligées par autrui. Cette revalorisation passe aussi par la loi, mais il s'agit en l'occurrence du Code pénal. Elle est révélée par la protection, non plus seulement de l'intégrité physique, mais de la volonté exprimée par la personne de subir ou non une atteinte à son corps (Section 1). Cette revalorisation doit cependant être relativisée (Section 2).

Section 1 : La protection de la volonté exprimée

Le droit pénal organise la protection de la volonté de la personne de se soumettre ou non à une atteinte et par conséquent celle de sa liberté de consentir. Cette protection est évidente lorsque le défaut de consentement est un élément constitutif d'une infraction (I). Une seconde tendance relevée en droit pénal est à la protection de la volonté contre une influence extérieure (II).

¹⁵² F. Archer, thèse *préc.* n°517 : « les conditions de forme et/ou de fond que la loi exige s'ajoutent à l'obligation de rechercher la permission de l'intéressé avant l'intervention. Ces deux ensembles sont liés l'un à l'autre selon le principe imagé des vases communicants. En effet, plus ces conditions sont nombreuses, plus la volonté de l'intéressé sera encadrée et limitée. En revanche, dans le cas inverse supposant une hypothèse dans laquelle ces conditions sont moins nombreuses ou bénéficient de l'influence d'un courant libéral, la volonté de l'intéressé se verra alors conférer une emprise plus importante ».

I) Le défaut de consentement, élément constitutif d'une infraction

Cette forme de protection est originale dans la mesure où l'impunité prend sa source dans l'incrimination. Les infractions concernées ne sont pas constituées si la personne qui subit une atteinte à son intégrité est consentante, puisqu'il manque un des éléments constitutifs de l'infraction. Xavier Pin y voit un consentement exclusif¹⁵³. Ces incriminations impliquent a priori la protection d'une valeur disponible. C'est le cas pour les atteintes à la liberté sexuelle (A). Mais il apparaît que ce type d'infractions a aussi été instauré pour des atteintes à l'intégrité physique, qui est une valeur indisponible (B). Xavier Pin le justifie par le fait que ces infractions interviennent dans le cadre d'atteintes au corps permises par la loi, et dont cette cause objective d'irresponsabilité ferait dans ces cas précis de l'intégrité physique une valeur disponible.

A) Les atteintes à la liberté sexuelle

Ces infractions ont pour valeur protégée la liberté d'avoir ou non des relations sexuelles. Bien qu'a priori elles n'aient pas leur place dans notre étude puisqu'il s'agit d'étudier le droit pénal protecteur du corps humain. Toutefois, certaines d'entre elles touchent au corps, à savoir le viol et les agressions sexuelles stricto sensu¹⁵⁴, qui supposent un contact physique entre la victime et l'auteur de l'infraction. Il faut noter à cet égard que la ratio legis de l'incrimination de viol a considérablement évolué. A l'origine de l'incrimination, il était craint que l'épouse mette au monde un enfant adultérin et que ce dernier ait droit à la succession du père légitime. La Révolution Française marque le début de la libéralisation de la société et de l'évolution de la prise en compte de cet état de fait. Désormais le droit pénal s'efface devant la liberté sexuelle, et il s'est retiré du domaine des pratiques sexuelles afin de laisser le champ libre à l'autonomie de la volonté. La liberté sexuelle correspond au droit de chacun de mener sa vie sexuelle comme il l'entend, dès lors qu'il ne porte pas atteinte à autrui ou à la société. Elle est une composante à la fois de la liberté individuelle¹⁵⁵, du droit à la vie privée et familiale et de la liberté d'expression et de communication, autant de libertés ayant une valeur constitutionnelle. Cette définition, empruntée à Francis Caballero¹⁵⁶, comprend intrinsèquement les limites apportées à la liberté sexuelle, dont font parties les incriminations dont il va être question.

¹⁵³ X. Pin, thèse *préc.* n°64 et s.

¹⁵⁴ X. Pin, thèse *préc.* n°209.

¹⁵⁵ Elle est garantie par l'article 66 de la Constitution et les articles 1, 2, 4, et 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

¹⁵⁶ F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n°6 et n°56 et suivants.

Inclus dans la même division du Code pénal, le viol et les autres agressions sexuelles ont un article commun, l'article 222-22 du Code pénal selon lequel est une agression sexuelle « toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ». Cet article a son utilité dès lors que l'article 222-27 du Code pénal ne vise pas de moyens particuliers à propos des « agressions sexuelles autres que le viol ». En revanche, l'article 222-23 du Code pénal vise les mêmes moyens, ce qui manque de lisibilité, d'autant que la division sur les agressions sexuelles souffre elle-même d'incohérence. Il faut s'intéresser à la signification de ces moyens (1) et aux difficultés rencontrées pour les caractériser (2).

1) L'approche du défaut de consentement

Que signifient les moyens visés ? Il s'agit en réalité d'établir par ces différents procédés « l'absence totale de consentement de la victime »¹⁵⁷ ou le vice du consentement. La violence renvoie à une contrainte physique exercée sur la victime, et le terme de contrainte pourrait s'entendre, soit d'une contrainte physique correspondant à des violences, soit d'une contrainte morale ainsi que le confirme le nouvel article 222-22-1 du Code pénal¹⁵⁸ dans son alinéa premier. La menace est aussi une forme de contrainte morale. Il y a donc une redondance dans les termes choisis par le législateur. Seule la surprise se détache des moyens précédents, mais rares sont les hypothèses d'infraction sexuelle commise avec surprise sur la victime. A la lecture des moyens, on se rend compte que les deux incriminations protègent la volonté tout comme le consentement. Une personne n'ayant pas consenti à une atteinte à son corps n'a, a fortiori, pas de volonté préexistante. Il ne serait donc pas erroné de dire que c'est le défaut de volonté d'avoir une relation sexuelle qui constitue l'élément constitutif de l'incrimination, alors que la doctrine et la jurisprudence utilisent l'expression de défaut de consentement. Mais cela se comprend, dans la mesure où, en l'absence de manifestation extérieure de la volonté, il n'est guère possible d'avoir une certitude sur la volonté d'une personne.

La Cour de cassation veille à ce que les juges caractérisent précisément l'utilisation d'un des procédés visés par la loi, en particulier lorsque la victime est un mineur¹⁵⁹. Nous devons aborder maintenant certaines difficultés quant à l'obtention de preuve.

¹⁵⁷ Crim. 20 juin 2001, *Droit pénal* 2002. 2 obs. Véron.

¹⁵⁸ Issu de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal.

¹⁵⁹ Crim, 17 mars 1999, *bull. crim.* n°49. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait condamné un prévenu du chef d'agressions sexuelles sur des mineurs en retenant que les victimes avaient déclaré, de façon crédible, avoir été l'objet d'attouchements sexuels de la part du prévenu, sans avoir caractérisé en quoi les atteintes sexuelles auraient été commises avec violence, contrainte ou surprise ; Crim, 14 avril 1999, *bull. crim.* n°83 ; Crim, 22 septembre 1999, *bull. crim.* n°195.

2) Les difficultés de preuve

Elles se rencontrent lorsque la victime est un mineur, et que l'auteur est, soit un ascendant, soit une personne ayant autorité sur le mineur. Les difficultés à établir le défaut de consentement du mineur pour les juges dans ces hypothèses ont été soulignées par Renée Koering-Joulin¹⁶⁰. S'est posée la question en jurisprudence de savoir si l'un des procédés pouvait être établi du fait du jeune âge de la victime ou de l'autorité de l'auteur de l'infraction sexuelle. La Cour de cassation a refusé de considérer que ces éléments propres aux circonstances aggravantes de ces infractions puissent permettre de retenir un des procédés légaux¹⁶¹. La Haute juridiction va confirmer cette solution à plusieurs reprises¹⁶². Elle a cependant accepté de voir la contrainte ou la surprise caractérisée du fait du très jeune âge des enfants « qui les rendaient incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés »¹⁶³. Ces difficultés ont amené Renée Koering-Joulin à proposer l'instauration d'une présomption de défaut de consentement qui dispenserait les juges de devoir établir ce défaut de consentement pour les mineurs de dix ans¹⁶⁴. Cette proposition est restée doctrinale, mais le nouvel article 222-22-1 du Code pénal instauré par la loi du 8 février 2010 dispose que « La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». Cette précision opérée par le législateur donne l'impression au premier abord qu'il fait sienne la position jurisprudentielle. Mais ni la différence d'âge ni l'autorité de fait ou de droit sur la victime n'impliquent le jeune âge des victimes. Cette disposition en réalité accroît la confusion entre les éléments constitutifs des agressions sexuelles, les circonstances aggravantes et les atteintes sexuelles¹⁶⁵.

¹⁶⁰ R. Koering-Joulin, « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006. 389.

¹⁶¹ Crim. 21 octobre 1998, *D.* 1999. 75 note Mayaud : La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'assises qui, « en se fondant, pour caractériser la violence, la contrainte ou la surprise, sur l'âge de la victime et la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité des auteurs présumés, alors que ces éléments, s'ils permettent de retenir, contre ces derniers, le délit d'atteinte sexuelle aggravée sur mineur, prévu et réprimé par les articles 331 et 331-1 anciens et 227-25, 227-26 et 227-27 du Code pénal, ne constituent que des circonstances aggravantes du crime de viol ou du délit d'agression sexuelle » n'a pas donné de base légale à sa décision.

¹⁶² Crim, 10 mai 2001, *bull. crim.* n°116 ; Crim, 14 novembre 2001, *bull. crim.* n°239.

¹⁶³ Crim. 7 décembre 2005 *bull. crim.* n°326, *RPDP* 2006. 152 note V. Malabat laquelle ne voit pas dans l'arrêt un revirement de jurisprudence dans la mesure où « la surprise ou la contrainte ne se déduisent pas automatiquement du jeune âge des victimes, mais s'en déduisent logiquement lorsque celles-ci sont trop jeunes pour pouvoir comprendre la nature des actes qu'elles ont subis ».

¹⁶⁴ R. Koering-Joulin, art. *préc.* 393.

¹⁶⁵ A. Lepage, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le droit pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, n°335. 609 n°24.

La qualification des moyens légaux pose donc certaines difficultés : la distinction entre atteintes sexuelles¹⁶⁶ et agressions sexuelles lorsqu'il s'agit d'un mineur est difficile à établir. Ceci constitue un inconvénient car sur le plan répressif, les agressions sexuelles sont bien plus lourdement sanctionnées, spécifiquement lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans¹⁶⁷. Le consentement des personnes vulnérables bénéficie d'une protection renforcée par le biais de circonstances aggravantes¹⁶⁸. Pour les infractions de viol et agressions sexuelles, la répression se limite à l'acte sexuel qui porte atteinte à la liberté sexuelle de la personne. La répression est similaire dans les infractions de non recueil du consentement en matière d'atteintes à l'intégrité physique.

B) Les atteintes à l'intégrité physique

Sont apparues des incriminations visant expressément le fait de porter une atteinte à l'intégrité physique sans avoir recueilli le consentement de la personne qui subit l'atteinte. Elles s'appliqueront à l'évidence dans les cas où la personne n'a pas la volonté de se soumettre à une atteinte à son corps et n'a pas manifesté son consentement à une telle atteinte. Il est également possible que la personne ait cette volonté, mais que son consentement n'ait pas été recueilli dans les conditions légales. Les textes ne sont pas clairs sur ce point : pourraient-ils s'appliquer si le consentement n'offre pas toutes les garanties nécessaires ? Si l'on admet que ces incriminations protègent le consentement, il faut répondre positivement à cette question, mais certaines ne faisant référence qu'à l'absence de consentement semblent difficilement applicables au consentement rétracté¹⁶⁹. Après avoir listé les incriminations dont il s'agit (1), il sera nécessaire d'aborder les difficultés qu'elles posent au regard du principe de légalité (2).

1) La multiplication des incriminations

Ces incriminations sont présentes à la fois dans le Livre II du Code pénal relatif aux « crimes et délits contre les personnes » et dans le Livre V du Code pénal relatif aux « autres crimes et délits ». Peut être distinguée une infraction en matière d'interruption de grossesse (a) de celles qui sont apparues en matière bioéthique (b).

¹⁶⁶ Voir *infra* p.41.

¹⁶⁷ La minorité de quinze ans est une circonstance aggravante dans le viol (article 222-24 2° du Code pénal) comme dans l'agression sexuelle (article 222-29 1° du Code pénal).

¹⁶⁸ Pour l'infraction de viol (article 222-24 3° du Code pénal) et d'agression sexuelle (article 222-29 2° du Code pénal).

¹⁶⁹ F. Archer, thèse *préc.* n°462.

a) En matière d'interruption de grossesse

L'article 223-10 du CP réprime l'interruption de grossesse pratiquée « sans le consentement de l'intéressée ». Il constitue l'unique article relatif à l'interruption de grossesse qui subsiste dans le Code pénal, une loi du 4 juillet 2001¹⁷⁰ ayant procédé au transfert de l'ensemble des dispositions dans le Code de la santé publique en la matière. La subsistance de cette disposition dans le Code pénal peut être expliquée par le fait que le législateur a voulu montrer aux détracteurs de l'interruption volontaire de grossesse, que sa légalisation ne signifiait pas une impunité absolue. Cette disposition est revêtue d'une valeur symbolique par son insertion dans les atteintes à la personne humaine. Cependant, à y regarder de plus près, le constat d'une incohérence s'impose : l'incrimination a été introduite dans le chapitre intitulé « De la mise en danger de la personne ». Soutenir que l'article 223-10 du Code pénal a pour objet de protéger la personne contre un péril relève de l'hypocrisie. L'interruption de grossesse réalisée sans le consentement de l'intéressée est bien plus qu'une mise en péril de la personne. Pour le fœtus, elle est une atteinte à sa vie ; pour la femme, elle est une véritable atteinte à son intégrité physique¹⁷¹. Ne peut donc qu'être déplorée la subsistance de cette disposition dans le Code pénal, d'autant qu'elle est isolée des autres dispositions relatives à l'interruption illégale de grossesse. Plus nombreuses sont les incriminations en matière bioéthique.

b) En matière bioéthique

Il s'agit de faire état des expérimentations sur la personne, puis des prélèvements.

En premier lieu, l'article 223-8 CP réprime « le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par les dispositions du Code de la santé publique ». Il est bien plus précis que l'article 223-10 du Code pénal, englobant même l'instigateur d'une recherche biomédicale. Cet article sera applicable si une seule des garanties exigées du consentement n'est pas remplie.

En second lieu, divers articles du Code pénal sont relatifs au défaut de consentement de la personne sur laquelle est opéré un prélèvement. L'article 511-3 alinéa 1^{er} du Code pénal incrimine le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que son consentement n'ait été recueilli dans les conditions du Code de la santé publique, l'alinéa 2

¹⁷⁰ Loi n°2001-588.

¹⁷¹ A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°33.

prévoyant les mêmes peines lorsque la victime est un mineur ou un majeur protégé et que les conditions prévues par le Code de la santé publique n'ont pas été respectées. L'article 511-5 du Code pénal contient deux incriminations similaires pour le prélèvement de tissus, de cellules et d'autres produits et de cellules hématopoïétiques pour les mineurs et majeurs protégés. L'article 511-6 du Code pénal réprime le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit, ce qui implique que l'infraction soit constituée même si la personne a effectivement consenti, dès lors que le formalisme exigé n'a pas été respecté. Enfin doit être signalé l'article L. 1271-2 du Code de la santé publique qui indique en son alinéa premier l'infraction consistant à « prélever ou tenter de prélever du sang sur une personne vivante sans qu'elle ait exprimé son consentement ». Ce texte prévoit les mêmes peines lorsque la victime est mineure ou majeure protégée et que les conditions du Code de la santé publique ont été violées. La plupart de ces dispositions spécialisées ont été créés par le législateur au mépris des dispositions protectrices du corps humain.

2) L'affaiblissement du droit pénal

L'affaiblissement du droit pénal résulte en premier lieu du recours intempestif par le législateur au droit pénal afin d'apporter une sanction à des textes très spécialisés, dans le domaine de la bioéthique¹⁷². Ce qui revient à n'accorder au droit pénal qu'un rôle sanctionnateur, qui le dévalue considérablement. Outre cette première atteinte à la valeur du droit pénal, les dispositions précitées pour la plupart portent atteinte au principe de légalité criminelle. Cette atteinte résulte de deux difficultés, posées par l'instauration par le législateur de doublons (a), et par l'absence de conciliation réfléchie avec les infractions communes (b).

a) L'atteinte à la normativité du droit pénal

La technique du doublon consiste pour le législateur à recopier une incrimination existante dans un Code, le Code « pilote » au sein d'un autre Code, appelé Code « suiveur ». Valérie Malabat a fustigé cette technique législative en soulignant son aberration et l'atteinte à l'autorité de la loi pénale en résultant¹⁷³.

En l'espèce, le Code pénal est le code pilote et le Code de la santé publique est le code suiveur, dont il résulte qu'un certain nombre d'incriminations sus-évoquées sont également présentes dans le second. Il en est ainsi de l'interruption de grossesse sans le consentement de

¹⁷² V. A. Prothais, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC* 2000. 39.

¹⁷³ V. Malabat, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006.155, V. p.161 et s.

la femme, recopiée à l'article L. 2222-1 du Code de la santé publique. De même l'article L. 1126-1 du Code de la santé publique recopie-t-il l'article 223-8 du Code pénal, l'article L. 1272-2 du Code de la santé publique l'article 511-3 du Code pénal, et ainsi de suite¹⁷⁴.

La technique du doublon pose la question de savoir si la disposition recopiée dans un autre code devient une incrimination autonome ou relève du régime général du Code pénal. L'intérêt s'attache particulièrement à la possibilité de retenir la tentative des incriminations reproduites ou encore à la possibilité d'appliquer les circonstances aggravantes prévues dans le seul Code pénal¹⁷⁵. Du point de vue des éléments constitutifs des infractions, aucune différence n'existe entre les deux Codes, le Code de la santé publique contenant l'exacte reproduction des articles du Code pénal. Si l'on considère qu'il s'agit des mêmes incriminations, cela nie au code suiveur toute portée normative. C'est en cela que les incriminations doublons nuisent à la qualité inhérente à la loi pénale, et par conséquent au principe de légalité. La raison d'être de cette technique est de permettre une meilleure lisibilité des incriminations, afin d'éviter les renvois intempestifs, ce qui en soi est une bonne chose, mais qui en droit pénal est particulièrement malvenu au regard des enjeux en matière de libertés publiques. Le même type de critique peut être formulé quant à la conciliation de ces dispositions spécifiques avec le droit pénal protecteur du corps humain.

b) Le contournement du droit pénal

Ces incriminations interviennent dans un domaine où la neutralisation de la loi pénale procède de la permission ou de l'autorisation de la loi. Cette cause objective d'irresponsabilité agit sur les incriminations qui pourraient s'appliquer à une atteinte au corps. Si une condition légale fait défaut, la permission de la loi ne peut jouer. Or, l'ensemble des dispositions précitées visent l'absence de consentement de la personne. Elles viendront se rajouter aux qualifications envisageables pour l'atteinte au corps, principalement les violences volontaires¹⁷⁶. Frédéric Archer, à propos des prélèvements, considère que les dispositions de violences ne s'appliqueraient que dans les cas les plus graves, c'est-à-dire lorsque le consentement du donneur n'aurait pas été recueilli et lorsqu'en plus du défaut de consentement, le receveur n'aurait aucun intérêt thérapeutique direct au don¹⁷⁷. En réalité, et ainsi qu'un auteur l'a

¹⁷⁴ L'article 511-5 du Code pénal est reproduit à l'article L. 1272-4 du Code de la santé publique, et l'article L. 1273-1 du Code de la santé publique reproduit l'article 511-6 du Code pénal.

¹⁷⁵ V. Malabat, art. *préc.*

¹⁷⁶ Prévues aux articles 222-7 et suivants du Code pénal.

¹⁷⁷ F. Archer, thèse *préc.* n°116 et s.

souligné¹⁷⁸, l'hypothèse qui se poserait est celle d'un concours d'infractions. Cet auteur identifie un concours réel d'infractions, c'est-à-dire que plusieurs infractions successives sont commises par une même personne sans qu'une condamnation définitive n'intervienne entre les deux faits. Il nous semble au contraire qu'il s'agira la plupart du temps d'un concours idéal de qualifications, un même fait, l'atteinte au corps, étant susceptible de revêtir plusieurs qualifications¹⁷⁹. Du point de vue de la résolution du concours, il faut déterminer quelles sont les valeurs protégées par les incriminations qui entrent en concours. Si ces incriminations protègent la même valeur, le principe non bis in idem implique qu'une seule soit appliquée car la société a été atteinte une seule fois. Si les incriminations au contraire protègent des valeurs différentes, il y a place pour une déclaration multiple de culpabilité. En l'espèce, la qualification de violences volontaires protège l'intégrité physique, tandis que les incriminations spécialisées visent en premier lieu à garantir le recueil du consentement de la personne. Deux valeurs différentes sont en cause, appelant le cumul de qualifications mais le non-cumul des peines de même nature¹⁸⁰. En pratique, pour les peines de même nature, ce seront les peines des violences volontaires qui constitueront la peine la plus élevée et qui s'appliqueront au détriment de celles prévues par les incriminations spécialisées. Cette constatation démontre l'inutilité de ces dernières. En intervenant, elles diminuent les qualifications communes qui préexistaient.

La protection de l'expression de la volonté individuelle ne passe pas toujours par le défaut de consentement érigé en élément constitutif d'infraction. Des incriminations viennent protéger l'intégrité de la volonté de la personne qui accepterait des atteintes à son corps par un tiers.

II) La protection de l'intégrité de la volonté exprimée

Il s'agit ici de s'intéresser aux éléments qui peuvent influencer sur la volonté et le consentement d'une personne. Si l'influence des tiers en fait partie à l'évidence (B), la méfiance contre l'appât du gain est plus originale (A). Ce sont moins des hypothèses de défaut de consentement que d'altération de celui-ci et de la volonté.

A) La méfiance envers l'appât du gain

L'appât du gain peut pousser une personne à « vendre » une partie de son corps. Or, le principe inscrit à l'article 16-1 Code civil est celui de non-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et de ses produits. Il est intéressant de noter que cet interdit est loin d'avoir

¹⁷⁸ L. Cimar, « Réflexions sur les dispositions pénales des lois « bioéthiques » », in « *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits* », sous la direction de B. Feuillet-Le Mintier, PUF, 1999. 307 n°28 et s.

¹⁷⁹ V. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2010, n°153 et s.

¹⁸⁰ Conformément aux articles 132-3 et -4 du Code pénal.

toujours été la règle puisqu'il fût un temps où des paysannes pouvaient vivre de la vente de leurs chevelures destinées à la fabrication de perruques¹⁸¹. Le Code pénal est venu entériner ce principe de gratuité en matière de prélèvements.

