

2

3
11

BIBLIOTHÈQUE DE SCIENCES CRIMINELLES

sous la direction de

G. STEFANI

et

G. LEVASSEUR

Professeurs à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris

TOME XI

**LE CONSENTEMENT
DE LA VICTIME**

PAR

Antoun FAHMY ABDOU

Docteur en Droit

Préface de

Robert VOUIN

Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris

Ouvrage publié avec le concours
du Centre National de la Recherche Scientifique

PARIS

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20 et 24, rue Soufflot, V^o

1971

BIBLIOTHEQUE DE SCIENCES CRIMINELLES

G. STERANI

G. CRIVASSEUR

Professeurs à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris

TOME XI

LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME

LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME

AMOUR FAHMY ABDOU

Docteur en Droit

Préface de

ROBERT VOÛIN

Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences Économiques de Paris

23953

Œuvre publiée avec le concours
du Centre National de la Recherche Scientifique

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DÉRANTI-AUGIER

29 et 31, rue Soufflot, 5^e

1971

F
90
1)

DL-22 1 1971-01321

LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME

RECEVU
LE 17 JANVIER 1951

3

BIBLIOTHÈQUE DE SCIENCES CRIMINELLES

sous la direction de

G. STEFANI

et

G. LEVASSEUR

Professeurs à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris

TOME XI

LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME

PAR

Antoun FAHMY ABDOU

Docteur en Droit

Préface de

Robert VOUIN

Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris

Ouvrage publié avec le concours
du Centre National de la Recherche Scientifique

PARIS
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot, V^e

1971



Ouvrages parus dans la même collection

- TOME I. — BOULOC (Bernard) : *L'Acte d'instruction.*
- TOME II. — GENDREL et LAFARGE : *Bibliographie mondiale du droit pénal militaire.*
- TOME III. — MARC (Gilbert) : *L'Homicide en Droit anglais depuis la loi de 1957.*
- TOME IV. — LEMONTEY (Jacques) : *Du rôle de l'Autorité Judiciaire dans la procédure d'extradition passive.*
- TOME V. — RASSAT (Michèle-Laure) : *Le ministère public entre son passé et son avenir.*
- TOME VI. — ROKOFYLLOS (Christos) : *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence.*
- TOME VII. — TSARPALAS (Angelos) : *Le moment et la durée des infractions pénales.*
- TOME VIII. — BESANÇON (Anne) : *La libération conditionnelle depuis le code de procédure pénale.*
- TOME IX. — MERLE (Philippe) : *Les Présomptions légales en droit pénal.*
- TOME X. — AUBRY (Gérard) : *La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI.*

Au cours de mon travail, j'ai accumulé une dette énorme à l'égard de mon Maître Monsieur le Professeur VOUIN. Durant de longues années, il a guidé mes pas avec patience et bienveillance.

Qu'il soit assuré de ma profonde gratitude et de ma respectueuse fidélité.

PRINCIPALES ABBREVIATIONS

Al.	Alinéa.
Annali	Annali di diritto e procedura penale, Torino.
Art.	Article.
BGB	Code civil allemand.
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle, Paris.
C. and K.	Carrington and Payn's Reports, London.
C.C.	Crown cases (en Angleterre).
Chr.	Chronologique (P. Chr., Journal du Palais, collection chronologique ; S. chr., Sirey chronologique).
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation.
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation.
Comp.	Comparer.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
Cox	Cox Criminal Law cases, London.
D.	Recueil Dalloz (D.P., Recueil périodique ; D.H., Recueil hebdomadaire), Paris.
D. Rép.	Dalloz, Répertoire de droit criminel et de procédure pénale, Paris.
D.S.	Recueil Dalloz Sirey, Paris.
Foro it.	Il Foro italiano, Roma.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais, Paris.
J.C.P. pén.	Jurisclasseur pénal, Paris.
Loc. cit.	Loco citato.
Op. cit.	Opere citato.
P.	Journal du Palais, Paris.
Pasic.	Pasicrisie belge. Recueil général de la jurisprudence des Cours et Tribunaux de Belgique, Bruxelles.

Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris.
Rev. belge dr. pén.	Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles.
Rev. intern. dr. pén.	Revue internationale de droit pénal, Paris.
Rev. Sc. Crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris.
R.T. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil, Paris.
Riv. it.	Rivista italiana di diritto penale, Padova-Milano.
Riv. pen.	La Rivista penale, Roma.
S.	Recueil Sirey, Paris.
Sem. Jurid.	Jurisclasseur Périodique (Semaine Juridique), Paris.
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation.
Somm.	Sommaire.
St GB	Code pénal impérial allemand.
V.	Voir.
V°	Verbo.

Préface

Il est aujourd'hui d'usage d'étudier le consentement de la victime en même temps que les faits justificatifs et de conclure qu'il n'en est pas un.

Cette conclusion se déduit d'une constatation très simple : c'est que le consentement de la victime ne peut désarmer la répression pénale que dans le cas de certaines infractions déterminées, c'est-à-dire de celles qui, supposant l'emploi de la fraude ou de la violence, impliquent précisément une activité contraire à la volonté de la personne.

Mais alors, c'est par l'exclusion d'un élément constitutif de l'infraction que s'explique l'efficacité du consentement en question. Celui-ci n'est donc pas, à proprement parler, une cause de justification. Et du même coup, le voici qui va échapper au droit pénal général, pour ne plus relever que de l'analyse des qualifications particulières dont l'étude fait l'objet du droit pénal spécial.

La situation, cependant, ne doit pas être si simple, puisque nos ouvrages de droit pénal général persistent à traiter du consentement de la victime, et deux observations s'imposent à cet égard.

D'une part, même si le consentement de la victime n'est efficace que dans le cas de certaines infractions, il y a encore place pour une étude générale des conditions dont son efficacité dépend à propos de chacune d'elles. On peut même penser que ces conditions ne seront jamais précisées avec exactitude si elles ne sont abordées qu'à travers la diversité, la dispersion même des qualifications du droit pénal spécial.

Et d'autre part, si l'on se demande pourquoi certaines infractions supposent l'absence de consentement de leurs victimes, mais d'autres pas, on voit immédiatement se présenter la distinction, très générale, que l'on peut faire entre les droits ou les biens indisponibles, inaliénables, et ceux dont le titulaire, à l'inverse, peut disposer ou accepter la lésion.

*
**

C'est dans cet état de la question qu'intervient l'ouvrage que voici et qui nous présente en deux parties, tout d'abord un essai d'une théorie

générale du consentement de la victime (considéré dans sa notion même, sa nature juridique, les limites de son efficacité et sa qualité d'acte juridique original), puis une étude spéciale des applications de cette théorie aux principaux cas particuliers (classés selon qu'ils intéressent le droit à la vie, à l'intégrité corporelle, aux biens patrimoniaux, à la liberté sexuelle ou à d'autres biens).

Cette présentation en deux parties manifeste déjà combien l'auteur a eu conscience de la nécessité de satisfaire, relativement à son objet d'étude, les exigences divergentes, mais complémentaires, du général et du spécial. Elle l'a conduit tout naturellement à nous donner un fort volume qui a toutes les apparences d'une somme et vaut un véritable traité.

Ce traité du consentement de la victime, par son ampleur même, marque une date importante dans le développement de notre littérature française de droit pénal. Mais il faut immédiatement observer ce que Antoun Fahmy Abdou a tiré, pour nous l'offrir de façon synthétique, de l'étude d'un bon nombre de législations, doctrines et jurisprudences étrangères.

On pourra trouver que l'exemple des auteurs allemands et italiens, notamment, l'a parfois conduit à raisonner sur de subtiles hypothèses d'école. Certes, il ne doit pas arriver souvent que Primus, par exemple, détruise le véhicule de Secundus avec l'accord de celui-ci, mais en ignorant qu'il a déjà consenti... Cependant, qui peut affirmer qu'une telle situation ne se présentera jamais? Et comme il est vrai que des hypothèses de ce genre aident à pousser le raisonnement plus loin que n'y invite l'événement quotidien!

L'apport du droit comparé est, dans cet ouvrage, une richesse supplémentaire ajoutée à celles que la science juridique de l'auteur et la qualité de son raisonnement ont mises à jour principalement dans l'étude du droit positif égyptien, français ou italien.

On aimera certainement comme il le mérite ce livre qu'un bon juriste, venu des bords du Nil aux rives de la Seine, après une halte auprès du Tibre, offre aujourd'hui en hommage à ses maîtres de trois pays amis et propose, devant l'opinion juridique mondiale, au jugement d'un très vaste public.

Robert VOUIN,

Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris.

INTRODUCTION

1 — POSITION DE LA QUESTION.

Lorsqu'une action ou une omission est incriminée par la loi pénale, c'est que cette action ou omission intéresse l'ordre public ou l'intérêt général de la société.

Mais n'est-il pas possible que la loi pénale n'incrimine telle action ou telle omission que lorsque celle-ci arrive sans le consentement de la personne intéressée ?

Un acte, bien que rentrant dans la définition légale d'un délit, bien qu'exécuté avec intention, peut ne pas être criminel parce que l'agent avait le droit ou le devoir de l'accomplir. Partant de ce principe, les Codes pénaux admettent des causes de justification qui enlèvent la criminalité de certains actes. C'est ainsi que le Code pénal français justifie l'homicide, les blessures et les coups, lorsque l'auteur se trouvait en état de légitime défense (art. 328) ou bien encore lorsqu'il avait dû obéir à un ordre supérieur (art. 327).

L'état de nécessité, dont l'importance a été mise en lumière, est aujourd'hui unanimement considéré comme un fait justificatif.

Le problème, au contraire, n'est pas toujours facile à résoudre lorsqu'il s'agit du consentement de la victime.

L'adage : « *Volenti non fit injuria* », bien connu en droit romain, semblerait constituer une réponse très simple à la question posée, en faisant croire qu'il exprime toujours une vérité juridique et que le consentement de la victime a nécessairement valeur de fait justificatif. Mais, d'après l'unanimité des auteurs, il ne saurait être invoqué d'une manière générale (1).

(1) Cf. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, t. II, n° 459, p. 66 ; LABORDE, *Cours de droit criminel*, n° 191 et s. ; PRINS, *Science pénale et droit positif*, n° 346 à 348 ; BLANCHE, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, t. II, n° 46 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel*, 3^e éd., n° 417 ; VOUIN et LEAUTE, *Précis de droit pénal général*, Thémis, 1956, p. 231 ; STEFANI et LEVASSEUR, *Précis de droit pénal général et procédure pénale*, t. I, 1968,

2 — L'ADAGE ROMAIN « *Volenti non fit injuria* ».

Le texte tiré du Digeste n'a plus, dans les législations modernes, l'influence qu'il avait à Rome. On ne pourrait le transposer, à titre de principe, dans le droit pénal moderne, sans méconnaître la conception qui fait de l'infraction une atteinte portée à l'ordre juridique établi, bien plus qu'une violation des droits de l'individu lésé.

A Rome, avant la loi des XII Tables, le délit ne fait naître qu'un « droit à la vengeance privée ou à la prise de possession de la personne physique du coupable » (2). Puis apparaît l'idée que le coupable peut se libérer au moyen d'un pacte, par lequel la victime renonce à son droit de vengeance, « moyennant la promesse d'une somme d'argent » (3), dont la fixation est affaire purement privée. Lorsque le taux de la « composition », au lieu d'être librement débattu, est fixé par la loi, lorsque le délinquant est obligé de payer et sa victime obligée d'accepter et de renoncer à se venger (4), cette victime n'en conserve pas moins le pouvoir de renoncer à toute réparation et, par son acquiescement, d'empêcher le délit de venir à la vie juridique (5). « *Volenti non fit injuria* » signifie que ce résultat aurait été tout aussi bien obtenu par un consentement préalable ou concomitant. Le délinquant joue uniquement le rôle de débiteur et la victime celui de créancier (6).

A côté de ces délits privés, il existe également des délits publics, considérés comme lésant les intérêts de la cité qu'ils affaiblissent ou sur laquelle ils attirent la colère des dieux. Mais ils ne comprennent, à l'origine, que le sacrilège, la trahison et la désertion. Toutefois, certains crimes graves contre les particuliers, comme l'incendie volontaire et l'assassinat, sont de bonne heure punis par les magistrats de la cité (7).

Avec l'accroissement constant du pouvoir et du rôle de l'Etat,

n° 149 ; SIMON Jules, *Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ?* article publié dans : *Revue de droit pénal et criminologie*, 1933, p. 457 et s. ; TAHON, *Le consentement de la victime*, id., 1951-1952, p. 323 et s. ; DOUBLIER, *Le consentement de la victime*, dans : *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p. 187 et s.

(2) MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, édit. Domat-Montchrestrien, Paris, 1948, t. II, p. 11.

(3) MONIER, *op. cit.*, p. 12.

(4) On trouve des tarifs de composition légale non seulement en droit romain (XII Tables), mais aussi dans les lois germaniques (Loi des Francs-Saliens, V. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Librairie Rec. Sirey, 1945, p. 49).

(5) DOUBLIER R., *Le consentement de la victime*, article publié dans : *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, 1956, p. 187 et s., n° 3.

(6) MONIER, *op. cit.*, p. 35.

(7) Pour les délits publics, consulter : MOMMSEN, *Droit pénal romain*, trad. Duquesne, vol. III, 1907 ; FALCHI, *Diritto penale romano*, Padova, 1937 ; BRASIELS U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937 ; PUGLIESE, *Diritto criminale romano*, 1952.

le nombre des délits publics ne cesse d'augmenter à la fin de la République et sous l'Empire ; certains faits illicites sont considérés à la fois comme des délits privés et des délits publics. La victime a le choix entre la réclamation d'une indemnité pécuniaire (*poena privata*) et l'exercice de poursuites criminelles tendant à faire infliger une peine corporelle : en pratique, le plaignant choisit cette seconde voie quand il a affaire à un insolvable.

Aucun délit public ou portant atteinte à l'intérêt social n'est alors soumis à la libre volonté de l'individu : « *privatorum conventio juri publico non derogat* ». L'acquiescement de la victime n'enlève pas à l'acte son caractère délictuel et n'arrête pas les poursuites.

Le système des délits privés est encore en vigueur sous Justinien, mais, par suite de la concurrence du système des crimes punis par l'Etat, il a déjà perdu beaucoup de son importance.

C'est dans la catégorie des délits privés que la maxime « *Volenti non fit injuria* » a trouvé naissance en droit romain.

Plus exactement cette règle est inscrite au Digeste, livre XLVII, titre 10, loi 1, § 5, qui concerne l'« *injuria* ». C'est pour cela, croyons-nous, que cette règle ne s'appliquait qu'à l'injure, notion qui était sans doute plus large qu'actuellement, mais qui ne comprenait cependant qu'une catégorie déterminée d'infractions (8), celles qui portaient atteinte aux droits privés dont les titulaires pouvaient disposer (9). En effet, le terme « *injuria* » (10) signifie, d'une manière générale, « acte commis sans droit » et, suivant les époques, les Romains ont fait entrer sous cette dénomination, à part des atteintes contre les biens, un nombre variable d'attentats contre la personne physique, d'atteinte à l'honneur ou à la considération, ou même d'entrave au libre exercice des droits ou de l'activité d'une personne (11).

« *Volenti non fit injuria* » est donc un adage qui n'a plus la même valeur qu'autrefois, dont la généralité est trompeuse et auquel il serait dangereux de se fier.

(8) DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparés*, 3^e édition, n° 417, Paris, 1947.

(9) TAHON, *Le consentement de la victime*, p. 324 ; HEMARD, *Le consentement de la victime...*, p. 297.

(10) R. MONIER, *Droit romain*, 5^e éd., 1954, t. V, p. 40 et s. ; PUGLIESE, *Studi sull'injuria*, I, 1941, p. 166 et s. ; G. LAVAGGI, *Injuria et obligatio ex delicto* (Studia et doc., XIII-XIV, 1946-1947, p. 141 et s.).

(11) Cf. MONIER, *op. cit.*, p. 41 ; BETTI, *Diritto Romano*, Cedam éd., Padova, 1947 ; GARRAUD, *Traité*, t. I, n° 53 et s. ; MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Torino, 1961, t. I, p. 590, note 13.

3 — LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME DANS LA LEGISLATION FRANÇAISE (12).

