VOLUME 40

COLLECTION LATINE

Alexandre Guisan

La qualité de lésé en procédure pénale suisse

Interprétation de l'art. 115 CPP à l'aune du concept de bien juridique

Helbing Lichtenhahn

Alexandre Guisan
La qualité de lésé en procédure pénale suisse

COLLECTION LATINE

fondée par Marco Borghi et Nicolas Queloz, professeurs émérites
de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

VOLUME 40

COLLECTION LATINE

Alexandre Guisan

La qualité de lésé en procédure pénale suisse

Interprétation de l'art. 115 CPP à l'aune du concept de bien juridique

Helbing Lichtenhahn

La Direction de l'École de droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne, sur préavis favorable de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue le 15 janvier 2026 par Monsieur Alexandre Guisan, dont le titre est le suivant : « La qualité de lésé en procédure pénale suisse – Interprétation de l'art. 115 CPP à l'aune du concept de bien juridique ». La présente autorisation d'impression a été délivrée le 6 mars 2026.

Pour cette thèse, rédigée sous la direction du Professeur Alain Macaluso, l'auteur a reçu le titre de Docteur en droit de l'Université de Lausanne avec la mention *summa cum laude*.

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

DOI: https://doi.org/10.46455/HELBING_LICHTENHAHN/978-3-03996-028-6



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-5128-0 (édition imprimée)
ISBN 978-3-03996-028-6 (édition électronique)

2026 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

À Elsa

« si le pouvoir se trouve lésé par le crime,
le crime est toujours dans l'une au moins
de ses dimensions attaque contre le pouvoir »

M. FOUCAULT,
Théories et institutions pénales,
Cours au Collège de France

Remerciements

La rédaction de cette thèse de doctorat fut un exercice long et sinueux, parfois périlleux, fait de hauts et de bas ou, pour filer la métaphore cycliste, de cols hors catégorie et de sprints intermédiaires, d'épreuves contre-la-montre et, bien sûr, de quelques pauses ravitaillement. Au moment de franchir la ligne d'arrivée, je tiens à adresser mes plus sincères remerciements à celles et ceux sans qui j'aurais sans doute été rattrapé par la voiture-balai.

À mon directeur de thèse, le Professeur Alain Macaluso, pour m'avoir accompagné, (ré-)orienté et encouragé depuis le départ, non sans avoir préalablement éveillé mon intérêt pour le droit pénal et la procédure pénale.

Aux membres de mon jury de thèse, la Professeure Camille Perrier Depeursinge (Présidente) et les Professeurs Andrew Garbarski, Yvan Jeanneret et Bertrand Perrin, pour leur lecture attentive du manuscrit, leurs remarques pertinentes et la discussion passionnée lors de ma soutenance, qui restera un moment gravé dans ma mémoire.

Aux magistrats de la Cour de justice, tout particulièrement de la Chambre pénale de recours, qui m'ont offert le cadre idéal pour m'épanouir à la fois comme greffier-juriste et comme doctorant, chaque demi-charge venant nourrir et faire fructifier l'autre : Mesdames Daniela Chiabudini, Alix Francotte Conus et Corinne Chappuis Bugnon, ainsi que Monsieur Christian Coquoz.

Aux associés du groupe judiciaire de l'Étude Lenz & Staehelin, Daniel Tunik, Miguel Oural et Hikmat Maleh, que j'ai retrouvés quelques années après mon stage d'avocat, et qui m'ont accordé toute la flexibilité nécessaire pour mener mon projet à terme.

Aux Professeurs Florian Jeßberger et Raphaële Parizot, pour m'avoir accueilli à la Humboldt Universität, respectivement à l'Université Paris Nanterre, lors de séjours de recherche qui ont ouvert mon horizon, sur un plan juridique et bien au-delà. À l'Université de Lausanne, à la Société Académique Vaudoise ainsi qu'à la Fondation van Welsem, pour avoir rendu ces séjours possibles, et au Fonds national suisse, pour avoir soutenu la publication de l'ouvrage.

À mes collègues de la Cour de justice, avec une mention spéciale pour celles et ceux qui ont occupé le bureau de l'entresol, qui m'aura servi de refuge par temps de pandémie.

À mes compagnons – de fortune et d'infortune – doctorants, en particulier ceux de la *großes tRaum* à Berlin et du CDPC à Paris.

À mes amis d'université, du brevet, du doctorat ou de toujours, qui m'ont inspiré, stimulé, voire supporté au cours de cette aventure, avec parfois une pointe d'ironie quand ils m'écoutaient leur dire que je voyais le bout…

À mes parents, Isabelle et François, que j'admire et que j'ai suivis sans trop le réaliser dans les études de droit, puis dans le doctorat, au cours duquel ils m'auront aidé de la première à la dernière minute, séparées de plusieurs années. À mon frère Guillaume, qui me rend fier dans tout ce qu'il réalise et que j'ai, je crois, rendu fier en retour en achevant cette thèse.

À ma mère et à mon ami Guillaume, pour leur relecture minutieuse du manuscrit.

À Marine, pour avoir toujours cru en moi et avoir été un soutien indéfectible tout au long de ce projet, qui aura accaparé bien des soirées et des week-ends – je ne te remercierai jamais assez. Enfin, à Elsa, arrivée à point nommé pour me rappeler qu'il était grand temps de finir cette thèse, pour avoir émerveillé de ta présence les derniers mois qu'il m'aura encore fallu pour y parvenir. Cet ouvrage t'est dédié.

La doctrine et la jurisprudence ont été prises en compte jusqu'au mois de mars 2026, sous réserve d'ajouts ponctuels.

Port Grimaud, le 4 août 2026

Alexandre Guisan

Sommaire

Remerciements IX
Table des matières XV
Table des abréviations XXV
Bibliographie XXXI

Introduction 1

Première partie: Interprétation – Méthode et limites 7

Chapitre 1: Interprétation de la loi en général 9
I. Nécessité et difficultés de l'interprétation 10
II. Méthode(s) d'interprétation 12
III. Éléments d'interprétation 14
IV. Articulation 28
V. Rôle de la doctrine et de la jurisprudence 34
VI. Synthèse 38

Chapitre 2: Interprétation et droit pénal 39
I. En principe: un régime similaire 39
II. Une limite: le principe de la légalité (art. 1 CP) 42
III. Synthèse 64

Chapitre 3: Interprétation et procédure pénale 65
I. En principe: un régime similaire 65
II. Quelques particularités 66
III. Une limite: le principe de la légalité? 70
IV. Synthèse de la première partie 83

Deuxième partie : Interprétation et qualité de lésé 87

Chapitre 1 : Régime interprétatif de l'art. 115 CPP 89
I. Plus qu'une simple règle d'organisation de la procédure 90
II. *In dubio pro victima* ? 90
III. Pour une interprétation limitée par le principe de la légalité 93

Chapitre 2 : La définition générale du lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP 113
I. Atteinte *(«… touchés…»)* 113
II. Sujet de l'atteinte *(«… toute personne…»)* 115
III. Origine de l'atteinte *(«… une infraction»)* 146
IV. Objet de l'atteinte *(«… les droits…»)* 155
V. Caractéristiques de l'atteinte *(«… dont… directement…»)* 164

Chapitre 3 : Le lésé plaignant (art. 115 al. 2 CPP) 177
I. Un renvoi tautologique à l'art. 30 al. 1 CP 177
II. Une extension limitée de la qualité de lésé 178
III. Synthèse de la deuxième partie 182

Troisième partie : Bien juridique et qualité de lésé 185

Chapitre 1 : Concept de bien juridique 187
I. Une notion aussi essentielle que controversée 187
II. Conceptions et fonctions du bien juridique 189
III. Définition du bien juridique 197
IV. Synthèse 203

Chapitre 2 : Catégories de biens juridiques 205
I. Les biens juridiques individuels 206
II. Les biens juridiques collectifs 213
III. Les biens juridiques mixtes 231
IV. La «nationalité» des biens juridiques 236
V. Synthèse 242

Chapitre 3 : Détermination du bien juridique 245
I. Interprétation de l'infraction (renvoi) 246
II. Élément littéral et bien juridique 248
III. Élément systématique et bien juridique 262
IV. Élément historique et bien juridique 277
V. Élément téléologique et bien juridique 280

VI. Doctrine, jurisprudence et bien juridique 288
VII. Synthèse 290

Chapitre 4 : Le rôle du bien juridique dans la conception du lésé 293
I. Un lésé anonymisé dans le bien juridique 293
II. Un lésé réhabilité grâce au bien juridique 295
III. La conception pénaliste du lésé dans le CPP 299
IV. Synthèse 325