L'article 511-2 alinéa premier du Code pénal sanctionne celui qui obtient d'une personne un de ses organes contre un paiement¹⁸². L'article 511-4 alinéa premier du Code pénal vise les mêmes agissements mais pour le prélèvement de tissus, cellules ou produits du corps¹⁸³, ainsi que l'article 511-9 alinéa premier du Code pénal pour l'obtention de gamètes¹⁸⁴. L'article L. 1271-3 alinéa premier du Code de la santé publique incrimine le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'une personne contre un paiement le prélèvement de son sang. Ces dispositions visent toute forme de paiement. Elles sont justifiées par la crainte que l'appât du gain soit le seul motif de recours au prélèvement.

Ces textes protègent l'intégrité de la volonté et du consentement puisqu'est concerné par l'incrimination celui qui obtient contre un paiement un organe ou autre élément corporel. Cela recouvre le cas dans lequel un tiers, sans être intéressé particulièrement à l'achat éventuel va donner l'idée à une personne en difficulté financière de vendre un de ses organes pour y mettre fin. Alors la volonté de l'individu est viciée car il considère que cela constitue un moyen de résoudre ses problèmes. Mais cela vise aussi l'hypothèse dans laquelle un tiers vient directement proposer à la personne de lui vendre un organe moyennant rémunération ou tout autre avantage. Alors c'est le consentement de la personne qui est vicié puisqu'elle n'a pas, à l'origine, la volonté de se soumettre à un tel prélèvement. Ces textes protègent donc l'intégrité de la volonté individuelle et aussi de sa manifestation positive qu'est le consentement. Indirectement, ces dispositions protègent aussi la santé de la personne afin d'éviter qu'elle vive de la vente de ses organes au point que son état soit altéré.

Ces incriminations participent à la lutte contre le trafic d'organes, qui est loin d'être une hypothèse d'école. Le mode opératoire de ces trafics est le suivant : les prélèvements sont réalisés dans des pays pauvres sur des personnes qui se trouvent en situation de précarité, dans des conditions d'hygiène déplorables et où le suivi post-prélèvement n'est jamais réalisé. Puis les prélèvements sont envoyés dans des pays riches et vendus pour des sommes élevées. Le trafic de reins est particulièrement prisé, son prix atteignant les 100 000 euros.

¹⁸¹ B. Beignier, « L'ordre public et les personnes », in « *L'ordre public à la fin du XXème siècle* », Dalloz 1996.15.

¹⁸² Reproduit à l'article L. 1272-1 du Code de la santé publique. Ces dispositions font l'objet d'un doublon dans le Code de la santé publique tout comme les incriminations spécifiques sur le défaut de consentement.

¹⁸³ Reproduit à l'article L. 1272-3 du Code de la santé publique.

¹⁸⁴ Reproduit à l'article L. 1273-2 du Code de la santé publique.

La protection de la volonté contre l'appât du gain comprend en partie la protection contre l'influence des tiers car ce sont ces derniers qui vont se servir de cet argument pour obtenir le consentement de l'intéressé. C'est un moyen plus insidieux par rapport à d'autres prévus par le Code pénal.

B) La méfiance envers l'influence des tiers

Le droit pénal a organisé la protection de la volonté du mineur contre les tiers (1), et de la femme qui souhaite recourir à l'interruption de grossesse mais de façon imparfaite dans ce dernier cas (2).

1) La préservation du consentement du mineur

Le législateur n'a sans doute pas voulu cette analyse de l'article 227-22-1 du Code pénal, qui a été introduit par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance¹⁸⁵. Cette disposition incrimine le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de 15 ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique. Cette infraction formelle peut être interprétée comme une provocation de la part d'un majeur à obtenir des relations sexuelles. Le mineur peut être conduit à accepter ces propositions, auxquelles il n'aurait jamais pensé avant qu'elles ne lui aient été faites. Si de telles propositions débouchent sur une rencontre avec le mineur, les peines encourues sont aggravées. L'incrimination est logiquement restreinte au mineur de quinze ans car les relations sexuelles entre un majeur et un mineur de plus de quinze ans sont par principe licites¹⁸⁶.

2) La protection imparfaite de la volonté de la femme

L'entrave à l'interruption de grossesse¹⁸⁷, prévue à l'article L. 2223-2 du Code de la santé publique, contribue à cette protection lorsqu'elle vise des pressions morales et psychologiques, des menaces ou des actes d'intimidation à l'encontre des femmes concernées ou de leur entourage. Elle protège alors la volonté de la femme de recourir à l'interruption de grossesse contre des influences visant à l'en dissuader, et à l'origine, si elle a été instaurée à l'encontre de commandos dits « anti-IVG », il est envisageable que l'entrave soit le fait d'une seule personne voire d'un proche. Le texte ne l'exclut point.

En revanche, le droit pénal n'organise pas la protection de la volonté de la femme envers les tiers de ne pas recourir à une interruption de grossesse. Ou plutôt il ne l'organise plus depuis

¹⁸⁵ Loi n°2007-297.

¹⁸⁶ Voir *infra* p.43.

¹⁸⁷ V. O. Dhavernas, « Entrave à l'interruption volontaire de grossesse, Esquisse d'un bilan », *RSC* 1997. 821.

l'abrogation, par une loi du 4 juillet 2001¹⁸⁸ de l'ancien article L. 2221-1 du code de la santé publique, lequel incriminait la provocation à l'interruption de grossesse « même licite, alors même que cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet ». Cet article visait aussi l'incitation à la réalisation d'une interruption de grossesse. La même loi a également supprimé le délit de propagande ou de publicité directe ou indirecte concernant les établissements pratiquant les interruptions de grossesse, et les médicaments et autres moyens abortifs. Si cette disposition a pu s'interpréter comme une méfiance du législateur à l'égard de l'avortement à l'heure de la libéralisation de la société, cette abrogation est critiquable en ce que, désormais, la femme n'est plus protégée contre d'éventuelles pressions exercées par des tiers en faveur d'une interruption de grossesse. La voici protégée à l'égard des tiers si elle souhaite ne pas conserver l'enfant, mais elle ne l'est nullement si elle entend au contraire mener sa grossesse à son terme. Il y a un autre paradoxe issu du fait que la volonté individuelle soit au cœur des dispositions relatives à l'interruption de grossesse et qu'en même temps, celle-ci ne soit plus protégée contre des pressions extérieures¹⁸⁹.

La protection de la volonté individuelle et de son expression, mise en œuvre efficacement en certaines matières l'est beaucoup moins dans d'autres. Cette protection est loin d'être absolue, et ceci d'autant plus que le droit pénal lui apporte des limites, y compris dans le domaine qu'est celui des atteintes au corps infligées par un tiers.

Section 2 : Les limites de la protection de la volonté exprimée

Le droit pénal va limiter le champ de la volonté de la personne dans les atteintes qui lui seraient infligées par autrui, du fait d'un intérêt jugé supérieur à la protection de la volonté individuelle. Cet intérêt va justifier l'absence de la prise en compte de la manifestation négative de volonté (II) en raison de la protection du corps humain qui reprend l'avantage, ou seront justifiées des restrictions à la prise en compte du consentement quand il s'agit de protéger le mineur (I).

I) L'inefficacité du consentement du mineur

Il s'agit spécifiquement de s'intéresser aux infractions d'atteintes sexuelles, le législateur ayant voulu protéger le mineur et son intégrité physique contre sa volonté de s'adonner à des actes sexuels avec un majeur. Au sein des incriminations, cela se manifeste par le fait que le consentement du mineur en est un élément constitutif (A), ce qui est le point commun des

¹⁸⁸ Loi n°2001-588.

¹⁸⁹ Paradoxe parfaitement démontré par A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°35.

deux textes ; ce qui ne signifie pas que tous les mineurs soient traités de façon identique, car de notables différences existent selon l'âge du mineur (B).

A) Le consentement du mineur, élément constitutif des atteintes sexuelles

L'instauration d'infractions sexuelles spécifiques lorsque les mineurs en sont les victimes est révélatrice de ce que la liberté sexuelle des mineurs ne se présente pas dans les mêmes termes que celle des majeurs¹⁹⁰. Tout d'abord, il faut souligner que l'article 227-25 du Code pénal vise l'atteinte sexuelle commise par un majeur. L'article 227-27 quant à lui ne limite pas expressément l'atteinte sexuelle lorsqu'elle est le fait d'un majeur, puisqu'il fait référence à l'ascendant ou toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait d'une part, et à la personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions d'autre part. Au regard de ces qualités, il sera bien souvent question d'un majeur, sauf hypothèses exceptionnelles. Il faut signaler l'article 227-27-2 du Code pénal instauré par la loi du 8 février 2010¹⁹¹ qui qualifie d'incestueuses les atteintes sexuelles lorsqu'elles sont commises au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait. Le fait que le frère et la sœur soient visés accroît les possibilités de voir les atteintes sexuelles commises par un mineur.

L'atteinte sexuelle commise par un mineur ne tomberait sous le coup de la loi pénale que si la victime est un mineur de plus de quinze ans, et non lorsqu'il a moins de quinze ans. Une telle solution manquerait de cohérence et le législateur ne l'a certainement pas voulu, ce qui pousse à considérer que l'article 227-27 ne s'appliquera que si l'auteur est un majeur. De ces observations, peut être déduite la liberté sexuelle du mineur en ce qui concerne des relations sexuelles consenties avec un autre mineur, qu'il s'agisse de deux mineurs de quinze ans ou d'un mineur de quinze ans avec un mineur de plus de quinze ans. Cette liberté sexuelle entre mineurs est très récente puisque l'ancien article 331 alinéa 1 du Code pénal incriminait l'attentat à la pudeur sans violence sur la personne d'un mineur de quinze ans, quel que soit l'âge de l'auteur des faits. Est donc reconnue la capacité du mineur à consentir à de telles relations. Cette liberté n'est pas exempte de critiques, car elle peut se comprendre si les mineurs sont du même âge ou ont un âge proche, mais qu'en est-il des actes sexuels entre un mineur de 16 ou 17 ans et un très jeune mineur ? Sans doute faut-il relativiser ce qui peut

¹⁹⁰ F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010 n°77 et s.

¹⁹¹ Loi n°2010-121.

apparaître comme un vide juridique dans la mesure où, dans cette hypothèse, serait sûrement retenue l'absence de consentement du mineur.

Il en est tout autrement lorsqu'il s'agit de relations sexuelles, même consenties, avec un majeur. Les deux dispositions répriment toute atteinte sexuelle exercée « sans violence, contrainte, menace ni surprise » sur un mineur. Les moyens visés rappellent ceux des agressions sexuelles et du viol, la grande différence tenant au fait que les moyens sont précédés de « sans » au lieu de « avec ». S'il en a été tiré la conséquence dans le viol et les agressions sexuelles que doit être établi le défaut de consentement de la victime parmi les éléments constitutifs de ces infractions, a contrario le législateur dans les atteintes sexuelles commises sur mineur a-t-il voulu signifier que parmi les éléments constitutifs de l'infraction doit être rapportée la preuve que le mineur consentait à l'atteinte sexuelle. Ces infractions ont donc vocation à ne s'appliquer que si le mineur est consentant ; si ce n'est pas le cas, il doit être fait impérativement application des qualifications de viol et d'agressions sexuelles. Elles répondent à un double objectif du législateur, un objectif de protection des mineurs contre les personnes majeures, qui est identique pour le viol et les agressions sexuelles, et un objectif de protection du mineur contre lui-même. La nécessité d'incriminations destinées à protéger le mineur contre sa volonté part du constat de vulnérabilité psychologique du mineur vis-à-vis des adultes.

Les atteintes sexuelles englobent l'acte de pénétration sexuelle caractéristique du viol¹⁹² et tout autre contact physique à connotation sexuelle constituant des agressions sexuelles. L'objectif commun visé par les deux incriminations ne doit pas masquer une différence importante dans la répression des atteintes sexuelles selon l'âge du mineur.

B) La protection à géométrie variable du mineur

Si les textes internationaux et européens de protection des mineurs ne font aucunement mention d'une « majorité sexuelle », au niveau national les Etats ont souvent fixé un seuil d'âge à partir duquel les relations sexuelles consenties entre les majeurs et les mineurs ne sont plus punissables. Au-dessus de ce seuil, le législateur considère que le mineur a une maturité suffisante pour consentir valablement à de telles relations. Au contraire le mineur en-dessous de ce seuil est présumé être incapable de consentir valablement à des relations sexuelles avec un majeur.

¹⁹² V. l'article 222-23 du Code pénal qui vise « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit ».

En droit français, la majorité sexuelle est allée en s'accroissant. Fixée à onze ans par une loi du 28 avril 1832¹⁹³, elle a été élevée à treize ans par la loi du 13 mai 1863¹⁹⁴. Elle a été depuis portée à quinze ans par l'ordonnance du 2 juillet 1945 et la loi du 23 décembre 1980. Cette majorité sexuelle correspond au seuil d'âge repris aux articles 227-25 et 227-27 du Code pénal. La montée en puissance dans les années 1990 des défenseurs des droits de l'enfant¹⁹⁵ a largement contribué à l'élaboration d'un régime protecteur des mineurs. Il est intéressant de remarquer que cette élévation du seuil d'âge à partir duquel les mineurs peuvent valablement consentir à des relations sexuelles avec un majeur paraît à contre-courant du phénomène général d'accroissement des libertés dans les mœurs¹⁹⁶. Pour illustration, la loi du 4 août 1982¹⁹⁷ a abrogé l'ancien alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal qui réprimait les relations homosexuelles avec un mineur consentant de plus de quinze ans.

Ce seuil d'âge fixé à quinze ans s'explique aussi par la correspondance qui doit être assurée entre le développement physique de l'enfant, correspondant à la puberté, et la majorité sexuelle. A ce seuil correspond une protection différenciée des mineurs, selon qu'ils aient dépassé le seuil (1) ou non (2).

1) Les mineurs de plus de quinze ans

Par principe, la liberté sexuelle, accompagnée de restrictions est reconnue aux mineurs de plus de quinze ans. Le principe résulte de l'interprétation a contrario de l'article 227-25 CP qui ne concerne que les relations sexuelles entre un majeur et un mineur de moins de quinze ans. Ces mineurs sont reconnus par le législateur comme suffisamment matures pour pouvoir valablement consentir à des rapports sexuels avec un majeur.

Mais ils perdent cette capacité si les atteintes sexuelles sont le fait de certaines personnes et s'ils ne sont pas émancipés par le mariage. L'article 227-27 du Code pénal vise l'ascendant ou toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait d'une part, et la personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions d'autre part. Le législateur considère que le consentement du mineur est automatiquement vicié par l'autorité qu'a l'auteur de l'atteinte sexuelle sur le mineur. C'est donc par exception que les mineurs de plus

¹⁹³ Cette loi a instauré l'incrimination d'attentat à la pudeur contre un mineur sans violence, contrainte, ni surprise à l'ancien article 331 du Code pénal.

¹⁹⁴ Laquelle a aussi instauré l'attentat à la pudeur sans violence commis par tout ascendant sur un mineur de plus de treize ans.

¹⁹⁵ F. Caballero, *ibid* n°895 et 896.

¹⁹⁶ D. Mayer, « De quelques aspects de la dépenalisation actuelle en France : en matière de mœurs », *RSC* 1989.442.

¹⁹⁷ Loi n°82-683.

de quinze ans perdent la capacité de consentir à des relations sexuelles avec un majeur, tandis que l'incapacité est la règle pour les mineurs de moins de quinze ans.

2) Les mineurs de quinze ans

Les mineurs de moins de quinze ans quant à eux ne peuvent avoir un rapport sexuel avec un majeur sans que ce dernier commette l'infraction de l'article 227-25 du Code pénal. Ce texte revient à établir une « présomption irréfragable d'incapacité du mineur de comprendre, d'accepter ou de refuser une proposition érotique quelle qu'elle soit »¹⁹⁸. Cette présomption irréfragable est qualifiée d'excessive par certains auteurs, au regard des mineurs auxquels elle s'applique et des actes visés dans l'incrimination. Francis Caballero fait partie de ces auteurs, et se dit favorable à ce qu'une distinction soit effectuée entre les mineurs de moins de quinze ans capables ou non d'accepter ou refuser une proposition sexuelle d'un adulte, les uns bénéficiant d'une présomption réfragable, les autres d'une présomption irréfragable. Une seconde distinction selon lui devrait être faite entre l'acte de pénétration sexuelle et les autres actes sexuels. Ces critiques avaient été entendues pour partie puisqu'une proposition de loi abaissait le seuil d'âge à 14 ans en 2004¹⁹⁹.

La loi du 8 février 2010 a modifié l'article 227-27 du Code pénal et l'article 227-26 du Code pénal en remplaçant « lorsqu'elle est commise par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime »²⁰⁰ par « lorsqu'elle est commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Mais pour autant il n'est pas de coïncidence entre ces qualités et les actes incestueux tels qu'ils sont définis à l'article 227-27-2 du Code pénal²⁰¹.

Malgré les critiques, cette protection draconienne du mineur est dans l'air du temps, l'opinion publique se montrant particulièrement sensible aux infractions sexuelles commises sur les mineurs qui lui paraissent plus graves qu'une atteinte à la vie²⁰². Les journalistes sont partie prenante dans cette tendance, pour avoir médiatisé à outrance des affaires de pédophilie. Plus étonnantes sont les interventions du droit pénal ou son absence d'intervention en totale contradiction contre la volonté manifestée par la personne.

¹⁹⁸ F. Caballero, *ibid* n°83.

¹⁹⁹ Proposition de loi de Madame Comparini du 21 décembre 2004 visant à renforcer les droits de l'enfant face à la violence sexuelle, citée par F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010 n°890.

²⁰⁰ Ancien article 227-26 1° du Code pénal et ancien article 227-27 1° du Code pénal.

²⁰¹ V. sur ce point A. Lepage, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, Etude n°335. 609, spécialement n°20.

²⁰² A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°26.

II) La volonté exprimée délibérément ignorée par le droit pénal

Il s'agit de faire état de deux hypothèses opposées : jusqu'à récemment encore, le droit pénal se refusait à protéger l'épouse victime de viol par son mari et donc à protéger son consentement à l'acte sexuel (A). A l'inverse, dans le domaine médical, la manifestation négative de volonté d'un patient ne sera plus prise en compte lorsque sa vie ou sa santé sera en péril (B).

A) L'absence de la protection de la liberté sexuelle de l'épouse : une solution révolue

Le mariage formalise entre deux personnes de sexe différent la volonté de fonder une famille. Au titre des droits et des obligations créés par le mariage, figure l'obligation de fidélité énoncée à l'article 212 du Code civil et le devoir conjugal. Ce dernier n'est pas prévu expressément par le Code civil, mais en découle au titre de l'article 215 du Code civil relatif à la communauté de vie entre époux. La jurisprudence considère le refus d'avoir des relations sexuelles avec son époux comme une faute justifiant que le divorce soit demandé par l'époux confronté à ce refus²⁰³, lorsque celui-ci est durable.

L'existence du devoir conjugal en droit civil a eu la conséquence fâcheuse d'engendrer une impunité pour les viols commis sur l'épouse en droit pénal (1) qui a été levée progressivement (2). Les exemples jurisprudentiels justifient de ne traiter que du viol commis par le mari sur l'épouse.

1) L'impunité durable de l'époux

Une jurisprudence classique en effet ne rendait condamnables les rapports sexuels entre époux que lorsqu'ils avaient été imposés par des violences ayant laissé des traces visibles, lorsqu'ils avaient été effectués en présence de tiers²⁰⁴, ou lorsque le mari imposait des actes contraires à la finalité du mariage. Hormis ces circonstances, les rapports sexuels entre époux ne pouvaient être appréhendés sous un angle pénal²⁰⁵. La faculté pour l'épouse de consentir librement à l'acte sexuel ne faisait donc l'objet d'aucune protection par le droit pénal.

Un arrêt rendu le 17 juillet 1984²⁰⁶ par la chambre criminelle de la Cour de cassation marque le début de l'infléchissement de la jurisprudence²⁰⁷. En l'espèce, le mari s'était livré à des

²⁰³ V. par exemple, Civ. 2^e, 16 décembre 1963, *D.* 1964. 227.

²⁰⁴ Crim, 19 mars 1910, *bull. crim.* n°153. En l'espèce en présence du frère de l'époux et des enfants des époux.

²⁰⁵ M-L. Rassat, *D.*1993. 117 : « Peu importe que les époux consentent ou non aux actes sexuels : ils sont, par le mariage, privés du droit de n'y point consentir ».

²⁰⁶ Crim. 17 juillet 1984, *bull. crim.* n°260.

²⁰⁷ Dû à certains Procureurs de la République qui ont lutté contre cette impunité. Dans cette affaire, le juge d'instruction avait refusé d'informer du chef de viol malgré les réquisitions en ce sens du Procureur de la

actes de pénétration sexuelle sur son épouse sous la menace d'une arme et avait exercé des violences sur elle alors qu'ils étaient en instance de divorce. La Cour de cassation a estimé que les juges du fond s'étaient contredits en caractérisant les éléments constitutifs du viol sans poursuivre de ce chef et a procédé à la cassation de l'arrêt de la chambre d'accusation. Cependant, des hésitations étaient permises sur la portée de l'arrêt, le lien matrimonial étant distendu en l'espèce, ce qui pouvait faire douter du bien-fondé de la présomption de consentement à l'acte sexuel de l'épouse.

Six ans plus tard²⁰⁸, la Cour de cassation s'est trouvée saisie d'un pourvoi formé par le Procureur général de la Cour d'appel de Lyon contre un arrêt de la chambre d'accusation ayant renvoyé un époux devant la Cour d'assises pour viols aggravés et attentats à la pudeur aggravés commis sur son épouse. Les faits étaient d'une gravité particulière, l'épouse ayant été notamment ligotée, flagellée, l'époux lui ayant tailladé avec un couteau plusieurs parties du corps et lui ayant imposé des actes de pénétration par la force. La Cour de cassation a considéré que « l'(ancien) article 332 du Code pénal en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980 qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte ». La Haute juridiction mettait fin explicitement au caractère irréfragable de la présomption du consentement des époux à l'acte sexuel, à nouveau un doute subsistait sur la portée de la solution dès lors que la gravité des actes commis pouvait seule justifier cette solution.

En d'autres termes, restait l'interrogation suivante : une telle solution aurait-elle été retenue si les actes n'avaient pas revêtu un caractère d'extrême violence ? Autrement dit, le seul fait de contraindre son époux à des relations sexuelles, sans autres circonstances telles que la dilution du lien matrimonial ou l'accompagnement des relations sexuelles par des actes de tortures et de barbarie, entre-t-il dans la qualification de viol ?

Le doute sera définitivement levé par un arrêt rendu en 1992.

2) Les étapes de la levée de l'impunité de l'époux

Dans l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 11 juin 1992²⁰⁹, il était question d'un couple marié depuis 14 ans, dont la femme se refusait à tout rapport sexuel depuis 18 mois. L'époux un soir a commis un acte de pénétration sexuelle sur cette dernière laquelle n'a pas donné

République, et la chambre d'accusation, saisie sur appel du Parquet a confirmé l'ordonnance du juge d'instruction. Le Ministère public a alors formé un pourvoi en cassation.