Si nous examinons de plus près le Code pénal français, nous nous apercevons que celui-ci ne parle pas, dans sa partie générale, du consentement de la victime. Ce n'est que dans sa partie spéciale, consacrée aux infractions et à leur punition, qu'on trouve quelques dispositions (13) qui déterminent le rôle du consentement de la victime à l'égard de certains délits. A vrai dire, dans ces rares cas, les dispositions sont parfois très insuffisantes. De plus, le législateur passe bien souvent sous silence le problème du consentement en ne prévoyant pas le rôle que joue la volonté de la victime sur l'existence d'autres délits.

4 — LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME DANS LES LEGISLATIONS ETRANGERES.

Devant l'insuffisance ou l'absence des dispositions déterminant, dans la législation pénale française, le rôle de la volonté du sujet passif à l'égard du caractère licite ou illicite de l'acte et pour arriver à des conclusions plus exactes, il est utile de se référer aux législations étrangères pour voir la solution qu'elles adoptent à cet égard (14).

(12) Dans le présent travail, nous n'avons pas l'intention de traiter le problème du consentement de la victime du point de vue historique. Toutefois, nous serons amené à faire quelques allusions relatives à ce problème, en Histoire du droit.

A vrai dire, l'histoire de la notion de « consentement de la victime » constituerait à elle seule un vaste sujet d'étude du plus grand intérêt. On pense, en effet, que la disponibilité des biens de la part de leur titulaire est en rapport direct et immédiat avec la conception et la fonction de l'Etat dans les différentes époques historiques (FLEURY, *Le consentement de la victime*, Thèse, Lille, 1911, p. 11 à 37, et les auteurs cités). A noter, cependant, que ces recherches historiques ne nous seront que de peu d'utilité dans notre travail, où nous n'entreprendrons que celles qui s'avèreront nécessaires (Cf. GRISPINI, *Il consenso dell'offeso*, n° 2, p. 11).

(13) V. *infra*, n° 67, p. 123 et s.

(14) Pour l'importance que peut avoir l'étude en droit comparé dans l'interprétation du droit en vigueur, cependant qu'en droit pénal, cette importance est beaucoup moindre qu'en droit privé, cf. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903; WEISS, *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil*, dans : Bulletin de la Société de législation comparée, 1900, p. 418; SALEILLES, *La conception et l'objet de la science du droit comparé*, id., 1900, p. 373; DI CARLO, *Dei nuovi metodi d'interpretazione della norma positiva di diritto*, dans : *Il circolo giuridico*, Palermo, 1913; BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridica e sociologica*, Milano, 1907, p. 308.

Exclusivement à l'égard du droit pénal, cf. Jean HEMARD, *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures*, Revue Critique de législation et de jurisprudence, 1939, pp. 293 à 319; MANZINI, *Trattato*, t. I, pp. 28-30; ALIMENA, *Principii di diritto penale*, t. I, en préface.

A vrai dire, la plupart des législations ont pris une position semblable à celle prise par le législateur français. Des dispositions envisageant notre notion d'une manière générale y font également défaut, exception faite à de rares cas, et ceci est valable tant pour les législations en vigueur que pour des législations déjà abrogées.

En effet, presque tous les Codes pénaux ne parlent des effets du consentement de la victime que dans leur partie spéciale et à l'égard de certaines infractions (15), et en quelques allusions qui sont insuffisantes à déterminer l'efficacité du consentement en ce qui concerne beaucoup d'autres infractions à l'égard desquelles la loi se tait. Citons, par exemple, notre Code pénal d'Égypte (R.A.U.) et les Codes pénaux allemand, belge, suisse, grec, etc...

Ceci dit, examinons de plus près les dispositions pénales des Codes étrangers qui parlent d'une façon générale de l'effet du consentement de la victime sur l'existence du délit. Cet examen montre la difficulté du problème, car ceux des Codes pénaux en vigueur (16) qui, dans leur partie générale, présentent des textes réglant l'efficacité du consentement de la victime, n'ont pas adopté la même solution. Il existe parmi eux deux tendances :

a) Certains Codes partent du principe de l'efficacité du consentement. Ainsi en est-il du Code pénal italien et du Code pénal indien. Le premier, en effet, a décidé, dans son article 50, que : « N'est pas punissable celui qui lèse ou compromet un droit, avec le consentement de la personne qui peut valablement en disposer ». Le second, cependant, a reconnu plus que tout autre l'importance du consentement et en a longuement parlé dans sa partie générale où six sections forment son chapitre IV, intitulé

(15) Pour les dispositions qui existent dans la partie spéciale des codes pénaux étrangers, voir : GERLAND, *Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden*, dans *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländische Strafrechts*, partie générale, t. II, pp. 495 et s. Nous parlerons cependant de ces dispositions, ainsi que des dispositions du droit pénal français, dans le courant de notre travail, spécialement dans la partie spéciale de notre ouvrage.

(16) Quant aux Codes qui ne sont plus en vigueur, citons le Code pénal grec de 1834 qui contenait, dans sa partie générale, une disposition dans laquelle il déterminait les limites de l'efficacité du consentement. En effet, l'article 98 disait : « Un acte commis avec l'acquiescement tacite ou formel de la personne lésée, défendu sous une sanction pénale, reste impuni seulement dans le cas où, sans que l'ordre public soit mis en danger, il est dirigé contre la propriété ». Cet article semblait inutile. (Cf. CASTORKIS DEM., *Volenti non fit injuria*, Athènes, 1900). On trouvait une disposition en ce sens dans le Code pénal abrogé de la Bavière, de 1813.

Les Codes pénaux autrichiens de 1787 (§§ 6 et 121) et de 1803 (§ 4) consacraient la même solution du Code pénal en vigueur de 1852 (*Infra*, p. 86, en note). Ajoutons que le Code pénal mexicain de 1871 niait, dans son article 10, paragraphe 5 — disposition presque analogue à celle de l'article 15 du Code de 1929 en vigueur — toute efficacité au consentement, sauf les cas prévus dans l'article 261.

« *General exceptions of responsibility* » (17). Ces sections parlent, non seulement du domaine de l'efficacité du consentement de la victime, mais aussi des vices du consentement. De ces derniers, le Code pénal italien ne parle qu'à l'occasion de l'homicide consenti (art. 579). N'aurait-il pas été opportun que ces dispositions de ce Code trouvassent une place dans sa partie générale, afin d'avoir une application générale ?

b) D'autres Codes partent du principe opposé : pour eux, le consentement de la victime n'est pas, en principe, une cause de justification. Citons, par exemple, les Codes pénaux éthiopien, mexicain et autrichien.

En effet, le Code pénal éthiopien, traitant des « faits justificatifs et excuses », dispose dans son article 66 : « Le consentement de la victime à la commission d'une infraction contre un droit dont il peut valablement disposer ne justifie pas, en principe, le délinquant ».

Le Code pénal mexicain, dans son article 15, dispose que la présomption selon laquelle un délit est intentionnel ne se détruit pas même si l'accusé prouve qu'il a agi avec le consentement de la victime, exception faite des délits qui ne peuvent être poursuivis qu'à la plainte de la victime.

Enfin, le Code pénal autrichien, dans son article 4, nous dit qu'un crime peut être commis à l'égard de personnes qui sollicitent elles-mêmes le dommage ou y consentent. A vrai dire, ce dernier Code est moins affirmatif en ce qui concerne le principe de l'inefficacité du consentement, car le mot « peut », adopté par le législateur autrichien, nous laisse comprendre que l'hypothèse contraire, c'est-à-dire l'efficacité du consentement, n'est pas à exclure. On pourrait donc soutenir que ce dernier Code adopte une solution intermédiaire (18).

5 — LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME ET LA DOCTRINE FRANÇAISE OU ETRANGERE.

La divergence des positions adoptées en législation, concernant le rôle de la volonté du sujet passif de l'infraction, nous conduit à rechercher la situation dans la doctrine.

En France, d'éminents pénalistes parlent généralement du « consentement de la victime » dans leurs ouvrages de droit pénal général lorsqu'ils traitent de l'élément légal de l'infraction et plus précisément de ses causes de justification (19). On

(17) Voir l'appendice.

(18) Cf. *Infra*, pp. 85-86, note 13.

(19) Cf. *Infra*, n° 40 et plus spécialement note 56, p. 75.

trouve, de même, certains ouvrages ou articles consacrés directement à l'examen de cette question (20).

D'une façon ou d'une autre, les études françaises aboutissent presque toujours à une même conclusion : le consentement de la victime n'est pas, en principe, une cause de justification.

Cependant, il existe chez certains pénalistes une tendance à attacher une importance accrue à la volonté de la victime, en soutenant que le consentement de la victime connaîtrait un renouveau très marqué en droit comparé (21). En revanche, d'autres sont nettement hostiles à cette notion (22).

A vrai dire, de l'ensemble des recherches faites à cet égard, nous nous apercevons que ce problème n'a fait l'objet jusqu'ici d'aucune étude approfondie et exhaustive (23).

En Egypte (R.A.U.), la notion du consentement n'a pas donné lieu à des études importantes. A part quelques allusions faites sur la question dans les ouvrages de droit pénal général, on ne trouve pas de monographies traitant le sujet (24).

De même dans la doctrine étrangère, tant belge (25) et suisse

(20) Monographies spéciales sur ce sujet :

a) En droit pénal : P. SUBRA, *De l'influence du consentement de la victime sur l'existence d'un délit et la responsabilité de l'auteur*, Thèse, Toulouse, 1906 ; R. FLEURY, *Du consentement de la victime dans les infractions*, Thèse, Lille, 1911 ; M. A. BADR, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, Thèse, Paris, 1928 ; S. M. NASR, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, Thèse, Grenoble, 1933 ; R. DOUBLIER, Le consentement de la victime, article publié dans : *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Librairie Dalloz, 1956, pp. 187 à 225 ; J. HEMARD, *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, pp. 293 à 319 ; P. GARRAUD, *Le rôle de la volonté du patient et du médecin quant au traitement médical*, Rev. gén. de droit, 1926, p. 129 et s. ; MAGNOL, *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures volontaires*, Rev. Sc. Crim., 1937, p. 680.

b) En droit civil : R. VOUIN, *L'exercice de l'action civile en cas de participation volontaire de la victime à l'infraction pénale*, dans *Revue Sc. Crim.*, 1952, pp. 345 et s.

Nous ferons allusion aux ouvrages généraux du droit pénal et civil qui parlent du problème, lors de notre travail.

(21) Jean HEMARD, *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures*, *Revue Critique de législation et la jurisprudence*, 1939, pp. 293 à 319.

(22) Louis HUGUENEY, *Chronique de jurisprudence*, dans *Rev. de Sc. crim.*, 1938, p. 713.

(23) En ce sens : DONNEDIEU DE VABRES, préface sur l'ouvrage de BADR, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, Paris, 1928.

(24) Citons le seul article de M. HOSNI M. N., qui a touché de plus près la notion du consentement de la victime, dans les atteintes à l'intégrité corporelle, intitulé : *Le droit à l'intégrité corporelle et sa protection en droit pénal*, *Revue de droit et de science économique*, 29^e année, pp. 565 et s.

(25) R. TAHON, *Le consentement de la victime*, *Rev. Dr. Pén.*, 1951-1952, pp. 323-342 ; J. SIMON, *Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles?* Mémoire publié dans *Rev. Dr. Pén.*, 1933, p. 457 et s.

(26) qu'anglaise et américaine (27), le sujet a seulement fait l'objet d'une considération rapide et incomplète. En revanche, la doctrine allemande offre de nombreuses monographies spéciales (28). De cette question s'occupent, de même, en Allemagne, presque tous les traités et manuels, tant de droit pénal que de droit civil, et plusieurs études traitent du problème du point de vue de la théorie générale du droit.

Cependant, il faut dire immédiatement de la doctrine allemande qu'on ne peut pas affirmer que le sujet y ait trouvé une étude définitive et complète. Il y existe une grande diversité dans la conception fondamentale de notre institution, souvent confondue avec d'autres notions. Nous nous en apercevons au cours de notre étude. En effet, les auteurs allemands se contredisent lors de leurs études sur la nature juridique, les conditions de validité et les limites de l'efficacité du consentement de la victime, de telle manière qu'on ne peut même pas considérer qu'une seule de ces questions soit résolue par eux d'une manière sûre

(26) P. NOLL, *Uebergestzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*, dans *Schweizerische Criminalistische Studien*, t. 10, Bâle, 1955, pp. 59 à 139; HAFLINGER, *Ueber die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, dans *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1952, p. 52.

(27) En droit anglais et américain, il n'y a pas, à notre connaissance, de monographies traitant le problème. Cependant, les auteurs parlent du consentement de la victime dans les ouvrages généraux en droit pénal. Nous aurons l'occasion de les citer en cours d'étude.

(28) Citons, parmi les monographies spéciales sur le sujet : STUBEL, *Ueber die Natur der Handlung wenn Jemand ein unveräußerliches Gut einem Andern mit dessen Einwilligung beschädigt oder ganz entziehet*, dans *Neues Archiv des Criminalrechts*, IX, 1827, n° 21, pp. 551 à 599; HEPP, *Über den Rechtssatz : volenti non fit injuria*, idem, 1830, t. XI, pp. 65 à 100 et pp. 239 à 294; MAREZOLL, *Quatenus verum sit, quod vulgo dicitur, volenti non fit injuriam?* Leipzig, 1858, § 24, p. 83; BOHLAU, *Volenti non fit injuria*, dans *Archiv des Criminalrechts*, 1857, pp. 489 à 501; KLEE, *Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden*, idem, t. 48, pp. 177 et 337, t. 49, p. 246 et t. 50, p. 364; WACHTER, *Volenti non fit injuria*, dans *Gerichtssaal*, 1868, pp. 1 à 9; ULLMANN, *Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht*, dans *Gerichtssaal*, t. 27, p. 550 et t. 37, p. 529; KESSLER, *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, Berlin, Guttentag éd., 1884; Idem, *Kritik zu BINDING'S Lehre von der Einwilligung des Verletzten*, dans *Gerichtssaal*, t. 38, p. 561; PFERSDORFF, *Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund*, Inaugural-Dissertation, Strasbourg, 1897; JOSKI, *Die Einwilligung des Verletzten*, Inaugural-Dissertation, Meyer's Buchdruckerei dans Bernburg, 1899; BREITHAUPT, *Volenti non fit injuria*, Berlin, Puttkammer und Mühlbrecht éd., 1891; HOLER, *Die Einwilligung des Verletzten*, Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Zürich, Schulthess éd., 1906; GERLAND HEINRICH, *Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden*, dans *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Partie générale, t. II, Berlin, 1908, pp. 487 à 530; HONIG, *Einwilligung des Verletzten*, Berlin, 1919; TRAGER, *Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtausschließungsgründe im zukünftigen Strafrecht*, dans *Gerichtssaal*, 1927, 116; SCHLOSKEY, *Die Einwilligung des Verletzten*, *Ztschr. Deutsches Strafrecht*, 1943; GEERDS, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten in Strafgesetzentwurf*, dans *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1960, pp. 42 et s.

et acceptée à l'unanimité (29). Ajoutons qu'aucun auteur, en traitant le sujet, n'a examiné le consentement à l'égard de toutes, ni même de presque toutes les infractions à l'égard desquelles il peut avoir une efficacité. Les auteurs, au contraire, se sont limités à parler des cas les plus fréquents (30), ce qui les a empêchés de résoudre d'une façon générale plusieurs questions dont il est nécessaire de s'occuper si on veut être complet et obtenir qu'aucun doute ne subsiste (31).

En Italie, bien qu'on trouve très peu d'études consacrées au consentement de la victime avant l'entrée en vigueur du nouveau Code en 1931, il apparaît que la doctrine postérieure est plus avancée à cet égard. Elle a dédié à notre institution plusieurs monographies et articles, en étudiant le problème du point de vue de la théorie générale du droit (32).

Rendons hommage à la mémoire du très éminent juriste Filippo

(29) Cf. ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, Extrait de l'*Archiv für civilistische Praxis*, vol. 99, 1906, p. 47, qui dit : « Le consentement est considéré par tous les auteurs comme une cause de justification. Mais l'incertitude domine en ce qui concerne tout le reste... ». Il ajoute que les auteurs ne sont pas même tous d'accord pour considérer le consentement comme un acte juridique.

Voir aussi : BREITHAUP, *Volenti*, p. 5, qui reconnaît qu'il s'agit d'une question très contradictoire.