Chapitre 5 : Atteinte personnelle au bien juridique 329
I. Titularité du bien juridique protégé par l'infraction 329
II. Biens juridiques individuels 338
III. Biens juridiques collectifs 366
IV. Synthèse 405

Chapitre 6 : Atteinte personnelle et qualité de lésé de l'État 407
I. Principe : pas d'atteinte personnelle 408
II. Exception : l'État touché comme un privé 424
III. Contournement : la qualité de partie *ad hoc* de l'État 446
IV. Synthèse 453

Chapitre 7 : Atteinte directe au bien juridique 455
I. Atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction 455
II. Atteinte directe et lésés indirects 465
III. Atteinte directe et typologie de l'infraction 501
IV. Atteinte directe et lésé en droit de la confiscation 522
V. Synthèse de la troisième partie 537

Conclusion 541

Table des matières

Remerciements IX
Sommaire XI
Table des abréviations XXV
Bibliographie XXXI

Introduction 1

Première partie : Interprétation – Méthode et limites 7

Chapitre 1 : Interprétation de la loi en général 9
I. Nécessité et difficultés de l'interprétation 10
II. Méthode(s) d'interprétation 12
III. Éléments d'interprétation 14
A. Élément littéral 15
B. Élément systématique 17
1. Systématique externe 18
2. Systématique interne 19
C. Élément historique 22
D. Élément téléologique 26
IV. Articulation 28
A. Le pluralisme pragmatique du Tribunal fédéral 29
B. Critiques et appuis 32
V. Rôle de la doctrine et de la jurisprudence 34
A. Doctrine 34
B. Jurisprudence 35
VI. Synthèse 38

Chapitre 2 : Interprétation et droit pénal 39
I. En principe : un régime similaire 39
II. Une limite : le principe de la légalité (art. 1 CP) 42
A. Le principe de la légalité des délits et des peines 42

B. Interprétation et interdiction de l'analogie 43
C. Limite à l'interprétation en droit pénal 46
1. Limite du sens littéral possible 46
2. Limite du sens juridique 49
3. Plurilinguisme helvétique 54
4. Position de la CourEDH 55
D. Appréciation personnelle 57
1. Une question d'interprétation de l'art. 1 CP 57
2. Trois arguments en faveur du sens littéral possible 58
a. Fidélité au texte et au contexte de l'art. 1 CP 58
b. Un critère utile et praticable 59
c. Fonction de garantie pour les citoyens 61
III. Synthèse 64

Chapitre 3 : Interprétation et procédure pénale 65
I. En principe : un régime similaire 65
II. Quelques particularités 66
III. Une limite : le principe de la légalité ? 70
A. Pas d'application directe de l'art. 1 CP 70
B. Un « principe de la légalité du droit de la procédure pénale » 73
C. Une approche différenciée selon le type de disposition 76
1. Dispositions de nature coercitive 77
2. Règles de validité *vs*. prescriptions d'ordre 79
3. Règles d'organisation et principes généraux de procédure 81
IV. Synthèse de la première partie 83

Deuxième partie : Interprétation et qualité de lésé 87

Chapitre 1 : Régime interprétatif de l'art. 115 CPP 89
I. Plus qu'une simple règle d'organisation de la procédure 90
II. *In dubio pro victima* ? 90
III. Pour une interprétation limitée par le principe de la légalité 93
A. Le lésé, entre procédure pénale et droit pénal matériel 93
B. Une place de choix en procédure pénale 95
1. Une partie plaignante en devenir 95
2. Un lésé aux droits offensifs 96
3. Péjoration de la situation du prévenu 99
4. Qualité de lésé et procès équitable (art. 6 CEDH) 103
C. Portée de l'approche proposée ici 108
1. Faible densité normative de l'art. 115 CPP 108
2. Limite du sens littéral possible ou interprétation restrictive ? 109
3. Préservation d'un « noyau dur » de lésés 111

Chapitre 2 : La définition générale du lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP 113

I. Atteinte *(«… touchés…»)* 113

II. Sujet de l'atteinte *(«… toute personne…»)* 115
A. Personne et personnalité juridique 115
B. De la capacité d'être partie à la capacité d'être lésé 118
C. Personnes physiques 121
D. Personnes morales de droit privé 123
1. En général 123
2. En cas de faillite 127
3. Entités dépourvues de la personnalité juridique 130
a. En général 130
b. Société simples et communautés héréditaires 130
c. Quasi-personnes morales et communautés de propriétaires d'étages 131
E. États et autres personnes morales de droit public 134
1. Capacité d'être partie en général 135
2. Capacité d'être lésé en procédure pénale 137
a. Un État à l'apparence efficace 138
b. Appréciation critique 141
3. Le cas des États et «quasi-États» étrangers 143

III. Origine de l'atteinte *(«… une infraction»)* 146
A. Une infraction, l'infraction, les infractions ? 146
B. L'infraction comme hypothèse 148
1. Un lésé potentiel 148
2. Un degré de preuve réduit à la (simple) vraisemblance 149
C. Tension avec la présomption d'innocence 152
1. Un lésé présumé lésé et un prévenu présumé coupable ? 152
2. Un lésé conjugué au conditionnel 153

IV. Objet de l'atteinte *(«… les droits…»)* 155
A. Des «droits» ou des biens juridiques ? 155
1. Nuances linguistiques 155
2. Des droits synonymes de biens juridiques 156
a. Élément historique 156
b. Jurisprudence constante 158
c. Limite du sens littéral possible 159
B. Un ou plusieurs biens juridiques ? 160
C. Conséquence : absence de pertinence du dommage civil 162

V. Caractéristiques de l'atteinte *(«… dont… directement…»)* 164
A. Deux conditions cumulatives : atteinte personnelle et directe 164
1. Confusion en pratique 165
2. Approche personnelle 168
3. Portée de la distinction 171
B. Atteinte d'une certaine gravité ? 173

Chapitre 3 : Le lésé plaignant (art. 115 al. 2 CPP) 177
I. Un renvoi tautologique à l'art. 30 al. 1 CP 177
II. Une extension limitée de la qualité de lésé 178
A. Représentants légaux et proches du lésé 179
B. Droit de plainte spécial 179
C. Autres ayants droit sur la chose ? 180
III. Synthèse de la deuxième partie 182

Troisième partie : Bien juridique et qualité de lésé 185

Chapitre 1 : Concept de bien juridique 187
I. Une notion aussi essentielle que controversée 187
II. Conceptions et fonctions du bien juridique 189
A. Conception systématique *vs*. conception critique 189
B. Critiques en doctrine 191
C. Perspective dans le cadre de l'art. 115 CPP 193
D. Fonctions restantes du bien juridique 195
III. Définition du bien juridique 197
A. Des définitions multiples 197
B. Une proposition 198
1. L'élément « bien » 199
2. L'élément « juridique » 201
IV. Synthèse 203

Chapitre 2 : Catégories de biens juridiques 205
I. Les biens juridiques individuels 206
A. Généralités 206
B. Classification des biens juridiques individuels 206
1. Les biens juridiques strictement personnels 206
2. Les biens juridiques librement disponibles 209
II. Les biens juridiques collectifs 213
A. Généralités 213
B. Rapport avec les biens juridiques individuels 214
1. Les théories monistes 215
2. La théorie dualiste 217
3. Appréciation personnelle et appuis dans la jurisprudence 219
C. Classification des biens juridiques collectifs 221
1. Les biens juridiques sociaux 223
2. Les biens juridiques étatiques 227
III. Les biens juridiques mixtes 231
A. Généralités 231
B. Classification des biens juridiques mixtes 233
1. Les biens juridiques mixtes proprement dits 233
2. Les biens juridiques mixtes improprement dits 235

IV. La «nationalité» des biens juridiques 236
A. Biens juridiques individuels: une nationalité indifférente 237
B. Biens juridiques collectifs: une nationalité discriminante 239
V. Synthèse 242