²⁰⁸ Crim. 5 septembre 1990, *D.* 1991.13.

²⁰⁹ Crim. 11 juin 1992, *D.* 1993.117 note Rassat.

signe de protestation. L'époux a recommencé une semaine plus tard mais cette fois la femme a porté plainte. La Cour de cassation va poser la solution selon laquelle un époux qui contraint son épouse à avoir des rapports sexuels naturels, sans violence ni témoins commet un viol. Elle retient que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire ».

Michèle-Laure Rassat s'est montrée critique envers cette solution, mettant en exergue les difficultés de preuve du défaut de consentement sans les circonstances exigées auparavant. En effet, seul le témoignage d'un tiers ou la constatation médicale de violences subies est susceptible de le prouver, ce qui justifiait la jurisprudence traditionnelle²¹⁰.

Le législateur est venu consacrer la position jurisprudentielle par une loi du 4 avril 2006²¹¹ qui a ajouté à l'article 222-22 du Code pénal la précision selon laquelle les incriminations d'agressions sexuelles pouvaient être constituées « quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage » et que dans cette hypothèse, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne valait que jusqu'à preuve contraire. La loi du 9 juillet 2010²¹² a supprimé toute référence à une présomption de consentement à l'acte sexuel entre époux, permettant désormais la protection effective des épouses²¹³ et la protection de leur consentement à l'acte sexuel comme pour toute femme.

La tendance en droit pénal est même à l'accroissement de la protection de la liberté sexuelle de l'époux envers son conjoint, voire son ancien conjoint, cette qualité étant une circonstance aggravante²¹⁴ du viol²¹⁵ et des agressions sexuelles²¹⁶. Le droit pénal a mis fin à l'absence de protection de la volonté de l'épouse. Au contraire, la protection de la vie et de l'intégrité physique de la personne continue toujours de justifier qu'il soit passé outre un refus de soins en milieu médical.

²¹⁰ M-L. Rassat, *D.* 1993. 117 : « Si la jurisprudence et les auteurs anciens recommandaient de ne condamner pour viol qu'en cas de violence « ayant laissé des traces » ce n'était ni par sadisme ni par esprit rétrograde mais parce qu'il n'y a pratiquement pas d'autre moyen de s'assurer que l'auteur du viol a bien pu se rendre compte, par l'énergie qu'il a dû déployer, que la victime ne consentait pas et donc que l'élément moral de l'infraction est bien réalisé ».

²¹¹ Loi n°2006-399.

²¹² Loi n°2010-769, E. Vergès, chronique législative, *RSC* 2010.916.

²¹³ Les viols entre époux étant loin d'être une hypothèse d'école en jurisprudence : Crim. 21 juillet 2005 n° de pourvoi 05-82947 ; Crim. 25 janvier 2005 n° de pourvoi 04-86561 (époux en instance de divorce).

²¹⁴ Article 132-80 du Code pénal, circonstance aggravante étendue au concubin ou partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité.

²¹⁵ Article 222-24 11° du Code pénal.

²¹⁶ Article 222-28 7° du Code pénal.

B) Le refus de soins du patient bafoué en cas d'urgence

Le médecin confronté à un refus de soins ou de traitement de son patient doit-il respecter l'expression négative de volonté en toutes circonstances²¹⁷ ?

S'il respecte le refus de son patient, deux qualifications seront envisageables à son encontre : l'homicide involontaire²¹⁸ en cas de décès du patient et la non-assistance à personne en danger²¹⁹ si le patient s'est trouvé dans une situation de péril imminent qui nécessitait une intervention immédiate du médecin. Mais en allant à l'encontre de la volonté exprimée par le patient le médecin pourra être poursuivi sur le fondement d'atteintes volontaires à l'intégrité physique, notamment les qualifications de violences volontaires²²⁰.

Le droit médical est ambigu sur l'attitude que doivent adopter les médecins, puisque l'article R. 4127-36 du Code de la santé publique dispose en son alinéa deux que « Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences ». Le texte n'ajoute aucune précision sur la possibilité pour le médecin d'aller à l'encontre de la volonté du patient. De même, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui impose au médecin de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et que, « si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables » ne permet pas plus expressément au médecin de passer outre le refus de son patient. De ces rédactions, certains auteurs tirent la conclusion que le médecin serait couvert par l'autorisation de la loi s'il respectait la manifestation de volonté du malade²²¹.

Le Code pénal est beaucoup plus clair sur l'attitude à adopter pour le médecin. Dans la mesure où la personne n'encourt pas de danger immédiat pour sa vie ou son intégrité, le médecin devra respecter le refus de son patient. Dans le cas contraire, le médecin devra agir pour ne pas commettre le délit de non-assistance à personne en danger²²². L'administration de soins et traitements constituent des atteintes à l'intégrité de la personne et pourraient être

²¹⁷ V. J. Penneau, D. 2002, Interview, 2877.

²¹⁸ Article 221-6 du Code pénal.

²¹⁹ Article 223-6 alinéa 2 du Code pénal.

²²⁰ Articles 222-7 et suivants du Code pénal.

²²¹ A. Dorsner-Dolivet, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », RFDA 2003. 528.

²²² Malgré un ancien arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, dont la doctrine s'accorde à dire que la solution est exceptionnelle, qui avait considéré que le médecin n'était pas coupable de s'être abstenu d'avoir soigné une patiente malgré le danger vital dans lequel elle se trouvait, en raison de son refus obstiné et agressif qui avait été en l'espèce formalisé par un écrit : Crim. 3 janvier 1973, D. 1973 jurisp. 220.

poursuivies en tant que telles, mais l'état de nécessité²²³ y ferait obstacle. L'article 122-7 du Code pénal prévoit en effet que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Le médecin se situe dans cette hypothèse lorsque par exemple, il réalise une transfusion sanguine sur un patient qui se trouve en danger de mort, la vie étant une valeur jugée supérieure à la protection de la volonté du patient. Une jurisprudence administrative abondante²²⁴ a été rendue à propos de patients qui s'étaient vus soumis à une transfusion sanguine malgré leur refus fondé sur leurs convictions religieuses²²⁵.

Le seul cas où l'autorisation de la loi opérera est celui de l'euthanasie dite passive, légalisée en partie par la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades en fin de vie. La raison pour laquelle cette loi a sa place dans cette partie est que l'abstention des médecins résultera d'une décision propre au malade en fin de vie de limiter ou d'arrêter tout traitement qui va se traduire par un refus exprimé par celui-ci. L'article L.1111-10 du Code de la santé publique dispose que « le médecin respecte sa volonté après l'avoir informé des conséquences de son choix ». Cette disposition permettra de justifier l'abstention du médecin qui se sera conformé à la volonté du malade. Mais hors ce cas précis, en particulier si le patient ne se trouve pas en fin de vie, le médecin pourra passer outre la volonté exprimée par celui-ci seulement si les conditions de l'état de nécessité sont réunies.

Le droit de refuser un soin ou un traitement est loin d'être absolu. La protection du corps humain reprend le dessus sur la protection de la volonté du patient en cas d'urgence²²⁶ et elle va justifier que soient posées des limites à la prise en compte de la volonté exprimée d'une personne. Ces limites proviennent indirectement du droit pénal par la menace qu'il fait peser sur les médecins.

Terminer la première partie sur les limites de la protection de la volonté exprimée par une personne permet de conserver à l'esprit la méfiance du droit pénal à l'égard de la volonté individuelle. Cette attitude se retrouve en filigrane dans l'étude de la place de la volonté non exprimée par la personne dans la protection pénale du corps humain.

²²³ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2010 n°425 et s.

²²⁴ V. par exemple, CE 26 octobre 2001, *RTD civ.* 2002. II. 1451 note Frion.

²²⁵ Il s'agissait de témoins de Jéhovah.

²²⁶ Ce que confirme l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil : « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

Partie 2 : Volonté voilée et protection pénale du corps humain

La volonté entretient un rapport étroit avec la liberté individuelle, l'absence de volonté libre équivalant à l'absence totale de volonté ou à une volonté viciée. A la Révolution française, l'individu a souhaité s'émanciper des structures étatiques et religieuses et faire ses propres choix. L'émergence de libertés qui en a résulté a offert un champ d'action plus étendu à la volonté, en particulier lorsqu'elle ne fait pas l'objet de manifestations extérieures. Le principe en droit pénal protecteur du corps humain réside en effet en une liberté laissée à la volonté voilée, à l'inverse de la logique qui préside pour la volonté dévoilée. L'évolution amorcée à la Révolution s'est traduite par le désengagement du droit pénal (Chapitre 1). Parallèlement, la finalité de protection de l'intérêt général du droit pénal a provoqué la limitation de la liberté pour la personne de disposer de son corps (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La liberté de porter atteinte à son corps protégée

L'émergence de la liberté de porter atteinte à son corps, dont il est nécessaire de délimiter le contenu (Section 1) a été accompagnée par un repositionnement du droit pénal à des fins de protection de cette nouvelle liberté (Section 2). Ce double mouvement de dépenalisation et pénalisation est caractéristique de l'effacement du droit pénal devant la volonté individuelle.

Section 1 : La dualité de la liberté de porter atteinte à son corps

Le droit pénal s'est effacé devant deux libertés, qui sont deux composantes de la liberté de porter atteinte à son corps : la liberté de porter atteinte à son intégrité physique (II) et la liberté de porter atteinte à sa vie (I), cette dernière allant de pair avec une atteinte à l'intégrité physique.

I) La liberté de porter atteinte à sa vie

La liberté de porter atteinte à sa vie ne vaut que pour la personne qui met y elle-même un terme. Ainsi qu'il a été démontré dans la première partie²²⁷, le tiers qui porte atteinte à la vie d'une personne ne pourra se prévaloir du consentement donné par cette dernière pour se voir exonéré de sa responsabilité pénale.

²²⁷ Voir *supra* p.7 et p.40.

Le terme de suicide est communément employé pour recouvrir cette hypothèse, mais il est nécessaire de s'entendre sur sa définition, d'autant qu'il n'a pas le même sens dans toutes les disciplines. En sociologie, Emile Durkheim définit le suicide comme « toute mort qui résulte médiatement ou immédiatement d'un acte positif ou négatif, accompli par la victime elle-même »²²⁸. Cette définition a pour originalité de retenir comme un suicide la personne qui refuse de se nourrir, ou celle qui commet un crime de lèse-majesté alors qu'elle sait que l'auteur d'un tel crime est puni de la peine de mort. Par comparaison, le suicide a une signification restrictive en droit pénal. Le suicide désigne l'homicide que l'on commet volontairement sur soi-même²²⁹. Là où les deux disciplines se rejoignent, c'est que l'acte est accompli en connaissance de cause, c'est-à-dire que la personne l'accomplit en sachant qu'il va la conduire à sa mort.

Emile Durkheim démontre que le suicide a existé dans toutes les sociétés et que le nombre est constant dans celles qui sont à un même niveau de civilisation. En France, le phénomène s'est considérablement développé depuis les années 1975 et à la suite de la première crise pétrolière. Il touche l'ensemble de la population mais correspond en particulier à la première cause de mortalité chez les jeunes.

Le suicide est longtemps resté un sujet tabou, mis en avant par Johann Wolfgang von Goethe dans « Les souffrances du jeune Werther », livre publié en 1774. Ce roman met en scène un jeune homme qui, par désespoir amoureux finit par se suicider. La dépénalisation du suicide a été tardive (B), celui-ci ayant été marqué historiquement par une réprobation (A).

A) La perception négative du suicide avant le 18^{ème} siècle

Le suicide était perçu comme un acte de lâcheté, destiné à échapper aux obligations de la vie. Il a été marqué d'une réprobation ancestrale dans les sociétés antiques (1) qui s'est renforcée dans les sociétés chrétiennes (2).

1) La réprobation du suicide dans les sociétés antiques

Dans les sociétés antiques, le suicide ne faisait pas l'objet d'une réprobation absolue. A Athènes, il était possible de demander au Sénat l'autorisation de se suicider après avoir exposé les différentes raisons qui poussaient à vouloir se tuer. A défaut d'une telle autorisation, la personne qui se suicidait ne pouvait bénéficier d'une sépulture et symboliquement sa main était coupée afin de l'enterrer séparément au reste du corps. De

²²⁸ E. Durkheim, *Le suicide*, PUF, 1930, introduction ; ouvrage dans lequel l'auteur recherche les facteurs du suicide.

²²⁹ Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, La Société Typographique, 1781.164 et s.

semblables dispositions existaient dans d'autres cités grecques, telles que Sparte. L'Etat pouvait donc autoriser les personnes à faire ce qu'elles ne pouvaient faire de leur seule volonté. Le soldat qui avait tenté de se suicider, s'il prouvait que sa tentative était due à un mobile excusable autre que pour échapper à ses obligations militaires, était seulement renvoyé de l'armée. Si la tentative était due à une faute militaire qu'il avait commise, le soldat voyait son testament annulé et ses biens confisqués. La liste de mobiles excusables s'est progressivement allongée, au point qu'un seul motif non-excusable subsistait : la volonté d'échapper à une condamnation.

En droit romain, le même constat d'absence d'interdiction absolue du suicide se vérifie. Quatre causes de suicide y étaient distinguées selon le juriste Muryart de Vouglans²³⁰. Il s'agissait de la fureur ou la frénésie, de l'extrême douleur, du dégoût de la vie et de la crainte d'un juste châtement mérité par son crime. Seule la dernière cause de suicide était punissable, et encore fallait-il pour cela que le crime soit puni de mort ou à défaut de déportation. La peine de confiscation des biens était appliquée au défunt.

La perception va considérablement évoluer avec la prégnance de plus en plus forte de l'Eglise sur les sociétés civiles.

2) La prohibition absolue du suicide dans les sociétés chrétiennes

Emile Durkheim démontre que si la prohibition du suicide est devenue plus radicale dans les sociétés chrétiennes, cette évolution était due, dans ce contexte, à une nouvelle perception de la personne. En effet, antérieurement, l'Etat était responsable des citoyens. Désormais, la religion les place directement sous l'autorité divine. Seul Dieu est à même, comme il donne la vie de la retirer. Dès lors, nul n'a le droit de porter atteinte à sa vie comme à celle des autres.

Le suicide a été proscrit dans les sociétés chrétiennes²³¹. En 563, lors du concile de Prague il a été décidé que le suicide, considéré comme un crime, devait entraîner une sanction religieuse du suicidé en le privant de messes et de prières. S'ajoutait en droit canonique la privation de sépulture chrétienne. La législation romaine s'en est inspirée en organisant un véritable procès au cadavre de la personne suicidée, accompagné de la confiscation des biens de cette dernière. En France, un certain nombre de coutumes prévoyaient l'infliction de supplices au cadavre. La grande ordonnance criminelle de 1670, rédigée sous l'influence de Louis XIV et destinée à unifier le droit en France pour mettre fin à la diversité de coutumes était restée dans la même ligne prohibitive. Elle avait consacré le procès fait au cadavre, accompagné du supplice

²³⁰ Muryart de Vouglans, *ibid.*

²³¹ E. Durkheim, *ibid.* p 370 et s.

suisant : le corps était traîné sur une claie par les rues, attaché par les pieds à une charrette ou tombereau, face contre terre puis jeté à la voirie²³². Elle prévoyait l'accompagnement de cette condamnation par la confiscation des biens du mort par inspiration du droit romain. La jurisprudence y ajoutait la condamnation de la mémoire du suicidé.

Néanmoins, le suicide n'était punissable que s'il avait été causé par une volonté libre. Ainsi n'était pas responsable pénalement celui qui s'était suicidé dans un accès de folie ou de frénésie²³³. Muyart de Vouglans fait état d'une déclaration en date du 5 septembre 1712 concernant la ville de Paris et visant à lutter contre l'absence de signalement des cadavres et contre la pratique qui consistait à les faire disparaître rapidement pour ceux qui n'avaient pas intérêt à ce que le suicide soit découvert²³⁴.

Ce type de législation a existé dans toutes les autres sociétés chrétiennes. Les sépultures étaient refusées aux suicidés, souvent enterrés sans aucune cérémonie. De semblables pratiques ont perduré en Angleterre à partir du X^{ème} siècle.

Au regard de cette prohibition absolue, la dépénalisation du suicide à la Révolution française peut paraître comme étant intervenue de façon radicale.

B) La dépénalisation du suicide à la Révolution française

Dans un contexte de revendications libertaires, la dépénalisation du suicide a été réalisée par le Code pénal de 1791 (1) sur le fondement de nombreux arguments (2).

1) Les moyens de la dépénalisation

La dépénalisation du suicide a été opérée implicitement par le Code pénal de 1791, lequel s'est trouvé exempt de semblables dispositions. Cette absence de répression expresse tranchait avec la solution en vigueur sous l'Ancien Régime. La question se posait de savoir si le suicide, dans ce vide juridique, pouvait être appréhendé sous une incrimination plus générale. Cette problématique n'est pas sans rappeler la question du duel pour lequel elle s'est posée dans les mêmes termes. Mais le suicide contrairement au duel n'a fait l'objet d'aucun débat²³⁵.

Force a été de constater que l'atteinte à la vie réprimée dans le Code pénal de 1791 visait explicitement le fait de tuer « autrui » et qu'en conséquence l'homicide sur soi ne tombait sous le coup d'aucune incrimination. Le Code pénal actuel n'a pas évolué sur ce point en

²³² Muyart de Vouglans, *ibid*, Tome 1. 67.

²³³ Muyart de Vouglans, *ibid*. 164 et s.

²³⁴ Muyart de Vouglans, *ibid*. 166.

²³⁵ Voir *supra* p.6.

définissant le meurtre comme « le fait de donner volontairement la mort à autrui »²³⁶. C'est ainsi qu'est née la liberté de porter atteinte à sa vie, qui a donné une dimension supplémentaire à la volonté de mourir. Le comportement de la personne qui se suicide recèle en lui-même la volonté de se donner la mort, sans aucun besoin de s'exprimer autrement que par le geste homicide.

Cette dépénalisation ne signifie pas que le suicide soit bien vu dans notre société. Emile Durkheim a soutenu qu'il reste un acte profondément immoral, dès lors que l'humanité présente dans chaque individu est l'unique lien entre les membres d'une société. Le suicidé, en se supprimant, porte atteinte à sa part d'humanité et la société ne peut qu'en être offensée²³⁷. Emile Durkheim s'est montré critique à la disparition de toute sanction²³⁸, et favorable à ce que des peines morales soient établies telles la privation de sépulture, ou la privation de certains droits civiques, politiques ou familiaux.

Une méfiance certaine subsiste à l'égard du suicide dans d'autres branches du droit, notamment en droit des assurances. L'article 80 de la loi du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier²³⁹ a introduit à l'article L. 132-7 du Code des assurances un alinéa premier qui dispose que « L'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement la mort au cours de la première année du contrat ».

Si le suicide n'est pas dépourvu de réserves dans les mentalités, le désengagement du droit pénal devant cet acte est fondé sur des arguments particulièrement pertinents.

2) Une dépénalisation pertinente

La pertinence de la dépénalisation s'appuie en premier lieu sur les principes gouvernant les peines. Le principe de personnalité et d'individualisation des peines, corollaire du principe de la responsabilité personnelle implique que seule la personne déclarée responsable pénalement subisse la répression. Sous l'Ancien Régime, avec la confiscation des biens du suicidé, était touchée par la sanction la famille de celui-ci, qui se voyait privée de toit et de biens. Un tel dispositif paraissait excessif.

²³⁶ Article 221-1 du Code pénal.

²³⁷ E. Durkheim, *ibid.* 382 et s.

²³⁸ E. Durkheim, *ibid.* 425: « Nous croyons volontiers que notre indulgence actuelle pour le suicide est en effet, excessive. Puisqu'il offense la morale, il devrait être repoussé avec plus d'énergie et de précision et cette réprobation devrait s'exprimer par des signes extérieurs et définis, c'est-à-dire par des peines. Le relâchement de notre système répressif sur ce point est, par lui-même, un phénomène anormal ».

²³⁹ Loi n°98-546.

En outre, les fonctions associées à la peine, telles que la prévention, la rétribution et la réadaptation se révélaient inopérantes à l'égard du suicidé²⁴⁰. Envers celui qui avait tenté de se suicider, la répression ajoutait de la souffrance sur de la souffrance.

Fahmy Abdou²⁴¹ a insisté sur la confusion de l'auteur et de la victime opérée dans le suicide, point de vue qui a été repris par Xavier Pin²⁴². Il explique que l'individu ne pourrait être à la fois le sujet passif et actif d'une infraction, en opérant une distinction entre lésion consentie et auto-lésion. La licéité de l'auto-lésion ne serait aucunement subordonnée par la disponibilité ou l'indisponibilité d'une valeur. Cette conception se vérifie puisqu'en effet, est reconnue la liberté à la personne de porter atteinte aussi bien à sa vie qu'à son intégrité physique²⁴³. Et pourtant, l'Etat a un intérêt à protéger la vie contre la volonté de l'intéressé car chaque individu a un rôle social à jouer, qu'il soit économique ou éventuellement militaire.

La dépénalisation du suicide est aussi due au déclin de l'influence de l'Eglise en France, dont le départ se situe à la publication de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat. Preuve en est l'importance du christianisme dans l'interdit du suicide, sa prohibition absolue relevant d'un interdit divin. L'effacement du droit pénal face à la liberté de porter atteinte à son intégrité physique se révèle plus complexe car il est de nombreuses manières de porter atteinte à son intégrité.

II) La liberté de porter atteinte à son intégrité physique

La liberté de porter atteinte à son intégrité physique est double car la volonté peut se traduire, soit en un comportement qui va engendrer des atteintes pour lesquelles la personne est seule en cause (A), soit en un acte qui peut engendrer des atteintes par l'intervention d'un tiers (B). Le point commun dans les deux cas réside dans le fait que la personne fait état de sa volonté d'atteindre à son intégrité physique de façon plus ou moins affirmée. En effet, chez une femme qui s'avorte, cette volonté est évidente, en revanche elle est absente chez le fumeur et elle est doublée, chez la personne qui se prostitue, de la connaissance que son action implique une atteinte à son intégrité.

²⁴⁰ J.-Cl. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 2006 n°269 : « Sans doute notre Droit ne réprime-t-il pas le suicide. Mais c'est parce que la peine serait absurde contre un mort, et inconvenante contre un rescapé ».

²⁴¹ Fahmy Abdou, thèse *préc.*

²⁴² X. Pin, thèse *préc.* n°240.

²⁴³ V. *infra* p.56 et suivantes.

A) Les atteintes au corps sur soi

La personne peut vouloir commettre un acte qui directement va provoquer une atteinte à son intégrité physique, mais elle peut aussi adopter un comportement qui va indirectement porter atteinte à son intégrité. Du point de vue de la volonté individuelle, elle sera tendue vers l'atteinte au corps dans le premier cas (1), tandis que dans le second, elle le sera uniquement vers le comportement (2).