(30) Pour la sincérité scientifique, nous devons mettre en évidence que BINDING, dans *Lehrbuch*, discute de l'efficacité du consentement à l'égard de nombreuses infractions.

(31) Cf. GRISPINI, *Il consenso dell'offeso*, Rome, 1924, n° 4, p. 15.

(32) Citons parmi les monographies spéciales sur le sujet : COPPAZUCCARI, *Volenti non fit injuria*, Modena, 1910 (L'auteur a publié seulement l'introduction et le premier chapitre de ces recherches). SFORZA E., *Il consenso del soggetto passivo del reato*, dans *Rivista di giurisprudenza*, Ann. 35, fasc. 3 et 4; GRISPINI, *Il consenso dell'offeso*, Roma, 1924; VISCO A., *L'omicidio e la lesione personale del consenziente*, Milano, 1929; DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936; TESAURO, *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato*, Padova, 1932; PIOLETTI, *La lesione personale del consenziente nel diritto positivo italiano*, Napoli, 1934; SALTELLI, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto*, Torino, 1934; LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955; ALTAVILLA, *Consenso dell'avente diritto*, dans *Novissimo digesto italiano*, t. IV, Torino, 1960, p. 115; BATTAGLINI G., *Sul consenso dell'avente diritto*, dans *Riv. it. dir. pen.*, 1933, p. 150; BRASIELLO T., *Diritti soggettivi disponibili e indisponibili*, dans *Studi in onore di Mariano d'Amelio*, I, Roma, 1933, 150; CANDIAN AUR., *Riflessioni sul consenso dell'avente diritto*, dans *Riv. dir. comm.*, 1938; DOLCE, *Ancora qualche considerazione in favore dell'efficacia oggettiva e della natura negoziale privata del consenso preveduto dall'art. 50 del Codice penale*, dans *Arch. pen.*, 1957, I, 469; MANASSERO, *Limitazione degli atti di disposizione del proprio corpo secondo l'articolo 5 del nuovo Codice civile in rapporto all'efficacia discriminatrice del consenso dell'avente diritto*, dans *Ann. dir. proc. pen.*, 1939, 482; PAOLI, *Il consenso dell'offeso nel Progetto preliminare Rocco*, dans *Scuola positiva*, 1928, I, 297; Idem, *Esercizio di un diritto, consenso dell'offeso e dolo*, dans *Ann. dir. proc. pen.*, 1935, 726; PETROCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, dans *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 514; Idem, *Morale e consenso dell'avente diritto*, dans *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 195; SPIERIA, *La natura giuridica del consenso del titolare del diritto*, dans *Riv. pen.*, 1933, p. 918; PEDRAZZI C., *Consenso dell'avente diritto*, dans *Enciclopedia del diritto*, t. IX, Milano, 1961, p. 140.

Grispigni dont l'ouvrage intitulé « *Il consenso dell' offeso* », paru en 1924, reste jusqu'à présent l'œuvre la plus complète en la matière. Cet auteur, dans le cadre de sa théorie générale du droit, a consacré toute une section (pp. 430 à 622) à l'étude de l'efficacité du consentement vis-à-vis de la plupart des infractions. Son ouvrage a, dans son ensemble, un grand intérêt théorique. L'auteur n'a pas donné une grande importance à la pratique judiciaire, mais l'omission est intentionnelle, comme il le reconnaît lui-même dans son introduction (33). Notons que son travail a paru au temps du Code pénal italien abrogé, qui ne consacrait pas un texte au consentement de la victime, contrairement au Code pénal en vigueur.

6 — INTERET THEORIQUE ET PRATIQUE DE NOTRE ETUDE.

De ce que nous venons de dire relativement à la façon dont l'objet de notre étude est réglé en législation, et en tenant compte de l'état de la doctrine à cet égard, il résulte déjà implicitement que le présent travail ne manque pas d'intérêt.

Cependant, l'importance tant théorique que pratique des recherches que nous allons entreprendre sera mieux mise en évidence en étudiant le problème du consentement de la victime comme relevant de la théorie générale du droit. Ces recherches, ainsi comprises, doivent nous aider, non seulement à déterminer avec exactitude les éléments constitutifs de l'infraction pénale, mais encore à définir les éléments de l'illicéité civile (34). Si

(33) GRISPIGNI, *Il consenso dell' offeso*, n° 2, p. 8, où il dit : « *Che il presente lavoro è di natura strettamente dommatica, volendoci noi attenere rigorosamente al diritto positivo italiano, che cercheremo di interpretare servendoci dei più recenti insegnamenti della tecnica giuridica, e tenendoci ben lontani da ogni pretesa di interpretazioni più o meno arbitrarie, le quali, se sono sempre da deplorarsi in ogni ramo del diritto, sono poi tanto più da respingersi nel campo del diritto penale...* »

(34) Pendant le présent travail, nous verrons comment le problème a, effectivement, tout à la fois un intérêt en droit civil et en droit pénal (Cf. spécialement n° 81, p. 153). Du reste, celui qui a une notion exacte de l'élaboration dogmatique moderne du droit reconnaît immédiatement que le problème du consentement appartient à la théorie générale du droit (Cf. GRISPIGNI, *Il consenso dell' offeso*, n° 5, p. 23, note 1). Nous insistons sur ce point car on trouve quelques auteurs allemands (par exemple : PFERSDORFF, *Einwilligung*, pp. 19-20) qui ont soutenu sans raison que le problème du consentement ainsi que celui de l'exercice d'un droit peut seulement intéresser les civilistes et non encore les pénalistes, afin de déterminer la licéité de l'acte. Ajoutons que nous verrons que le problème du consentement de la victime ne peut être résolu ni seulement à la base du droit civil, ni seulement à la base du droit pénal, mais c'est de l'ensemble de ces droits qu'on peut extraire des éléments pour une solution exacte. Nous ne pouvons donc pas accepter l'opinion de ZITELMANN (*Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, Extrait de l'*Archiv für die civilistische, Praxis*, vol. 99, Tübingen, 1906, pp. 1 et 56), qui a voulu discuter le problème presque exclusivement à la base du droit civil, convaincu que dans le fait d'espèce les

bien qu'on peut affirmer qu'il existe très peu de notions juridiques qui franchissent ou même atteignent l'ampleur d'application de la notion du consentement de la victime (35).

Il résulte de cette affirmation une conséquence à souligner dès le début de notre travail. S'il est vrai qu'un des devoirs de la doctrine est de recueillir les cas particuliers et dispersés et de les étudier afin de pouvoir les grouper, les réunir, les unifier dans peu de principes, ou même dans un seul principe d'application générale, il apparaît qu'une pareille étude doit être tentée plus particulièrement à l'égard de notre sujet, à la lumière de la pratique judiciaire établie et des recherches doctrinales effectuées en divers pays (36).

7 — CHOIX DU SUJET.

Son intérêt pratique et théorique justifie le choix de notre sujet.

En effet, on rencontre tous les jours des cas de consentement de la victime, et donc des questions auxquelles il n'est pas facile de donner une réponse simple et immédiate.

Voilà une femme qui, pour abrégé l'indicible souffrance de celui qu'elle aime, en proie à un mal implacable, s'est résolue, sur sa demande, à lui donner la mort. Une sœur, dans des conditions semblables, cède aux prières de sa sœur agonisante, et lui porte le coup fatal.

C'est une personne affligée d'une disgrâce naturelle ou accidentelle, du corps ou du visage, qui lui cherche un correctif dans une intervention chirurgicale. Tel autre donne son sang pour qu'on le transfuse à un malade, ou fournit une greffe prise

pénalistes doivent accepter la solution donnée par les civilistes (Cf. DOUBLIER R., *Le consentement de la victime*, dans *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, 1956, pp. 187 et s.).

De la même façon, l'opinion de HOLER est inacceptable (*op. cit.*, p. 82), qui a voulu soutenir l'indépendance complète de la notion du consentement de la victime du droit civil de celle du droit pénal (cf. GRISPIGNI, *op. cit.*, n 5, pp. 4-5, note 1; DELOGU, *Teoria*, p. 1 et s.).

(35) Cf. GRISPIGNI, *Il consenso*, n° 5, p. 23.

(36) A l'égard de l'importance de notre argument, rappelons que GRISPIGNI, *Il consenso*, n° 5, p. 26, dit : *Che forse poche volte si è presentato ad uno studioso di problemi giuridici un campo sul quale più intemente potesse rivolgere le suo indagini* ».

FLORIAN, *Trattato*, t. I, 1911, p. 454, dit : « *Che si tratta di un tema così largamente aperto alle seduzioni dialettiche ed erudite* », et à la p. 455 : « *La questione del consenso è una di quelle così dette questioni eleganti, intorno a cui si dilettarono i giuristi a ricamare sottili indagini* ».

KESSLER, *Einwilligung*, p. 9, dit que : « *Il ne s'agit pas d'un détail juridique, mais d'un principe fondamental de tout le droit pénal* ».

HOLER, *Einwilligung*, p. 9, à son tour, dit qu'il s'agit d'un problème « *qui stimule la recherche, parce qu'il oblige à regarder profondément l'essence du droit, spécialement le droit pénal, et il se réfère à des questions de signification fondamentale* ».

sur son individu, opérations devenues de pratique courante. Pris en soi, un acte de ce genre, qui inflige à la victime une véritable atteinte à son intégrité corporelle, renferme, à la charge du chirurgien, tous les éléments du délit de coups et blessures. Mais le consentement de la victime, par dévouement, par intérêt peut-être ne peut-il justifier le praticien ?

La pratique même des jeux et des sports, cette nécessité de la vie contemporaine, se relie à notre problème, en ce qu'elle implique des agissements dont les joueurs sont parfois victimes et qui peuvent entraîner pour eux des infirmités, sinon même la mort.

Voilà une femme qui, pendant l'absence de son mari, a pris un amant : elle est enceinte. Pour échapper au déshonneur public, elle va demander à un tiers de lui procurer l'avortement.

On pourrait multiplier les exemples (37), en relever dans tous les domaines de la vie courante : la question juridique offre donc un intérêt évident. Jusqu'à quel point la volonté humaine influence-t-elle les modalités de la répression, où une formule commode, mais dont on n'a peut-être ni mesuré la portée, ni apprécié sagement l'exactitude, consiste à répéter que tout est d'« ordre public » ?

Il n'est pas facile de donner une réponse immédiate et correcte à cette question, car la situation n'est pas simple (38).

La difficulté du sujet vient d'être mise en évidence par M. Ivar Strahl, professeur à l'Université d'Upsal, à l'occasion de son commentaire du Code pénal suédois, l'un des plus jeunes du monde (39). En effet, cet auteur écrit : « On a cependant renoncé à réglementer certaines matières. On a trouvé trop compliquées pour être introduites dans la loi les règles selon lesquelles le consentement de la victime peut être un fait justificatif » (40).

Malgré l'importance et la difficulté du problème, on trouve en France certains pénalistes qui croient que la question du consentement de la victime est démodée (41).

Nous espérons, par notre travail, manifester l'intérêt actuel et l'importance accrue de cette question.

8 — PLAN.

Notre travail, suivant un plan facile à tracer, comporte une partie générale et une partie spéciale :

(37) *Infra*, n° 12, p. 32.

(38) VOUIN et LEAUTE, *Droit pénal général*, p. 231.

(39) Le Code pénal suédois, promulgué en 1962, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1965.

(40) Ivar STRAHL, *Les grandes lignes du nouveau Code pénal suédois*, *Rev. Sc. Crim.*, 1964, p. 529.

(41) Louis HUGUENEY, *Chronique de jurisprudence*, *Rev. Sc. Crim.*, 1938, p. 713.

— une *partie générale* tendant à formuler un essai d'une théorie générale du consentement de la victime ;

— une *partie spéciale* où nous essaierons de vérifier l'exactitude de la conception définie dans la partie générale, en en faisant application à l'égard des différentes infractions.

Nous ferons de notre mieux pour présenter un ouvrage assez complet pour envisager l'ensemble du problème en espérant apporter une utile contribution à sa solution.

Comme nous l'avons déjà dit dans notre introduction, la plupart des Écoles de droit ont consacré leur effort, dans la partie générale de leur enseignement, à l'étude de l'acte de consentement de la victime en ce qui concerne le crime de rapt. Cette partie de l'enseignement est donc restée à peu près invariable (H.A.L., 1904, p. 100).

ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME

(Partie générale)

Il nous faut donc, pour l'étude de cet acte, nous adresser aux juristes d'aujourd'hui, et nous occuper de ce problème, en particulier aux parties allemande et italienne.

Dans notre essai d'introduction d'une théorie générale, il nous incombe, avant d'étudier le domaine de l'efficacité du consentement, d'apporter une définition, une détermination et une précision relatives à notre sujet. De plus, il nous faut parler des règles qui dominent le sujet.

Cette partie sera donc divisée en quatre chapitres :

- Chapitre I. — La notion de consentement de la victime.
- Chapitre II. — Le nombre juridique de victimes et de la victime.
- Chapitre III. — Les limites de l'efficacité du consentement de la victime.
- Chapitre IV. — Le consentement de la victime, ses effets sur l'individu.

Comme nous l'avons déjà dit dans notre introduction, la plupart des législations n'ont consacré aucun texte, dans la partie générale de leur Code pénal, au problème de l'effet du consentement de la victime sur l'existence de l'infraction pénale. Cette position, adoptée par les législateurs français et égyptien (R.A.U.), fournit — à notre avis — la raison pour laquelle les criminalistes et les juristes de ces deux dernières législations ne se sont pas intéressés à l'étude approfondie de cette notion.

Il nous faut donc, pour que notre étude soit complète, nous adresser aux juristes étrangers qui se sont occupés de ce problème, en particulier aux juristes allemands et italiens.

Dans notre essai d'élaboration d'une théorie générale, il nous incombe, avant d'étudier le domaine de l'efficacité du consentement, d'apporter une définition, une distinction et une précision relatives à notre notion. De plus, il nous faut parler des règles qui dominent le sujet.

Cette partie sera donc divisée en quatre chapitres :

- CHAPITRE I. - *La notion du consentement de la victime.*
- CHAPITRE II. - *La nature juridique du consentement de la victime.*
- CHAPITRE III. - *Les limites de l'efficacité du consentement de la victime.*
- CHAPITRE IV. - *Le consentement de la victime, acte juridique individualisé.*

Comme nous l'avons déjà dit dans notre introduction, la plupart des législations n'ont consacré aucun texte, dans la partie générale de leur Code pénal, au problème de l'acte de consentement de la victime sur l'existence de l'infraction pénale. Cette position, adoptée par les législateurs français et espagnols (C.A.U.), fournit -- à notre avis -- la raison pour laquelle les criminalistes et les juristes de ces deux dernières législations ne se sont pas intéressés à l'étude approfondie de cette matière. Il nous faut donc, pour que notre étude soit complète, nous adresser aux juristes étrangers qui se sont occupés de ce problème, et en particulier aux juristes allemands et italiens.

Dans notre acte d'élection d'une histoire générale, il nous faut avant d'étudier le domaine de l'efficacité du consentement, d'apporter une définition, une distinction et une précision relative à notre matière. Le plus il nous faut parler des règles qui régissent le sujet.

Cette partie sera donc divisée en quatre chapitres :

- Chapitre I - La notion du consentement de la victime
- Chapitre II - La nature juridique du consentement de la victime
- Chapitre III - Les limites de l'efficacité du consentement de la victime
- Chapitre IV - Le consentement de la victime, acte juridique individuel

CHAPITRE I

LA NOTION DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME

10 — DEFINITION ET DISTINCTION.

Divisons ce chapitre en deux sections :

Section I. - La définition du consentement de la victime. Cette section sera divisée à son tour en deux paragraphes : dans le premier, nous essaierons de définir la notion « consentement de la victime » et dans le deuxième nous tenterons de préciser ce qu'on veut entendre par le mot « victime ».

Section II. - La distinction entre la notion du consentement de la victime et d'autres notions plus ou moins voisines. Nous choisirons deux autres notions pour les comparer avec la nôtre. C'est ce qui nous conduira à diviser cette section en deux paragraphes : dans le premier nous distinguerons entre le consentement et l'auto-lésion ; dans le second, nous montrerons la différence entre le consentement et le *pactum ne dolus praestetur* (1).

Section I. — Définition du consentement de la victime

§ 1. — Définition du « consentement » (2).