Chapitre 3: Détermination du bien juridique 245
I. Interprétation de l'infraction (renvoi) 246
II. Élément littéral et bien juridique 248
A. Le bien juridique, élément non écrit 248
B. Objet de l'infraction 250
C. Autres éléments constitutifs 254
D. Infractions poursuivies sur plainte 257
E. Interdiction de l'analogie et limite du sens littéral possible 259
F. Titres et sous-titres? 262
III. Élément systématique et bien juridique 262
A. Systématique externe 263
1. Le «catalogue» des biens juridiques 263
2. Un emplacement réducteur, fragmentaire, voire trompeur 265
3. Une prudence parfois extrême 269
B. Systématique interne 270
1. *«Interpretation gemäss den angedrohten Strafen»* 270
2. Pas de doublons dans la répression 272
3. Cohérence avec la partie générale et conformité au droit supérieur . 274
IV. Élément historique et bien juridique 277
V. Élément téléologique et bien juridique 280
A. Élément téléologique, synonyme de bien juridique 280
B. Prééminence en droit pénal? 282
C. Risque de raisonnement circulaire 285
VI. Doctrine, jurisprudence et bien juridique 288
VII. Synthèse 290

Chapitre 4: Le rôle du bien juridique dans la conception du lésé 293
I. Un lésé anonymisé dans le bien juridique 293
II. Un lésé réhabilité grâce au bien juridique 295
A. La «redécouverte» du lésé et son intégration à la procédure 295
B. Le rattachement au droit pénal matériel et à ses buts 297
III. La conception pénaliste du lésé dans le CPP 299
A. Quant à la qualité de lésé 299
B. Quant à la qualité pour agir du lésé 300
1. Le double intérêt à agir du lésé 300
2. Fondement de la qualité de partie plaignante au pénal 301
a. Une action pénale accessoire *(Nebenstrafklage)* 301
b. Tendant à la satisfaction morale *(Genugtuung)* 303
c. Tirée des droits de la personnalité 307

3. Limite à la qualité de partie plaignante au civil . . . 309
a. Une action civile adhésive *(Adhäsionsklage)* . . . 309
b. Réservée à certains protagonistes . . . 312
c. Restreinte quant à son fondement juridique . . . 313
d. Délimitée par son objet . . . 317
e. Impuissante si exercée seule . . . 322

IV. Synthèse . . . 325

Chapitre 5 : Atteinte personnelle au bien juridique . . . 329

I. Titularité du bien juridique protégé par l'infraction . . . 329
A. Rappel : première caractéristique de l'atteinte *(« … dont… »)* . . . 329
B. Périmètre de protection de l'infraction . . . 330
C. Perspective de droit comparé . . . 332
1. Approche similaire en droit allemand . . . 333
2. Approche similaire en droit français . . . 335

II. Biens juridiques individuels . . . 338
A. Reprise de l'ancienne notion de « lésé typique » . . . 338
B. Jurisprudence et doctrine . . . 341
C. Théorie des biens juridiques et conception pénaliste du lésé . . . 342
D. Distinction entre personnes physiques et personnes morales . . . 344
1. Personnes physiques . . . 344
2. Personnes morales . . . 344
a. L'art. 53 CC comme source d'inspiration . . . 345
b. Biens juridiques indissociables de la nature humaine . . . 347
c. Biens juridiques dissociables de la nature humaine . . . 348
E. Quelques configurations particulières . . . 353
1. Propriétaire et autres ayants droit sur la chose . . . 353
2. Infractions triangulaires . . . 357
a. Escroquerie au procès . . . 357
b. Infractions en matière bancaire . . . 358
c. Biens juridiques mixtes (improprement dits) . . . 361
3. Mise en danger du patrimoine et préjudice passager . . . 363

III. Biens juridiques collectifs . . . 366
A. Principe : pas d'atteinte personnelle . . . 366
1. Pas de titulaire individuel . . . 366
2. Pas d'action populaire en procédure pénale . . . 367
a. Notion d'action populaire et délimitations . . . 367
b. Évolution historique en procédure pénale . . . 369
c. Qualité pour recourir et qualité pour agir du lésé . . . 370
d. Un reliquat d'action populaire : la dénonciation . . . 372
3. Rôle du ministère public . . . 373
a. Représentant de l'État et de la société au procès pénal . . . 374
b. Sauvegarde des biens juridiques collectifs au travers de l'action publique . . . 376
c. Principe de la légalité des poursuites et indépendance . . . 377

4. Caractère praticable de la procédure . . . 379
5. Sens littéral possible de l'art. 115 al. 1 CPP . . . 381
6. Synthèse intermédiaire . . . 381
B. Exception tirée de la jurisprudence ? . . . 382
1. Le considérant-type du Tribunal fédéral . . . 382
a. Une première formule ambiguë . . . 382
b. Une tentative de clarification . . . 384
c. Une réception inégale en pratique . . . 386
2. Conséquence : une casuistique importante . . . 389
3. Quelques points de repères . . . 391
a. Cadre de la réflexion : les biens juridiques mixtes (proprement dits) . . . 392
b. Protection primaire, secondaire, alternative ou cumulative . . . 393
c. Un bien juridique social comme indice ? . . . 396
(i) En général . . . 396
(ii) Le cas des menaces alarmant la population (art. 258 CP) . 397
d. La protection de biens juridiques individuels « en blanc » . . . 399
(i) Une dérive de la jurisprudence . . . 399
(ii) Pour une interprétation restrictive . . . 402
IV. Synthèse . . . 405

Chapitre 6 : Atteinte personnelle et qualité de lésé de l'État . . . 407

I. Principe : pas d'atteinte personnelle . . . 408
A. L'approche du Tribunal fédéral . . . 408
B. Les trois arguments principaux . . . 410
1. L'argument de la souveraineté . . . 410
a. L'État intouchable . . . 410
b. Appréciation critique . . . 412
2. L'argument institutionnel . . . 415
a. L'État évincé . . . 415
b. Appréciation critique . . . 416
3. L'argument fonctionnel . . . 418
a. L'État inoffensif . . . 418
b. Appréciation critique . . . 421
II. Exception : l'État touché comme un privé . . . 424
A. L'approche du Tribunal fédéral . . . 424
B. Fondements historiques et appuis en droit positif . . . 426
1. Des deux corps du roi… aux deux corps de l'État . . . 426
2. La qualité pour recourir des collectivités publiques . . . 428
3. L'État titulaire de droits fondamentaux . . . 431
4. La protection de la personnalité (art. 28 CC) des personnes morales de droit public . . . 432
C. Transposition en procédure pénale ? . . . 435
1. En général . . . 435
2. L'État touché de façon identique *(« gleich »)* à un privé . . . 436
a. Infractions contre le patrimoine . . . 436
b. Infractions contre la liberté . . . 437

c. Infractions contre l'honneur 438
d. Infractions contre le domaine secret et privé 439
3. L'État touché de façon similaire *(«ähnlich»)* à un privé 440
a. Gestion déloyale des intérêts publics et abus de confiance qualifié 440
b. Corruption d'agents publics 441
c. Outrages aux États étrangers 444
d. Autres infractions ? 444

III. Contournement : la qualité de partie *ad hoc* de l'État 446
A. Les autres autorités (art. 104 al. 2 CPP) 446
B. Qualité pour recourir spéciale (art. 381a CPP et 81 al. 2 LTF) 449
C. Des lésés déguisés ? 450

IV. Synthèse 453

Chapitre 7 : Atteinte directe au bien juridique 455

I. Atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction 455
A. Rappel : seconde caractéristique de l'atteinte *(«… directement…»)* 455
B. Pas de «concours d'éléments supplémentaires» 456
C. Proximité spatio-temporelle avec l'infraction 459
D. Perspective de droit comparé 461
1. Approche similaire en droit allemand 461
2. Approche similaire en droit français 462

II. Atteinte directe et lésés indirects 465
A. Lésés par ricochet 465
1. Actionnaires, associés, ayants droit économiques 466
a. Principe : séparation des patrimoines 466
b. Vers un élargissement de la qualité de lésé ? 468
2. Créanciers 471
3. *Trustees* et bénéficiaires d'un trust 474
4. Proches 477
B. Successeurs du lésé originel 480
1. Principe : pas d'atteinte directe 481
2. Exception : transmission des droits selon l'art. 121 CPP 482
a. Aux proches du lésé décédé (art. 121 al. 1 CPP) 482
b. Aux tiers légalement subrogés (art. 121 al. 2 CPP) 485
(i) Cas de subrogation légale 485
(ii) Cas de succession pour cause de mort ? 488
(iii) Exclusion des transferts volontaires 490
C. Lésés subséquents 494
D. Lésés diffus 497

III. Atteinte directe et typologie de l'infraction 501
A. Infractions de lésion *vs.* infractions de mise en danger 501
1. Infractions de lésion 502
2. Infractions de mise en danger concrète 503
3. Infractions de mise en danger abstraite 505