1) Les atteintes à l'intégrité recherchées par la personne

L'individu recherche l'atteinte à son intégrité lorsque, par exemple, il se perce les oreilles lui-même avec une aiguille, ou que, de façon plus grave, il se mutile. Ces atteintes restent impunies en droit pénal, conformément au respect de la liberté de porter atteinte à son corps. Pourtant, à la lecture des incriminations en matière de violences volontaires²⁴⁴, rien ne permet d'exclure ces incriminations en cas d'automutilation. Il n'est nullement fait une référence explicite à « autrui » comme c'est le cas pour l'atteinte à la vie. Mais aucune application de ces textes n'a été faite en jurisprudence pour une personne portant elle-même atteinte à son intégrité.

Tout comme en matière de suicide, une défiance est perceptible à l'égard des personnes qui se mutilent volontairement dans d'autres branches du droit. Pour illustration, l'article L. 375-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que sera privée de prestation cette personne.

La femme qui pratique un auto-avortement a la volonté de porter atteinte à son intégrité pour se libérer de la grossesse non-désirée. La liberté de s'avorter soi-même est apparue tardivement, l'évolution étant liée à la légalisation de l'avortement. Ce sont les articles 37 et 38 de la loi du 27 janvier 1993²⁴⁵ qui ont procédé à l'abrogation de l'ancien article 223-12 du Code pénal qui réprimait l'auto-avortement²⁴⁶. Il est intéressant de relever les hésitations du législateur à propos de cette incrimination²⁴⁷. Cette disposition avait été maintenue dans le Code pénal issu de la réforme après une minoration des peines encourues. Le texte précisait que le tribunal pouvait décider que les peines ne seraient pas appliquées « en raison des circonstances de détresse ou de la personnalité de l'auteur ». Cependant la loi susvisée l'a supprimé, avant même l'entrée en vigueur du Code pénal prévue au 1^{er} mars 1994.

En parfaite logique avec la dépénalisation de l'auto-avortement, l'article L. 2222-4 du Code de la santé publique qui incrimine la fourniture de moyens abortifs à une femme prévoit que

²⁴⁴ Articles 222-7, 222-9, 222-11, R. 624-1 et R. 625-1 du Code pénal.

²⁴⁵ Loi n° 93-121.

²⁴⁶ La femme encourait un emprisonnement de 6 mois à deux ans et une amende de 360 à 7200 francs.

²⁴⁷ Développées par A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°34.

« en aucun cas la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte ». Si cette précision n'avait pas été faite, cette disposition aurait eu pour effet indirect de rendre punissables les auto-avortements. Le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision du 21 janvier 1993²⁴⁸ que la dépénalisation de l'avortement opéré par la femme sur elle-même n'aboutissait pas à priver de garanties légales les principes constitutionnels, notamment celui du respect de tout être humain dès le commencement de la vie.

La personne qui se prive de manger ou de boire afin d'alerter l'opinion sur une situation qu'elle juge anormale et/ou faire progresser une cause attente volontairement à son intégrité. Pareillement, le sportif qui utilise des produits dopants recherche une atteinte à son intégrité, même s'il a pour objectif moins la dégradation de sa santé que l'accroissement de ses performances sportives. La liberté de se doper est plus récente, puisque c'est une loi du 28 juin 1989²⁴⁹ relative à la prévention et à la répression de l'usage de produits dopants à l'occasion des compétitions et des manifestations sportives qui en a dépénalisé l'usage.

Des jeux dangereux pratiqués par les enfants, comme celui du foulard qui consiste pour l'enfant à se serrer le cou avec un foulard afin d'être au bord de l'évanouissement, présentent la même caractéristique. Plus subtils sont les actes accomplis par la personne, dont elle connaît les risques pour son intégrité et à sa santé mais sans rechercher leur réalisation.

2) Les atteintes à l'intégrité non recherchées par la personne

Il s'agit du fait pour une personne de consommer des boissons alcoolisées ou fumer du tabac. Boire de l'alcool a des incidences sur la santé en cas de consommation excessive, tout comme fumer en comporte, les chances de développer un cancer du poumon étant notamment multipliées chez le fumeur. Malgré cela, fumer du tabac comme consommer de l'alcool sont laissés à la libre volonté de chacun, le droit pénal n'intervenant pas à l'encontre du simple consommateur. Les risques pour la santé et l'intégrité sont parfaitement connus par les consommateurs mais ces derniers ne recherchent pas leur réalisation. Il n'en reste pas moins que les atteintes potentielles à l'intégrité physique sont créées par la personne sans intervention de tiers, ce qui constitue la différence avec les atteintes à l'intégrité qu'il convient d'aborder.

B) Les atteintes potentielles au corps infligées par un tiers

L'hypothèse envisagée correspond à l'individu qui adopte volontairement certains comportements lesquels impliqueront un tiers qui pourra être amené à porter atteinte à son intégrité physique. Les trois illustrations visent des atteintes infligées par un tiers qui n'ont

²⁴⁸ DC n°92-317 du 21 janvier 1993.

²⁴⁹ Loi n°89-432.

pas été consenties, la personne adoptant le comportement n'ayant pas extériorisé sa volonté de subir telle ou telle atteinte à son corps. Ce constat est présent dans le duel (1), la pratique d'un sport violent (2), et la prostitution (3).

1) La liberté de se battre en duel

Le duel²⁵⁰, destiné à laver des affronts entre deux adversaires correspond au fait de demander, pour la victime d'une offense, réparation par les armes en provoquant l'auteur de l'offense en duel. Si la pratique du duel n'existe plus, elle a fait l'objet d'une dépénalisation bien avant qu'elle ne tombe en désuétude. Il ne s'agit pas ici de revenir sur la question du consentement de la victime, Frédéric Archer ayant parfaitement souligné l'inadaptation de l'expression de « consentement de la victime » dans le cas du duel. Les acteurs d'un duel ne peuvent en effet connaître à l'avance l'issue du duel et en particulier lequel des deux sera éventuellement la victime d'une atteinte à son corps²⁵¹. Mieux, les duellistes espèrent au contraire y échapper. Ils ne consentent pas a fortiori à une atteinte éventuelle à leur corps, dont ils ne peuvent mesurer par avance la gravité. En revanche, les duellistes ont tous deux la volonté de se battre en duel, celui qui le propose tout comme celui qui le relève. Il y a donc deux volontés distinctes de se battre en duel avec le risque que l'un d'eux subisse une atteinte à son corps.

Il est intéressant de souligner que cette pratique a été pénalisée. Utilisé communément comme un moyen de preuve en Gaule, c'est au XV^{ème} siècle que le duel changea de forme pour être un moyen de réparation des offenses et des querelles subies dans un cadre privé. Le duel s'est présenté sous forme d'un affrontement entre deux adversaires par les armes, chacun étant assisté par des témoins. Cette pratique va perdurer malgré son illicéité à partir du règne de Henri II et sa qualification en crime par l'ordonnance de Moulins de 1566. Va suivre une longue période durant laquelle vont s'alterner sévérité et indulgence à l'égard du duel.

Antérieurement à la Révolution française, s'appliquaient deux édits de Louis XIV de septembre 1651 et d'août 1679 qui réprimaient la provocation au duel. Mais le Code pénal de 1791 a supprimé toute incrimination spécifique relative au duel. Dans un arrêt du 21 septembre 1821²⁵², la Cour de cassation a considéré que « les circonstances ainsi reconnues font sortir le combat singulier dans lequel ledit Treins a donné la mort audit Damarzid, de la classe des duels qui n'ont pas été compris parmi les faits qualifiés crimes et punis par les lois

²⁵⁰ F. Archer, thèse *préc.* n°87 et s.

²⁵¹ F. Archer, thèse *préc.* n°96 : « Les adversaires cherchent davantage à provoquer la mort qu'à accepter qu'elle leur soit donnée. Néanmoins, ils ont envisagé cette perspective comme un risque, pour lequel ils mettront tout en oeuvre pour qu'il ne se réalise pas. C'est la raison pour laquelle il est curieux d'invoquer le consentement de la victime pour plaider l'impunité à l'égard des auteurs d'une infraction consommée à la faveur d'un duel ».

²⁵² Crim. 21 septembre 1821, *Bull. crim.* n°170.

actuellement en vigueur », confirmant l'arrêt de la chambre d'accusation qui renvoyait le sieur Treins pour cause d'assassinat devant la Cour d'assises.

Du Code pénal de 1791 est ainsi née la liberté de se battre en duel. Ce qui ne signifie pas que les atteintes au corps effectivement réalisées dans ce cadre soient exemptes de répression pénale. Mais il était reconnu à l'individu la liberté de pouvoir adopter un comportement susceptible d'engendrer une atteinte à son corps qui soit le fait d'un tiers. La pratique d'un sport violent se présente dans les mêmes termes.

2) La liberté de pratiquer un sport violent

Les sports violents tels que la boxe, le rugby ou le catch ont pour particularité l'autorisation de l'emploi de la violence, d'où il résulte que des coups sont donnés volontairement à l'adversaire.

Si les sportifs ont la volonté de pratiquer un tel sport, ils n'envisagent pas et de ce fait ne consentent pas à une atteinte à leur intégrité physique. Ils acceptent seulement les risques corporels inhérents à la pratique sportive. La volonté de pratiquer un sport violent n'est donc pas doublée d'un consentement à une atteinte effective à son corps.

Le sport est valorisé dans toutes les sociétés, y compris dans les sociétés antiques comme l'histoire de la Grèce en témoigne par ses grandes manifestations sportives. Le sport participe au bien-être des individus en favorisant l'épanouissement physique et mental et ces raisons justifient que soient licites des sports y compris violents. L'ambiguïté de l'attitude des pouvoirs publics en la matière n'a pas manqué d'être soulignée²⁵³.

Le premier article du Code du sport marque d'emblée l'importance accordée aux pratiques sportives en disposant que la promotion et le développement des activités physiques et sportives sont d'intérêt général²⁵⁴. Cette valorisation a conduit la jurisprudence à écarter les incriminations protectrices de l'intégrité physique au nom de la permission de la loi²⁵⁵.

P. Garraud s'est penché sur la question²⁵⁶ et a fait le constat que la loi française procédait à l'organisation des sports, notamment en encadrant l'instruction physique, et en créant diverses institutions relatives aux sports. En outre, il a observé que la loi ne faisait aucune différence

²⁵³ J. Honorat, « La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports », *D.* 1969. I. chron. 207 : « Il est, à cet égard, frappant de constater que les autorités qui, par tant de moyens, cherchent à limiter les risques auxquels les individus sont exposés, n'hésitent pas d'accorder les honneurs les plus officiels aux champions, voire à venir les encourager du haut des tribunes d'un stade ».

²⁵⁴ Article L. 100-1 alinéa 3 du Code du sport.

²⁵⁵ Ou consentement justificatif selon Xavier Pin lequel relève le fait qu'il s'agit d'acceptation des risques mais emploie ensuite le terme de consentement dans sa thèse *précitée* n°254 et s.

²⁵⁶ P. Garraud, art. *préc.* n°16.

entre les types de sports, ce qui ne permettait pas de penser que la loi réservait un traitement différent pour les sports violents. Il aboutissait donc à la conclusion suivante, que la permission légale vaut pour les sports violents, de la même façon qu'elle opèrerait dans les autres sports.

Toutefois, il existe une réserve à la justification des atteintes à l'intégrité perpétrées dans le cadre d'un sport violent. Une condition doit être impérativement remplie, outre l'acceptation des risques par le sportif blessé : l'auteur de l'atteinte doit s'être conformé aux règles du sport en question. Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 octobre 1965 en est une illustration²⁵⁷. Au cours d'un match de rugby, un joueur qui venait de se dessaisir du ballon a été assailli par un joueur de l'équipe adverse qui, après l'avoir heurté à l'épaule gauche, lui a donné un coup violent au visage avec l'avant-bras. La Cour d'Appel de Grenoble a condamné le joueur du chef de coups et blessures volontaires, après avoir souligné que le règlement n'autorise l'attaque que si le joueur se trouve en possession du ballon. La Cour de cassation sur ce point confirme l'arrêt de la Cour d'appel.

Il convient de relever l'indulgence dont font l'objet les sportifs dans la jurisprudence²⁵⁸ et particulièrement la tendance des juges de retenir uniquement des qualifications de violences involontaires bien que les faits fassent état de violences volontaires.

Il est reconnu à toute personne la liberté de pratiquer un sport dans lequel il infligera des atteintes volontaires à son adversaire et sera lui-même victime de celles perpétrées par ce dernier. La prostitution est aussi un comportement adopté qui va engendrer des atteintes au corps par un tiers, le client.

3) La liberté de se prostituer

Le postulat de base, pour employer cette expression, est que la volonté de la personne de se prostituer est libre²⁵⁹. Il n'existe pas de définition légale de la prostitution alors que le terme apparaît dans plusieurs Codes au premier desquels figure le Code pénal. Une définition

²⁵⁷ Crim, 21 octobre 1965, *D.* 1966 jurisp. 26.

²⁵⁸ Voir pour illustration, CA Toulouse, 20 janvier 1977, *JCP* 1978. II. 18788 et 18810 bis, dans lequel la cour confirme la qualification de coups et blessures involontaires alors que les faits établissent que le plaquage dangereux réalisé l'a été à l'évidence volontairement au cours d'un match de rugby, entraînant une incapacité de travail de plus de trois mois à la victime ; Crim, 16 octobre 1984, *bull. crim.* n°303.

²⁵⁹ Kathleen Barry fait mention d'une recherche qui viendrait contredire les croyances selon lesquelles les femmes se prostitueraient volontairement. Elle démontrerait qu'elles souhaitent toutes cesser cette activité si elles le pouvaient. V. K. Barry, « La prostitution est un crime », *revue Déviance et Société* 1986. 299 ; Le rapport d'information parlementaire rendu public le 13 avril 2011 sur la prostitution en France insiste sur le fait que la majorité des personnes qui se livrent à la prostitution ne le font pas totalement librement, mais admet cependant qu'elle est le fait d'une liberté pour une minorité à laquelle nous nous intéressons ici, rapport disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3334.asp.

commodément reprise provient de la Cour de cassation selon laquelle « la prostitution consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »²⁶⁰. Cette définition permet d'intégrer tous les actes à connotation sexuelle, sans impliquer nécessairement un acte de pénétration sexuelle.

La personne qui a la volonté de se prostituer et s'y adonne connaît par avance le type d'atteintes qu'elle devra subir de la part de tiers. La volonté de se prostituer inclut ipso facto l'acceptation de l'atteinte à son corps. Cette acceptation n'a pas cependant pas à être extériorisée, le comportement adopté par la personne qui se prostitue impliquant qu'elle veuille se prêter à des atteintes à son corps.

La prostitution²⁶¹ aurait existé 3000 ans avant notre ère. En France, le premier à se distinguer par la sévérité dont il usera à l'égard des prostituées est Charlemagne. Un capitulaire de 788 prévoyait la flagellation des femmes de rue. Sous la monarchie, un régime prohibitionniste fondé sur une morale religieuse voyant le péché dans la prostituée a prévalu. La morale laïque qui l'a supplantée a retenu de la prostituée les nuisances qu'elle causait, par exemple du fait de sa consommation d'alcool et de drogues et par le fait qu'elle favorisait la délinquance. Une ordonnance de 1778 opérera une distinction entre les femmes incitant publiquement à la débauche - elles étaient enfermées - et celles qui travaillaient dans des hôtels qui n'encouraient qu'une simple amende. La peur liée à la propagation des maladies vénériennes, en particulier la syphilis, explique cette soudaine sévérité. Un régime règlementariste sera mis en place, admettant l'existence de maisons de tolérance. En revanche, les prostituées étaient mises en carte, inscrites sur un registre et avaient l'obligation de se soumettre à des contrôles sanitaires réguliers. Un tel régime pouvait apparaître comme un aveu de faiblesse du droit pénal devant l'impossibilité d'éradiquer la prostitution. A partir de 1876, les critiques contre ce règlementarisme vont croître mais ne seront entendues qu'avec la loi dite Marthe Richard du 13 avril 1946. Cette loi a procédé à la fermeture des maisons de tolérance, à la suppression du système de mise en carte et de l'inscription sur un registre²⁶². Toutefois, une loi du 24 avril 1946 a créé un fichier national sanitaire et social entraînant à nouveau l'obligation de se soumettre à des examens médicaux périodiques. Ce même texte a instauré la répression du racolage, réduisant ainsi à néant la loi Marthe Richard. Deux ordonnances du 25 novembre

²⁶⁰ Crim., 27 mars 1996, *bull. crim.* n°138.

²⁶¹ Voir F Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010 n°516.

²⁶² M-H Renault, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC* 2006. 293.

1690²⁶³ vont supprimer ce fichier, renforcer la lutte contre le proxénétisme, alléger la répression du racolage tout en prévoyant la création dans chaque département d'un service social destiné aux prostituées. Elles marquent alors un véritable tournant dans la politique française en matière de prostitution vers un régime qualifié d' « abolitionniste »²⁶⁴. Ce régime prévaut aujourd'hui encore, la prostitution en tant que telle n'étant ni réprimée, ni interdite mais sans pour autant qu'un statut lui soit conféré. Certains y voient une composante de la liberté sexuelle venant déroger au principe selon lequel le corps est hors commerce²⁶⁵.

Si cette activité est tolérée par l'Etat, elle est perçue comme une forme d'esclavage qui porte atteinte à la dignité et qui fait de la prostituée une victime. A terme, l'Etat souhaiterait la voir disparaître, et il met d'ailleurs le droit pénal au service de la lutte contre la prostitution en visant non les prostituées mais les tiers que sont les proxénètes²⁶⁶ et les clients. Ces dispositions peuvent se comprendre comme protégeant la liberté des prostitués, mais cette cohérence apparaît brisée par l'incrimination de racolage qui vise la personne prostituée elle-même. Il est alors évident que ce n'est plus cette dernière que le législateur a voulu protéger mais un autre intérêt qui lui est supérieur. Francis Caballero se montre très critique à l'égard de notre système abolitionniste, car selon lui, cette vision de la prostitution est incompréhensible au regard de la liberté sexuelle dans une société démocratique autrement mise en valeur par le droit pénal.²⁶⁷

Il n'en reste pas moins que par principe, la prostitution relève d'une liberté que ne vient pas entraver le droit pénal, permettant à une personne de voir rémunérés ses services sexuels et de subir une atteinte à son intégrité physique. Il est donc établi que la protection pénale du corps humain s'est effacée progressivement de certains champs, afin de les laisser à la liberté de chacun de disposer de son corps. Le droit pénal ne s'est pas contenté de reculer devant la percée des libertés individuelles, il s'est déplacé afin de garantir une protection de ces libertés.

²⁶³ Ordonnance n°60-1245 relative à la lutte contre le proxénétisme et l'ordonnance n°58-1298 modifiant certains articles du Code pénal.

²⁶⁴ Pour des développements sur les systèmes relatifs à la prostitution, voir F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010 n°574 et suivants ; sur l'abolitionnisme, voir en particulier n°579 et s.

²⁶⁵ Articles 16-1 et 16-5 du Code civil.

²⁶⁶ Voir *infra* p.69.

²⁶⁷ Voir *supra* p.30.

Section II : La protection de la liberté de porter atteinte à son corps

De quels dangers faudrait-il protéger la liberté de porter atteinte à son corps ? Il s'agit exclusivement du danger représenté par les tiers. Dans la première partie du mémoire ont été abordées les atteintes au corps réalisées par autrui, il faut donc écarter l'intervention matérielle directe d'un tiers. Mais l'influence d'un tiers sur la volonté d'une personne peut anéantir sa liberté. Le législateur a souhaité limiter la liberté de porter atteinte à son corps au seul cas où la volonté est totalement libre. Il a prévu des garanties visant à protéger contre l'influence d'autrui la volonté de la personne de porter atteinte à sa vie (I), et sa volonté d'atteindre à son intégrité physique (II).

I) La protection de la volonté de porter atteinte à sa vie

Le législateur a prévu des incriminations spécifiques visant à garantir la liberté de se suicider. Elles sont apparues tardivement, par comparaison à l'émergence de la liberté de se suicider (B) afin de pallier à la carence du droit pénal général (A).

A) La carence du droit pénal général

Ce constat a été établi à la suite de la parution d'un ouvrage intitulé « Suicide, mode d'emploi »²⁶⁸ en 1982, dont les conseils avaient été suivis avec succès par plusieurs personnes. Le suicide n'étant pas une infraction, il en résultait la conséquence fâcheuse de laisser ces agissements impunis. En effet, la complicité est seule envisageable pour appréhender des actes d'aide, d'assistance ou d'instigation²⁶⁹ mais une jurisprudence constante requiert l'existence d'un « fait principal punissable »²⁷⁰. Ce qui implique pour le juge de constater au préalable la correspondance des faits à une incrimination et la réunion des éléments constitutifs de l'infraction²⁷¹. C'est seulement lorsque cet examen se révèle positif que le juge peut ensuite étudier la participation à l'infraction en tant que complice d'une autre personne. A défaut d'incrimination de suicide, l'agissement d'un tiers ne pouvait pas être appréhendé par la complicité.

La jurisprudence n'avait pas laissé pour autant ces agissements impunis et avait utilisé la qualification de non-assistance à personne en danger²⁷². L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 avril 1988 en est une illustration. Une personne souffrant d'une grave dépression nerveuse avait mis fin à ses jours en absorbant une dose

²⁶⁸ Yves Le Bonniec et Claude Guillon, *Suicide, mode d'emploi*, Editions Alain Moreau, 1982.

²⁶⁹ L'article 121-7 définit ce mode de participation criminelle.

²⁷⁰ Pour illustration, Crim, 1^{er} mars 1945, *bull. crim* n°17.

²⁷¹ Voir Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2010 n°383 et s.

²⁷² Paris, 20 novembre 1985, *D.* 1986 jurispr. 369 note Calais ; Crim. 26 avril 1988, *D.*1990. 479 note Fenaux.

massive de comprimés, après avoir demandé à l'un des auteurs du livre « Suicide, mode d'emploi » des précisions sur les méthodes décrites dans l'ouvrage et sur la dose mortelle de comprimés à absorber. Cette personne avait fait part à deux reprises à l'auteur de son projet de se donner la mort. La chambre criminelle a considéré que l'incrimination de non-assistance à personne en danger²⁷³ était caractérisée envers l'auteur du livre qui « non seulement s'est abstenu de provoquer toute aide et de tenter de conjurer le péril mais encore en fournissant au désespéré les renseignements demandés, il lui a permis de mettre son projet à exécution ». Elle en a conclu que « le prévenu n'avait jamais eu l'intention de lui porter secours »²⁷⁴. Cette qualification était cependant loin d'être adéquate, la non-assistance à personne en danger étant une infraction d'omission²⁷⁵ c'est-à-dire qu'est reproché à son auteur une abstention. Et en l'espèce, l'auteur avait eu un comportement actif en fournissant des renseignements au désespéré. La jurisprudence a dénaturé l'infraction de non-assistance à personne en danger en la transformant en infraction d'omission par commission, ce qui est contestable sur le plan de la technique juridique malgré l'opportunité de la solution. Cette jurisprudence a été un signe fort envers le législateur lequel est intervenu à la fin des années 1980.