11 — DIVISION.

Avant de définir la notion du « consentement de la victime », nous croyons utile de donner des exemples typiques de cette

(1) Nous aurons l'occasion de montrer la différence entre le consentement de la victime et d'autres notions, spécialement lors de notre étude, faite dans le deuxième chapitre, concernant « la nature du consentement ».

(2) Littéralement le mot « consentement » signifie : l'action de vouloir bien, trouver bon, autoriser (V. LAROUSSE).

notion afin de permettre au lecteur de suivre nos critiques des définitions données par les auteurs et notre proposition d'une définition.

12 — EXEMPLES TYPIQUES DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME.

Les juristes qui ont traité ce problème ont utilisé cette expression avec diverses significations, dont certaines sont imprécises.

Illustrons dès maintenant cette notion par des exemples typiques qui nous serviront de points de repère dans notre étude et analyse détaillée, en vue de donner une définition reposant sur des bases solides. De plus, ces exemples nous permettront de rester dans le champ de la réalité et, par conséquent, nous éviteront de nous perdre dans l'abstraction.

Voici donc quelques exemples :

A, qui est le propriétaire d'un objet, consent à ce que B le prenne ou le détruise.

A autorise B à entrer dans son habitation quand ce dernier le voudra.

A permet à B d'ouvrir une lettre qui lui est adressée et de la lire.

A autorise B à le blesser.

Une femme consent à ce qu'un certain homme la viole.

Tenant compte de ces « exemples types » du consentement de la victime, nous essaierons de déterminer ce qu'on entend par cette expression et d'établir les caractéristiques essentielles de ce consentement.

Toutefois, dans cette recherche, nous n'entendrons pas déterminer la nature juridique du consentement, à laquelle nous consacrerons le chapitre suivant.

13 — DEFINITIONS DONNEES PAR LES AUTEURS ET CRITIQUES.

a) D'après Kessler (3), le consentement (4) est la déclaration de la conformité qui existe entre la volonté de la personne consentante et l'acte délibéré d'une autre personne.

De même, Breithaupt (5) écrit que le consentement nécessite la réunion de plusieurs volontés, de sorte que la personne

(3) KESSLER, *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer Strafrechtlichen Bedeutung*, Berlin, Guttentag éd., 1884, p. 26.

(4) Quand nous parlons dans ce paragraphe du « consentement », nous nous référons au consentement de la victime.

(5) BREITHAUPT, *Volenti non fit injuria*, Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht éd., 1891, p. 18.

consentante sache que l'autre veut entreprendre une action déterminée.

D'une façon analogue, Von Bar (6) définit le consentement comme l'accord avec la volonté d'une autre personne.

De telles définitions du consentement nous semblent impropres (7). En effet, en droit positif, on parle du consentement en se référant à trois significations diverses :

La première est celle selon laquelle le consentement constitue un élément du contrat (ex. : le contrat de mariage, le contrat de vente, etc...) (8).

La seconde est la permission ou l'autorisation donnée par un tiers pour l'accomplissement d'un acte (ex. : le consentement des parents au mariage des mineurs, art. 148 du Code civil français, et art. 63-67 du Code civil italien).

Mais, finalement, un troisième sens donné du terme « consentement », qui se vérifie au sujet du consentement de la victime, se rapproche de la seconde signification, mais s'en écarte en ce que le consentement émane de la personne même contre qui l'acte offensif est directement dirigé, et non d'un tiers.

Toute conformité de volonté entre deux personnes n'est pas toujours consentement, selon la signification du consentement de la victime. Ce dernier ne signifie pas toujours conformité de volonté entre deux ou plusieurs personnes.

Le consentement de la victime exige un pouvoir, une faculté à partir desquels on concède, permet ou bien autorise quelque chose qui, autrement, reste défendu et qu'on peut empêcher ou, du moins, qu'on croit pouvoir empêcher. Pfersdorff (9) donne ainsi cet exemple : A communique à B son désir de faire une promenade : B se déclare d'accord avec lui. Dans ce cas, il y a accord, mais il n'y a pas le consentement dans le sens du consentement de la victime.

(6) VON BAR, *Gesetz und Schuld*, Berlin, 1909, vol. III, p. 60.

(7) Cf. GRISPIGNI F., *Il consenso dell'offeso*, Athenaeum éd., Roma, 1924, n° 7 ; DELOGU T., *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936, p. 3.

(8) C'est ainsi qu'en effet les civilistes définissent le consentement, faute d'une définition législative : « Le consentement est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un même point ; il est la résultante de deux ou plusieurs volontés qui s'unissent. On voit que le consentement est nécessairement un acte bilatéral, à la différence de la volonté qui est un acte unilatéral ; je puis bien vouloir seul, mais je ne peux pas consentir seul puisque le consentement est un concours de volonté » (BAUDRY - LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, t. I, 3^e éd., 1906, p. 35).

Voir, pour comparer le droit français au droit allemand : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, 1901.

Voir, pour le droit civil italien : BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 460 : « Il nostro Codice non definisce il consenso ; ma fa comprendere che è un accordo di due o più volontà per il conseguimento di un fine giuridico ».

(9) PFERSDORFF, *Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschliessungsgrund*, Inaugural Dissertation, Strasbourg, 1897, p. 15.

On parvient au même résultat dans le cas de l'accord entre deux personnes qui consentent à constituer ensemble une société commerciale, par exemple.

b) Holer (10), devant les critiques apportées aux définitions données ci-dessus, en donne une autre : « Le consentement est la conformité d'une volonté avec l'acte délibéré d'une autre personne, acte dont je peux empêcher la réalisation ».

Cette dernière définition, à notre avis, n'est pas acceptable parce que, comme nous le dirons plus loin, elle ne distingue pas le consentement de la victime d'autres notions semblables. De plus, il n'est pas vrai que le consentement de la victime soit toujours la déclaration d'une conformité de la volonté. Nous verrons, en effet, que le consentement de la victime est valable et a une efficacité juridique certaine, même si la personne qui commet l'acte délictueux n'est pas au courant du consentement (11). Ainsi, par exemple, A déclare à C qu'il permet à B de prendre son livre. B, ignorant un tel consentement, est convaincu qu'il commet un vol en prenant le livre de A. Est-ce qu'il y a un vol dans ce cas ? A notre avis, non, parce que le livre, par le fait du consentement, ne peut plus constituer juridiquement l'objet d'une infraction du vol, bien que le consentement ait été inconnu de B.

c) Gerland (12) a essayé de combler cette lacune de la définition précédente en soutenant que « le consentement est la permission — sérieusement pensée, spontanée, toujours révocable, manifestée avant le fait — donnée à une lésion en elle-même anti-juridique et directe contre la personne consentante ».

Sans doute, cette définition est meilleure que les précédentes parce qu'elle présente le consentement comme une permission. Cependant, l'expression « en elle-même anti-juridique » est imprécise. En effet, si nous admettons cette expression, il en résulte évidemment que la lésion sera seulement « en elle-même » et par conséquent objectivement anti-juridique. Mais, on sait que la lésion, pour être punissable, doit être objectivement et subjectivement anti-juridique tout à la fois de telle sorte que si l'élément moral ou l'élément matériel manquait, le crime n'existerait pas. Autrement dit, du fait que la victime a donné valablement son consentement, la lésion, dans les limites que nous préciserons plus tard, n'est plus anti-juridique (13).

Ajoutons que cette définition de Gerland ne distingue pas le consentement de la victime d'autres concepts juridiques qui

(10) HOLER, *Die Einwilligung des Verletzten. Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Zürich, Schulthess éd., 1906, p. 80.

(11) Cf. *infra*, n° 140, p. 254 et s.

(12) GERLAND, *Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, dans Vergleiche Darstellung*, Partie générale, vol. II, p. 527.

(13) *Infra*, n° 55 et s., p. 104 et s.

produisent le même effet sur l'antijuridicité, tout en étant distincts du consentement (14).

Enfin, Gerland n'a pas indiqué dans sa définition si le consentement de la victime doit émaner d'une personne privée ou d'une personne de droit public (Etat, province, etc...), de sorte qu'il devrait déterminer avec précision si dans notre notion sont incluses ou non l'autorisation, la licence et la concession du droit administratif (15).

d) Grispigni (16) donne la définition suivante : « Le consentement de la victime est la permission donnée par une personne privée (17) à une ou plusieurs personnes pour l'exécution d'une action défendue par la loi positive et qui détruit, diminue ou expose à la destruction ou à la diminution, un bien appartenant à celui dont émane la permission ».

14 — DEFINITION ET ANALYSE.

Quant à nous, nous partageons l'opinion de Grispigni, étant donné qu'elle comprend presque tous les éléments essentiels pour la définition du concept de consentement de la victime. Mais pour être plus complète et exacte, cette définition devrait être donnée dans la forme suivante : « Le consentement de la victime est la permission donnée par une personne privée ou une personne publique, agissant dans le domaine du droit privé, à une ou plusieurs personnes, pour l'exécution d'un acte défendu par la loi positive, et qui détruit, diminue ou bien met en danger de destruction ou de diminution un bien appartenant à celui dont émane la permission ».

Analysons cette définition afin de préciser les éléments constitutifs de notre notion et pour que soit claire la différence entre elle et d'autres notions voisines :

a) Tout d'abord, le consentement consiste en une « permission », une autorisation.

Contrairement à ce qui est soutenu par Kessler, Breithaupt et Von Bar, il ne s'agit pas d'un « accord de volonté », et par le

(14) V. *infra*, n° 17 et s., p. 41 et s.

(15) GRISPIGNI F., *Il consenso*, n° 7, p. 29.

(16) GRISPIGNI F., *Il consenso dell' offeso*, n° 8, où il définit le consentement de la victime comme : « *Il permesso dato da un privato ad una o più persone di compiere una azione proibita dal diritto oggettivo e che distrugge o diminuisce, ovvero espone a pericolo di distruzione o di diminuzione un bene appartenente alla persona da cui deriva il permesso* ».

Voir plus récemment, dans le même sens, SALTELLI et ROMANO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale*, Roma, 1956, vol. I, n° 157.

(17) GRISPIGNI entend par personne privée, non seulement l'individu, mais encore la personne publique agissant dans le domaine du droit privé (Voir GRISPIGNI, *op. cit.*, n° 8 et s. Il est donc, en substance, d'accord avec notre opinion à cet égard (V. n° 14).

consentement, on ne transfère aucun droit spécifique du consentant au destinataire du consentement.

Nous disons droit « spécifique » pour éviter de comprendre dans cette expression l'augmentation éventuelle de la sphère de la liberté juridique de la personne, car à la suite du consentement, le destinataire peut acquérir une faculté d'agir que, sans le consentement, il n'aurait pas eue et qui augmente les limites de sa liberté (18).

Il en résulte que lorsqu'est établi un rapport juridique « spécifique », un droit « spécifique » d'après lequel on permet à une personne une atteinte à un droit ou un bien du consentant, on est hors de notre notion.

Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne dispose d'un de ses biens, à titre gratuit, envers une autre (donation) ou quand, entre les deux personnes, est conclu un contrat de vente, de transport ou de louage, etc..., nous sommes en dehors de la notion du consentement de la victime. Car, dans ces cas, existe un de ces rapports juridiques « spécifiques » déjà connus de la doctrine, en vertu desquels l'agent a un droit subjectif spécifique à l'accomplissement de l'acte (19).

Ceci dit, nous rejetons l'opinion de Binding (20) qui comprend dans la notion de « consentement de la victime » la « transmission et la constitution d'un droit ». Nous repoussons, de même, l'opinion de Pfersdorff (21) qui soutient que, pour la détermination de la notion du consentement, il est superflu de chercher si l'agent a acquis ou non, par le consentement, un droit à l'acte.

Du fait de ce caractère spécial du consentement, qui ne transfère ni ne constitue aucun droit spécial au profit de son destinataire (22), les concessions administratives restent exclues de notre notion. Celles-ci constituent l'exercice d'un droit « spécial » créé par la concession, qui est un acte juridique public et crée un droit qui n'existait pas.

Naturellement, tout cas dans lequel la personne a agi par ordre de la loi ou commandement de l'autorité légitime (art. 327 du Code pénal) reste exclu de notre notion.

b) Le second caractère du consentement est que la personne publique, dans le domaine du droit public, ne peut pas donner son consentement, d'après le concept ci-dessus.

Par conséquent, la question ne peut se poser qu'en ce qui concerne les infractions contre les particuliers et non pas en ce qui concerne les infractions qui portent atteinte à un bien public tel la sûreté de l'Etat, la foi publique ou l'ordre public, car on

(18) *Infra*, n^{os} 40-41, pp. 74 et s.

(19) Cf. GRISPIGNI, *Il consenso dell' offeso*, n^o 8, p. 34.

(20) BINDING, *Handbuch*, p. 713.

(21) PFERSDORFF, *Einwilligung*, p. 18.

(22) *Infra*, n^o 41, pp. 77 et s.

ne conçoit pas que les représentants de l'autorité puissent valablement consentir à la violation de la loi et à la perpétration d'une infraction de ce genre. Leur consentement constituerait fatalement un abus de pouvoir. L'influence du consentement de la victime ne peut donc être envisagée qu'en ce qui concerne les infractions dirigées contre les particuliers (23).

Il semble que la jurisprudence française adopte notre point de vue (24).

En effet, en disant que le consentement doit émaner d'une personne privée, on n'exclut pas que l'Etat ou les autres personnes publiques puissent donner un consentement. Mais dans ce cas, ils agissent comme personnes privées et non pas comme personnes de droit public. Ils accomplissent des actes de gestion et non pas des actes de souveraineté. Autrement dit, ils peuvent consentir à la lésion de leurs biens quand ils agissent dans le domaine du droit privé et, par conséquent, ils accomplissent des actes juridiques privés et non des actes administratifs.

Il en résulte que le consentement ne se distingue pas seulement des concessions administratives (25), mais encore des autorisations administratives qui consistent en « cet acte d'élever la limite à laquelle est borné l'exercice d'un droit déjà existant » (26).

c) Le troisième élément du consentement de la victime tient au fait que la personne qui autorise (sujet actif du consentement) doit être la personne à laquelle le bien lésé ou mis en péril (sujet passif de l'atteinte ou du danger) appartient.

Nous consacrerons le paragraphe suivant à cet élément, afin de donner quelques précisions (27).

d) Il résulte aussi de la définition donnée que l'acte accompli doit être défendu par la loi pénale. C'est exactement par cette situation juridique, où l'acte accompli est défendu par la loi pénale et en même temps permis par le titulaire du bien, que se caractérise notre notion dont l'intérêt juridique est de résoudre l'antithèse — apparente — entre la volonté de la loi pénale et la volonté du titulaire lésé. Il s'agit de montrer comment et jusqu'à quel point les deux volontés peuvent s'harmoniser et être dirigées vers les mêmes buts.

(23) Cf. CONSTANT Jean, *Manuel de droit pénal*, 7^e éd., t. I, 1959, p. 604 ; BRAAS, *Précis de droit pénal*, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles, 1946, n^o 227 ; TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, t. I, éd. Lacier, Bruxelles, 1955, n^o 2730.

(24) Cass. Crim., 1^{er} juillet 1948, Bull. Crim. 1948, n^o 180 : « L'exécution d'une loi ne saurait être suspendue par décision administrative ».

Voir de même Cass. Crim., 30 juin 1937, Bull. Crim. 1937, n^o 137, dans ses motifs.

(25) *Supra*, p. 36.

(26) Cf. GRISPIGNI, *Il consenso*, n^o 8, spécialement en notes 1 et 2, p. 39, et les auteurs cités par ce juriste.

(27) *Infra*, n^o 15 et s., p. 38 et s.

e) Pour terminer notre analyse, nous affirmons que l'acte consenti doit avoir comme effet la destruction ou la diminution, d'un bien protégé juridiquement. C'est-à-dire que le résultat de l'acte consenti peut être non seulement la destruction ou la diminution du bien, mais encore la mise de ce bien en danger de destruction ou de diminution. En d'autres termes, son effet peut être un dommage, une lésion ou bien une mise en danger (un dommage éventuel, une lésion éventuelle).

Mais à l'égard de ces effets de l'acte, compris comme « lésion » ou « mise en danger » d'un bien, nous affirmons que l'acte doit avoir ce caractère seulement « en fait ». Nous n'abordons pas pour le moment la question de la possibilité d'une lésion juridique, relativement à l'acte nuisible accompli avec le consentement de la personne à qui appartient le bien lésé, car ce sera le résultat de notre recherche qui nous permettra de préciser la réponse que cette question appelle.