4. Examen séparé de chaque comportement en cause 509
5. Le cas de l'organisation criminelle ou terroriste (art. 260[ter] CP) . . . 512
B. Infractions matérielles *vs*. infractions formelles 515
C. Infractions tentées (art. 22 CP) 517
D. Responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) 519
IV. Atteinte directe et lésé en droit de la confiscation 522
A. Lésé, *Verletzter* ou *Geschädigte*? 523
B. Une définition à géométrie variable 525
1. Dans le cadre de la restitution au lésé (art. 70 al. 1 *in fine* CP) 525
2. Dans le cadre de l'allocation au lésé (art. 73 CP) 526
C. Une proposition 528
1. Pour une interprétation uniforme de la notion de lésé 528
2. Une transmission des droits fondée sur l'art. 121 CPP 532
D. Lésé, confiscation et blanchiment d'argent (art. 305[bis] CP) 534
V. Synthèse de la troisième partie 537

Conclusion 541
I. Synthèse générale 541
II. Propositions d'interprétation et de droit souhaitable 544
III. Quelques considérations finales et prospectives 546

Table des abréviations

a	ancien ou abrogé (texte de loi)
ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681)
ass. plén.	assemblée plénière de la Cour de cassation (France)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Allemagne)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Allemagne)
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale = Rechtsprechung in Strafsachen (RStrS)
BNS	Banque nationale suisse
BO	Bulletin officiel
BGH	*Bundesgerichtshof* (Allemagne)
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Allemagne)
BSK	Basler Kommentar
BVerfG	*Bundesverfassungsgericht* (Allemagne)
CAJ-CE	Commission des affaires juridiques du Conseil des États
CAJ-CN	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CC	Code civil du 10 décembre 1907 (RS 210)
CE	Conseil des États
CERD	Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104)
CETEH	Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains (RS 0.311.543)
CFF	Chemins de fer fédéraux
c.	considérant
cit.	cité
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne

CM/Rec(2023)2	Recommandation du 15 mars 2023 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les droits, les services d'aide et le soutien des victimes de la criminalité
CN	Conseil national
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales (France)
CNUCC	Convention du 31 octobre 2003 des Nations Unies contre la corruption (Convention de Mérida; RS 0.311.56)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cpr.	comparer
CP/F	Code pénal français
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPI	Cour pénale internationale
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CPP/GE	Code de procédure pénale genevois du 29 septembre 1977 (abrogé au 1er janvier 2011)
CPM	Code pénal militaire suisse du 13 juin 1927 (RS 321.0)
CR	Commentaire romand
CREP	Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle (France)
CV	Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111)
D	Digeste ou Pandectes de l'empereur Justinien
Directive 2012/29/UE	Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil (Journal officiel de l'Union européenne L 315/57)
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
éd.	édition ou éditeur
éds	éditeurs
ég.	également
et al.	*et alii*
FF	Feuille fédérale
FP	forumpoenale (revue)
FS	Festschrift (mélanges)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Allemagne)
GC	Grande Chambre de la CourEDH
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (RS/ZH 211.1)
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis

JdT	Journal des Tribunaux
JR	Juristische Rundschau (Allemagne)
JZ	Juristenzeitung (Allemagne)
KG	Kantonsgericht (tribunal cantonal)
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.0)
LAP	Loi fédérale du 17 juin 2016 sur l'approvisionnement économique du pays (RS 531)
LAQEI	Loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes «Al-Qaïda» et «Etat islamique» et les organisations apparentées (RS 122)
LArm	Loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (RS 514.54)
LAVI	Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCaS-COVID-19	Loi fédérale du 18 décembre 2020 sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus (RS 951.26)
LCITES	Loi fédérale du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (RS 453)
LCFF	Loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux (RS 742.31)
LDTR/GE	Loi genevoise du 25 janvier 1996 sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (RS/GE L 5 20)
LEaux	Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)
LeGes	Législation & Évaluation (revue)
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (RS 142.20), auparavant Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)
LESp	Loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (RS 415.0)
LFAIE	Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS 211.412.41)
LFo	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (RS 921.0)
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301)
LHC/VD	Loi vaudoise du 16 novembre 1993 sur les Hospices cantonaux (RS/VD 810.11)
LJAr	Loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (RS 935.51)

LRCF	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)
LREC/GE	Loi genevoise du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'État et des communes (RS/GE A 2 40)
LRECA/VD	Loi vaudoise du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'État, des communes et de leurs agents (RS/VD 170.11)
LRTV	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (RS 784.40)
LPA	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la protection des animaux (RS 455)
LPAP	Loi fédérale du 21 juin 2013 sur la protection des armoiries de la Suisse et des autres signes publics (RS 232.21)
LPCC	Loi sur le placement du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LPD	Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPG/GE	Loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 (RS/GE E 4 05)
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)
LPN	Loi fédérale du 1er juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LPTh	Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques ; RS 812.21)
LPubl	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (RS 170.512)
LREC	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)
LRens	Loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (RS 121)
LSC	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le service civil (RS 824.0)
LStup	Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (RS 812.121)

LVP	Loi fédérale du 18 décembre 2015 sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (RS 196.1)
LVPC	Loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (RS 312.4)
nbp	note de bas de page
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Allemagne)
n.p.	non publié
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Allemagne)
NStZ-RR	NStZ – Rechtsprechungs-Report (Allemagne)
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (Allemagne)
OGer	Obergericht (tribunal cantonal ou supérieur)
OJ	Loi du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (abrogée)
OLOGA	Ordonnance du Conseil fédéral du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)
OLG	Oberlandgericht (Allemagne)
p.	page
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
PKG	Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
PPM	Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
REAS	Responsabilité et Assurance
Repertorio	Repertorio di giurisprudenza patria (Bellinzone)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Allemagne)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (= Zeitschrift des bernischen Juristenvereins [ZBJV])
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel
ROAC/GE	Règlement genevois du 1er juin 2018 sur l'organisation de l'administration cantonale (RS/GE B 4 05.10)
RS	Recueil systématique
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (France)

RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSV	Recueil systématique vaudois
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant
spéc.	spécialement
SRIEL	Swiss Review of International and European Law
ss	et suivants
StCPI	Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1)
StGB/AT	Code pénal autrichien
StGB/D	Code pénal allemand
StPO/D	Code de procédure pénale allemand
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
TC	Tribunal cantonal
trad.	traduction
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft Steuer Strafrecht (Allemagne)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZH	Zurich
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Allemagne)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Allemagne)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht = Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée (PCEF)

Bibliographie

Doctrine*

ACKERMANN JÜRG-BEAT, Lex certa et lex stricta – vom schlechten Gewissen, begrenzenden Prinzipien und der unbändigen Freude am Gesetz, in Jörg Schmid (éd), Hommage für Peter Gauch, Zurich 2016, p. 5 ss (cit. ACKERMANN, Lex certa);

– Wann ist abstrakt konkret genug? – vom Eignungsdelikt Geldwäscherei und der «Rechtgutsverschiebung», in Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli (éds), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Genève/Zurich/Bâle 2021, p. 1 ss (cit. ACKERMANN, Eignungsdelikt);

ACKERMANN JÜRG-BEAT/EGLI SAMUEL, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, Rechtsgüter – Normkonzepte – Sanktionen, in Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (éds), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2017, p. 9 ss;

ACKERMANN JÜRG-BEAT/SCHRÖDER KERSTIN, Gen-«Mais» als Gefahr? Zum rechtlichen Gefährdungsbegriff, insbesondere in Art. 230bis StGB, in Jörg Schmid/Hansjörg Seiler (éds), Recht des ländlichen Raums: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 1 ss;

ACKERMANN JÜRG-BEAT/VOGLER PATRICK/BAUMANN LAURA/EGLI SAMUEL, Strafrecht Individualinteressen, Gesetz, System und Lehre im Lichte der Rechtsprechung, Berne 2019 (cit. ACKERMANN et al.);

AEBI-MÜLLER REGINA E./CAMENZIND JANINE, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, RJB 152/2016 501 ss;

AHLFELD GESA, Die Nebenklage im Lichte spätmoderner Herausforderungen – Vorschlag für einen Funktionswandel, thèse Münster, Berlin 2023;

* Pour faciliter la consultation, il a été renoncé à tenir une bibliographie séparée par pays. Les références à la doctrine de droit étranger dans les notes de bas de pages sont généralement signalées par la mention du pays concerné en italiques. Par ailleurs, les références plus périphériques, citées une seule fois seulement, figurent directement dans les notes de bas de page du texte.