B) L'intervention du droit pénal spécial

« La liberté de se suicider ne doit s'exercer que dans la solitude des grandes décisions »²⁷⁶. Cette citation reflète parfaitement l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il a incriminé ce qui apparaît comme une forme de « complicité de suicide ». La loi du 31 décembre 1987²⁷⁷ a instauré les articles 223-13 à 223-15 du Code pénal.

L'article 223-13 du Code pénal incrimine la provocation au suicide d'autrui. L'acte de provocation peut s'imaginer de la fourniture de moyens destinés à donner la mort à l'acte d'incitation d'une personne. L'article 223-14 du Code pénal réprime quant à lui la propagande ou la publicité en faveur de moyens destinés à donner la mort. Une première lecture des textes pouvait laisser penser que les deux infractions se distinguaient par le fait que l'une vise une victime déterminée et l'autre un public nécessairement plus large. L'article 223-15 du Code pénal prévoit que, lorsque les délits prévus aux articles 223-13 et 223-14 du Code pénal sont commis par voie de presse écrite ou audiovisuelle, la responsabilité en cascade prévue aux articles 42 et suivants de la loi du 29 juillet 1881 s'applique. Ce texte, en admettant que la

²⁷³ Prévus à l'article 223-6 alinéa 2 du Code pénal.

²⁷⁴ Crim. 26 avril 1988 *précité*.

²⁷⁵ Ou infraction d'abstention.

²⁷⁶ A. Lepage et P. Maistre du Chambon, art. *préc.* n°39.

²⁷⁷ Loi n°87-1133.

provocation au suicide puisse se commettre par voie de presse implique qu'elle puisse concerner une pluralité de victimes.

En réalité, après un examen plus approfondi, la distinction des deux incriminations se situe davantage sur le plan de leur matérialité. La provocation au suicide est punissable lorsqu'elle a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide, tandis que la propagande et publicité en faveur de moyens destinés à donner la mort n'exige pas que les moyens aient été effectivement utilisés par autrui ou réellement susceptibles de donner la mort. Il suffit que les moyens soient présentés comme étant susceptibles de donner la mort. Par conséquent, le législateur a instauré deux incriminations, l'une étant formelle et l'autre matérielle. Cette dernière nécessite une atteinte effective à la valeur protégée par l'infraction tandis que l'infraction formelle n'est qu'une infraction de comportement, laquelle se trouve constituée en tous ses éléments indépendamment d'une atteinte effective à la vie. Cette dernière est bien plus aisément caractérisée et facilite la tâche des juges. Parallèlement, elle porte davantage atteinte aux libertés et cet enjeu politique²⁷⁸ explique que le Conseil constitutionnel soit systématiquement saisi lorsque le législateur entend créer une nouvelle infraction formelle²⁷⁹.

La propagande en faveur de moyens destinés à se donner la mort a trouvé à s'appliquer lors de la réédition de l'ouvrage « Suicide, mode d'emploi »²⁸⁰.

La Cour européenne des droits de l'Homme se situe dans la même ligne protectrice puisqu'elle considère que « le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention »²⁸¹.

Le législateur n'a pas seulement organisé la protection de la volonté de porter atteinte à sa vie contre l'influence des tiers, il a aussi voulu garantir la liberté de porter atteinte à son intégrité physique.

²⁷⁸ Enjeu abordé par Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF n°197.

²⁷⁹ Par exemple, sur la loi n°2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public qui instaure un nouvel article 222-14-2 dans le Code pénal : DC n° 2010-604 du 25 février 2010.

²⁸⁰ TGI Paris, 11 avril 1995, *JCP* 1996. II. 22729 note Lucas-Gallay.

²⁸¹ CEDH, Haas contre Suisse, 20 janvier 2011, D.2011. 925. La Cour y a dégagé une obligation positive des Etats d'adopter les mesures permettant de faciliter un suicide dans la dignité, tempérée par la marge d'appréciation qu'elle accorde aux Etats en ce domaine.

II) La protection de la volonté de porter atteinte à son intégrité physique

Le droit pénal, craignant la propagation d'un comportement destructeur pour la société met en exergue sa fonction d'intimidation, ce qui explique la sévérité des peines encourues. Les incriminations organisant la protection de la volonté de porter atteinte à son intégrité physique s'adressent aux tiers qui pousseraient une personne à adopter un comportement susceptible de provoquer de telles atteintes. La vulnérabilité du mineur justifie une protection accrue contre l'influence des tiers (B) par comparaison avec les incriminations protectrices de toute personne (A).

A) La protection accordée à toute personne

Le législateur a souhaité garantir la liberté de la personne de porter atteinte à son intégrité physique (1), mais aussi sa liberté de se voir portées des atteintes à son intégrité du fait d'un tiers (2).

1) Les atteintes sur soi

Pour l'ensemble des hypothèses envisagées, il s'agit d'un acte volontaire de la personne qui est susceptible de provoquer une atteinte à son intégrité. L'influence des tiers est de deux sortes : il peut fournir les moyens à la personne de porter atteinte à son corps (a) ou exercer une influence morale (b).

a) La méfiance envers l'influence matérielle des tiers

Le législateur a prévu plusieurs hypothèses dans lesquelles un tiers fournit des produits susceptibles de porter atteinte à l'intégrité de celui qui les consomme. Ces substances correspondent aux produits dopants, aux stupéfiants et à l'alcool.

Sont incriminées dans le Code du sport notamment la prescription, la cession ou l'offre de produits dopants à un sportif, sans raison médicale dûment justifiée, ainsi que le fait de faciliter leur utilisation²⁸². Ces incriminations visent les tiers, en particulier le médecin et le manager sportif, en ce qu'ils peuvent influencer le sportif à faire usage de produits dopants, et faire que cette consommation ne soit pas un choix fait librement par celui-ci.

De façon similaire, certaines formes de trafic de stupéfiants font craindre l'influence matérielle de tiers. Il ne s'agit pas de développer toutes les incriminations prévues aux articles 222-34 et suivants du Code pénal mais uniquement de reprendre celles qui sont pertinentes pour notre étude, même s'il n'est pas incohérent d'estimer que toute forme de trafic de

²⁸² Article L. 232-26 II du Code du sport réprimant la personne qui se trouve en infraction notamment avec l'alinéa 1° de l'article L. 232-10 du Code du sport.

stupéfiants pousse à leur consommation. L'article 222-37 alinéa premier du Code pénal réprime les individus qui offrent ou cèdent des stupéfiants cependant il vise uniquement des trafiquants qui ne sont pas en relation directe avec les consommateurs potentiels. Les articles 222-37 alinéa 2 et 222-39 du Code pénal quant à eux incriminent pour le premier le fait de faciliter par quelque moyen que ce soit l'usage illicite de stupéfiants et pour le second la cession ou l'offre illicite de stupéfiants à une personne en vue de sa consommation personnelle.

En ce qui concerne l'alcool, l'article R. 3353-2 du Code de la santé publique punit le fait pour un débitant de boissons de servir ou d'accueillir dans son établissement une personne manifestement ivre, de l'amende prévue pour les contraventions de 4^e classe.

Dans sa matérialité, la fourniture de moyens matériels à une femme destinés à la pratique d'un auto-avortement prévue à l'article L. 2222-4 du Code de la santé publique²⁸³ relève du même mécanisme que la fourniture de substances. Les risques pour le corps sont avérés, l'atteinte à l'intégrité pouvant entraîner la mort de la femme. Cette incrimination est justifiée dans la mesure où l'auto-avortement n'est plus réprimé par la loi pénale, ce qui écarte la possibilité de retenir une complicité. Pour être constituée, elle ne suppose pas que les moyens fournis soient à même de pouvoir provoquer avec succès un avortement, ni que la femme les aient effectivement utilisés.

Le législateur a pris soin de garantir la liberté de porter atteinte à son intégrité physique contre l'influence matérielle des tiers, mais il ne lui a pas échappé qu'est tout autant redoutable l'influence morale que ces derniers peuvent avoir.

b) La méfiance envers l'influence morale des tiers.

Les tiers peuvent contribuer à influencer une personne et de ce fait remettre en cause son libre-arbitre. A donc été instaurée une protection contre l'influence morale d'autrui. Elle est cependant moins marquée que la protection contre l'influence matérielle des tiers, ce qui peut se comprendre par la difficulté pratique de prouver une influence morale.

En est une illustration l'incitation à l'usage de produits dopants incriminée à l'article L. 232-26 II du Code du sport²⁸⁴. Il en est de même pour la provocation à l'usage de stupéfiants prévue à l'article L. 3421-4 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique qui, tout comme l'incitation à l'usage de produits dopants est une infraction formelle c'est-à-dire qu'il importe peu que la provocation ait été suivie ou non d'effet. Sa nature formelle est accentuée par le

²⁸³ Ancien article 223-12 du Code pénal.

²⁸⁴ Lequel renvoie au 1^o de l'article L. 232-10 du Code du sport.

fait qu'il suffit que les substances soient présentées comme ayant les effets de stupéfiants pour sa constitution²⁸⁵. La réprobation envers les stupéfiants est à son paroxysme avec l'incrimination du fait de présenter l'usage de stupéfiants sous un jour favorable contenue dans la même disposition. A noter une incohérence à propos des peines encourues par le tiers auteur d'une provocation à l'usage de stupéfiants. Si l'usage de ces produits a suivi la provocation, le tiers peut être poursuivi comme complice d'usage de stupéfiants sur le fondement de l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique et risque un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende. C'est bien moins que lorsque la provocation n'aurait pas été suivie d'effet laquelle ne pourrait tomber que sous le coup de l'article L. 3421-4 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique sanctionné de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

L'ensemble de ces incriminations ont pour point commun de sanctionner le tiers qui influencerait la personne à se porter une atteinte. La prostitution engendre pour sa part des atteintes à l'intégrité physique réalisées par un tiers, justifiant que soit traité le proxénétisme séparément, d'autant que l'impact du proxénète est déterminant sur la volonté individuelle.

2) Les atteintes infligées par un tiers

Le proxénétisme s'entend généralement de l'exploitation de la prostitution d'autrui. La première loi répressive en la matière date du 27 mai 1885²⁸⁶. Suivra une kyrielle de lois²⁸⁷. La loi Marthe Richard du 13 avril 1946 marquera le début de l'intensification de la répression du proxénétisme. Les formes de proxénétisme ont été diversifiées et les peines sans cesse aggravées.

Une distinction révélatrice a été faite par Francis Caballero entre d'une part, le proxénétisme de soutien qui laisse penser que la prostitution est libre et d'autre part, le proxénétisme de contrainte qui se caractérise par une prostitution forcée²⁸⁸. C'est à ce second proxénétisme qu'il faut s'intéresser car il fait craindre que les personnes aient une volonté de se prostituer viciée voire une volonté complètement annihilée.

²⁸⁵ Article L. 3421-4 alinéa 2 du Code de la santé publique. Pour une application de l'incrimination à la diffusion sur internet d'informations sur la culture du cannabis, de propos en faveur de sa consommation et critiques envers sa pénalisation, V. CA Douai, 4^e ch., 28 février 2006, *rev. Communication Commerce électronique* n°10, octobre 2006 comm.148 A. Lepage. V. CA Paris, 10^e ch. corr., 13 mars 2009, *rev. Communication Commerce électronique* n°9, septembre 2009, comm. 83 A. Lepage. (arrêt confirmant une condamnation sur ce fondement).

²⁸⁶ A l'époque, était utilisé le terme de souteneur pour désigner le proxénète.

²⁸⁷ Loi du 3 avril 1903, loi du 27 décembre 1916, loi du 20 juillet 1940, loi du 2 mars 1943, citées par F. Caballero, *ibid.* n°592.

²⁸⁸ F. Caballero, *ibid.* n°595 et s.

Plusieurs dispositions peuvent s'interpréter comme protégeant la liberté de chacun de pouvoir s'adonner ou non à la prostitution. L'incitation à la prostitution incriminée au 3° de l'article 225-5 du Code pénal en fait partie en visant le fait d'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne ou d'exercer sur elle une pression afin qu'elle se prostitue ou continue à le faire. Les termes de détournement et de pression impliquent l'absence de volonté de la personne. Plusieurs formes de proxénétisme aggravé font également référence à ce type de moyens : quand le proxénétisme est commis envers une personne incitée à se prostituer²⁸⁹, avec abus d'autorité ou de fonction²⁹⁰, avec emploi de la contrainte, de violences ou de manœuvres dolosives²⁹¹, avec emploi d'une arme²⁹², ou encore par le recours à des actes de torture et de barbarie²⁹³,

L'article 225-6 4° du Code pénal participe aussi de la protection de la liberté de la personne prostituée en assimilant à un proxénète celui qui entrave l'action de prévention, de contrôle, d'assistance ou de rééducation menée par des organismes envers les personnes se livrant à la prostitution ou en danger de prostitution.

Enfin, il faut signaler la traite des êtres humains érigée en infraction²⁹⁴ par la loi du 18 mars 2003²⁹⁵. Ce texte a intégré en droit français le Protocole Additionnel du 15 novembre 2000 à la Convention contre la criminalité organisée du 15 juin 2000. Cette incrimination réprime une forme d'esclavage moderne dans laquelle des personnes seraient notamment livrées à la prostitution. L'existence de trafics de femme en particulier n'est pas un cas d'école. En France, la présence de femmes nigérianes et d'Europe de l'est victimes de ce trafic est avérée, la prostitution étrangère étant évaluée à 80% de la prostitution de rue²⁹⁶. Souvent dans des situations de grande précarité, les femmes sont successivement appâtées par une offre de travail fictive, retirées de leur milieu pour être totalement soumises et envoyées à l'étranger pour y être livrées à la prostitution.

L'ensemble de ces incriminations protège la liberté de chacun de se prostituer, la décision ne devant faire intervenir que l'intéressé pour être considérée comme procédant d'une volonté

²⁸⁹ Article 225-7 4° du Code pénal.

²⁹⁰ Article 225-7 5° du Code pénal.

²⁹¹ Article 225-7 8° du Code pénal.

²⁹² Article 225-7 7° du Code pénal.

²⁹³ Article 225-9 du Code pénal.

²⁹⁴ Article 225-4-1 du Code pénal.

²⁹⁵ Loi incriminant la traite des êtres humains et le recours à la prostitution de personnes particulièrement vulnérables.

²⁹⁶ Cité par le rapport d'information sur la prostitution, disponible sur internet : www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3334.asp.

libre. L'influence exercée par les tiers fait l'objet d'une répression marquée dans la mesure où les gains de la prostitution attirent les groupes criminels de tous ordres.

Le législateur a souvent accompagné les incriminations précitées de la circonstance aggravante de la minorité de la victime, manifestant ainsi sa détermination à renforcer la protection des mineurs²⁹⁷.

B) La protection renforcée des mineurs

La nécessité d'une protection renforcée des mineurs provient de leur vulnérabilité qui en fait des personnes plus influençables vis-à-vis des tiers. Le mineur n'est pas à même de réaliser la gravité de certains comportements en termes d'atteintes à son intégrité physique. Des dispositions spécifiques ont été instaurées afin de protéger le mineur contre une influence matérielle (1) et morale des tiers (2).

1) La méfiance envers l'influence matérielle des tiers

Est garantie la libre volonté du mineur concernant la consommation des trois substances que sont les stupéfiants, l'alcool et le tabac. L'incrimination de la fourniture de stupéfiants ne surprend pas au regard de l'illicéité absolue de l'usage de stupéfiants. En revanche, sont plus originales les restrictions imposées aux tiers vis-à-vis des mineurs pour la fourniture d'alcool et de tabac, dont la consommation est légale. La démarche du législateur est d'ailleurs différente en ce qui concerne les stupéfiants d'une part, et l'alcool et le tabac d'autre part.

Pour les stupéfiants, la protection du mineur est renforcée par le biais de la circonstance aggravante de la minorité de la victime lorsqu'un tiers lui cède ou lui offre des stupéfiants en vue de sa consommation personnelle²⁹⁸.

En ce qui concerne l'alcool et le tabac, deux incriminations ont été introduites dans le Code de la santé publique. L'article L. 3353-3 du Code de la santé publique punit d'une amende de 7 500 euros la violation de l'interdiction de la vente et l'offre à titre gratuit de boissons alcoolisées à un mineur en certains lieux²⁹⁹. L'article R. 3353-8 du même code complète le dispositif en posant une contravention de 4^e classe pour le débitant de boissons qui accueillerait dans son établissement un mineur de moins de 16 ans non accompagné. L'article R. 3512-3 du Code de la santé publique³⁰⁰ prévoit quant à lui qu'est puni de l'amende prévue

²⁹⁷ Articles 225-4-2 1° (traite des êtres humains), 225-7 1° (proxénétisme), et 225-7-1 (mineur de moins de quinze ans) du Code pénal.

²⁹⁸ Article 222-39 alinéa 2 du Code pénal.

²⁹⁹ Il s'agit des débits de boissons, des commerces et de tous lieux publics.

³⁰⁰ Instauré par un décret n°2010-545 du 25 mai 2010 relatif aux sanctions prévues pour la vente et l'offre de produits du tabac.

pour les contraventions de 4^e classe le fait de vendre ou d'offrir gratuitement dans les débits de tabac et autres lieux publics, des produits du tabac à des mineurs. Avant la loi du 21 juillet 2009³⁰¹, seuls étaient visés les mineurs de moins de 16 ans. Depuis, la protection a été étendue à tous les mineurs. Ces restrictions ont leur place ici parce que l'offre à titre gratuit de ces substances à un mineur peut intervenir alors que celui-ci n'avait pas la volonté à l'origine d'en obtenir. L'offre correspond en effet au tiers qui, de sa propre initiative, va proposer un produit à un mineur. Les restrictions pour la vente de ces produits n'ont pas cet aspect car le mineur qui se présente dans un débit de boissons ou de tabac a la volonté de les acheter.

Les mineurs bénéficient aussi d'une protection renforcée contre des provocations aux fins de consommer ces substances.

2) La méfiance envers l'influence morale des tiers

Les tiers contre lesquels le législateur veut protéger les mineurs peuvent être des majeurs comme des mineurs, aucune restriction n'ayant été instaurée. L'article 227-18 du Code pénal incrimine le fait de provoquer un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants, tandis que l'article 227-19 du Code pénal réprime le tiers qui provoquerait un mineur à la consommation habituelle et excessive de boissons alcoolisées. Ces deux textes ont pour point commun de viser une provocation directe ce qui a une incidence en termes d'appréciation de la causalité.

Mais ils se distinguent sur la qualification de la provocation. Pour l'usage de stupéfiants, le texte n'exige pas une circonstance d'habitude ce qui permet de réprimer une provocation occasionnelle, contrairement à la consommation d'alcool qui doit être « habituelle et excessive ». La provocation d'un mineur à l'usage de stupéfiants est réprimée de cinq ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, l'amende étant seule aggravée par rapport à la provocation d'usage de stupéfiants du Code de la santé publique³⁰². La provocation d'un mineur à la consommation de boissons alcoolisées quant à elle est punie de deux ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La gradation des peines encourues est discutable dans la mesure où la consommation d'alcool doit revêtir un caractère de gravité pour que la provocation soit répréhensible.

Les deux incriminations contiennent la même circonstance aggravante, lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans ou lorsque la provocation a lieu « dans des établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration ainsi que lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords

³⁰¹ Loi n° 2009-879.

³⁰² Article L.3421-4 alinéa 1 du Code de la santé publique : 5 ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende.

de ces établissements ou locaux ». La deuxième partie de cette circonstance aggravante a été reprise dans le texte incriminant la provocation à l'usage de stupéfiants. Le législateur a souhaité protéger les lieux fréquentés par les mineurs, même si la circonstance aggravante n'implique pas que la provocation ait été faite à un mineur.

L'article L. 3353-4 du Code de la santé publique mérite d'être signalé car il réprime le fait de faire boire un mineur jusqu'à l'ivresse. Ce comportement se situe à la limite de la distinction entre les atteintes à l'intégrité commise sur soi et celles réalisées par un tiers car « faire boire » un mineur peut recouvrir une influence purement morale, mais le tiers peut tout aussi bien intervenir matériellement, par exemple en tenant le verre.

Si la protection contre les tiers de la liberté de porter atteinte à son intégrité physique est exacerbée à juste titre à l'égard des mineurs, elle concerne plus généralement toute personne. Une telle protection ne peut être blâmée car le droit pénal, après s'être désinvesti de certains domaines afin de laisser le champ libre à la volonté, aurait pu ne pas se repositionner et cela aurait été dommageable pour les personnes. Toutefois, la protection pénale du corps humain ne peut se concilier avec une liberté absolue accordée à la personne, même s'agissant de son propre corps. Cela explique l'apparition de limites, au sein du droit pénal lui-même, à la liberté de porter atteinte à son corps.

Chapitre 2 : La liberté de porter atteinte à son corps limitée

La finalité du droit pénal l'amène à intervenir lorsque l'atteinte au corps va porter atteinte à un intérêt jugé supérieur à la liberté de la personne sur son corps. C'est ainsi que des incriminations vont viser, non plus les tiers menaçant cette liberté, mais la personne elle-même. Ont déjà été abordées dans leur totalité les atteintes à la vie. Il s'agit en conséquence de développer les atteintes à l'intégrité physique résultant d'un comportement voulu par la personne, qui sera susceptible d'avoir des répercussions au-delà de la sphère privée (Section 1). Dans le panorama qui sera brossé, la particularité d'une incrimination justifie qu'elle soit évoquée séparément. L'usage de stupéfiants est une infraction qui se démarque nettement parmi le traitement pénal des autres substances (Section 2).

Section 1 : La liberté de porter atteinte à son corps restreinte à la sphère privée

Certains comportements adoptés par une personne peuvent avoir une incidence négative sur la collectivité et nécessiter l'intervention du droit pénal afin de les limiter. Ce qui peut apparaître comme un retournement à 360 degrés du droit pénal au regard des développements précédents s'explique par la protection des intérêts de la collectivité (I) et par la protection d'autrui (II).

I) La primauté accordée aux intérêts de la collectivité

La collectivité est entendue comme une entité dont fait partie la personne qui porte atteinte à son intégrité physique. La protection des intérêts de la collectivité par le législateur peut donc revenir à protéger dans le même temps l'intégrité de la personne contre sa volonté. Les deux intérêts collectifs auxquels le droit pénal apporte sa protection au détriment de la liberté de porter atteinte à son intégrité physique résident en la préservation de la santé publique (A), et la garantie de l'ordre public (B).