A ce propos, il faut observer qu'en parlant de lésion « en fait », nous n'entendons pas nous référer au point de vue « subjectif » de la personne à laquelle appartient le bien ; il n'est pas nécessaire que la personne perçoive ou sente la lésion comme telle, qu'elle lui produise une douleur. Il suffit qu'objectivement considéré, l'effet de l'acte se présente comme une lésion, c'est-à-dire comme une destruction ou une diminution du bien considéré.

Ainsi, par exemple, il peut arriver que l'existence d'une chose soit une cause d'ennui pour son propriétaire, des souvenirs douloureux étant reliés à cette chose. Alors, la destruction de celle-ci, opérée avec le consentement du propriétaire, peut être pour ce dernier une raison de satisfaction, car l'acte lui évite un souvenir déplaisant. Mais ceci n'est pas une raison pour que la destruction cesse de constituer une atteinte à ce bien patrimonial.

§ 2. — Définition de la « victime » (28).

15 — PRECISIONS.

Pour mieux saisir la notion de consentement de la victime, il faut encore préciser ce qu'on veut exprimer par cette « victime » qui est, en effet, le sujet passif de l'infraction.

(28) L'expression « consentement de la victime » est impropre quand il s'agit d'un consentement valable et efficace parce qu'en effet, dans ce cas, il n'y a pas victime à proprement parler. Il n'y a qu'un sujet passif et non point une victime. Il s'agit d'un « consentement à un acte qui serait une lésion et qui se dénommerait infraction, s'il n'y avait pas de consentement ». Tous les juristes utilisent cependant l'expression « consentement de la victime » dans ce cas. (Voir GRISPIGNI, *op. cit.*, n° 8, pp. 42 et s. ; NASR, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, Thèse Grenoble, 1933).

De même, il faut distinguer entre le sujet passif de l'infraction (la victime) d'une part et son objet matériel d'autre part. Ce dernier est la personne ou

Garraud (29) définit la victime comme la personne à qui appartient le droit qu'attaque le délit ou qu'il met en péril.

Le Professeur Constant (30) la définit comme l'agent passif, celui qui subit les conséquences de l'infraction.

De son côté, Manzini (31) voit la victime (ou le titulaire de l'intérêt lésé ou du bien exposé au péril par l'infraction) comme « celle qui supporte la conséquence immédiate de l'acte délictueux ».

Rocco Arturo (32) la désigne dans le destinataire de l'intérêt protégé par la règle juridique pénale, lésée ou menacée par l'acte délictueux.

Grispigni (33) la voit comme la personne, directement et immédiatement atteinte par l'infraction.

Enfin, Antolisei (34) la considère comme « le titulaire de l'intérêt dont l'atteinte constitue l'infraction ».

Toutes ces définitions tendent dans un même sens : l'infraction comporte toujours une violation de biens ou d'intérêts sous la forme d'une lésion ou d'une mise en péril. Ces intérêts ou biens appartiennent à leur titulaire, sujet juridique qui est toujours la personne humaine, individuellement ou collectivement. Cette personne est le sujet passif de l'infraction. Etant donné qu'elle est le titulaire du bien atteint par l'infraction, elle est celle qui reste lésée (35).

16 — LA VOLONTE DU SUJET PASSIF ET LA TUTELLE PÉNALE.

Mais la victime, sujet passif de l'infraction, est-elle titulaire de l'action pénale ? Peut-elle renoncer valablement à la tutelle pénale ?

Le délit est créé par la loi, dans sa gravité et dans son

la chose sur laquelle s'exerce l'activité de l'auteur de l'infraction. L'objet matériel de l'infraction peut donc être tout homme, vivant ou mort, conscient ou inconscient, toute personne juridique, tout groupement et particulièrement l'Etat, ou toute chose animée ou inanimée, avec cette différence : si les personnes peuvent être, suivant les cas, sujets et objets de l'infraction, les choses ne sont jamais qu'objets de délit.

Ceci précisé, nous attirons l'attention sur la distinction à faire entre le sujet passif et la personne civilement lésée par l'infraction. Celle-ci peut être le sujet passif (la victime) ou bien peut être un tiers lésé (Ex. : les parents de la personne tuée).

(29) GARRAUD R., *Traité*, vol. I, n° 265, p. 549 et s.

(30) CONSTANT J., *Manuel de droit pénal*, vol. I, Liège, 1959, p. 193.

(31) MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. X, Torino, 1932, p. 417.

(32) ROCCO ARTURO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, p. 9.

(33) GRISPIGNI, *Il consenso...*, n° 1, p. 3, en note.

(34) ANTOLISEI F., *Manuale*, Partie générale, n° 72.

(35) Sans doute, la société est toujours partie lésée dans l'infraction, puisque la société n'édicte la sanction qu'en vue de la défense sociale.

existence ; pour l'incriminer, le législateur en général s'inspire des lois de la nature, des exigences sociales et de la justice. Et nul n'a le droit de désobéir à la loi. Il n'est pas facile de voir dans quelle mesure le consentement de la victime — volonté individuelle qui doit d'ailleurs se soumettre et obéir à l'ordre social — peut effacer ou atténuer le délit, ni comment la société pourrait, bon gré mal gré, se dérober à son devoir essentiel : la poursuite d'office de la réparation du mal causé par le criminel.

L'ordre public est le but de la société. Estève (36) estime qu'on peut résumer de cette façon l'attitude de la Cour de cassation française, exprimée dans cette idée : « Les lois qui protègent la vie des hommes sont d'ordre public ; les crimes et les délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la Société, que la sûreté individuelle des citoyens ; aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite le fait que les lois ont déclaré punissable, sans autres conditions ni réserves que celles qu'elles ont expressément établies ».

La loi prévoit précisément les actes délictueux et, dans certains pays, tels actes sont délictueux qui ne le sont pas dans d'autres ; tels actes sont considérés ici comme particulièrement graves, et là comme relativement légers.

Dès maintenant, nous constatons que le délit est la faute que la société défend et non la faute morale, qui souvent n'est pas sanctionnée par la loi ; le citoyen doit se soumettre à la loi sociale sans pouvoir lui opposer les décisions de sa conscience morale, pour la contredire et lui désobéir.

Tout délit étant une désobéissance à la loi implique une violation de l'ordre public. On pourrait donc dire que l'intérêt général exige une sanction contre le coupable quand bien même la partie lésée a pardonné ou s'est abstenue de poursuivre. Car tout crime porte atteinte à l'ordre social et la société tout entière, dans la personne de chacun de ses membres, sera appelée à en assurer la répression au moyen d'une peine.

Nous arrivons donc à cette conclusion que chaque infraction viole un intérêt privé, et l'intérêt fondamental de l'Etat en tant qu'organe de Droit et de l'ordre veillant au maintien de l'ordre juridique. Cet intérêt constitue un droit subjectif de l'Etat, l'un de ses droits fondamentaux. Il n'est donc pas exact de dire que l'infraction viole seulement le droit de la partie lésée ; elle viole aussi un droit fondamental de l'Etat.

Toutefois, sans préjuger dès maintenant de la question des limites de l'efficacité du consentement de la victime (37), notons

(36) ESTEVE (Cte), *Questions sociales. Le duel devant les idées modernes*, Paris, 1908, p. 173. Voir aussi DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., Paris, 1947, p. 242.

Voir de même l'arrêt de la Cour de Cassation, Ch. Crim., 1^{er} juillet 1937, *Gaz. Pal.* 28 déc. 1937 ; S., 1938, 1.193 : « La victime n'ayant pu donner le droit de violer, sur sa personne, les règles régissant l'ordre public ».

(37) *Infra*, n^o 44 et s., pp. 81 et s.

que, dans certains cas, l'intérêt de l'Etat est constitué uniquement par l'utilité sociale de garantir et d'assurer à l'individu la libre jouissance de ses biens. Alors, en effet, l'intérêt de l'Etat est typiquement médiat et indirect, tandis que, dans d'autres cas, l'Etat, outre l'utilité de garantir cette volonté privée, a un intérêt propre à la conservation du même bien. Dans ces derniers cas, l'intérêt de l'Etat est immédiat et direct, en ce sens qu'il existe et demeure indépendamment de la volonté de l'individu.

Section II. — La distinction entre la notion du consentement de la victime et d'autres notions

17 — PLAN.

Dans la première section de ce chapitre, nous avons défini le « consentement de la victime ». Nous avons analysé longuement cette notion afin que soit claire dans l'esprit de nos lecteurs sa signification exacte.

Il n'est pas toujours facile, cependant, de déterminer si nous sommes devant un cas de consentement de la victime ou, au contraire, devant quelque notion qui s'en approche. C'est pour cette raison qu'il est utile de montrer quelle différence existe entre notre notion et d'autres notions voisines.

Nous nous limitons ici à distinguer entre le consentement de la victime et deux autres notions. Toutefois, nous aurons l'occasion d'évoquer encore d'autres institutions au cours de notre étude, spécialement lors de notre recherche sur la nature juridique du consentement (38).

Parlons donc, dans un premier paragraphe, de la différence entre notre notion et l'auto-lésion, et dans un deuxième paragraphe distinguons entre le consentement de la victime et le *pactum ne dolus praestetur*.

Ces deux notions, l'auto-lésion et le *pactum ne dolus praestetur*, ont des conséquences très différentes. Dans leur étude apparaîtra clairement au lecteur l'intérêt de savoir si, dans chaque cas d'espèce, il s'agit du consentement de la victime ou d'une autre notion.

§ 1. — La lésion consentie et la lésion de soi-même (auto-lésion).

18 — DIVISION.

Tout d'abord, nous allons examiner l'opinion d'après laquelle la lésion consentie équivaudrait juridiquement à une auto-lésion.

(38) *Infra*, n° 26 et s., pp. 55 et s.

en présentant les preuves décisives de l'inexactitude de cette opinion.

Nous parlerons ensuite du contenu de la notion d'auto-lésion, et nous exposerons enfin le fondement juridique de l'impunité de l'auto-lésion.

19 — DISTINCTION.

Certains juristes soutiennent que la lésion de la victime consentante est juridiquement identique à la lésion de soi-même, comme si le consentant s'était atteint lui-même.

Ils retiennent, en outre, que la lésion consentie, comme la lésion de soi-même ne peut être punissable : dans les deux cas, il n'y a pas une atteinte à la volonté du sujet passif de l'infraction.

Cette théorie fut énoncée en Allemagne par Klee (39), Ullmann (40) et d'autres (41). Elle est soutenue en Italie par Chironi (42).

Il y a, contre cette théorie, des arguments décisifs (43). Ne suffit-il pas de remarquer que le droit pénal peut sauvegarder un individu même contre sa volonté, de sorte qu'il apparaît inutile de parler de l'existence ou non d'une atteinte à sa volonté ? Par exemple, la doctrine et la jurisprudence françaises et égyptiennes ne considèrent-elles pas comme un simple meurtre l'homicide demandé ou même sollicité par la victime ?

(39) KLEE, *Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden*, dans *Archiv des Criminalrechts*, 1857, p. 181.

(40) ULLMANN, *Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung in Strafrecht*, dans *Gerichtssaal*, vol. 37, p. 536.

(41) ORTMANN, SCHÜTZE, etc... (Cité par Von BAR, *op. cit.*, p. 32, note 52).

(42) Bien qu'il ne donne pas une explication adéquate. Cf. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile italiano, Colpa extra contrattuale*, Bocca éd., Torino, 1906, vol. II, p. 586 : « il voler dell' offeso esonerà da responsabilità pel solo fatto che questa non poté nascere a carico dell' agente : il fatto è soltanto dell' offeso, e giustamente egli solo deve sentirne le conseguenze ». L'auteur écrit, de même, vol. I, p. 578, que le consentant est : « l'autore vero del suo danno », et en p. 579 : « l'autore del fatto è in sostanza lo stesso danneggiato », et en p. 580 : « egli (l'agente) è l'esecutore materiale di un atto che è l'esercizio di un diritto del dichiarante ».

L'opinion de PESSINA s'approche de cette opinion. Ce pénaliste, dans son rapport sur le projet du Code pénal italien (Code déjà en vigueur depuis 1931) a soutenu à l'égard de l'aide au suicide que « la posizione del compartecipe (al suicidio) non è dissimile da quella di colui che uccide il consenziente ». Voir aussi GISMONDI, *Il concorso al suicidio nella legge e nella scienza*, dans *Foro penale*, III, qui soutient que l'article du Code pénal qui punit l'aide au suicide englobe l'hypothèse de l'homicide consenti.

En France, voir CHAUVEAU et HELIE, *Théorie du Code pénal*, t. III, n° 1237, où ils soutiennent que l'homicide consenti est un cas de suicide. Voir aussi BOITARD, *Leçons de droit criminel*, 12° éd., art. 295 du Code pénal, n° 336, p. 333.

(43) GRISPIGNI, *Il consenco...*, n° 12, pp. 55 et s. ; DELOGU, *Teoria*, pp. 21 et s.

Ne suffit-il pas de constater que toutes les législations (44) ne punissent pas le suicide tandis qu'elles répriment l'homicide sur demande, soit comme un homicide simple (ex. : les législations française et égyptienne), soit comme un délit *sui generis* (ex. : les législations italienne, suisse, etc...) ?

Même dans le cas des législations qui considèrent l'instigation ou l'aide au suicide comme un délit *sui generis* puni par la loi pénale (45), il est admis implicitement que, du point de vue juridique, le suicide et l'homicide sur demande sont deux choses différentes (46). Si on punit le seul fait de l'aide au suicide, on punira *a fortiori* l'homicide sur demande. Etant donné que l'homicide sur demande est puni alors que le suicide, ou plutôt la tentative de suicide, est impuni, ne s'ensuit-il pas que les deux actes (homicide consenti et suicide) sont considérés comme deux faits différents, et que les autres atteintes comme les coups et blessures consentis et la lésion de soi-même, juridiquement, ne sont pas identiques ? (47).

Les mêmes arguments valent pour les législations qui considèrent expressément l'homicide sur demande comme un crime *sui generis* (48). Le fait indique que l'homicide avec consentement (qui est un crime) et le suicide (fait impuni) ne sont pas juridiquement semblables. Par conséquent, la lésion avec consentement de la victime et la lésion de soi-même ne sont pas juridiquement semblables.

Du reste, des arguments analogues, qui appuient les critiques de la théorie que nous combattons, sont formulés par d'autres dispositions du droit pénal français ou étranger.

Par exemple, l'article 317 du Code pénal français établit deux peines différentes pour le cas où une femme se fait avorter elle-même ou tente de le faire (art. 317, al. 3), et pour le cas

(44) Sauf l'Etat de New York (Cf. *infra*, p. 548, note 1).

(45) Voir, par exemple, parmi les Codes pénaux actuels : l'art. 580 du Code pénal italien ; l'art. 139 b du Code pénal autrichien ; l'art. 409 du Code pénal espagnol ; l'art. 138 du Code pénal bulgare ; l'art. 240 du Code pénal danois ; l'art. 301 du Code pénal grec ; l'art. 214 du Code pénal islandais, etc. (Voir aussi l'art. 369 du projet de révision du Code pénal français, Melun, 1934).

(46) En effet, la plupart des législations qui considèrent l'instigation et l'aide au suicide comme un délit *sui generis* reconnaissent expressément l'homicide sur la demande comme un crime *sui generis*. Voir par exemple l'art. 239 du Code pénal danois ; l'art. 300 du Code pénal grec ; l'art. 213 du Code pénal islandais ; l'art. 579 du Code pénal italien ; l'art. 139 a du Code pénal autrichien, etc...

(47) En ce sens, HEMARD Jean, *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures*, écrit, n° 9 : « Un point est certain : les blessures qu'un individu s'inflige volontairement ne sauraient tomber sous le coup de la loi pénale : le délinquant et la victime se confondent. On ne peut pas plus se rendre coupable envers soi-même du délit de l'article 309 qu'on ne peut se violer soi-même ».

(48) Voir, par exemple, parmi les Codes pénaux actuels : le § 216 du Code pénal allemand de 1870 ; l'art. 3 chapitre XXI du Code pénal finlandais de 1889. Voir aussi note 46.

où une personne fait ou tente de faire avorter une femme (art. 317, al. 1) (49).