AK StGB, Damian K. Graf (éd.), Annotierter Kommentar StGB, Berne 2020 (cit. AK StGB-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

AKIKOL ANIL, Genugtuungsanspruch der juristischen Person, REAS 2012 406 ss;

ALBRECHT PETER, Das Geheimnis der «ratio legis» aus der Sicht eines erstinstanzlichen Strafrichters, in Die Bedeutung der «Ratio legis», Kolloquium der juristischen Fakultät der Universität Basel, Bâle 2001, p. 69 ss (cit. ALBRECHT, Geheimnis);

– Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28l BetmG), 3e éd., Berne 2016 (cit. ALBRECHT, BetmG);

ALIX JULIE, Bien juridique protégé par les incriminations terroristes et recevabilité des constitutions de partie civile, Lexbase Pénal du 18 avril 2019;

AMBROISE-CASTÉROT CORALIE, Action civile, in Encyclopédie numérique Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2017 (actualisation avril 2023);

AMBROISE-CASTÉROT CORALIE/BONFILS PHILIPPE, Procédure pénale, 4e éd., Paris 2022;

AMELUNG KNUT, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (éds), Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, 155 ss;

AMMANN ODILE, Domestic Courts and the Interpretation of International Law, Methods and Reasoning Based on the Swiss Example, thèse Fribourg, Leyde 2020;

AMSTUTZ MARC/NIGGLI MARCEL A., Recht und Wittgenstein III – Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (éds), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Berne 2004, p. 9 ss;

ANGST RAINER/MAURER HANS, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung, FP 2008 301 ss (partie 1) et 373 ss (partie 2);

ARZT GUNTHER, Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt, RPS 108/1990 p. 168 ss;

AUBERT GABRIEL, Partie civile et responsabilité civile, SJ 1978 p. 610 ss;

BAER MAGALI, La personnalité juridique de l'État, ex ante 1/2024 p. 23 ss;

BALDEGGER MIRJAM, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, thèse habil. Berne, Berlin 2017;

BARRELET DENIS/WERLY STÉPHANE, Droit de la communication, 2e éd., Berne 2011;

BAZZI CLAUDIO, Internationale Wirtschaftsspionage – Eine Analyse des strafrechtlichen Abwehrdispositivs der Schweiz, thèse Zurich 2015;

BAUER ALAIN/CORNU PIERRE, Code de procédure pénale neuchâtelois annoté, Neuchâtel 2003;

BAUMANN CLAUDE, Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozess, Mit besonderer Berücksichtigung des Offizialverfahrens nach schweizerischem Recht, thèse Zurich, 1958;

BEAUD OLIVIER, La puissance de l'État, Paris 2004 (cit. BEAUD, Puissance);

– Président et partie civile: une compatibilité problématique? Recueil Dalloz 2012 p. 1916 (cit. BEAUD, Président);

– La République injuriée, Histoire des offenses au chef de l'État de la III^e à la V^e République, Paris 2019 (cit. BEAUD, République injuriée);

BEAUSSONIE GUILLAUME, La légitimité de la victime de l'infraction, in Cédric Ribeyre (éd.), La victime de l'infraction pénale, Paris 2016, p. 49 ss (cit. BEAUSSONIE, Légitimité);

– La notion de valeur sociale protégée, in Patrick Mistretta/Salomé Papillon/Camille Kurek (éds), L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal, Paris 2020, p. 5 ss (cit. BEAUSSONIE, Valeur);

BEAUVAIS PASCAL, Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes, Archives de politique criminelle, 2007/01 n° 29 3 ss (cit. BEAUVAIS, Prévisibilité);

– Les mutations de la souveraineté pénale, in L'exigence de justice, Mélanges en l'honneur de Robert Badinter, Paris 2016, p. 71 ss (cit. BEAUVAIS, Souveraineté);

– Rapport conclusif, in Cédric Ribeyre (éd.), La victime de l'infraction pénale, Paris 2016, p. 259 ss (cit. BEAUVAIS, Rapport conclusif);

BeckOK StGB, Bernd von Heintschel-Heinegg (éd.), Beck'sche Online-Kommentare (BeckOK), StGB, 56^e éd., Munich 2023 (cit. BeckOK StGB-AUTEUR·E, § 1 N 1);

BeckOK StPO, Jürgen Graf (éd.), Beck'sche Online-Kommentare (BeckOK), StPO mit RiStBV und MiStra, 46^e éd., Munich 2023 (cit. BeckOK StPO-AUTEUR·E, § 1 N 1);

BELOOF DOUGLAS E./CASSELL PAUL G./GARVIN MEG/TWIST STEVEN J., Victims in Criminal Procedure, 4^e éd., Durham 2018 (cit. BELOOF et al.);

BERNASCONI PAOLO et al., Codice Svizzero di procedura penale (CPP), Commentario, Zurich/Saint-Gall 2010 (cit. Commentario CPP-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BK OR, Berner Kommentar OR, BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 5^e éd., Berne 2021 (cit. BK OR-BREHM, Art. 41 N 1);

BERNHARD CLAUDIA, Das Rechtgüter-Trilemna, Von der Legitimität staatlichen Strafens am Beispiel der Völkermordleugnung, thèse Bâle, 2011;

BIAGGINI GIOVANI, Sind öffentliche Unternehmen grundrechtsberechtigt? Betrachtungen am Beispiel der Wirtschaftsfreiheit, in Hans Caspar Von der Crone et al. (éds), Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 623 ss (cit. BIAGGINI, Öffentliche Unternehmen);

– «Ratio Legis» und richterliche Rechtsfortbildung, in Die Bedeutung der «Ratio Legis», Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Bâle 2011, p. 51 ss (cit. BIAGGINI, Ratio Legis);

BOGUSCH KERSTIN, Die Einbeziehung der Rechtsgüter von EU-Mitgliedstaaten in den Schutzbereich deutscher Straftatbestände, thèse Bonn, Berlin 2017;

BOLLIGER GIERI/RICHNER MICHELLE/RÜTTIMANN ANDREAS/STOHNER NILS, Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis, 2e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019;

BOMMER FELIX, Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen? RPS 121/2003 172 ss (cit. BOMMER, RPS 2003);

– Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, thèse habil., Berne 2006 (cit. BOMMER, Verletztenrechte);

– Privatklägerische Rechte im Strafpunkt – ein Überblick, recht 2015 183 ss (cit. BOMMER, Überblick);

– Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, RJB 153/2017 395 ss (cit. BOMMER, RJB 2017);

– Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum materiellen Strafrecht im Jahr 2019, RJB 156/2020 499 ss (cit. BOMMER, RJB 2020);

BONFILS PHILIPPE, L'action civile de l'État contre les fonctionnaires, Les petites affiches 2004 no 237 p. 6 (cit. BONFILS, Action civile);

– L'interprétation par analogie *(in favorem)* en procédure pénale, in Frédéric Stasiak (éd.), Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel, Paris 2015, p. 149 ss (cit. BONFILS, Interprétation);

– Partie civile, in Encyclopédie numérique Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2018 (actualisation juin 2022) (cit. BONFILS, Partie civile);

– L'action civile 60 ans après, in Philippe Conte et Farah Safi (éds), Les 60 ans du code de procédure pénale, LexisNexis Droit pénal no 4, Avril 2019, dossier 5 (cit. BONFILS, 60 ans);

BRAND CHRISTIAN, Das Klageerzwingungsverfahren bei strafrechtsrelevanten Schädigungen von Personenverbänden, GA 2019 747 ss;

BRANDENBERGER SIMONE, Der Staat als Verletzter im Strafprozess – eine Rollenverteilung, FP 4/2016 225 ss;

BROCKMANN MICHAEL, Das Rechtsgut des § 176 StGB – Zugleich ein Beitrag zur Leistungsfähigkeit des Rechtsgutsbegriffs als Hilfsmittel der Auslegung, thèse Bochum, Berlin 2015;

BRUNNER PETER, Die Stellung des Geschädigten im zürcherischen Offizial- und subsidiären Privatklageverfahren, thèse Zurich 1976;