A) La préservation de la santé publique

La préservation de la santé publique reçoit une assise constitutionnelle. Le 11^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant et à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». La valeur constitutionnelle du principe du droit à la protection de la santé a été reconnue expressément dans une décision du Conseil constitutionnel du 18 janvier 1978³⁰³ et rappelée dans une décision du 22 juillet 1980³⁰⁴ et du 22 janvier 1990³⁰⁵. L'année suivante, le Conseil constitutionnel a donné valeur constitutionnelle au droit à la protection de la santé publique³⁰⁶. Le législateur a ainsi bénéficié d'une légitimité incontestable pour élaborer des incriminations dans la lutte contre le tabagisme (1), contre les maladies contagieuses (2) et contre l'insécurité routière (3). Ces textes ont pour point commun d'intervenir à l'encontre de la personne qui, par son comportement, prend des risques avec son intégrité.

³⁰³ DC n°77-92.

³⁰⁴ DC n°80-117.

³⁰⁵ DC n°89-269.

³⁰⁶ DC n°90-283 du 8 janvier 1991, J-S. Cayla, « La lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme », *RD sanit. soc.* 1991. 204.

1) La lutte contre le tabagisme

Le premier texte en la matière est une loi du 9 juillet 1976 qui a instauré une interdiction de fumer dans certains endroits publics et dans les transports en commun. Elle sera étendue par la loi Evin du 10 janvier 1991 à l'ensemble des locaux affectés à un usage collectif. Désormais, le Code de la santé publique prévoit l'interdiction expresse de fumer « dans les lieux affectés à un usage collectif, notamment scolaire, et dans les moyens de transports collectifs »³⁰⁷. L'article R. 3512-1 du Code de la santé publique lui ajoute une peine en cas de violation correspondant à l'amende prévue pour les contraventions de 3^e classe. Cette disposition vise à lutter contre les risques pour la santé liés au tabagisme passif. Il est apparu en effet que les personnes non fumeurs ayant dans leur entourage un fumeur pouvaient développer des maladies graves après avoir inhalé les fumées dégagées par ce dernier. L'incrimination n'a pas pour objectif premier de protéger la santé du fumeur, auquel cas le tabac serait interdit. Or, la liberté de porter atteinte à son corps par la consommation de tabac est reconnue. Il est seulement prohibé que cette consommation se répercute sur la santé des autres usagers des lieux à usage collectif. Le mécanisme est similaire dans la lutte contre les maladies contagieuses, la seule différence consistant dans le reproche adressé à la personne d'adopter un comportement, non plus positif, mais négatif.

2) La lutte contre les maladies contagieuses

Les vaccinations obligatoires protègent la santé publique contre certaines maladies contagieuses ou « transmissibles » conformément à l'expression usitée par le Code de la santé publique³⁰⁸. Cette dimension est accentuée par la caractéristique de ces maladies qui peuvent se développer au-delà des frontières. Ce type d'épidémies n'est que trop bien connu, la dernière en date concernant le virus de la grippe A³⁰⁹.

D'anciennes dispositions aujourd'hui disparues sont révélatrices de la supériorité accordée à la santé publique sur la liberté de la personne. Les anciens articles L. 285 et L. 290 du Code de la santé publique³¹⁰ qualifiaient de délits le refus pour les personnes atteintes de maladies vénériennes de subir un traitement et l'interruption du traitement destiné à faire disparaître leur état contagieux.

³⁰⁷ Article L. 3511-7 du Code de la santé publique.

³⁰⁸ Le livre premier de la troisième partie du Code de la santé publique est intitulé « Lutte contre les maladies transmissibles ».

³⁰⁹ Virus du H1N1.

³¹⁰ Abrogés par l'ordonnance du 15 juin 2000.

Actuellement, l'article R. 3116-6 du Code de la santé publique incrimine « le fait de ne pas se soumettre » à certaines vaccinations³¹¹ qui peuvent être rendues obligatoires par arrêté du ministre chargé de la santé ou par décrets et arrêtés préfectoraux. L'auteur de cette infraction encourt l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe. La finalité de la contravention est louable, mais dans le cadre d'une étude sur la protection du corps humain et la place de volonté individuelle, force est de reconnaître qu'en l'espèce cette dernière est bafouée. Non seulement elle n'est pas prise en compte, mais une atteinte à l'intégrité physique infligée par un tiers - s'il s'agit en pratique d'un médecin – lui est imposée. Cette disposition est par ailleurs préventive car elle lutte seulement contre des risques pour la santé publique.

Aucune place n'est réservée à la volonté individuelle dans la lutte contre les maladies contagieuses, au contraire le législateur a souhaité préserver la société d'éventuels refus de se soumettre à ces vaccinations préventives. Il en est de même en ce qui concerne la lutte contre l'insécurité routière.

3) La lutte contre l'insécurité routière

Le port du casque et de la ceinture sont imposés respectivement aux motocyclistes et aux automobilistes. Tout comme pour les vaccinations obligatoires, la répression vient en renfort de cette obligation. La différence réside dans la finalité de la répression car le droit pénal intervient à l'encontre de la volonté de la personne dans l'objectif de protéger son intégrité physique. En effet, le casque et la ceinture permettent, en cas d'accident, de limiter les dommages corporels pour celui qui les porte. Ce dispositif vient prévenir des risques pour l'intégrité corporelle. Il est dès lors compréhensible que l'illégalité de l'obligation du port de la ceinture ait été dénoncée vigoureusement devant les juridictions administratives en raison de l'atteinte jugée excessive causée aux libertés³¹².

Les dispositions pénales ont été conservées. L'article R. 412-1 I prévoit que tout conducteur ou passager d'un véhicule à moteur en circulation doit porter une ceinture de sécurité, sous peine d'encourir l'amende prévue pour les contraventions de quatrième classe³¹³. L'article R.

³¹¹ Il s'agit du vaccin antityphoparatyphoïdique (L. 3111-6 du Code de la santé publique), du vaccin contre le typhus exanthématique (L. 3111-7 du Code de la santé publique) et du vaccin antivariolique (L. 3111-8 du Code de la santé publique).

³¹² Le décret du 28 juin 1973 a posé le principe de cette obligation. Les critiques concernant la légalité du décret avaient été entendues par certains tribunaux administratifs mais le Conseil d'Etat n'est pas allé dans ce sens (CE, 4 juin 1975, Bouvet de la Maisonneuve et Millet, *Recueil Lebon*. 330). Ultérieurement a été contestée la légalité d'actes administratifs mettant en œuvre l'obligation du port de la ceinture de sécurité, dont un arrêté du 26 septembre 1979. Le Conseil d'Etat a très clairement considéré que les mesures de police « peuvent légalement apporter à la liberté des usagers certaines limitations nécessaires à la sauvegarde de la sécurité sur les voies publiques » (CE, 22 janvier 1982, Association Auto défense et autres, *D.* 1982, jurispr. 494 note Pacteau).

³¹³ La peine étant prévue à l'article L. 412-1 III du Code de la route.

431-1 alinéa 1^{er} du Code de la route quant à lui impose à tout conducteur ou passager d'une motocyclette, d'un tricycle à moteur, d'un quadricycle à moteur ou d'un cyclomoteur en circulation de porter un casque homologué attaché. La peine encourue est identique à celle pour défaut de port de la ceinture³¹⁴.

Cette subsistance s'explique sans doute par le fait que malgré l'objectif premier de protection de l'intégrité physique, la collectivité n'est pas indifférente à la sécurité routière, le nombre de tués sur la route et les accidents représentant un coût, ne serait-ce qu'en soins dispensés aux blessés. La collectivité a pour intérêt de préserver la santé publique et tout autant de garantir l'ordre public.

B) La garantie de l'ordre public

Le maintien de l'ordre public est une mission régaliennne par définition. Elle implique de garantir la tranquillité et la sécurité des lieux publics (1) et de préserver l'intégrité physique des militaires (2).

1) Le maintien de la tranquillité des voies publiques

Deux troubles sont visés par le législateur : l'ivresse publique (a) et le racolage public (b), qui ont tous deux pour caractéristique d'être incriminés uniquement lorsqu'ils sont commis en certains lieux.

a) La répression de l'ivresse publique

Actuellement, l'article L. 3341-1 du Code de la santé publique dispose qu'« une personne trouvée en état d'ivresse dans les rues, chemins, places, cafés, cabarets ou autres lieux publics, est, par mesure de police, conduite à ses frais au poste le plus voisin ou dans une chambre de sûreté, pour y être retenue jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison ». L'article R. 3353-1 du Code de la santé publique sanctionne le « fait de se trouver en état d'ivresse manifeste » dans les lieux visés ci-dessus de l'amende encourue pour les contraventions de deuxième classe.

Le racolage est aussi qualifié de public mais, à l'inverse de l'ivresse publique, aucune liste des lieux visés n'est prévue par le législateur.

b) La répression du racolage public

Le racolage public³¹⁵ vient limiter la volonté des personnes, y compris libre, de se prostituer, pour des considérations d'ordre public. L'incrimination n'a pas en effet pour objet de protéger les personnes qui se prostituent mais a vocation à assurer la tranquillité des voies publiques.

³¹⁴ Article L. 431-1 alinéa 2 du Code de la route.

³¹⁵ F. Caballero, *ibid.* n°531 et s.

Un auteur considère que l'infraction vient « protéger la liberté de tout citoyen de se déplacer sans que sa pudeur soit choquée et offensée »³¹⁶. D'autres critiquent avec véhémence cette incrimination qui fait de « la prostituée une délinquante »³¹⁷ et qui rend plus floue l'appréhension de la prostitution en France³¹⁸.

Cette incrimination a fait sa première apparition en 1939 sous la qualification de contravention de troisième classe et c'est la loi du 13 avril 1946 dite Marthe Richard qui l'a requalifiée en délit, étant entendu que seul le racolage actif était compris dans l'incrimination³¹⁹. C'est par une ordonnance du 23 décembre 1958 qu'il redevient contraventionnel, incluant désormais le racolage passif³²⁰. Ces contraventions subsisteront jusqu'à la réforme du Code pénal. A la suite de la réforme de 1994, un texte unique a été adopté pour réprimer le racolage « par tout moyen »³²¹. Mais il a fait l'objet d'une interprétation si restrictive par la jurisprudence qu'il en est résulté l'absence de répression du racolage passif.

La loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure³²² a introduit, afin de remédier à ce qui était considéré par les policiers comme une carence, l'article 225-10-1 du Code pénal incriminant le délit de racolage public. La loi avait laissé subsister la contravention, ce qui aboutissait à retenir le racolage actif comme une contravention tandis que le racolage passif était un délit. Un décret du 27 septembre 2004 a rétabli la cohérence en la matière en abrogeant la contravention.

Le racolage actif comme passif est clairement visé par le texte. Une difficulté cependant consiste dans l'appréciation du racolage passif laissée aux juges. L'argument tenant à la violation du principe de légalité des délits et des peines par ce texte avait d'ailleurs été balayé par le Conseil constitutionnel³²³.

³¹⁶ M-H. Renaut, *ibid.*

³¹⁷ K. Barry, *ibid.* p.303.

³¹⁸ Le rapport rendu par la mission d'information parlementaire sur la prostitution en France a d'ailleurs relevé les effets pervers de cette incrimination (déplacement de la prostitution, fragilisation des prostituées à l'égard des clients, dégradation des relations avec les forces de police) et désapprouve la répression concernant les personnes qui se prostituent qu'il préconise d'abandonner en cas de pénalisation des clients. Rapport disponible sur internet : www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3334.asp.

³¹⁹ M-H. Renaut, *ibid.*

³²⁰ Anciens articles R. 40-11° et R. 34-15° du Code pénal, respectivement une contravention de quatrième classe et une contravention de troisième classe. La première contravention deviendra de cinquième classe par un décret du 25 novembre 1960.

³²¹ Ancien article R. 625-8 du Code pénal, contravention de 5° classe.

³²² Loi n°2003-239, article 50.

³²³ DC n°2003-467 du 13 mars 2003.

Cette incrimination vient accentuer l'ambiguïté du droit pénal à l'égard de la liberté de se prostituer³²⁴. Comment permettre à des personnes prostituées de s'y livrer en réprimant l'offre publique de services sexuels ?

Le racolage est l'opportunité de préciser qu'une infraction de recours à la prostitution de mineurs et de personnes particulièrement vulnérables est prévue à l'article 225-12-1 du Code pénal lequel vise de façon originale les clients. Cette incrimination sera simplement mentionnée car elle ne réprime pas la personne qui se prostitue. Un récent rapport rendu par la mission d'information parlementaire sur la prostitution en France propose la généralisation de cette disposition par l'instauration d'un délit de recours à la prostitution.

La collectivité se trouve prémunie contre certains troubles à l'ordre public. L'intérêt militaire est tout autant primordial pour la collectivité. Ainsi, le législateur a trouvé nécessaire de s'assurer que les militaires ne puissent amoindrir leurs capacités physiques.

2) La préservation des intérêts militaires de la collectivité

Pendant la première guerre mondiale, les militaires s'infligeaient certaines mutilations dont les plus répandues étaient celle de l'index droit ou la blessure par balle dans le pied³²⁵.

Le législateur a entendu réserver un traitement particulier aux militaires qui porteraient atteinte à leur intégrité physique³²⁶ avec l'article L. 321-22 du Code de la justice militaire. Ce texte incrimine le fait pour tout militaire de s'être rendu volontairement impropre au service, soit d'une manière temporaire, soit d'une manière permanente, dans le but de se soustraire à ses obligations militaires. Les peines diffèrent selon que l'automutilation est commise en temps de guerre, en temps de paix ou encore si le militaire se trouvait « en présence de l'ennemi », allant d'un emprisonnement de cinq à dix ans voire à la réclusion criminelle à perpétuité pour le dernier cas. Cette incrimination est légitime dans la mesure où la mission première des militaires est la défense du pays. Il n'est donc pas dans l'intérêt de la collectivité qu'ils puissent se rendre inaptes de leur propre volonté au combat.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont approuvé des condamnations du chef de délit de mutilation volontaire³²⁷. Plus récemment, un arrêt d'une Cour d'appel de condamnation d'un

³²⁴ Ambiguïté qui n'est pas propre au droit pénal : les prostituées doivent s'acquitter de cotisations sociales auprès de l'URSSAF et voient leurs revenus assujettis à l'impôt.

³²⁵ *Jurisclasseur* Lois pénales spéciales, fascicule 50 Armée.

³²⁶ Pour la liberté de porter atteinte à son intégrité physique, voir *supra* p. 56.

³²⁷ Crim. 19 décembre 1990 *Gaz. Pal.* 1992. I. jurisp. 108 note Doucet : le militaire avait avalé le contenu d'une boîte de médicaments et s'était blessé à la main.

militaire ayant tenté de se suicider en s'entaillant les veines a été confirmé par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 23 janvier 2002³²⁸.

La limite imposée par le droit pénal à la liberté du militaire d'atteindre à son intégrité physique est justifiée par l'intérêt supérieur de la collectivité de disposer d'une défense nationale. Mais les intérêts collectifs ne sont pas seuls à expliquer les restrictions à la liberté de porter atteinte à son corps. Le droit pénal a aussi vocation à servir les intérêts d'autrui et notamment à protéger leur propre vie et intégrité physique.

II) La primauté accordée à la protection d'autrui

Le comportement volontaire d'une personne peut provoquer une atteinte à son corps mais aussi avoir un impact sur l'intégrité voire la vie d'autrui. Les limites qui sont apportées à la liberté de porter atteinte à son corps aux fins de protection d'autrui sont portées à un niveau constitutionnel. L'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 énonce que « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». La protection du corps des tiers se concrétise par la répression de comportements dangereux, en termes d'infractions volontaires (A) et d'infractions involontaires (B).

A) La crainte d'infractions volontaires visant le corps d'autrui

Le législateur organise la protection du corps d'autrui à l'égard d'une personne sous l'empire d'un état alcoolique ou sous l'emprise de produits stupéfiants. Le législateur craint la corrélation entre la commission de certaines infractions volontaires et la consommation de stupéfiants ou d'alcool. Par son intervention, il entend éviter la réalisation d'un dommage corporel (1) ou, en cas de réalisation du dommage, accentuer la répression (2).

1) L'intervention a priori du droit pénal

Le délit d'accès à une enceinte sportive de toute personne en état d'ivresse a été instauré par une loi du 16 juillet 1984. Sa création se justifie par la crainte de risques pour l'intégrité corporelle d'autrui et en particulier pour les supporters adverses. Cette incrimination, par sa nature formelle, a vocation à intervenir avant que des atteintes au corps aient été perpétrées. L'article L. 332-4 alinéa 1^{er} du Code du sport est ainsi rédigé : « le fait d'accéder en état d'ivresse à une enceinte sportive lors du déroulement ou de la retransmission en public d'une manifestation sportive est puni de 7500 euros ».

L'alinéa 2 du même texte sanctionne d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende l'auteur de l'infraction de l'alinéa 1^{er} qui aurait commis des violences volontaires ayant

³²⁸ N° de pourvoi 01-84.239.

entraîné une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à huit jours, ce qui correspond à des peines inférieures à celles qui sont encourues sur le fondement du Code pénal avec la circonstance aggravante d'être commises sous l'emprise de l'alcool. En effet, lorsque les dommages corporels se sont réalisés, le législateur ne procède plus par incriminations spécifiques mais par l'aggravation des peines encourues.

2) L'intervention a posteriori du droit pénal

La protection d'autrui se révèle par l'instauration d'une circonstance aggravante pour l'auteur d'une infraction « agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants ». N'est pas visée une quelconque consommation d'alcool ou de stupéfiants, mais bel et bien l'emprise manifeste de la personne sous l'alcool ou les stupéfiants, ce qui implique qu'elle soit évidente aux yeux de tous. Cette circonstance aggravante s'applique à ceux qui ont consommé ces produits et qui commettent un viol³²⁹, une agression sexuelle³³⁰, une atteinte sexuelle³³¹, ou des violences volontaires³³². Ces incriminations ont pour point commun de protéger l'intégrité physique d'autrui.

Le législateur a aussi souhaité prémunir les tiers contre d'éventuelles atteintes involontaires à leur corps, favorisées par la consommation de ces mêmes substances.

B) La crainte d'infractions involontaires visant le corps d'autrui

Ces infractions sont particulièrement redoutées pour la sécurité routière, chaque individu qui a consommé de l'alcool ou des stupéfiants représentant un danger potentiel pour les autres. Avec le développement de l'automobile, l'alcool au volant³³³ est devenu un facteur d'accident de la circulation. De nombreuses études ont démontré la relation exponentielle entre l'alcool et les accidents mortels et identifié les effets dangereux de sa consommation, tels que la perte de réflexes, la diminution du champ de vision, des difficultés pour percevoir la vitesse et les distances, ou encore la prise de risques. Ces études pourraient parfaitement être transposées à l'usage de stupéfiants qui comporte des risques similaires en cas de conduite. Tout comme pour les infractions volontaires, le législateur est intervenu au stade de risques corporels pour autrui (1) et a accru la répression envers ceux qui ont provoqué leur réalisation (2). Ces

³²⁹ Article 222-24 12° du Code pénal.

³³⁰ Article 222-28 8° du Code pénal et 222-30 7° du Code pénal lorsque la victime est un mineur de quinze ans ou une personne vulnérable.

³³¹ Article 227-26 5° du Code pénal lorsque la victime est un mineur de quinze ans.

³³² Articles 222-12 14° (violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours) et 222-13 14° (violences volontaires ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail) du Code pénal.

³³³ C. Perez-Diaz, « L'alcool au volant : prise en charge pénale et sanitaire », *Archives de politique criminelle*, n°31. 155.

interventions législatives sont à l'origine de la place prépondérante, en particulier des infractions commises sous l'emprise de l'alcool, dans l'activité judiciaire des tribunaux correctionnels : la répression des délits routiers au volant constitue une part considérable des condamnations correctionnelles, devant l'ensemble des condamnations pour des infractions commises contre les biens en 2004-2005 et l'alcool au volant représente 69% de ces délits routiers en 2004.³³⁴

1) L'intervention a priori du droit pénal

Deux articles du Code de la route tendent à prévenir des dommages corporels. Il s'agit de l'article L.234-1-I qui prévoit le délit de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique au dessus d'un certain seuil d'alcoolémie et de l'article L. 235-1-I lequel punit des mêmes peines³³⁵ la personne conduisant après avoir fait un usage de stupéfiants confirmé par une analyse sanguine. Pour l'application du premier texte, il n'est pas besoin que la personne dégage des signes manifestes d'ivresse dès lors qu'il est établi qu'elle a dépassé le seuil d'alcoolémie autorisé. L'article L. 234-1-II prévoit en outre que les mêmes peines sont applicables à celui qui conduit « en état d'ivresse manifeste ». Pour le second texte, le simple usage quelles qu'en soient les proportions est visé.

La conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique cumulée à la prise de stupéfiants est encore davantage réprimée par l'article L.235-1-I alinéa 2nd du Code de la route³³⁶.

La consommation de ces substances par un conducteur comporte objectivement un risque pour l'intégrité et la vie d'autres personnes. Mais est-il justifié de limiter la liberté de chacun en raison de simples risques pour autrui ? L'argument tenant au caractère attentatoire pour la liberté de ces infractions est balayé lorsqu'un dommage corporel s'est réalisé.

2) L'intervention a posteriori du droit pénal

Le degré de réprobation s'attachant aux comportements incriminés est accru lorsque sont instaurées des circonstances aggravantes. C'est le cas lorsque l'homicide involontaire³³⁷ ou les violences involontaires³³⁸ ont été commis par le conducteur d'un véhicule qui, soit se trouvait en état d'ivresse manifeste ou était sous l'empire d'un état alcoolique supérieur à un

³³⁴ C. Perez-Diaz, art. *préc.* p.161 spécialement.

³³⁵ Sont encourus deux ans d'emprisonnement et 4500 euros d'amende, c'est assez rare que le législateur ne fasse aucune différence répressive entre l'usage de stupéfiants et la consommation d'alcool pour le souligner.

³³⁶ Trois ans d'emprisonnement et 9000 euros d'amende.

³³⁷ Article 221-6-1 alinéa 2, 2° et 3° du Code pénal.

³³⁸ Articles 222-19-1 alinéa 2, 2° et 3° (violences involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois), 222-20-1 alinéa 2, 2° et 3° (violences involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois) du Code pénal.

certain taux d'alcoolémie ou a refusé de se soumettre aux vérifications destinées à établir cet état, soit avait fait un usage de stupéfiants révélé par une analyse sanguine ou avait refusé de se soumettre aux vérifications prévues par le code de la route. Le fait pour l'auteur de ces infractions d'être le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur constituant déjà une circonstance aggravante³³⁹, celles-ci se présentent comme un second niveau d'aggravation des peines.

La protection des tiers fait partie des intérêts supérieurs qui justifient que la liberté de porter atteinte à son corps soit limitée, chacun ayant droit à la protection de son corps. Ces restrictions se concrétisent par la sanction du comportement d'une personne qui dépasse la sphère privée. Il convient de s'interroger, à ce stade, sur l'existence d'un intérêt supérieur expliquant que l'usage de stupéfiants soit une infraction.