Si nous admettions l'égalité juridique de la lésion consentie d'une part, et de l'auto-lésion d'autre part, comment comprendre que le duel soit punissable ? Constitue-t-il, selon son issue, des coups et blessures sur soi-même ou un suicide, qui ne sont pas punissables ? Evidemment non, parce qu'il s'agit en ce cas de coups et blessures volontaires ou bien d'homicide ou d'assassinat (50).

Il y a enfin des arguments fondamentaux contre l'assimilation de la lésion avec le consentement de la victime et la lésion de soi-même. En effet, cette égalité serait contraire à l'idée de cause. Pour pouvoir considérer, toujours et dans chaque cas, le consentant comme cause de la lésion au même titre que l'auteur de la lésion, il faudrait admettre que le seul fait de consentir à une lésion constitue toujours et dans chaque cas une « cause adéquate » ou « déterminante » de la lésion (51), ce qui, évidemment, ne peut être prouvé (52).

Ceci exposé, nous pouvons affirmer que la notion de lésion consentie se distingue nettement de la notion de l'auto-lésion.

20 — ETENDUE DE LA NOTION D' « AUTO-LESION ».

Pour mieux comprendre la différence entre lésion consentie et auto-lésion, nous croyons utile de préciser l'étendue de cette dernière notion. En d'autres termes, nous allons déterminer le contenu de ce qu'on appelle « auto-lésion », dont les doctrines allemande et italienne ont essayé d'établir le vaste champ d'application.

Quelques juristes (53) affirment que l'auto-lésion consiste

(49) L'art. 317, al. 1 du Code pénal français dispose : « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans, et d'une amende de 1.800 Frs à 36.000 Frs ». Le même article, alinéa 3, dispose : « Sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 360 Frs à 7.200 Frs la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet ».

(50) *Infra.* n° 206 et s., pp. 341 et s.

(51) Voir ANTOLISEI, *La questione del rapporto di causalità nel diritto penale*, dans *Il progresso del diritto criminale*, 1912, pp. 278 et 352.

(52) BIERLING, *Juristische Principienlehre*, Tübingen Mohr ed., vol. III, p. 204, note 12, 1905, écrit que la différence essentielle entre la lésion de soi-même et le consentement de la victime est que ce dernier contient une renonciation à la prétention juridique. Il ajoute qu'on ne peut pas parler, dans le cas de la lésion de soi-même, de cette renonciation. Car si le droit a pour but seulement de régler les rapports des hommes entre eux et si pour cela il n'y a pas prétention ou devoir juridique pour l'homme envers lui-même, il est naturel qu'on ne peut pas l'imaginer.

seulement dans l'acte qu'un individu accomplit sur lui-même, c'est-à-dire comprend seulement les actes accomplis contre la vie et l'intégrité corporelle (suicide et coups et blessures sur soi-même).

Une telle conception est trop étroite. Binding, conscient de cette étroitesse, a essayé d'aller plus loin en englobant dans cette notion ce qu'on appelle les droits « très personnels » (54). On peut donc faire entrer dans le terme « auto-lésion » toute atteinte aux biens de nature strictement personnelle dans les cas où ces atteintes seraient commises par leur titulaire. L'auto-lésion englobe toute atteinte contre la vie, l'intégrité corporelle, la liberté et l'honneur. Entrent donc dans cette notion : le suicide, l'auto-lésion corporelle, l'auto-séquestration, l'auto-diffamation et le fait de commettre des actes de luxure sur soi-même (55).

Pourrions-nous aller plus loin et qualifier toujours d'auto-lésion les atteintes contre les droits patrimoniaux, s'ils sont accomplis par le titulaire du droit ?

Il semble que Binding exclurait une telle possibilité, sans donner d'explication. Nous croyons cependant qu'il y a auto-lésion toutes les fois que le sujet actif et le sujet passif de l'infraction (de la lésion) sont confondus en une seule personne. Par conséquent entrent dans notre notion la destruction de la chose propre, l'incendie de la chose personnelle, etc... (56).

21 — FONDEMENT JURIDIQUE DE L'IMPUNITÉ DE L'AUTO-LESION.

Il semble nécessaire de rechercher la raison pour laquelle la loi ne frappe pas d'une peine l'auto-lésion ; plus spécialement, quel est le fondement de son impunité.

Ce problème a donné lieu à de longues discussions, spécialement parmi les juristes allemands ; mais ceux-ci ne sont pas tous du même avis (57).

Pour les uns, l'auto-lésion est un fait que la loi considère comme une infraction, mais qu'il serait inopportun de punir.

(53) Dans ce sens, MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1911, pp. 200-201 ; STOOS, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Wien und Leipzig, 1910, p. 153 ; WACHTER, *Deutsches Strafrechts*, Leipzig, 1881, pp. 182 et s.

(54) Pour des études ultérieures sur les droits très personnels, consulter : RAVA, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, dans *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. 31, 1901, pp. 328 et s. ; VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1920, pp. 125 et s.

(55) Cf. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, vol. I, pp. 697 et s.

(56) Cf. DELOGU T., *Teoria generale del consenso dell'aveute diritto*, pp. 21 et s.

(57) En France, voir : GARRAUD, *Traité*, vol. V, p. 277, où il présente les différentes opinions données sur le suicide sans donner avec précision la sienne.

Pour les autres, il s'agit d'une action impunie comme étant juridiquement privée de signification ; ou bien encore, il s'agit d'une action permise et pour cela impunie (58).

Mais toutes ces théories n'ont pas expliqué le fondement juridique de l'impunité de l'auto-lésion.

Beling (59), au contraire, a examiné ce problème. Pour cet auteur, quand la loi déclare anti-juridique, et par conséquent punit, une attaque dirigée contre un tiers, même avec son consentement, ceci signifie que le bien juridique atteint est un bien auquel on ne peut pas renoncer. Par conséquent, le titulaire d'un pareil bien agit anti-juridiquement chaque fois qu'il le lèse lui-même.

Ainsi, d'après Beling, le suicide, contrairement à l'opinion dominante, est un acte anti-juridique, le suicide restant impuni simplement parce que son acte ne correspond pas aux éléments d'une infraction sanctionnée par le Code pénal, car le texte qui punit l'homicide exige que l'acte de tuer soit exécuté sur un tiers.

Notre opinion, tout à fait différente, est qu'il faut rejeter le raisonnement de Beling. Nous ne pouvons admettre que le suicide soit un acte anti-juridique tant qu'il n'a pas été sanctionné par la loi. Il est plutôt un acte anti-moral, et anti-social, qu'un acte anti-juridique.

De même, Beling n'a pas expliqué la raison pour laquelle l'auto-lésion ne rentre pas dans le domaine de la loi pénale et pour quoi le législateur ne lui donne aucune importance juridique.

Nous croyons, quant à nous, que l'individu ne peut entrer en rapport juridique avec lui-même (tout rapport juridique supposant deux termes) (60). Il ne peut être d'une part titulaire d'un droit, et d'autre part tenu d'une obligation qui dérive de ce droit. Il est impossible de rassembler les deux qualités en une seule personne, en son propre nom. L'individu n'a pas envers lui-même d'obligations juridiques. Il s'ensuit qu'il ne s'agit pas d'une violation d'obligation quand il attaque lui-même un de ses biens. Ainsi, son acte n'est pas anti-juridique (61).

Dans le domaine du droit privé, il n'est pas concevable qu'une personne puisse, face à elle-même, entrer dans un rapport juridique, car celui-ci exige, tout au moins pour son existence, deux termes. Il en est ainsi dans le domaine du droit pénal. Il serait incompréhensible qu'une seule personne puisse en même

(58) V. BINDING, *op. cit.*, p. 699 ; HIPPEL, *Deutsches Strafrechts*, vol. II, *Das Verbrechen*, Berlin, 1930, p. 248.

(59) Cf. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 223 ; de même HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, Berlin, 1930, pp. 248 et s. ; MEZGER, *Strafrecht*, Leipzig, 1933, p. 208.

(60) VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, p. 123.

(61) Cf. DELOGU, *Teoria*, pp. 21 et s. ; voir aussi sur cette question : FERRI, *L'omicidio-suicidio*, Bocca éd., 1892, où il parle de « Il diritto e il dovere di vivere » (Le droit et le devoir de vivre), pp. 11 à 32 ; RAVA, *op. cit.*, pp. 150 et s.

temps agir en qualité de sujet actif et de sujet passif d'un seul et même rapport juridique.

C'est la raison pour laquelle la loi pénale ne punit pas le suicide, ni, plus généralement, l'auto-lésion (62).

Dans la doctrine française, on a prétendu que la loi pénale ne punit pas le suicide parce qu'elle considère que, du point de vue politique et social, la peine appliquée au suicide ou à la tentative de suicide ne pourrait pas produire d'effets utiles (63). Malgré tout notre respect pour d'illustres juristes, nous ne partageons pas leur opinion, car, tout d'abord, si la peine ne peut pas produire d'effet utile et direct sur le suicidé, il n'en serait pas de même pour la tentative de suicide.

Ajoutons que si nous généralisons ce principe, sans fondement juridique, nous arriverions à un résultat fort dangereux : il faudrait acquitter tous les délinquants dont la peine ne pourrait produire un effet utile (par exemple les récidivistes incurables) !!

De même, nous ne pouvons pas être d'accord avec Garraud (64) quand il écrit, en parlant de la cause de l'impunité du suicide : « La mort (du suicidé) empêche tout procès parce qu'elle empêche toute intervention sociale ». Si la mort du prévenu est une cause générale d'extinction de l'action publique, elle n'est cependant pas la cause ou le fondement juridique de l'impunité pénale du suicide. A supposer que la mort soit la cause de l'impunité du suicide, qu'aurait dit l'auteur sur le fondement ou la cause de l'impunité de la tentative de suicide ?

Disons-nous, avec Morin (65), qu'il faut incriminer la tentative de suicide comme délit *sui generis*, ou, comme Garraud lui-même, que l'homme qui a tenté de mettre fin à ses jours ne saurait être punissable que dans le cas où il survit et parce qu'il survit ? (66). Evidemment non.

La raison de l'impunité en général de l'auto-lésion réside dans le fait qu'en droit pénal la qualité du sujet actif et la qualité du sujet passif de l'infraction ne peuvent être réunies dans une seule personne, et cette règle trouve un exemple typique dans le suicide et la tentative de suicide (67).

Poussons plus loin notre raisonnement, et demandons-nous s'il existe des dérogations à notre principe. N'y a-t-il pas, parmi les infractions pénales, des faits qui soient punis parce qu'il s'agit d'une auto-lésion ? Ainsi, par exemple, le délit de mutilation frauduleuses sur sa propre personne pour se faire exempter du service militaire (art. 87, 1-31 mars 1928, et art.

(62) Cf. HEMARD, *op. cit.*, n° 9.

(63) DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., n° 421. En Belgique, voir TAHON, *Le consentement de la victime*, p. 332.

(64) GARRAUD, *Traité*, vol. V, n° 1945, p. 278.

(65) MORIN, *Répertoire*, V° Suicide, n° 5.

(66) GARRAUD, *Traité*, vol. V, n° 1945, pp. 277 et s.

(67) Cf. DELOGU, *Teoria del consenso dell'aveute diritto*, p. 28.

398 Code de Justice militaire) ne constitue-t-il pas une exception à la règle indiquée ?

Ou encore, l'article 434 alinéa I du Code pénal français, qui punit le propriétaire au même titre qu'un tiers s'il a volontairement mis le feu à des édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers quand ils sont habités ou servant à l'habitation, et généralement aux lieux habités ou servant à l'habitation, n'est-il pas une exception au principe que nous avons posé ?

A notre avis, la règle est toujours maintenue, même dans ces deux exemples. Il n'est pas vrai que, dans ces cas, l'auto-lésion soit punie en elle-même. Pareils faits ne sont pas interdits en eux-mêmes et pour eux-mêmes ; ils le sont parce qu'ils ont pour résultat l'atteinte d'un bien juridique qui appartient à une autre personne, différente du sujet actif de la lésion. Dans le premier exemple, le sujet passif, directement protégé par la loi pénale, est l'armée. C'est l'armée qui est en rapport juridique avec l'auteur de l'infraction et c'est l'armée qui est la victime de l'infraction. En d'autres termes, la loi pénale sanctionne ce délit parce que la vraie victime de l'infraction n'est pas son auteur.

Dans le second exemple, le sujets passifs protégés par la loi pénale sont les habitants ou bien d'éventuels habitants.

Donc, tandis que l'auto-lésion est en dehors du champ de la loi, car aucune personne ne peut avoir envers elle-même d'obligations, la lésion consentie est tout autre chose. Dans ce dernier cas, il existe deux sujets différents : le titulaire du bien lésé et le sujet actif de l'atteinte. Ainsi ces deux sujets sont liés par un rapport juridique qui fait naître le droit de n'être pas lésé et le devoir de ne pas léser. Il s'ensuit que le fait consenti peut être évalué, *sub specie juris*, sous l'aspect de la violation d'une obligation, et peut apparaître de ce point de vue comme un acte juridiquement illicite.

C'est justement la différence qui existe entre la lésion consentie et l'auto-lésion.

S'il s'agit de deux notions différentes, il est logique que tous les problèmes soulevés au sujet de la lésion consentie n'existent pas dans le cas de l'auto-lésion.

Nous croyons donc que la licéité de l'auto-lésion n'est pas conditionnée par la disponibilité ou l'indisponibilité du bien juridique (68), dont nous traiterons dans un des chapitres suivants, en parlant du domaine de l'efficacité du consentement de la victime.

§ 2. — *Le consentement de la victime et le « pactum ne dolus praestetur »* (69).

22 — PRECISION ET DIVISION.

Si nous avons consacré le paragraphe précédent à l'étude de la différence entre deux notions, consentement de la victime et auto-lésion, qui divergent l'une de l'autre, dans ce paragraphe, au contraire, nous allons comparer deux concepts qui se rapprochent de façon telle qu'il n'est pas toujours facile de déterminer s'il s'agit de l'un ou de l'autre d'entre eux. Distinguons ici entre le consentement de la victime et le *pactum ne dolus praestetur*.

Pour cette étude, il nous paraît nécessaire de définir la règle *pactum ne dolus praestetur*, et de montrer la différence entre cette règle et le consentement de la victime.

Ensuite, en raison du rapprochement des deux notions malgré la différence de leurs conséquences, nous montrerons le critère par lequel nous pourrions savoir si le cas relève d'un simple consentement de la victime ou bien d'un *pactum ne dolus praestetur*.

Enfin, nous exposons les raisons de la nullité du *pactum ne dolus praestetur*.

23 — DISTINCTION ET DEFINITION.

Le consentement de la victime et le « *pactum ne dolus praestetur* » sont deux notions différentes l'une de l'autre (70), tout en étant assez proche. La délimitation de ces deux conceptions a une grande importance pratique.

Par *pactum ne dolus praestetur*, on entend, dans le domaine du droit pénal, la convention entre deux ou plusieurs personnes, antérieure à l'acte délictueux, relative à l'exonération de la responsabilité pénale pour dol.

(68) Voir dans le même sens : DELOGU, *Teoria*, pp. 28 et s.

(69) Quand nous parlons ici de la maxime « *pactum ne dolus praestetur* », nous parlons seulement de celle-ci du point de vue du droit pénal, parce que cette maxime domine encore en droit privé. Elle signifie, dans notre champ du droit pénal, la convention anticipée entre le sujet actif et le sujet passif d'une infraction, à l'exemption de la responsabilité pénale pour dol.

De même, en montrant la différence entre cette maxime et le consentement de la victime, nous nous référons au consentement qui rend licite l'acte accompli.

(70) Voir parmi les civilistes français qui parlent des clauses de non-responsabilité : PLANIOL-ESMEIN, VI, n° 395 ; BEUDANT-LAGARDE, VIII, n° 5845 ; MAZEAUD et TUNC, *Responsabilité*, III, n° 2522 et s. ; CARBONNIER, II, n° 162 ; Cf. ROBINO, *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*, Revue trimestrielle, 1951, 15 ; RODIERE, R.T., 1954, 214-5.

De la jurisprudence française, V. : Crim., 22 mars 1928, Gaz. Pal., 1928-1-772 ; Req. 22 mars 1937, Gaz. Pal., 1937-2-54.