BSK BGG, Marcel A. Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (éds), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2018 (cit. BSK BGG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK FIDLEG/FINIG, Rashid Bahar/Rolf Watter (éds), Finanzdienstleistungsgesetz/Finanzinstitutsgesetz, Basler Kommentar, Bâle 2023 (cit. BSK FIDLEG/FINIG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK FINMAG/FinfraG, Rolf Watter/Rashid Bahar (éds), Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2019 (cit. BSK FINMAG/FinfraG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK IPRG, Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (éds), Internationales Privatrecht (IPRG), Basler Kommentar, 4e éd., Bâle 2021 (cit. BSK IPRG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK OR I, Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (éds), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7e éd., Bâle 2019 (cit. BSK OR I-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK SchKG, Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (éds), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3e éd., Bâle 2021 (cit. BSK SchKG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK StGB/JStGB, Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éds), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-136 StGB, Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4e éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB/JStG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK StPO, Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (éds), Basler Kommentar, Schweizerisches Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3e éd., Bâle 2023 (cit. BSK StPO-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK SVG, Marcel Alexander Niggli/Thomas Probst/Bernhard Waldmann (éds), Basler Kommentar, Strassenverkehrsgesetz (SVG), 2e éd., Bâle 2014 (cit. cit. BSK SVG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK VStrR, Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (éds), Verwaltungsstrafrecht, Basler Kommentar, Bâle 2020 (cit. BSK VStrR-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK ZGB I, Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (éds), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7e éd., Bâle 2022 (cit. BSK ZGB I- AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BSK ZPO, Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (éds), Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 4e éd., Bâle 2024 (cit. BSK ZPO-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB – Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2e éd., Berne 2017 (cit. BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 1 N 1);

BURGENER FABIO, L'exécution de la confiscation de valeurs patrimoniales et de la créance compensatrice, thèse Genève 2025;

BYRNE-SUTTON PASCALE, La responsabilité de l'Etat, in David Hofmann/Fabien Waelti (éds), Actualités juridiques de droit public 2013, Berne 2013, p. 13 ss;

CANDRIAN JÉRÔME, L'immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la protection des Biens culturels, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2005 (cit. CANDRIAN, Immunité);

– Quelques réflexions – à la lumière de l'arrêt Adamov rendu par la Ire Cour de droit public du Tribunal fédéral le 22 décembre 2005 (ATF 132 II 81) – sur la notion d'infractions contre les devoirs de fonction en droit pénal suisse et sur la notion d'actes de fonction en droit international de l'immunité, RPS 124/2006 419 ss (cit. CANDRIAN, Adamov);

CAPUS NADJA, Die geschädigte Person und das Legalitäts- sowie das Opportunitätsprinzip, RPS 131/2013 408 ss;

CAPUS NADJA/MBIYAVANGA STEFAN, Procédures pénales consensuelles avec des entreprises en matière de corruption transnationale: quel rôle pour l'État lésé?, in Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli (éds), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Zurich 2021, p. 43 ss;

CARBONNIER JEAN, Droit et passion du droit sous la Ve République, Paris 1996, nouvelle éd. 2022;

CARNICÉ JEAN-MARC/GRODECKI STÉPHANE, Quelle place pour les rapports informels entre avocats et procureurs? in Konrad Jeker/Thomas Held/Yvan Jeanneret (éds), Strafprozessrecht, 10 Jahre Schweizerische StPO, Zurich/Genève 2022, p. 133 ss;

CARRON BLAISE, Interprétation, in Fanny Matthey/Anne-Sylvie Dupont/Valérie Défago Gaudin (éds), Glossaire scientifique en l'honneur de Pascal Mahon, Bâle 2023, p. 185 ss;

CASSANI URSULA, La protection pénale du patrimoine, Autonomie et détermination par le droit civil, thèse Genève 1988 (cit. CASSANI, Protection);

– Art. 303-311 CP, in Martin Schubarth (éd.), Commentaire du droit pénal suisse, Partie spéciale, Volume 9: Crimes ou délits contre l'administration de la justice, Berne 1996 (cit. CASSANI, Commentaire, Art. 303 N 1);

– Le droit pénal: esclave ou maitre du droit civil? Autonomie du droit pénal et unité de l'ordre juridique: une liberté sous surveillance, SJ 2000 II 287 ss (cit. CASSANI, Autonomie);

– Le blanchiment d'argent, un crime sans victime? in Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (éds), Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zurich 2001, p. 393 ss (cit. CASSANI, FS Schmid);

– Évolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique: blanchiment d'argent et corruption privée, RPS 136/2018 179 ss (cit. CASSANI, Évolutions);

– Bien commun, avantages privés: la corruption d'agents publics suisses, in Michel Hottelier/Maya Hertig Randall/Alexandre Flückiger (éds), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 61 ss (cit. CASSANI, Bien commun);
– Droit pénal économique, Éléments de droit suisse et transnational, Bâle 2020 (cit. CASSANI, Droit pénal économique);

CASSANI URSULA/MAY PHILOMÈNE, La corruption dans l'attribution de compétitions sportives: de l'ancien au nouveau droit, in Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Delden/Bénédict Foëx (éds), Le droit en question: Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Braddeley, Genève 2017, p. 351 ss;

CASSEL PAUL G./MORRIS MICHAEL RAY, JR., Defining «Victim» Through Harm: Crime Victim Status in the Crime Victims' Rights Act and Other Victims' Rights Enactments, University of Utah College of Law Research Paper No. 537 (=American Criminal Law Review, Forthcoming), 2023;

CHAIX FRANÇOIS, Mesures de contrainte: interprétation et droits fondamentaux, FP 1/2017 19 ss;

CHAIX FRANÇOIS/BERTOSSA BERNARD, La répression de la discrimination raciale: lois d'exceptions? SJ 2002 II p. 177 ss;

CHAPPUIS CHRISTINE/WERRO FRANZ, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, RDS 122 (2003) II 237 ss (cit. CHAPPUIS ou WERRO, Croisée des chemins);

CHAUMETTE ANNE-LAURE, Les sujets du droit international pénal: vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale? Paris 2009;

CLERC FRANÇOIS, Introduction à l'étude du Code pénal suisse, Partie Générale, Lausanne 1942 (cit. CLERC, Introduction);
– Le procès pénal en Suisse romande – Étude de l'influence du droit français sur les lois de procédure pénale en vigueur en Suisse romande, Paris 1955 (cit. CLERC, Procès pénal);
– Un exemple de l'apport du droit comparé à l'interprétation des lois de procédure pénale, in Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en l'honneur de Louis Hugueney, Paris 1964, p. 55 ss (cit. CLERC, Droit comparé);

COHEN EMANUEL, Im Zweifel für die Strafe? – Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes, thèse Zurich 2015;

Comm. LTF, Commentaire LTF, AUBRY GIRARDIN FLORENCE et al., 3e éd., Berne 2020 (cit. Comm. LTF-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CONRAD PETER, Die Adhäsion im aargauischen Strafprozess, thèse Zurich, Baden 1972;

CONTE MARTINA, Die Grenzen der Präventivhaft gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, thèse Zurich, Genève/Zurich/Bâle 2018;

CONVERSET STÉPHANIE, Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage, De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'État sous l'angle du nouveau droit, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2009;

CORBOZ BERNARD, Le pourvoi en nullité interjeté par le lésé auprès de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, SJ 1995 133 ss (cit. CORBOZ, Pourvoi);

– Les droits procéduraux découlant de la LAVI, SJ 1996 53 ss (cit. CORBOZ, LAVI);

– Les infractions en droit suisse, volume I et I, 3e éd., Berne 2010 (cit. CORBOZ, I ou II, Art. 1 N 1);

CORNU GÉRARD, Vocabulaire juridique, 15e éd., Paris 2024;

CORNU LAURENCE, Théorie de l'évasion fiscale et interprétation économique, Les limites imposées par les principes généraux du droit, thèse Lausanne 2014;

COUR DE CASSATION, Recueil annuel des études 2024, Les victimes d'actes de terrorisme: spécificités et enjeux juridiques, Paris 2024, p. 7 ss (cit. Cass., Recueil annuel 2024);

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (CourEDH), Guide sur l'art. 2 CEDH, Droit à la vie, mis à jour au 31 août 2023 (cit. CourEDH, Guide art. 2 CEDH);

– Guide sur l'art. 3 CEDH, Interdiction de la torture, mis à jour au 28 février 2023 (cit. CourEDH, Guide art. 3 CEDH);

– Guide sur l'art. 4 CEDH, Interdiction de l'esclavage et du travail forcé, mis à jour au 31 août 2023 (cit. CourEDH, Guide art. 4 CEDH);

– Guide sur l'art. 6 CEDH, Droit à un procès équitable (volet pénal), mis à jour au 31 août 2023 (cit. CourEDH, Guide art. 6 CEDH pénal);