Section 2 : L'incrimination de l'usage de stupéfiants non restreinte à la sphère privée

L'incrimination de l'usage de stupéfiants est née de l'inquiétude engendrée par sa généralisation dans les années 1960, notamment chez les jeunes. L'article L. 3421-1 du Code de la santé publique s'adresse à la personne qui a la volonté de consommer ces substances, en la protégeant contre son gré. Elle a donc sa place parmi les limites apportées à la liberté de porter atteinte à son corps. L'incrimination de l'usage de stupéfiants constitue la seule prohibition absolue concernant l'usage de drogues (I), ce qui à première vue apparaît comme une curiosité. Rechercher l'intérêt supérieur s'attachant à cette incrimination permettra de soulever la pertinence de l'absence de distinction réalisée par le législateur entre les stupéfiants (II).

I) La distinction réalisée entre les drogues

L'usage de drogues est une « habitude universelle », chaque « formation sociale » ayant ses drogues favorites auxquelles sont associées un « ensemble de codes et de rituels »³⁴⁰. Lorsque les Etats industrialisés se sont penchés sur la question, leurs réactions ont été diverses. Le législateur français a fait le choix d'une pénalisation du seul usage de stupéfiants (B) en dissociant leur régime juridique de celui des autres drogues (A).

³³⁹ Article 221-6-1 alinéa 1^{er} du Code pénal (homicide involontaire), article 222-19-1 alinéa 1^{er} du Code pénal (violences involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois), et article 222-20-1 alinéa 1^{er} du Code pénal (violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois).

³⁴⁰ L. Hulsman et H. van Ransbeek, « Evaluation critique de la politique des drogues », *rev Déviance et société* 1983. 271.

A) Les similitudes entre les drogues

Une drogue peut s'identifier par la réunion de trois conditions caractéristiques : une drogue produit un effet sur le système nerveux central, induit une dépendance³⁴¹ physique et psychique et entraîne des dommages sanitaires et sociaux³⁴². Si cette définition vaut à l'évidence pour les stupéfiants, d'autres substances comportent les mêmes caractéristiques. Il convient en conséquence de considérer en tant que drogues : le tabac (1), l'alcool (2), les produits dopants (3), et certains médicaments (4).

1) Le tabac

C'est à partir des années 1960 que des recherches médicales établissent un lien entre l'usage du tabac et certaines maladies mortelles telles que le cancer ou les maladies cardiovasculaires. Les dangers du tabagisme passif ne sont plus à démontrer et la dépendance due à sa consommation est bien connue. Elle est pourtant socialement acceptée, comme c'est le cas de la dépendance à l'alcool.

2) L'alcool

L'alcoolisme induit un coût considérable pour la collectivité que ce soit en vies, en soins ou en tranquillité publique. En vies car d'une part, la corrélation entre des décès par cirrhose ou cancer avec la consommation d'alcool est établie et d'autre part, le nombre de tués sur la route en raison de sa consommation est très important. En soins parce que les alcooliques doivent être pris en charge par la collectivité et nécessitent de longs séjours dans les hôpitaux. Enfin en tranquillité publique dans la mesure où l'alcool a une part non négligeable dans la criminalité³⁴³. La consommation d'alcool engendre en outre une dépendance physique et psychologique très forte, couplée à un syndrome de sevrage et à une tolérance, ce qui signifie que le sujet va augmenter sa consommation. Malgré ce constat accablant, l'alcoolisme est socialement accepté. La dépendance des sportifs aux produits dopants est en revanche méconnue.

3) Les produits dopants

Les produits ou techniques de dopage sont extrêmement variées³⁴⁴. La plupart du temps, les sportifs se dopent simplement pour pouvoir poursuivre leur activité sportive, tout comme les

³⁴¹ Définie par l'Organisation Mondiale de la Santé comme une pulsion à prendre une substance de façon continue ou périodique afin de retrouver ses effets psychiques ou d'éviter le malaise de sa privation.

³⁴² F. Caballero, Y. Bisiou, *Droit de la drogue*, précis Dalloz, 2000.

³⁴³ Voir *supra* p.80.

³⁴⁴ Il peut s'agir notamment de transfusions sanguines, d'amphétamines, d'anabolisants, de corticoïdes, de l'EPO, d'hormones de croissance.

consommateurs de drogues souhaitent se donner la force d'affronter leur quotidien. Il en résulte que le dopage est aussi une sorte de rituel qui marque l'appartenance au groupe des sportifs³⁴⁵. Les liens entre dopage et toxicomanie sont étroits et nombre de sportifs dopés, à la cessation de leur activité sportive deviennent des toxicomanes. Certains produits qui leur sont délivrés ont en effet un fort indice addictogène et les exposent au glissement de l'usage à la dépendance. Il faut mentionner un autre facteur de liaison entre les produits dopants et les drogues, qui réside dans le fait qu'une activité intense secrète parfois des substances qui, à l'arrêt brutal de l'activité génère un syndrome de manque que l'ancien sportif va chercher à combler, notamment avec de l'héroïne. Certains médicaments entraînent aussi une dépendance.

4) Les médicaments psychotropes

Certains médicaments psychotropes tels que les somnifères, les tranquillisants, les anxiolytiques, ou encore les barbituriques suscitent une dépendance chez le consommateur. La France en est le premier pays consommateur au monde. Les problèmes liés à cette consommation sont importants en premier lieu parce qu'ils génèrent un coût élevé pour la sécurité sociale. En outre, 20% des décès par overdose seraient dus à un abus de ces médicaments. Leur consommation associée à l'alcool aurait une part non négligeable dans les accidents de la circulation. Enfin, ces médicaments sont très utilisés pour les suicides.

Certains produits licites tels que l'éther, l'essence, certains diluants et colles, sont détournés et entraînent aussi une dépendance physique. Des troubles chroniques graves peuvent en découler.

De ce rapide panorama, il apparaît que le mot drogue utilisé couramment ne s'applique qu'aux stupéfiants, alors qu'au regard des caractéristiques d'une drogue, d'autres substances s'y apparentent. L'ensemble des produits qui ont été évoqués sont susceptibles d'entraîner une toxicomanie, cette dernière étant entendue comme la dépendance d'un sujet à une substance caractérisée par un besoin impérieux, répétitif, spécifique qu'il éprouve d'utiliser des substances psychotropes.

C'est ainsi que le rapport Pelletier de 1978 a pu souligner qu'« il n'existe pas de corrélation entre la description scientifique des substances généralement retenues comme drogues, les

³⁴⁵ W. Lowenstein et F. Siri, « Le dopage : une drogue comme une autre ? », in *hors-série Dalloz Justices* 2001, « Le corps saisi par la justice », 34 et s.

définitions couramment reçues dans l'opinion, et la définition légale de l'usage de drogue »³⁴⁶.

B) Le régime spécifique réservé aux stupéfiants

Le droit pénal distingue parmi les drogues celles qui sont licites de celles qui sont illicites. Parmi les drogues licites, figurent l'alcool, le tabac, les produits pharmaceutiques et chimiques. Les drogues illicites ne concernent que les stupéfiants. Les premières peuvent par principe être consommées librement tandis que les secondes font l'objet d'une prohibition générale et absolue. La distinction ne s'est jamais imposée d'elle-même puisque pour certaines drogues, l'Etat a d'abord oscillé entre tolérance et répression avant d'en fixer le régime. Pour illustration, les fumeurs de tabac ont connus des châtiments corporels bien avant le vote en 1791 de la liberté de culture, de fabrication et de vente du tabac.

Cette différence de régime peut étonner après avoir constaté que les stupéfiants ont des points communs avec les drogues licites. Il en résulte que législateur n'a pas voulu réprimer la toxicomanie en tant que telle car les usagers de certaines substances, qui ne sont pas forcément des toxicomanes, seront soumis à la répression. A contrario, la loi pénale se désintéresse totalement des toxicomanes aux drogues licites. Après avoir exposé le régime réservé en droit pénal aux stupéfiants (1), nous nous efforcerons d'en établir les fondements (2).

1) Le contenu du régime répressif

Une loi du 31 décembre 1970 a instauré pour la première fois une incrimination générale d'usage de stupéfiants³⁴⁷, sous l'impulsion des instances internationales. Elle est reprise à l'article L. 3421-1 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique, l'auteur de l'infraction étant puni d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende. L'article L. 3423-1 du même code prévoit la possibilité pour le Procureur de la république d'enjoindre à une personne ayant fait un usage illicite de stupéfiants de se soumettre à une injonction thérapeutique³⁴⁸. Si la personne la suit jusqu'à son terme, l'action publique ne pourra plus être exercée. Le législateur a étendu la possibilité d'ordonner une mesure d'injonction thérapeutique au juge d'instruction, au juge des enfants et au juge des libertés et de la détention³⁴⁹. En pratique, le nombre de condamnations pour usage de stupéfiants a connu une progression très importante :

³⁴⁶ *Rapport Pelletier de la mission d'étude sur l'ensemble des problèmes de drogue*, La documentation française, 1978. 47.

³⁴⁷ Ancien article L. 628 du Code de la santé publique.

³⁴⁸ Possibilité prévue à l'ancien article L. 628-1 du Code de la santé publique.

³⁴⁹ Article L. 3424-1 du Code de la santé publique.

alors que 1494 condamnations ont été recensées en 2002, 19693 l'ont été en 2008³⁵⁰. Cette hausse serait directement liée à la loi du 5 mars 2007 qui étend la procédure de l'ordonnance pénale³⁵¹ au délit d'usage de stupéfiants et en facilite la sanction systématique.

Depuis la réforme du Code pénal, les incriminations relatives au trafic de stupéfiants ont été transférées dans le Code pénal³⁵² tandis que celle concernant l'usage de stupéfiants a été conservée dans le Code de la santé publique. Le législateur avait considéré que le trafic de stupéfiants, au vu de sa gravité, méritait sa place au sein des atteintes à l'intégrité de la personne. Ces transferts ont eu pour conséquence d'accentuer la connotation sanitaire et sociale de l'infraction de l'usage de stupéfiants³⁵³. Mais alors ne faudrait-il pas aller au bout de la logique médicale et prévoir de soigner l'usager de stupéfiants plutôt que le poursuivre et le condamner ? La toxicomanie étant une souffrance pour les personnes, la peine classique remplit-elle à leur égard les fonctions traditionnelles qui lui sont attachées d'expiation, d'intimidation, d'élimination d'une part, et d'amendement, de réinsertion et de réconciliation d'autre part³⁵⁴ ? Le rapport Pelletier avait déjà souligné l'inadaptation du milieu carcéral pour ces personnes comme pouvant les conduire à accroître leur sentiment d'exclusion et ne permettant pas une véritable cure de désintoxication.

Christine Lazerges constate que les peines traditionnelles n'ont aucun effet sur ces personnes. Elle se montre favorable au maintien de l'interdit afin de conserver une barrière de protection contre les dérives des drogues, mais propose le délaissement des peines classiques au profit de mesures destinées à apporter des solutions aux problèmes de fond qui sont des facteurs de la toxicomanie³⁵⁵. Cette voie n'a pas encore convaincu le législateur français qui reste attaché au

³⁵⁰ J-P. Jean, « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *AJ pénal* 2010. 182.

³⁵¹ Il s'agit d'une procédure simplifiée de jugement.

³⁵² Articles 222-34 et suivants du Code pénal.

³⁵³ Cette tendance n'est pas propre à la France puisque l'Observatoire Européen des drogues et des toxicomanies a constaté, dans son rapport de l'année 2008, que « la plupart des pays européens ont évolué vers une approche plus nuancée, établissant une distinction entre les trafiquants considérés comme des criminels, et les consommateurs, davantage considérés comme des personnes malades ayant besoin d'un traitement », extraits reproduits par J. Danet et V. Gautron, « Réflexions sur les fondements de l'incrimination d'usage de stupéfiants », *Archives de politique criminelle* n°31, 2009. 52.

³⁵⁴ Ch. Lazerges, « Les fonctions de la peine et la toxicomanie », *RSC* 1988. 857 : « parlementaires et juges conscients de l'insuffisance et de l'inadaptation de la sanction pénale proprement dite vont essayer de sortir du schéma simple : infraction-sanction, et inventer l'injonction thérapeutique, multiplier les classements sans suite, user des substituts aux peines d'emprisonnement, de l'ajournement du prononcé de la peine ou de la dispense de peine. Comment mieux exprimer le malaise face à une peine dont les fonctions seraient envisagées classiquement ? ».

³⁵⁵ Ch. Lazerges, art. *préc.* p.863 en particulier : « Le toxicomane n'est jamais seulement un toxicomane, mais aussi un chômeur, un adolescent à problème, un mal aimé, c'est pourquoi il n'appartient ni aux juges seuls ni aux médecins seuls de traiter du problème de la toxicomanie, des problèmes liés à la toxicomanie. »

régime répressif. Il convient de s'interroger sur ses fondements afin de comprendre la raison de l'opposition des régimes appliqués aux différentes drogues.

2) Les fondements du régime répressif

Les fondements du régime spécifique réservé aux stupéfiants ne sont pas livrés à la lecture de la loi pénale. Il est donc nécessaire de reprendre les justifications apportées par la doctrine. Sont souvent invoquées des préoccupations morales et de santé publique fondées sur le pouvoir destructeur des drogues. Cependant, au regard de leurs effets, l'alcool et le tabac devraient aussi être concernés³⁵⁶. L'argument n'est donc pas suffisant.

Certains auteurs justifient l'incrimination de l'usage de stupéfiants par leurs effets sur le corps, caractérisés par leur vitesse, leur puissance et leur intensité³⁵⁷. Ces propriétés qui génèrent à la fois de la peur et de la fascination auraient été renforcées par la création de nouveaux stupéfiants et par la manipulation chimique des produits afin de maximiser leurs effets psychotropes³⁵⁸. Cela expliquerait une intervention plutôt tardive des pouvoirs publics, les drogues antérieures étant moins nocives. Ces effets seraient sans commune mesure avec ceux du tabac, de l'alcool ou des médicaments. Pourtant, l'apparition du « binge drinking », une pratique des jeunes consistant à ingérer de grandes quantités d'alcool en un temps restreint et pouvant conduire au coma éthylique ne pourrait-elle pas se rapprocher des effets des stupéfiants? Là encore, l'objection ne permet pas de voir le fondement du régime spécifique des stupéfiants.

Le coût de la consommation de stupéfiants pourrait aussi justifier la sévérité de leur régime, à la fois financier en raison des dépenses de soins dispensés aux toxicomanes³⁵⁹ et économique du fait de l'incapacité de l'individu à travailler. Mais ce coût est similaire pour les troubles de santé engendrés par la dépendance d'autres substances, de même que le manque à produire du travailleur dépendant. L'argument doit donc être écarté.

³⁵⁶ En matière d'addictions de façon générale, voir O. Sautel, « Réflexions sur les politiques publiques en matière de lutte contre les addictions : analyse juridique au regard du droit pénal », *Archives de politique criminelle*, n°31, 2000. 25 ; J. Danet et V. Gautron, art. *préc.* « on ne peut justifier un interdit pénal sur des questions de santé publique, quand d'autres questions de santé publique d'égale importance ou gravité, ne donnent pas lieu à la même entrave aux libertés individuelles » ; « car si les comportements addictifs ou tout simplement les consommations non nécessaires à l'homme et nuisibles à sa santé, aussi nuisibles en tous cas que les produits stupéfiants, devaient être interdits, alors la cohérence de notre système pénal postulerait la prohibition de l'alcool et du tabac ».

³⁵⁷ J. Danet et V. Gautron, art. *préc.* 43 et s.

³⁵⁸ Drogues dites synthétiques.

³⁵⁹ L'article L. 3411-2 du Code de la santé publique précise la prise en charge par l'Etat de certaines dépenses liées à ces soins.

Un autre argument peut être invoqué sur le plan de la criminalité. L'usage de stupéfiants érigé en infraction permettrait de lutter contre la criminalité organisée qui gangrène les sociétés. Le trafic de stupéfiants est en effet une activité criminelle répandue car elle génère des profits colossaux. Au vu de ces réflexions, il apparaît que seul cet argument se dégage et pourrait justifier le traitement répressif réservé aux seuls stupéfiants. L'intérêt collectif de lutter contre la criminalité organisée prime la liberté du consommateur. L'incrimination de l'usage de stupéfiants a donc pour finalité, non de protéger l'intégrité de la personne contre sa volonté mais de préserver les intérêts de la collectivité. Mais cet intérêt justifie-t-il qu'aucune distinction ne soit faite dans le régime de tous les stupéfiants ?

II) L'absence de distinction réalisée entre les stupéfiants

Il faut s'intéresser à ce que recouvre exactement le terme de stupéfiants visé par l'incrimination étudiée. Ce qui sans surprise, aboutit au constat que le droit pénal ne fait pas de distinction parmi les substances stupéfiantes (A) et nous conduit à un débat sans cesse rappelé sur la scène médiatique sur la dépénalisation de la consommation de certains stupéfiants (B).

A) Les stupéfiants : une liste non-exclusive

Savoir ce que recouvre précisément le terme de stupéfiants qui figure dans les textes d'incrimination relève du parcours du combattant. L'article 222-41 du Code pénal relatif au trafic de stupéfiants dispose que « constituent des stupéfiants au sens des dispositions de la présente section les substances ou plantes classées comme stupéfiants en application de l'article L. 627 du Code de la santé publique ». Or, l'article en question n'existe plus dans le Code de la santé publique. L'incrimination d'usage de stupéfiants quant à elle ne procède à aucun renvoi pour préciser à quoi correspondent ces substances. L'article L. 5132-7 du Code de la santé publique correspondant à l'ancien article L. 627 du même code, renvoie à un arrêté pris par le ministre chargé de la santé. Le Code n'en dit pas plus.

L'arrêté qui fixe la liste des substances classées comme stupéfiants date du 7 février 1990. Cette liste a été maintes fois complétée. Cela s'explique par le fait que des laboratoires clandestins cherchent à modifier la composition des substances interdites afin de les faire échapper à la fameuse liste, rendant une actualisation constante nécessaire.

A sa lecture, le juriste n'est pas plus avancé car les noms des substances sont pour la plupart des appellations chimiques. Certaines sont cependant reconnaissables telles que le cannabis et

la résine de cannabis, les feuilles de coca, la cocaïne, l'héroïne, la morphine, l'opium, ou les amphétamines. Ce qu'il faut en retenir, c'est qu'aucune substance stupéfiante n'en est exclue.

Le rapport Pelletier présenté en 1978³⁶⁰ fait apparaître 4 grandes familles de stupéfiants : les hallucinogènes, les opiacés, les excitants et le cannabis, toutes visées par la prohibition.

Parmi les hallucinogènes, le stupéfiant le plus utilisé en France est le L.S.D. Ainsi que leur nom l'indique, leur principale caractéristique est de provoquer des hallucinations. Il s'agit de drogues de synthèse qui engendrent une dépendance psychique légère, mais ni dépendance physique, ni tolérance. Ces produits ne sont pas dépourvus de risques. L'ivresse hallucinatoire provoquée par le L.S.D. peut entraîner de vives angoisses pouvant conduire, associées à un sentiment de persécution chez le sujet, à la commission d'infractions contre les personnes. Parmi les opiacés, l'opium a connu son apogée en Europe au XIX^{ème} siècle en particulier dans les milieux bourgeois. Les deux autres opiacés extrêmement connus sont la morphine détournée de son utilisation médicale et l'héroïne qui à ses débuts a aussi été utilisée à des fins médicales. L'héroïne entraîne une rapide tolérance et une dépendance physique et psychique forte en l'espace de quelques semaines. Elle est souvent coupée avec divers produits afin de maximiser le profit des trafiquants, ce qui entraîne des risques importants d'overdose, soit par surdosage, soit du fait de l'impureté des produits ajoutés. Le risque est particulièrement élevé pour l'héroïnomane d'entrer dans la délinquance, car pour pouvoir s'acheter sa dose quotidienne, il va s'adonner à toutes sortes d'activités délinquantes.

Parmi les excitants, figurent la cocaïne et les amphétamines. La cocaïne n'engendre pas de dépendance physique mais est responsable en revanche d'une forte dépendance psychique. Détournées de leur usage médical, les amphétamines entraînent aussi une forte dépendance psychique et une quasi-nulle dépendance physique associées à une tolérance au produit. Des risques sont liés à leur usage en raison de l'apparition d'un sentiment de paranoïa. Le sujet va interpréter chaque élément réel comme une hostilité à son égard et peut, dans un accès de paranoïa, se suicider ou commettre une infraction contre celui qu'il perçoit comme son persécuteur.

Enfin, la quatrième famille de stupéfiants correspond à la résine de cannabis aussi appelée haschich. Le cannabis a peu d'effets indésirables et comporte peu de risques pour la santé. L'overdose est quasi-nulle. C'est ce constat, comparé aux effets des autres stupéfiants qui est invoqué par les partisans d'une dépénalisation de l'usage du cannabis.

³⁶⁰ *Rapport de la mission d'étude sur l'ensemble des problèmes de drogue, préc. p. 27 et s.*

B) Le débat relatif à la dépénalisation de l'usage du cannabis

La question, amplifiée par les médias, est d'une actualité brûlante³⁶¹. Un premier argument en faveur de la dépénalisation de l'usage du cannabis tient à l'inutilité de l'incrimination au vu du nombre de consommateurs réguliers en France qui sont évalués à 1,2 million³⁶². La loi pénale n'aurait en la matière aucun effet dissuasif. Plus grave encore, l'incrimination semble ne pas recevoir application, le rapport Pelletier ayant souligné qu'en pratique l'usage de haschich est très peu réprimé et que peu d'usagers feraient l'objet d'une incarcération pour ce seul motif.

Un second argument consiste à critiquer l'inexistence de contrôle sur la qualité des substances du fait de la prohibition, qui rend le toxicomane victime des trafics. Mais il n'est pas propre à la dépénalisation de l'usage du cannabis.

Un troisième argument est tiré du constat que le cannabis³⁶³ ou marihuana, qui est le nom américain de la plante de cannabis, aurait des effets approchant ceux de l'alcool³⁶⁴. Outre le fait qu'il n'engendrerait qu'une faible dépendance psychique, les dommages sanitaires causés seraient minimes. Ainsi, les usagers de cannabis seraient tout à fait intégrés dans la société, sans lien particulier démontré entre la consommation de cannabis et l'entrée dans la délinquance. Le cannabis aurait même des effets bénéfiques. Le « cannabis thérapeutique » est en effet utilisé en médecine pour soulager certaines douleurs à la suite de traitements lourds tels que la chimiothérapie, contre les cancers ou tout simplement pour soulager certaines personnes atteintes de maladies incurables comme la sclérose en plaques. La Californie a été le premier Etat aux Etats-Unis à légaliser le cannabis thérapeutique en adoptant la proposition n°215 en 1996. Elle a été suivie depuis par une dizaine d'autres Etats américains.