Il est bien connu que l'exonération de la responsabilité pour dol est nulle, soit dans le domaine du droit privé, soit dans le domaine du droit pénal (71).

Si nous admettions que les deux notions sont égales, nous devrions admettre que le consentement de la victime est nul ; il faudrait donc retenir comme illicite et punissable n'importe quel acte délictueux, bien qu'il soit accompli avec le consentement de la victime même.

Par le consentement, au contraire, on permet ce qui est défendu ; c'est-à-dire que ce consentement permet de supprimer le caractère illicite de l'acte, tandis que par le *pactum ne dolus praestetur*, on n'entend pas autoriser un acte délictueux et on ne lui ôte pas non plus son caractère délictueux. Ce qui signifie que, dans le premier cas, on autorise, et dans le second, on subit une lésion défendue.

Le consentement est antérieur ou simultané à l'acte délictueux ; tandis que dans le *pactum*, on envisage un moment postérieur à l'acte même, quand celui-ci est arrivé et que plus rien n'est possible pour l'empêcher.

Le consentant même, s'il a connaissance de l'imminence de l'acte, ne s'y opposerait pas ; au contraire, par le *pactum ne dolus*, le titulaire s'opposerait et chercherait à conjurer la lésion dont il ne veut pas.

Dans le consentement, il se borne à une autorisation qui enlève l'illicéité juridique, tandis que dans le *pactum ne dolus*, il s'en tient à un pardon anticipé d'une vraie illicéité juridique.

24 — CRITERE DE DISTINCTION ENTRE LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME ET LE *PACTUM NE DOLUS PRAESTETUR*.

De tout ce que nous venons d'exposer, il apparaît qu'il existe une différence entre les deux notions, une différence que, dans la plupart des cas, il est possible de définir. Il ne faut pas nier, cependant, que parfois il est difficile d'établir s'il s'agit de l'une ou l'autre notion. Dans cette hypothèse, il faut décider, en ayant présentes à l'esprit toutes les autres circonstances qui accompagnent la manifestation de la volonté du titulaire des biens. Il est indispensable de se référer au contenu exact de la volonté ou au for intérieur de la personne pour établir la notion en cause (72). Il faut rechercher si le titulaire considère l'acte comme autorisé par lui ou non autorisé, ou bien s'il a décidé de l'empêcher. Par contre, il ne faut pas considérer la forme utilisée par le titulaire des biens, pour manifester sa volonté, comme permettant

(71) Ce principe est déjà affirmé, depuis le temps des Romains, par le Digeste : « *Illud nulla pactioe effici ne dolus praestetur* » (27, § 3 D. 2, 14).

(72) Cf. GRISPIGNI, *Il consenso dell' offeso*, n° 9, p. 48 et s.

de déterminer si nous sommes en face de l'une ou de l'autre notion.

Trois exemples suffisent à montrer la difficulté et la confusion qui peuvent surgir. Je dis :

- a) J'autorise A à prendre mon livre.
- b) Si A veut prendre mon livre, je lui donne mon consentement.
- c) Si A vole mon livre, je ne le citerai pas en justice pour obtenir réparation du dommage.

Si nous nous limitons à la forme pour distinguer les trois exemples, nous aurons dans le premier cas un véritable consentement à la lésion ; dans le second, un consentement à une lésion éventuelle ; et dans le troisième, un *pactum ne dolus praestetur*.

Mais il serait évidemment restrictif et arbitraire de ne prendre en considération que la forme et de négliger le fond. Ainsi, lorsque les circonstances du fait le permettent, le troisième cas peut constituer un cas de consentement à la lésion.

C'est pourquoi nous estimons qu'il est nécessaire d'examiner le contenu substantiel de la volonté du titulaire pour établir si l'acte a trait ou non à telle ou telle de ces notions (73).

Ceci dit, nous ajouterons que nous ne pouvons pas adhérer à la théorie que M. le Professeur Delogu soutient. Cet éminent juriste croit que la manifestation de la volonté, représentée du point de vue contractuel, un *pactum ne dolus praestetur* peut très bien, en même temps, représenter du point de vue pénal un consentement de la victime à l'infraction et la rendre licite.

Parmi les exemples donnés par l'auteur, citons le délit de l'appropriation indue (art. 646 du Code pénal italien) (74), délit qui a une étendue plus vaste que le délit d'abus de confiance (art. 408 du Code pénal français). A cet égard, l'auteur écrit : « La manifestation de volonté, que du point de vue contractuel représente un pacte d'exonération de responsabilité pour dol,

(73) La différence entre le consentement à la lésion et la renonciation anticipée à l'action était expressément reconnue par le Code anglo-saxon, qui, dans son § 118 déclarait : « Qui agit avec le consentement de la victime ne commet pas un acte illicite » ; tandis que dans le § 123, toujours à propos des actes illicites, disposait : « N'est pas possible la renonciation anticipée à l'action dérivée d'une future responsabilité pour dol ».

De même, l'article 105 du projet de Code (franco-italien) des obligations et des contrats (p. 224 - rapport, p. 76) laisse subsister la responsabilité pleine et entière en cas de dol ou faute lourde. En effet, cet article dispose : « Le débiteur ne peut, dans le contrat, s'exonérer des conséquences de son dol ou de sa faute lourde ». Les mots « dans le contrat » devraient être supprimés, car ils pourraient laisser supposer que l'exonération est licite si elle est faite par une convention distincte du contrat d'où naît l'obligation ; ces mots ne figurent pas, du reste, dans le texte italien.

(74) L'article 646, alinéas 1 et 2 du Code pénal italien dispose : « Quiconque, pour procurer à soi-même ou à d'autres, un injuste profit, s'approprie de l'argent ou une chose mobilière d'autrui, qui est, à quelque titre que ce soit, en sa possession, est puni, sur la plainte de la personne lésée, de réclusion jusqu'à trois ans et d'une amende jusqu'à 80.000 lires. Si le fait est commis sur des choses possédées à titre de dépôt nécessaire, la peine est augmentée ».

peut très bien représenter du point de vue de l'infraction pénale un consentement à l'appropriation indue et exclus, par conséquent, l'existence du délit lorsque le consentement remplit toutes les conditions de sa validité » (75).

Mais notre opinion est tout à fait différente. Nous croyons qu'il faut examiner le fond, non la forme, la volonté réelle et non la volonté apparente de la victime, et voir si cette dernière a voulu donner son consentement. Dans ce cas, nous sommes alors toujours devant un consentement de la victime dans le domaine du droit pénal et dans le domaine du droit privé. Mais, au contraire, si la volonté de la victime tend vers un *pactum ne dolus praestetur*, on doit reconnaître la nullité de ce pacte à la fois dans les domaines du droit pénal et du droit privé. Il ne s'agit donc pas, dans les deux domaines, d'un consentement qui peut être valable lorsqu'il remplit toutes les conditions de sa validité (76).

25 — RAISONS DE LA NULLITE DE *PACTUM NE DOLUS PRAESTETUR*.

Certains peuvent se demander : pour quelle raison reconnaît-on l'efficacité, même si elle n'existe que dans certains cas, du consentement de la victime et, au contraire, pourquoi nie-t-on toute efficacité au pacte *ne dolus praestetur* ?

Pour répondre à cette question, il nous suffit de rappeler la différence que nous avons constaté entre ces deux notions.

A vrai dire, pour expliquer la nullité du pacte *ne dolus praestetur* en droit romain, nous trouvons chez Ulpien : « *Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit, nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est* » (Ulpien, 1-1, § 70).

Le droit romain ne reconnaît donc aucune efficacité à ce pacte parce qu'il est contraire aux bonnes mœurs et à la bonne foi.

De même en droit moderne, la nullité du pacte *ne dolus praestetur* se retrouve à la base d'argumentations analogues.

Ainsi, Ferrara (77) écrit d'une façon très nette et précise :

(75) DELOGU T., *Teoria...*, p. 96 et s. L'auteur écrit : « *La manifestazione di volontà che dal punto di vista contrattuale rappresenta un patto di non prestare il dolo, può benissimo rappresentare dal punto di vista del reato un consenso all'appropriazione indebita, ed escludere perciò l'esistenza dell'illecito quando di un consenso abbia tutti i requisiti* ».

(76) *Infra*, n^o 108 et s., pp. 196 et s.

(77) FERRARA, *Negoziio illecito*, p. 216 : « *La stipulazione di esenzione di responsabilità per dolo equivarrebbe ad una licenza a malfare, e ad un'eccitazione all'illecito, avendo già lo stipulante assicurato l'impunità. Si toglierebbe così alla legge quella sanzione che mentre da una parte viene a ristabilire il diritto, dall'altra costituisce una minaccia ed un mezzo d'allontanamento della violazione restandosi in tal modo disarmati dinanzi alla iniquità più manifesta e preordinata potrebbe anche divenire sistematica* ».

« La stipulation d'exonération de la responsabilité en cas de dol équivaldrait à une permission de faire le mal et à une excitation aux actes illicites, le stipulant en ayant déjà assuré l'impunité. Ainsi, on supprimerait à la loi cette sanction qui, d'une part, vient rétablir le Droit, et qui, de l'autre, constitue une menace et un moyen d'éloigner la violation, de sorte que le Droit reste désarmé devant l'iniquité la plus manifeste et prévue qui pourrait aussi devenir systématique ».

Chironi (78), en distinguant entre les rapports contractuels et les rapports extra-contractuels, écrit quant à ces derniers : « Le pacte en matière de faute extra-contractuelle, qui fixe l'irresponsabilité pour un certain mode et degré de diligence, serait une concession à être imprudent, à commettre une injustice, c'est-à-dire serait un nouveau système substitué par la volonté du particulier à celui que la volonté générale a fixé dans l'intérêt social. Et parce que l'ordre public, supérieur à la volonté des particuliers, ne peut en aucune façon les modifier ». Ajoutons que sur les rapports contractuels, le même auteur écrit (79) : « Le pacte par lequel on exonère, à l'avance, le débiteur de sa responsabilité pour dol est foncièrement contraire aux bonnes mœurs et aussi sans effets : il s'agit d'un encouragement à l'acte immoral et les rapports contractuels n'existent pas à cause de l'absence de bonne foi qui est nécessaire à leur développement ».

En France, MM. Mazeaud et Tunc (80) écrivent à propos des clauses de non-responsabilité dans les contrats en matière civile : « Le dol laisse donc toujours subsister la responsabilité pleine et entière. On a déjà vu que la limitation légale de la responsabilité contractuelle au seul dommage prévisible ou aux intérêts moratoires légaux ne s'applique pas au cas de faute dolosive. La limitation ou l'exonération conventionnelle de responsabilité reste également sans effet sur une telle faute. C'est justice. Le débiteur a intentionnellement causé le dommage. Il a voulu le préjudice. Il en doit intégralement la réparation. La mauvaise foi ne mérite aucune faveur ».

Or, ces arguments n'existent pas à l'égard du consentement de la victime.

En effet, comme nous l'avons déjà expliqué (81), un des caractères qui distinguent la notion de consentement de la victime du pacte *ne dolus praestetur* est donné par le fait que par le consentement la lésion n'est plus illicite ; tandis qu'en

(78) CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, t. I, p. 175.

(79) CHIRONI, *op. cit.*, p. 665.

(80) MAZEAUD H. et L. et TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. III, 5^e éd., 1960, pp. 670 et 671, n^o 2522. Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. VI, Obligations, par EISMEIN P., p. 546, n^o 403.

(81) *Supra*, n^o 23, p. 49.

cas de pacte *ne dolus*, il s'agit d'encouragement à la violation du droit et la lésion reste toujours illicite.

A la base de ce caractère fondamental qui distingue l'une de l'autre notion, il ne nous semble pas nécessaire d'insister davantage sur ce point en concluant qu'au cas de consentement de la victime les raisons par lesquelles on nie toute efficacité au pacte *ne dolus proestetur* n'ont aucune valeur.

CHAPITRE II

LA NATURE JURIDIQUE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME

26 — PLAN.

Nous avons essayé de montrer, dans le premier chapitre, ce qu'on peut entendre par l'expression « consentement de la victime », ainsi que l'importance qu'il y a à savoir si, dans un cas d'espèce, il s'agit du consentement de la victime ou bien de telle autre notion pouvant avoir des conséquences différentes. Nous consacrons maintenant ce nouveau chapitre à la recherche de la nature juridique ou, comme dit Zitelmann (1), du « contenu juridique » du consentement de la victime. En d'autres termes, nous allons voir si on peut, ou non, inclure notre notion dans le domaine d'une autre notion déjà connue.

Dans une première section, nous allons examiner les théories qui ont été soutenues par la doctrine et les apprécier. Pour mener à bonne fin cette analyse, nous allons rassembler et classer ces théories, en mettant le lecteur en garde contre certains de leurs aspects.

Notre opinion personnelle sur le sujet fera l'objet d'une deuxième section.

A vrai dire, l'importance de cette recherche est évidente. Il suffit de penser que chacune des notions dans lesquelles on a essayé d'inclure le consentement de la victime obéit à des règles particulières, au point qu'on puisse dire que le classement du consentement de la victime dans l'une ou l'autre a pour effet des conséquences différentes quant aux limites d'efficacité du consentement, aux conditions de sa validité, etc... (2).

(1) ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, Extrait de l'Archiv für die Civilistische Praxis, vol. 99, Tübingen, 1906, p. 53.

(2) Cf. GRISPIGNI, *Il consenso dell' offeso*, n° 11, pp. 52-53.

Section I. — Des théories proposées

27 — DIVISION.

Les plus importantes des théories relatives à la nature juridique du « consentement de la victime », faute d'études d'ensemble dans la doctrine française ou égyptienne, doivent être recherchées dans la doctrine étrangère.

Éliminons tout de suite l'opinion de Binding (3) qui soutient que « le fondement de l'efficacité du consentement, comme ses qualités, sont différents ». Car en effet, selon cet auteur, on peut ramener le consentement à l'une ou à l'autre des conceptions juridiques et y voir tantôt la transmission d'un droit, tantôt l'exemption d'une obligation, tantôt enfin la renonciation unilatérale à se prévaloir d'un droit.

Ainsi, Binding croit que la nature du consentement est variable. Il ne veut pas reconnaître au consentement, en notre matière, la valeur d'une notion juridique propre ; il s'efforce de l'identifier avec d'autres notions du droit positif.

Mais son système va à l'encontre de la réalité des faits. Car trouver une certaine ressemblance entre le consentement et une notion juridique quelconque n'est pas un motif suffisant pour les rapprocher l'un de l'autre au point de les confondre. Nous savons fort bien que chaque notion juridique a sa discipline propre et ses règles particulières, et nous ne comprenons pas comment l'éminent auteur est arrivé à mélanger des conceptions si différentes.

Nous ne parlons plus ici de la théorie qui identifie le consentement de la victime avec l'auto-lésion, car nous en avons suffisamment parlé dans le premier chapitre (4).

Si bien qu'on peut classer les autres théories dans deux paragraphes de la façon suivante :

§ 1 - Les théories qui considèrent le consentement comme une renonciation à un droit, à la réparation du dommage et au droit de porter plainte, ou à la faculté d'empêcher une atteinte.

§ 2 - Les théories qui considèrent le consentement soit comme une cession d'exercer un droit, par son titulaire, soit comme un cas d'exercice d'un droit par un tiers, soit encore comme un acte d'autorisation.

(3) BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, vol. I, p. 710.

(4) *Infra*, n^{os} 17 et s., pp. 41 et s.

§ 1. — *Le consentement et la renonciation.*

28 — a) UNE RENONCIATION A UN DROIT.

D'après Manzini (5) (criminaliste), Atzeri-Vacca (6) et Raggi (7) (civilistes), le consentement consiste dans la « renonciation à son droit ».

Au-delà des frontières italiennes, cette théorie a de multiples partisans, notamment en Allemagne. Les principaux sont Stübel (8) et Heffter (9), sans oublier Ortmann (10) qui corrige cette théorie en disant qu'il s'agit d'une « renonciation ayant un caractère exceptionnel de révocabilité », et Holer (11) qui parle d'une *derelictio* partielle et distincte de la vraie et propre *derelictio* en ce que le consentement est toujours révocable et en ce qu'il doit être donné à une personne déterminée, et non pas, d'une manière absolue, à tous.

Or, nous croyons que même avec cette modification, cette opinion reste inacceptable.