– Guide sur l'art. 6 CEDH, Droit à un procès équitable (volet civil), mis à jour au 31 août 2023 (cit. CourEDH, Guide art. 6 CEDH civil);

– Guide sur l'art. 7 CEDH, Pas de peine sans loi: principe de légalité des délits et des peines, mis à jour au 31 août 2023 (cit. CourEDH, Guide art. 7 CEDH);

– Guide sur l'art. 8 CEDH, Droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, mis à jour au 31 août 2023 (cit. CourEDH, Guide art. 8 CEDH);

CR CC I, Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (éds), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-359 CC, 2e éd., Bâle 2023 (cit. CR CC I-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR CC II, Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (éds), Commentaire romand, Code civil I, Art. 457-977 CC, Bâle 2016 (cit. CR CC II-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR CO I, Luc Thévenoz/Franz Werro (éds), Code des obligations I, Commentaire romand, Art. 1-529 CO, 3e éd., Bâle 2021 (cit. CR CO I-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR CO II, Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Tringade (éds), Code des obligations II, Commentaire romand, Art. 530-1186 CO; Art. 120-141 LIMF avec des introductions à la LFus et à la LTI, 3e éd., Bâle 2024 (cit. CR CO II-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR CPC, François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (éds), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019 (cit. CR CPC-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR CP I, Laurent Moreillon/Alain Macaluso/Nicolas Queloz/Nathalie Dongois (éds), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, 2e éd., Bâle 2020 (cit. CR CP I-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR CP II, Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (éds), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111-392 CP, 2e éd., Bâle 2025 (cit. CR CP II-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR CPP, Yvan Jeanneret/André Kuhn/Camille Perrier Depeursinge (éds), Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 2e éd., Bâle 2019 (cit. CR CPP-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR CPP[1], Yvan Jeanneret/André Kuhn (éds), Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 1e éd., Bâle 2011 (cit. CR CPP[1]-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR Cst., Vincent Martenet/Jacques Dubey (éds), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021, (cit. CR Cst.-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR LBA, Ursula Cassani/Christian Bovet/Katia Villard (éds), Commentaire romand, Loi sur le blanchiment d'argent (LBA), Bâle 2022 (cit. CR LBA-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR LCD, Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (éds), Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale, Bâle 2017 (cit. CR LCD-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR LDIP/CL, Andrea Bucher (éd.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano, 2e éd., Bâle 2025 (cit. CR LDIP ou CR CL-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR LP, Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (éds), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2e éd., Bâle 2025 (cit. CR LP-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CR LSFin, Alexandre Richa/Philipp Fisher (éds), Loi sur les services financiers, Commentaire romand, Bâle 2022 (cit. CR LSFin-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

CRAMER CONRADIN, Der unhistorische Gesetzgeber – Anregungen für eine stärkere Berücksichtigung geltungszeitlicher Ansichten des Gesetzgebers und eine verbesserte Kommunikation zwischen Legislative und Judikative, PJA 2006 515 ss;

CS CEDH, GONIN LUC/BIGLER-DE MOOIJ OLIVIER, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Commentaire Stämpfli (CS), 2e éd., Berne 2025 (cit. CS CEDH-AUTEUR, Art. 1 N 1);

DANGUBIC MIRO/CLERC YVES, Die Parteistellung gemäss Art. 104 Abs. 2 StPO – unter besonderer Berücksichtigung von BGE 144 IV 240, FP 6/2020 474 ss;

DARSONVILLE AUDREY, La pertinence des valeurs sociales protégées, in Patrick Mistretta/Salomé Papillon/Camille Kurek (éds), L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal, Paris 2020, p. 35 ss;

DEBOVE FRÉDÉRIC/FALLETTI FRANÇOIS, Précis de droit pénal et de procédure pénale, 7e éd., Paris 2018;

DECHENAUD DAVID, Interprétation téléologique ou interprétation par analogie? in Frédéric Stasiak (éd.), Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel, Paris 2015, p. 137 ss;

DELAGE PIERRE-JÉRÔME, Les fondements de la personnalité juridique, in Humanisme et justice – Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Dalloz, Paris 2016, p. 37 ss;

DELALOYE LUDIVINE, Les preuves recueillies illicitement par les autorités pénales, in Katia Villard/Fabio Burgener (éds), Les preuves illicites en droit pénal, Exploitabilité et voies de droit, Bâle 2023, p. 17 ss;

DEMARMELS MISCHA, Die Legitimation zur Beschwerde im kantonalen Strafverfahren (Art. 381 f. StPO), thèse Zurich 2018;

DERISBOURG-BOY SABINE, La position du lésé dans la procédure pénale et ses possibilités d'obtenir un dédommagement, thèse Lausanne, Tolochenaz 1992;

DESAULNAY OLIVIER, La constitution de partie civile du Président de la République: la discordance des statuts révélée, Revue française de droit administratif (RFDA) 2012 p. 1203 ss;

DESCHENAUX HENRI, Le titre préliminaire du Code civil, in Traité de droit privé suisse, Tome II/1, Fribourg 1969;

DESPORTES FRÉDÉRIC/LAZERGES-COUSQUER LAURENCE, Traité de procédure pénale, 4e éd., Paris 2016;

DETRAZ STÉPHANE, La théorie des infractions d'intérêt général: moribonde ou assainie? Procédures no 12, Décembre 2009, étude 10 (cit. DETRAZ, Infractions d'intérêt général);

– La notion textuelle de «victime» en matière pénale, in Humanisme et justice – Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Dalloz, Paris 2016, p. 67 ss (cit. DETRAZ, Notion textuelle);

– L'Administration et le juge pénal – Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal? Le domaine fiscal peut-il servir de modèle? RSC 2019/1 49 ss (cit. DETRAZ, Administration);

– Diffamation, in Encyclopédie numérique Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mars 2021 (actualisation mai 2023) (cit. DETRAZ, Diffamation);

– Le juge pénal et la réparation du préjudice écologique «pur», RSC 2022/4 779 ss (cit. DETRAZ, Préjudice écologique);

DOAK JONATHAN, Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice – Reconceiving the Role of Third Parties, Londres 2008;

DONATSCH ANDREAS/GODENZI GUNHILD/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 10e éd, Zurich/Genève 2022;

DONATSCH ANDREAS/SCHMID NIKLAUS (éds), Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zurich 2007;

DONATSCH ANDREAS/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 3e éd., Zurich 2023;

DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017;

DONGOIS NATHALIE/LUBISHTANI KASTRIOT, Un droit pénal publicisé dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste, in Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (éds), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 167 ss;

DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008;

DREYER EMMANUEL, Droit pénal spécial, Manuel, Paris 2020 (cité: DREYER, Droit pénal spécial)

– Droit pénal général, 6e éd., Paris 2021 (cité: DREYER, Droit pénal général);

DREYER EMMANUEL/MOUYSSET OLIVIER, Procédure pénale, 2e éd., Paris 2019;

DROESE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, thèse Lucerne, Zurich 2008 (cit. DROESE, Akteneinsicht);

– Die Zivilklage nach der schweizerischen Strafprozessordnung, in Walter Fellmann/Stephan Weber (éds), Haftpflichtprozess 2011, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 37 ss (cit. DROESE, Zivilklage);

– Vom (zweifelhaften) Nutzen von Strafverfahren für die Durchsetzung von Zivilansprüchen, recht 2017 p. 187 ss (cit. DROESE, Nutzen);

– Revision der StPO – einige Neuerungen aus Geschädigtensicht, recht 2024 p. 29 ss (cit. DROESE, Revision);

DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2018;

DUCROT MICHEL, La qualité de partie du lésé en particulier sa qualité pour recourir contre les prononcés rendus sur l'action publique (LAVI et procédure pénale valaisanne), RVJ 1995 p. 333 ss;

DUFF ANTHONY, Fairness in Criminal Proceedings: Concluding Thoughts and Further Questions, in John D. Jackson/Sarah J. Summers (éds), Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings, Oxford/Portland 2018, p. 301 ss;

DÜRR DAVID, Art. 1 ZGB et Vorbemerkungen zu Art. 1-4 ZGB, in Peter Gauch/Jörg Schmid (éds), Zürcher Kommentar, Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht, 3e éd., Zürich 1998 (cit. ZK ZGB-DÜRR, Art. 1 N 1 ou Vor. Art. 1-4 N 1);

DYENS ALEXANDRE, Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse, Étude critique des art. 3 et 8 CPS, Enjeux théoriques et pratiques, en particulier en matière de criminalité économique et financière, thèse Lausanne, Bâle 2014;