D'autres, plutôt opposés à une telle dépénalisation, considèrent que les dangers du cannabis n'ayant pas encore été établis, il convient de s'en méfier. Le cannabis pourrait favoriser l'apparition de troubles psychiques chez les consommateurs réguliers et comporterait, associé

³⁶¹ Encore en mars 2011 un reportage a été diffusé ainsi formulé « Faut-il dépénaliser la consommation du cannabis ? ». Le positionnement récent du maire de Sevrans, Stéphane Gatignon, en faveur de la dépénalisation du cannabis a été largement médiatisé.

³⁶² Chiffres de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies, cités par J-P. Jean, « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *AJ pénal* 2010. 182.

³⁶³ F. Caballero, Y. Bisiou, *Droit de la drogue*, précis Dalloz, 2000 n° 417 et s.

³⁶⁴ J. Danet et V. Gautron, art. *préc.*

à l'alcool, un risque important de coma éthylique. Associé au tabac, les maladies respiratoires seraient favorisées et les cancers des poumons précoces³⁶⁵.

Ces arguments restent cependant sans effet sur l'intérêt collectif qui justifie l'incrimination de l'usage de stupéfiants. L'absence de distinction entre les stupéfiants est ainsi fondée, puisqu'au regard de l'intérêt primant la liberté individuelle, le cannabis y porte autant atteinte que les autres. Il n'est aucune raison de distinguer le trafic du cannabis de celui des autres substances.

Il faut conclure en conséquence à la cohérence de l'incrimination de l'usage de stupéfiants, qui n'a pas pour objet premier de protéger le corps humain et qui n'a donc pas à s'effacer devant la liberté de chacun de disposer de son corps. Ce fondement, sans doute mal perçu, serait remis en cause s'il venait à l'esprit que la meilleure façon de lutter contre les trafics et la criminalité organisée serait de légaliser leur usage. Mais un tel argument vaudrait pour l'ensemble des substances stupéfiantes, et c'est justement la dépénalisation générale qui est redoutée.

L'infraction de l'usage de stupéfiants n'est pas restreinte à la sphère privée dans la mesure où elle est répréhensible quel que soit le lieu ou la conduite adoptée par le consommateur. La raison provient du fait que la personne n'est jamais seule en cause, l'usage de stupéfiants portant atteinte à un intérêt collectif. C'est donc la même logique de restriction de la liberté de la personne sur son corps qui préside à l'usage de stupéfiants, conduisant au constat selon lequel la liberté sur son corps n'est pas absolue.

³⁶⁵ Site de la Mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie, www.drogues.gouv.fr

Conclusion

En conclusion, si une certaine ambivalence du droit pénal apparaît à l'égard de la volonté individuelle, elle n'est pas dépourvue de logique. De façon générale, la protection pénale du corps humain vise à prévenir les débordements de la volonté individuelle en organisant l'encadrement strict de sa prise en compte. Qu'il s'agisse en effet de la volonté voilée ou de la volonté dévoilée, le droit pénal leur oppose une résistance.

Certes, les logiques sont d'emblée différentes entre la volonté dévoilée et la volonté voilée, le principe étant l'indifférence de la première et la seconde se voyant reconnaître un champ libre.

Il est vrai que la volonté exprimée est cependant appelée à jouer un rôle en droit pénal spécial, malgré le fait que le droit pénal général se refuse à voir le consentement de la victime exonérer la responsabilité pénale. Il est donc une tendance à ce qu'une place soit accordée à la volonté dévoilée en droit pénal. Mais l'évolution apparaît en demi-teinte : les incriminations ayant pour élément constitutif le défaut de consentement ont proliféré, il est vrai, mais de façon anarchique au regard du reste du droit pénal et posent de ce fait plus de problèmes qu'elles n'en résolvent. Par ailleurs, l'apparition de l'expression positive de la volonté dans les infractions reste timide, certains textes visant le consentement par des moyens détournés. Les dispositions qui font expressément référence au consentement sont plutôt intégrées dans le Code de la santé publique et il est révélateur de constater que lorsque ce type d'incriminations fait son entrée dans le Code pénal, elles se trouvent reléguées dans le Livre V du Code pénal relatif aux autres crimes et délits. L'ensemble de ces éléments offre un tableau évocateur de la résistance du législateur à admettre un rôle à la volonté dévoilée au sein du droit pénal. Cependant, cela se comprend, la vie et l'intégrité physique étant deux valeurs figurant au sommet de la hiérarchie des valeurs protégées et la volonté manifestée impliquant que l'atteinte soit infligée par un tiers.

En ce qui concerne la volonté voilée qui ne se révèle que par les comportements adoptés par la personne, la liberté qui lui est laissée s'illustre notamment lorsqu'elle est l'auteur d'une atteinte à son corps. La protection pénale du corps humain, en s'effaçant a donc laissé un champ non-négligeable de maîtrise par la personne de son corps. Elle s'est même repositionnée afin d'organiser la protection de cette liberté envers tout élément qui pourrait la troubler. Malgré une tendance à l'illusion que la volonté est toute puissante, la liberté accordée à la volonté voilée comporte des exceptions qui justifieront la répression de la

personne qui a abusé de la liberté qui lui est reconnue. L'abus se manifestera par l'atteinte à un intérêt collectif, ou à celui d'autrui.

Devant le strict encadrement de la volonté individuelle par le droit pénal, Muriel Fabre-Magnan considère qu'il n'est pas de véritable liberté corporelle, mais seulement une faculté d'agir sur son corps³⁶⁶. La personne n'est pas absolument maître de son corps, conformément à l'adage « Dominus membrorum suorum nemo videtur »³⁶⁷.

Le droit pénal a en effet pour rôle d'intervenir afin de réguler les excès des libertés, y compris - et surtout - en ce qui concerne la vie et l'intégrité de la personne. La nécessité s'est ainsi fait jour de protéger la personne contre sa volonté, certains y voyant l'existence « d'un ordre public protecteur »³⁶⁸. Les fondements de l'intervention du droit pénal reçoivent diverses formulations dans la doctrine. La personne serait transcendée d'une part, par son appartenance à l'espèce humaine et d'autre part, par son appartenance à la société. L'humanité de la personne fait appel au concept de dignité humaine, qui en raison de son relativisme est d'un faible éclairage. En revanche, l'intervention du droit pénal est limpide lorsqu'elle est justifiée par la préservation des intérêts de la société. Les limites posées à la liberté corporelle par le droit pénal, souvent mal perçues, rejoignent pourtant l'intérêt de la personne.

³⁶⁶ M. Fabre-Magnan, «Le domaine de l'autonomie personnelle ; Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*2008.31.

³⁶⁷ Cité par A. Laingui, « Les adages du droit pénal », *RSC* 1985. 25.

³⁶⁸ N. Maziau, « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française », *RD sanit. soc.* 1999. 469.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2010.
- R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 7^e édition, Cujas.
- P. Salvage, *Droit pénal général*, PUF, 2006.
- J-Cl. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 2006.
- J. Pradel, *Droit pénal général*, 2006/2007, Cujas.
- M-L. Rassat, *Droit pénal général*, Ellipses, 2006.
- J-H. Robert, *Droit pénal général*, Themis, 2005.
- B. Bouloc, *Droit pénal général*, précis Dalloz, 2005.
- P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Dalloz, 2004.
- P. Conte, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007.
- E. Garçon, *Code pénal annoté*, 1901.
- C. Mascala, *Juris-classeur Pénal Code*, articles 122-4 à 122-7.
- Jurisclasseur*, Lois pénales spéciales, fascicule 50 Armée.

Ouvrages spécialisés

- F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010.
- F. Caballero, Y. Bisiou, *Droit de la drogue*, précis Dalloz, 2000.
- E. Durkheim, *Le suicide*, PUF, 1930.
- Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, La Société Typographique, 1781.
- Rapport Pelletier de la mission d'étude sur l'ensemble des problèmes de drogue*, La documentation française, 1978.

Articles de doctrine

M. Delhoste, « Piercing et santé : une pratique fondée, une réglementation inadaptée », *rev. de recherche juridique*, 2006 p.1109.

C. André, « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », *RSC* 2004 p.43.

L. Puybasset, « Faut-il légaliser l'euthanasie ? », *D.*2007 p. 1328.

M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle ; Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008 p. 31.

J. Pradel, « La Parque assistée par le Droit ; Apports de la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de la vie », *D.* 2005 p.2106.

A-M. Leroyer, « Droits des malades – Fin de vie ; Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de la vie », *RTD civ.* 2005 p.645.

E. Dunet-Larousse, « L'euthanasie : signification et qualification au regard du droit pénal », *RD sanit. soc.* 1998 p. 265.

J-C. Galloux, H. Gaumont-Prat, « Droits et libertés corporels », *D.* 2006 p.1200.

N. Maziau, « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française », *RD sanit. soc.* 1999 p.469.

R. Martin, « Personne, corps et volonté », *D.*2000 p.505.

A. Prothais, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC* 2000 p.39.

D. Roman, « « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? » ; La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*2005 p.1508.

D. Roman, « A corps défendant ; La protection de l'individu contre lui-même », *D.*2007 p.1284.

D. Roman, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RD sanit. soc.* 2005 p.423.

M-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995 p.573.

P. Salvage, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991 p. 699.

A. Laingui, « Les adages du droit pénal », *RSC* 1985 p. 25.

A. Lepage, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le droit pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, n°335 p. 609 n°24.

- O. Dhavernas, « Entrave à l'interruption volontaire de grossesse, Esquisse d'un bilan », *RSC* 1997 p. 821.
- D. Mayer, « De quelques aspects de la dépenalisation actuelle en France : en matière de mœurs », *RSC* 1989 p.442.
- X. Pin, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC* 2003 p.259.
- D. Germain, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010 p.599.
- E. Vergès, chronique législative, *RSC* 2010 p.896.
- J-P. Jean, « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *AJ pénal* 2010 p.182.
- J. Danet et V. Gautron, « Réflexions sur les fondements de l'incrimination d'usage de stupéfiants », *Archives de politique criminelle* n°31, 2009 p.52.
- Ch. Lazerges, « Les fonctions de la peine et la toxicomanie », *RSC* 1988 p.857.
- O. Sautel, « Réflexions sur les politiques publiques en matière de lutte contre les addictions : analyse juridique au regard du droit pénal », *Archives de politique criminelle*, n°31, 2000 p.25.
- J-S. Cayla, « La lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme », *RD sanit. soc.* 1991 p.204.
- C. Perez-Diaz, « L'alcool au volant : prise en charge pénale et sanitaire », *Archives de politique criminelle*, n°31 p.155.
- L Hulsman et H. van Ransbeek, « Evaluation critique de la politique des drogues », *rev Déviance et société* 1983 p. 271.
- V. Malabat, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006 p.155.
- J. Foyer, P. Mazeaud, C. Puigelier, « La conscience du corps (remarques sur les libertés et droits corporels) », *Mélanges J. Foyer*, Economica, 2008.
- L. Cimar, « Réflexions sur les dispositions pénales des lois « bioéthiques » », in « *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits* », sous la direction de B. Feuillet-Le Mintier, PUF, 1999 p.307.
- B. Beignier, « L'ordre public et les personnes », in « *L'ordre public à la fin du XXème siècle* », Dalloz 1996 p.15.
- P. Couvrat, « Le nouveau Code pénal en la forme », *Mélanges Cornu*, PUF, 1994 p.89.
- Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mélanges Larguier*, 1993 p.203.

R. Doublier, « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956.

Y. Mayaud, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006 p.807.

Y. Mayaud, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in « *Code pénal et Code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire* », Dalloz, 2010 p. 3.

A. Lepage et P. Maistre du Chambon, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006 p. 613.

M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz Sirey 1985 p.651.

R. Koering-Joulin, « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006 p.389.

W. Lowenstein et F. Siri, « Le dopage : une drogue comme une autre ? », in *hors-série Dalloz Justices* 2001, « Le corps saisi par la justice » p. 34.

P. Garraud, « Les sports et le droit pénal », *rev. Internationale de droit pénal* 1924 p.212.

F. Alt-Maes, « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *RSC* 1991 p. 244.

G. Roujou de Boubée, « L'interruption volontaire de la grossesse », *D.*1975 chron. 209.

Y. Mayaud, « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983 p.597.

D. Thouvenin, « La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine », *D.*2005 p.172.

A. Terrasson de Fougères, « Que votre oui soit oui : plaidoyer pour un registre des acceptations de prélèvement d'organes », *RD sanit. soc.* 2000 p.339.

A. Dorsner-Dolivet, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », *RFDA* 2003 p.528.

J. Honorat, « La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports », *D.* 1969. I. chron. 207.

K. Barry, « La prostitution est un crime », *revue Déviance et Société* 1986 p.299.

M-H Renault, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC* 2006 p.293.

P. Conte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », *Mélanges Beguin*, 2005.

Notes de jurisprudence

- F. Massias, note sous CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 14 avril 2002, *RSC* 2002 p. 645.
- P. Pedrot, note sous CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 14 avril 2002, *RD sanit. soc.* 2002 p. 475.
- C. Girault, note sous CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 14 avril 2002, *JCP G.* II. 10062.
- J-M. Larralde, note sous CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, *D.* 1998 p.97.
- J-P. Marguénaud, note sous CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, *RTD civ.* 1997 p. 1013.
- M. Fabre-Magnan, note sous CEDH, 1^{ère} section, 17 février 2005, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*2005 chron. p. 2973.
- J-P. Marguénaud, note sous CEDH, 1^{ère} section, 17 février 2005, *RTD civ.* 2005 p.341.
- A. Lepage, note sous Crim. 2 déc. 2009, *rev. Communication Commerce électronique* n° 3, Mars 2010, comm. 28.
- Doucet, note sous Aix-en-Provence, 23 avril 1990, *Gaz. Pal.* 1990. II. 575.
- G. Mémeteau, note sous Aix-en-Provence, 23 avril 1990, *JCP G* 1991. II. 21720.
- Levasseur, note sous Crim, 30 mai 1991, *RSC* 1991 p. 565.
- G. Mémeteau, note sous Cass. ass. plén. 11 décembre 1992, *JCP G* 1993. II. 21991.
- Garé, note sous CEDH, 25 mars 1992, *JCP G* 1992. II. 21955.
- Y. Mayaud, note sous Crim. 21 octobre 1998, *D.* 1999 p.75.
- V. Malabat, sous Crim. 7 décembre 2005, *RPDP* 2006 p.152.
- M-L. Rassat, note sous Crim. 11 juin 1992, *D.*1993 p.117.
- Frion, note sous CE 26 octobre 2001, *RTD civ.* 2002. II. 1451.
- Calais, note sous Paris, 20 novembre 1985, *D.* 1986 jurisp. 369.
- Fenaux, note sous Crim. 26 avril 1988, *D.*1990 p. 479.
- Lucas-Gallay, note sous TGI Paris, 11 avril 1995, *JCP* 1996. II. 22729.
- A. Lepage, note sous CA Douai, 4^e ch., 28 février 2006, *rev. Communication Commerce électronique* n°10, octobre 2006 comm.148.

A. Lepage, note sous CA Paris, 10^e ch. corr., 13 mars 2009, *rev. Communication Commerce électronique* n°9, septembre 2009, comm. 83.

Doucet, note sous Crim. 19 décembre 1990, *Gaz. Pal.* 1992. I. jurisp. 108

Pacteau, note sous CE, 22 janvier 1982, Association Auto défense et autres, *D.* 1982, jurisp.494.

Thèses

Fahmy Abdou, *Le consentement de la victime*, thèse, préface R. Vouin, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 1971.

S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, thèse, Les études hospitalières, 1999, n°2.

X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, thèse, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2002.

F. Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, préface A. Prothais, thèse Lille II, L'Harmattan, 2003.

Céline Cotza, *Le corps en droit pénal*, 2004, Université Panthéon-Assas.

Annabelle Le Sauce, *Le corps humain en droit criminel*, 2010, Université Panthéon-Assas.

Sites internet

Site de l'Assemblée nationale, sur lequel est disponible le rapport de la mission d'information parlementaire sur la prostitution en France : www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3334.asp.

Site de la Mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie, www.drogues.gouv.fr.

Table des matières

Introduction	1
Partie 1 : Volonté dévoilée et protection pénale du corps humain	4
Chapitre 1 : La place minimale du consentement de la victime en droit pénal général	5
Section 1 : L'absence de cause d'irresponsabilité résidant dans le consentement de la victime	5
I) L'indifférence du consentement de la victime	6
A) La genèse jurisprudentielle du principe	6
1) Le duel, prétexte à l'ébauche du principe	6
2) La consécration du principe	7
a) Son affirmation à propos de l'« homicide-suicide »	7
b) Sa confirmation à propos des stérilisations	8
B) Les fondements de l'indifférence du consentement de la victime	9
II) L'illustration de l'indifférence du consentement de la victime	11
A) Une atteinte à la vie : l'euthanasie	11
1) La sévérité des textes	12
2) Une jurisprudence indulgente	13
3) Le débat relatif à la dépénalisation de l'euthanasie	14
B) Une atteinte à l'intégrité physique : le sadomasochisme	15
1) La réponse du droit pénal	16
2) Une évolution européenne inquiétante	17
Section 2 : Le rôle restreint accordé au consentement par la permission de la loi	18
I) Le consentement, condition de la justification de l'atteinte au corps	19
A) La diversité des atteintes à l'intégrité permises par la loi	20
1) En matière médicale	20
2) En matière esthétique	21
3) En matière bioéthique	22
a) La primauté accordée au progrès de la recherche scientifique	22
b) La primauté accordée à l'intérêt d'autrui	22
B) La révolution opérée pour l'interruption volontaire de grossesse	23
II) L'encadrement légal de la place du consentement	25
A) Les garanties propres à certaines personnes	25
1) La protection renforcée du mineur et du majeur protégé	25

a)	L'incapacité de consentir à une atteinte à leur intégrité.....	26
b)	L'exception pour l'interruption de grossesse sur la femme mineure.....	27
2)	La recherche de l'absence d'opposition du vivant.....	27
B)	Les garanties requises du consentement de toute personne	28
1)	Un consentement libre	28
2)	Un consentement éclairé	29
	Chapitre 2 : La revalorisation de la volonté dévoilée en droit pénal spécial.....	30
	Section 1 : La protection de la volonté exprimée.....	30
I)	Le défaut de consentement, élément constitutif d'une infraction	31
A)	Les atteintes à la liberté sexuelle.....	31
1)	L'approche du défaut de consentement	32
2)	Les difficultés de preuve	33
B)	Les atteintes à l'intégrité physique.....	34
1)	La multiplication des incriminations	34
a)	En matière d'interruption de grossesse	35
b)	En matière bioéthique	35
2)	L'affaiblissement du droit pénal	36
a)	L'atteinte à la normativité du droit pénal.....	36
b)	Le contournement du droit pénal	37
II)	La protection de l'intégrité de la volonté exprimée	38
A)	La méfiance envers l'appât du gain.....	38
B)	La méfiance envers l'influence des tiers	40
1)	La préservation du consentement du mineur	40
2)	La protection imparfaite de la volonté de la femme	40
	Section 2 : Les limites de la protection de la volonté exprimée.....	41
I)	L'inefficacité du consentement du mineur	41
A)	Le consentement du mineur, élément constitutif des atteintes sexuelles	42
B)	La protection à géométrie variable du mineur	43
1)	Les mineurs de plus de quinze ans.....	44
2)	Les mineurs de quinze ans	45
II)	La volonté exprimée délibérément ignorée par le droit pénal.....	46
A)	L'absence de la protection de la liberté sexuelle de l'épouse : une solution révolue ...	46
1)	L'impunité durable de l'époux.....	46

2) Les étapes de la levée de l'impunité de l'époux	47
B) Le refus de soins du patient bafoué en cas d'urgence	49
Partie 2 : Volonté voilée et protection pénale du corps humain.....	51
Chapitre 1 : La liberté de porter atteinte à son corps protégée.....	51
Section 1 : La dualité de la liberté de porter atteinte à son corps.....	51
I) La liberté de porter atteinte à sa vie	51
A) La perception négative du suicide avant le 18 ^{ème} siècle.....	52
1) La réprobation du suicide dans les sociétés antiques.....	52
2) La prohibition absolue du suicide dans les sociétés chrétiennes	53
B) La dépénalisation du suicide à la Révolution française	54
1) Les moyens de la dépénalisation.....	54
2) Une dépénalisation pertinente.....	55
II) La liberté de porter atteinte à son intégrité physique	56
A) Les atteintes au corps sur soi.....	57
1) Les atteintes à l'intégrité recherchées par la personne.....	57
2) Les atteintes à l'intégrité non recherchées par la personne.....	58
B) Les atteintes potentielles au corps infligées par un tiers	58
1) La liberté de se battre en duel	59
2) La liberté de pratiquer un sport violent.....	60
3) La liberté de se prostituer.....	61
Section II : La protection de la liberté de porter atteinte à son corps.....	64
I) La protection de la volonté de porter atteinte à sa vie	64
A) La carence du droit pénal général.....	64
B) L'intervention du droit pénal spécial	65
II) La protection de la volonté de porter atteinte à son intégrité physique.....	67
A) La protection accordée à toute personne	67
1) Les atteintes sur soi.....	67
a) La méfiance envers l'influence matérielle des tiers.....	67
b) La méfiance envers l'influence morale des tiers.....	68
2) Les atteintes infligées par un tiers.....	69
B) La protection renforcée des mineurs	71
1) La méfiance envers l'influence matérielle des tiers.....	71
2) La méfiance envers l'influence morale des tiers.....	72

Chapitre 2 : La liberté de porter atteinte à son corps limitée	73
Section 1 : La liberté de porter atteinte à son corps restreinte à la sphère privée	74
I) La primauté accordée aux intérêts de la collectivité	74
A) La préservation de la santé publique	74
1) La lutte contre le tabagisme	75
2) La lutte contre les maladies contagieuses	75
3) La lutte contre l'insécurité routière	76
B) La garantie de l'ordre public	77
1) Le maintien de la tranquillité des voies publiques	77
a) La répression de l'ivresse publique	77
b) La répression du racolage public	77
2) La préservation des intérêts militaires de la collectivité	79
II) La primauté accordée à la protection d'autrui	80
A) La crainte d'infractions volontaires visant le corps d'autrui	80
1) L'intervention a priori du droit pénal	80
2) L'intervention a posteriori du droit pénal	81
B) La crainte d'infractions involontaires visant le corps d'autrui	81
1) L'intervention a priori du droit pénal	82
2) L'intervention a posteriori du droit pénal	82
Section 2 : L'incrimination de l'usage de stupéfiants non restreinte à la sphère privée	83
I) La distinction réalisée entre les drogues	83
A) Les similitudes entre les drogues	84
1) Le tabac	84
2) L'alcool	84
3) Les produits dopants	84
4) Les médicaments psychotropes	85
B) Le régime spécifique réservé aux stupéfiants	86
1) Le contenu du régime répressif	86
2) Les fondements du régime répressif	88
II) L'absence de distinction réalisée entre les stupéfiants	89
A) Les stupéfiants : une liste non-exclusive	89
B) Le débat relatif à la dépénalisation de l'usage du cannabis	91
Conclusion	93

Bibliographie.....	95
Table des matières	101