Tout d'abord, si ces auteurs se réfèrent à la « renonciation translativè », notre critique sera faite lors de notre examen de la théorie qui considère le consentement comme une cession du droit (12). En effet, il est bien connu que la renonciation translativè n'est qu'une aliénation, laquelle a pour but de faire passer un droit d'une personne à une autre (13).

De même, s'ils parlent d'une « renonciation abdicative », leur opinion est inexacte, car cette renonciation implique « une perte volontaire d'un droit », et « comporte une extinction d'un droit

(5) MANZINI, *Tratatto di diritto penale italiano*, Turin, 1908, vol. II, p. 249.

(6) ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, 2^e éd., Turin, 1915. A vrai dire, l'auteur ne dit pas, expressément, que le consentement de la victime est un cas de renonciation, mais il traite comme des cas de renonciation quelques actes qui, à notre avis, sont des « consentements à la lésion ». Voir surtout les pp. 182, 188 et s.

(7) RAGGI, *Contributo alla dottrina delle rinunzie nel diritto pubblico*, Rome, 1914. Voir surtout p. 58. De même, cet auteur traite comme des cas de renonciation du droit quelques cas de consentement à la lésion ; de telle sorte qu'il considère ce dernier comme un cas de renonciation du droit.

(8) STÜBEL, *Ueber die Natur der Handlung wenn Jemand ein unveräußerliches Gut einem Andern mit dessen Einwilligung beschädigt oder ganz entziehet*, in Neues Archiv des Criminalrechts, IX, 1827, n^o 21, p. 558.

(9) HEFFTER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5^e éd., p. 38.

(10) ORTMANN, *Ueber Verletzung, imbesondere, Tötung eines Einwilligenden*, Goldammer's Archiv, année 25, p. 104 ; Idem, *Zur Lehre von der Körperverletzung*, dans Gerichtssaal, vol. 35, p. 371.

(11) HOLER, *op. cit.*, p. 97.

(12) *Infra*, n^o 31, p. 59.

(13) Conf. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, vol. I, p. 309 ; ATZERI-VACCA, *op. cit.*, p. 56.

ou l'empêchement à sa naissance sans donner une cause à l'acquisition par une autre personne » (14).

Quand il s'agit du consentement qui nous occupe, au contraire, le consentant conserve toujours son droit et peut, s'il le veut, l'exercer lui-même. D'autre part, la renonciation abdicative présente un caractère général ; on renonce à un droit au profit de n'importe qui, tandis que le consentement en matière pénale a pour effet de transmettre, à une ou plusieurs personnes déterminées, une faculté précise.

29 — b) UNE RENONCIATION PREVENTIVE AU DROIT A REPARATION DU DOMMAGE ET AU DROIT DE PORTER PLAINTÉ.

Une opinion, exprimée par Landsberg (15) et dont on doit d'autant plus tenir compte que nous aurons l'occasion de la retrouver plus tard, est celle qui considère le consentement de la victime comme « une renonciation préventive au droit à la réparation », en ce qui concerne les effets civils de la future lésion, et un cas de renonciation préventive à l'exercice du droit de porter plainte, quant aux effets pénaux du dommage consenti.

Cette même opinion fut reprise par la seconde commission pour l'élaboration du Code civil allemand. Mais elle fut repoussée (16), car ce que nous venons de dire sur l'impossibilité de voir dans le consentement un cas de renonciation vaut encore contre cette opinion. Nous remarquons de plus que lorsque le consentement a une efficacité juridique, celle-ci aboutit à enlever à l'acte consenti tout caractère d'antijuridicité, soit pénal, soit civil. Ainsi, quand A consent à ce que B détruise un objet dont A est le légitime et absolu propriétaire, un fait de détérioration ne constitue plus un acte illicite, ni au pénal, ni au civil (17). De cette observation, c'est-à-dire que le consentement de la victime empêche — quand il est efficace — que l'acte consenti devienne illicite, il découle comme suite au consentement efficace qu'il n'en peut jamais surgir ni un droit à exercer l'action civile, ni un droit de porter plainte pénale. Par conséquent, on ne peut pas parler d'une renonciation à un droit qui n'existera jamais.

A l'encontre de la même opinion, on peut encore ajouter que si l'efficacité du consentement s'expliquait par une renonciation préventive au droit d'agir ou porter plainte, les actes qui constituent des infractions poursuivies d'office, c'est-à-dire sans

(14) COVIELLO, *op. cit.*, p. 309 ; FADDA, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, Alvamo ed., 1909, p. 106, écrit : « Rinunziare significa dismettere un diritto quesito, senza trasferirlo in altri o chiudere l'adito all'acquisto o al sorgere di un diritto a favore di chi rinunzia ».

(15) LANDSBERG, *Das Recht des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, p. 252.

(16) Cf. PROTOKOLLEN, vol. II, p. 634.

(17) *Infra*, n° 81, p. 153 ; cf. GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. II, n° 434, p. 3.

plainte, resteraient toujours, malgré le consentement, des infractions punissables, ce qui serait, évidemment, en contradiction avec la réalité, puisque, par exemple, l'article 379 du Code pénal aboutit à ce que le vol, qui peut être poursuivi d'office, perde tout caractère d'infraction civile et pénale quand l'acte de la mise en possession de la chose d'autrui se produit avec le consentement du propriétaire.

Enfin, il y a une autre raison pour repousser cette opinion, à savoir que la renonciation préventive à l'action civile ou à la plainte pénale ne serait qu'un cas de « *Pactum ne dolus praestetur* », acte illicite et nul. Ainsi, le consentement serait toujours un acte nul, ce qui est contraire à la réalité (18).

Pour ces raisons, nous croyons à l'inexactitude de cette opinion qui voit, dans le consentement de la victime, une renonciation au droit d'action civile et au droit de porter plainte.

30 — c) UNE RENONCIATION A LA FACULTE DE PROHIBER UNE LESION.

Pour Pfersdorff, le consentement de la victime constitue une renonciation à la faculté de prohiber l'atteinte. Ce criminaliste écrit que le consentement consiste en « la déclaration expresse ou tacite de ne pas faire usage du pouvoir juridique en vertu duquel une action pourrait être prohibée » (19).

En s'exprimant comme Pfersdorff, on défigure la nature du consentement. En effet, selon cet auteur, l'exercice du droit qui est l'objet du consentement est permis à tout le monde, mais devient illicite lorsque le titulaire déclare le prohiber. Ainsi, tout le monde peut se servir de ma chose sans mon consentement, et l'usage par les tiers n'en devient illicite qu'autant que je l'ai défendu, conception rien moins que paradoxale.

D'ailleurs, le grand reproche qu'on puisse faire à Pfersdorff, c'est qu'il met au premier plan un point qui est tout à fait secondaire. Car celui qui consent ne se borne pas à déclarer qu'il n'empêche pas un acte, mais il fait quelque chose de plus positif : il autorise, permet un acte prohibé et qui, pour être défendu, n'a pas besoin de la déclaration du titulaire du bien.

§ 2. — *Le consentement et l'exercice d'un droit.*

31 — a) UNE CESSION D'EXERCER UN DROIT.

Pour Zitelmann (20), le consentement de la victime constitue un cas de « cession d'exercer un droit ». En effet, l'auteur dit :

(18) *Supra*, n° 22 et s., pp. 49 et s.

(19) PFERSDORFF, *Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschliessungsgrund*, Strasbourg, 1897, p. 16.

(20) ZITELMANN, *Ausschluss*, p. 68.

« Chaque attaque du droit, accomplie avec le consentement du titulaire, comprend un exercice de ce droit subjectif d'autrui, car elle (l'attaque) consiste en des actes que, seul, le sujet du droit peut accomplir en vertu de son droit. Pour cela, le consentement à une telle attaque représente toujours une cession d'exercer un droit ».

En résumé, Zitelmann estime qu'on ne peut mieux comparer le contenu juridique du consentement qu'à une transmission de droits. Il n'est qu'un acquiescement translatif, dans lequel l'auteur serait le consentant et le successeur, le destinataire du consentement; la faculté transmise serait celle de léser un droit dont le consentant est titulaire.

Mais il est facile de se convaincre que cette opinion est inadmissible. A vrai dire, il est bien connu que tout acquiescement translatif au profit d'une personne s'accompagne nécessairement et corrélativement de la perte ou de la diminution du droit d'une autre personne. Or, ceci ne se vérifie pas dans le cas du consentement de la victime. En effet, le consentant ne sera pas privé de la possibilité de léser son bien propre.

Il est certain qu'à la suite du consentement, une ou plusieurs autres personnes acquièrent la faculté juridique de léser ce bien. Mais ceci n'est pas une raison pour que le titulaire du bien perde la possibilité de l'endommager lui-même. Ainsi, si je consens à ce qu'un tiers déchire mon complet-veston, ceci ne signifie pas que je perde la possibilité de le déchirer moi-même.

Mais s'il se trouve que le titulaire du bien perde la possibilité de le léser, ceci ne peut arriver qu'en vertu d'un rapport spécial, bien différent du consentement. Ainsi, par exemple, dans la donation ou la location d'une chose.

Par conséquent, nous croyons inexact de considérer le consentement de la victime comme un cas de « cession d'exercer un droit », ainsi que le conçoit Zitelmann.

32 — b) L'EXERCICE D'UN DROIT PAR UN TIERS.

Dans le chapitre précédent, nous avons montré que le consentement de la victime ne peut être juridiquement identique à une auto-lésion (21).

Cette opinion, que nous avons repoussée, peut être présentée sous une autre forme qui, malgré tout, ne la rend pas plus acceptable. On peut, en effet, dire que, dans l'acte du consentant, se vérifie un cas « d'exercice d'un droit par le moyen d'un tiers », et il nous semble qu'à cette idée se réfère Chironi (22). En effet, l'auteur écrit que l'agent se présente comme « l'exécu-

(21) *Supra*, n^{os} 18 et s., pp. 41 et s.

(22) CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extracontrattuale*, vol. II, Turin, Bocca éd., 1906, p. 580.

teur matériel d'un acte qui est l'exercice d'un droit du déclarant ». Naturellement, nous ne nions pas que l'exercice d'un droit par le titulaire puisse entraîner pour lui un dommage ou que tel droit puisse être exercé par un tiers. Ce que nous rejetons, au contraire, dans cette théorie, c'est que, dans le cas d'actes d'exercice d'un droit accomplis par le moyen d'un tiers, on reste encore dans le cadre du consentement de la victime.

En effet, si le titulaire d'un droit se sert d'un tiers pour exercer ce droit, il en résulte qu'entre les deux doit exister un certain rapport de droit. Ceci peut être le résultat, soit d'un mandat, au cas où l'agent exécute son activité gratuitement (et c'est le cas le plus fréquent dans la lésion du consentant), soit d'un contrat de travail, qui prend la forme de louage de travail, dans le cas où l'agent est rétribué.

Bien entendu, selon la nature de l'acte, l'agent figure ou non, à l'égard du tiers, comme représentant du titulaire du droit. Si bien que, dans cette hypothèse, le consentement de la personne lésée, outre qu'il fait naître un mandat ou un contrat de travail, constituera, en même temps, un rapport de représentation (procuration).

Or, à l'égard de cette opinion, naturellement, nous ne nions pas que le titulaire d'un droit puisse l'exercer par le moyen d'une certaine activité d'un tiers. Mais nous croyons encore, dans ce cas, qu'il ne s'agit pas d'un cas de consentement de la victime, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de consentement de la victime proprement dit. En effet, il devient inutile et aberrant de recourir à notre concept pour montrer que le dommage accompli par un tiers est licite.

Ainsi, par exemple, si A fait détruire par son ouvrier un instrument agricole qui lui appartient, il est complètement inutile et aberrant de recourir au consentement présumé ou réel de A, pour montrer l'impunité de l'acte. Car, pour prouver que l'ouvrier n'a pas commis le délit prévu par l'article 451 du Code pénal, il suffit de constater qu'un contrat de travail existait entre A et son ouvrier ; ce dernier, en détruisant l'instrument, n'a pas fait autre chose que remplir son obligation juridique et suivre l'ordre de A. Il est donc inutile de recourir à la notion du consentement de la victime pour prouver la licéité du fait.

On devra de même dire que, dans ce cas d'espèce, l'exercice d'un droit par le moyen d'un tiers se vérifie parce que l'ouvrier agit pour le compte de A, titulaire du droit.

Reconnaissons donc que, lorsqu'il y a un mandat ou un contrat de travail, nous nous trouvons dans un cas d'exercice du droit par un tiers ; mais ce cas n'a rien à voir avec le consentement de la victime.

Ajoutons qu'il est impossible de ramener les cas proprement dits de consentement de la victime à une application du mandat

ou du contrat de travail. En effet, pour que nous puissions nous trouver en présence de l'un ou l'autre contrat, il est nécessaire que la personne agisse pour le compte du mandant ou du preneur. Mais ceci ne se vérifie pas dans le consentement de la victime où le destinataire n'agit pas ou, tout au moins, n'agit pas toujours dans l'intérêt du consentant. En plus, l'agent peut même ignorer l'existence du consentement.

Le mandat et le contrat de travail sont des actes juridiques bilatéraux ; ils nécessitent une acceptation qui ne peut pas exister dans le cas où l'agent ignore l'existence du consentement donné. Et enfin, ces contrats créent l'obligation d'agir, tandis que, dans le consentement de la victime, le destinataire reste libre de ne pas agir (23).

Pour ces raisons, donc, nous estimons devoir repousser l'opinion qui voit dans le consentement de la victime un exercice du droit par un tiers, et noter qu'en revanche, lorsqu'il s'agit d'un cas de consentement proprement dit de la victime, il n'y a pas exercice d'un droit par le moyen d'un tiers, faute d'un mandat ou d'un contrat de travail.

33 — c) UN ACTE D'AUTORISATION (24).

Le consentement de la victime est, dans une autre opinion, un « acte juridique d'autorisation ».

A vrai dire, aucun auteur n'a expressément soutenu cette opinion. Mais certains, qui ont parlé de l'acte d'« autorisation », ont défini cette notion d'une façon telle qu'ils nous donnent à croire que, pour eux, le consentement de la victime constitue par sa nature, un acte d'« autorisation ».

Ainsi que nous le savons, l'individualisation de cet acte juridique est relativement récente. Après une première et fugitive allusion de Ihering, en 1858 (25), l'étude en a été reprise par plusieurs auteurs et on peut dire que l'opinion qui prévaut en Allemagne reconnaît l'autorisation comme acte typiquement individualisé et autonome. Si les auteurs sont généralement d'accord pour admettre cette individualisation, il existe toutefois entre eux des divergences notables et essentielles pour la détermination de son contenu.

Sans vouloir parler des désaccords sur les caractères particuliers (comme celui de la révocabilité, admise par les uns et niée par les autres) (26), nous nous limiterons aux divergences

(23) En ce qui concerne les éventuels rapports entre le consentant et le destinataire, ch. *infra*, n° 141, p. 255.

(24) « *Negozi autorizzativo* » pour les Italiens. Voir GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, n° 12, p. 67.

(25) IHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, dans *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1858, vol. II, p. 31, note 68 ; reproduite dans *Gesammelte Aufsätze*, Jena, 1881, vol. I, p. 246.

Achévé d'imprimer
par l'Imprimerie
LES PRESSES JURASSIENNES
Dole-du-Jura
le 24 novembre 1970

4^e trimestre 1970 - Dépôt légal n° 107 - Numéro d'éditeur : 1420



Participant d'une démarche de transmission de fictions ou de savoirs rendus difficiles d'accès par le temps, cette édition numérique redonne vie à une œuvre existant jusqu'alors uniquement sur un support imprimé, conformément à la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation des Livres Indisponibles du XX^e siècle.

Cette édition numérique a été réalisée à partir d'un support physique parfois ancien conservé au sein des collections de la Bibliothèque nationale de France, notamment au titre du dépôt légal. Elle peut donc reproduire, au-delà du texte lui-même, des éléments propres à l'exemplaire qui a servi à la numérisation.

Cette édition numérique a été fabriquée par la société FeniXX au format PDF.

La couverture reproduit celle du livre original conservé au sein des collections de la Bibliothèque nationale de France, notamment au titre du dépôt légal.

*

La société FeniXX diffuse cette édition numérique en vertu d'une licence confiée par la Sofia – Société Française des Intérêts des Auteurs de l'Écrit – dans le cadre de la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012.

Avec le soutien du