ECHLE REGULA, Die Adhäsionsklage nach der Schweizerischen Strafprozessordnung und der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren, thèse Bâle, Zurich/St.Gall 2018 (cit. ECHLE, Adhäsionsklage);

– Der Begriff der geschädigten Person im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO – zugleich Besprechung von BGE 145 IV 491, FP 4/2020 p. 325 ss (cit. ECHLE, Begriff);

EGLI SAMUEL, Anzeigepflichten, Grundlagen – Normkonzepte – Entwicklungsmöglichkeiten, am Beispiel der Anzeigepflichten für Umweltverwaltungsbehörden, thèse Lucerne, Zurich 2020;

EICKER ANDREAS, Die vielen Gesichter der Privatklägerschaft – Ein Rechtsinstitut zwischen den Eigenschaften als Prozesspartei, Auskunftsperson und Zeuge, in Felix Bommer/Stephen V. Berti (éds), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011-150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zurich/Bâle/Genève 2011, p. 159 ss (cit. EICKER, Privatklägerschaft);

– Zur Ermittlung des Bestimmtheitsgefälles von Strafvorschriften im Nebenstrafrecht – Ansätze für eine Auslageordnung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltstrafrechts des Bundes als akzessorisches Gefährdungsstrafrecht, RPS 132/2014 168 ss (cit. EICKER, Ermittlung);

EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Art. 1 ZGB, in Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (éds), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Berne 2012 (cit. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 1);

ENDLER MARIUS, Die Doppelstellung des Opferzeugen – Zur Vereinbarkeit der Informations-, Offensiv- und Beistandsrechte des Opfers mit dessen Zeugenstellung, thèse Munich, Baden-Baden 2019;

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e éd., Berne 1997;

ENGLÄNDER ARMIN, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 127/2015 (3) 616 ss;

ERDEM BEDIRHAN, Die Grenzen der Subjektstellung des Opfers, JuWissBlog Nr. 56/2023, 14.9.2023;

ESER ALBIN, Rechtsgut und Opfer – Zur Überholung des einen auf Kosten des anderen, in Ulrich Immenga et al. (éds), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, p. 1005 ss;

ETIER GUILLAUME/STRÄULI BERNHARD, Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale, in Christine Chappuis/Bénédict Winiger (éds), Responsabilité civile, Responsabilité pénale, Journée de la responsabilité civile 2014, Genève 2015, 11 ss;

FALB FRITZ, Die Berücksichtigung der Interessen des Verletzten im materiellen und formellen Strafrecht, insbesondere im Bernischen Strafverfahren, in: Hans Walder/Stefan Trechsel (éds), Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, Berne 1977 (= RPS 94), p. 327 ss;

FAVRE ANNE-CHRISTINE, Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux, RDS 130 (2011) II 227 ss (cit. FAVRE, Cent ans);

– Infractions environnementales et qualité pour agir, in Anne-Christine Favre/Anne-Christine Fornage/Loïc Parein (éds), Droit pénal de l'environnement: Quelle consécration? Bâle 2022, p. 597 ss (cit. FAVRE, Infractions);

FERNANDEZ STÉPHANIE, Essai sur la distribution des compétences en droit pénal international, thèse Toulouse, Institut Universitaire Varenne (Bayonne) 2016;

FIOLKA GERHARD, Das Rechtsgut, Strafgesetz versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), thèse Fribourg, Bâle 2006, 2 volumes, (cit. FIOLKA, Rechtsgut);

– Äusserungsdelikte: Die strafrechtliche Regulierung von Kommunikation im Lichte der Sprachphilosophie Wittgensteins, Jusletter du 24 juillet 2006 (cit. FIOLKA, Äusserungsdelikte);

– Das Rechtsgut als Massstab des Verschuldens in Art. 47 StGB, RPS 125/2007 133 ss (cit. FIOLKA, Verschulden);

FORSTER MARC, Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel, Politisierung des Strafrechts und Kriminalisierung des Alltagslebens, thèse habilitation Saint-Gall 1995, RDS 114 (1995) II 1 ss;

FOUCAULT MICHEL, Théories et institutions pénales, Cours au Collège de France 1971-1972, Paris 2015 (cit. FOUCAULT, Théories);

– Surveiller et punir, Naissance de la prison, Paris 1975 (cit. FOUCAULT, Surveiller et punir);

FOURRIER EUGÉNIE, L'incrimination de la corruption passive d'agents publics étrangers (art. 322septies al. 2 CP), Zurich 2021;

FRANK FRIEDRICH/MARKWALDER NORA, Ungeklärte Fragen des Verwaltungsstrafverfahrensrechts, Revue de l'avocat 2022 312 ss;

FRISCH WOLFGANG, Der Begriff des «Verletzten» im Klageerzwingungsverfahren, JZ 1974 7 ss;

FUHRIMANN FLORIAN, Konzeption des Hoheitlichkeitsbegriffs unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung im Freizügigkeitsrecht, thèse Bâle 2022;

GALEAZZI CHRISTINA, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, thèse Zurich, Genève/Zurich/Bâle 2016;

GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2006 (cit. GARBARSKI, Responsabilité);

– La constitution de partie civile de l'actionnaire en procédure pénale: analyse critique de la jurisprudence de la chambre d'accusation, SJ 2010 II p. 47 ss (cit. GARBARSKI, SJ 2010);

– Qualité de partie plaignante et criminalité économique: quelques questions d'actualité, RPS 130/2012 160 ss (cit. GARBARSKI, RPS 2012);

– L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif: éléments de droit matériel et de procédure, RPS 130/2012 p. 409 ss (cit. GARBARSKI, L'entreprise);

– Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale: état des lieux de la jurisprudence récente, SJ 2013 II 123 ss (cit. GARBARSKI, SJ 2013);

– Qualité de partie plaignante du créancier cessionnaire des droits de la masse (art. 260 LP), GesKR 2014 536 ss (cit. GARBARSKI, GesKR 2014);

– Le lésé et la partie plaignante dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, SJ 2017 II 125 ss (cit. GARBARSKI, SJ 2017);

GARBARSKI ANDREW M./FROSSARD DYLAN, Escroquerie en matière de prestations (art. 14 DPA) et qualité de partie plaignante de la Confédération, in ‹www.verwaltungsstrafrecht.ch› du 25.04.2025;

GARBARSKI ANDREW M./MACALUSO ALAIN, Commissions, rétrocessions et autres rémunérations analogues à l'épreuve du droit pénal, in Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli (éds), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Genève/Zurich/Bâle 2021, p. 97 ss (cit. GARBARSKI/MACALUSO, Commissions);

– *Nemo tenetur se ipsum accusare* et responsabilité pénale de l'entreprise, in ‹www.verwaltungsstrafrecht.ch› du 21.6.2023 (cit. GARBARSKI/MACALUSO, Nemo tenetur);

GARBARSKI ANDREW M./MUSKENS LOUIS FRÉDÉRIC, L'action en responsabilité dans la faillite d'une société anonyme, ZZZ 50/2020 122 ss;

GARRÉ ROY, Un solo diritto, più lingue: il multilinguismo interpretativo elvetico, LeGes 30 (2019) 3, Nr. 2;

GAUCH PETER, Ein «regelrechter» Schluss, Abschiedsvorlesung, RDS 128 (2009) I 215 ss;

GELZER PHILIPP, Plädoyer für ein objektiv-historisches Verständnis des Gesetzes, recht 2005 37 ss;

GENTON GASPARD/FAVROD-COUNE PASCAL, Liberté d'expression et répression pénale, SJ 2022 p. 623 ss;

GERMANN OSCAR ADOLF, Interpretation gemäss den angedrohten Strafen, RPS 54/1940 345 ss (cit. GERMANN, Interpretation);

– Methodische Grundfragen (Problèmes de méthode), 6 Aufsätze, Études de droit criminel suisse, Bâle 1946 (cit. GERMANN, Grundfragen);

– Zum sogenannten Analogieverbot nach schweizerischem Strafgesetzbuch, Festgabe zum 70. Geburtstag von Ernst Hafter, RPS 60/1946 119 ss (cit. GERMANN, Analogieverbot);
– Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil, Zurich 1953 (cit. GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 1);

GETH CHRISTOPHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7e éd., Bâle 2021;

GFELLER DIEGO R., Die Privatbestechung – Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, thèse Fribourg, Bâle 2010;

GIGER ANGELA, Das abgekürzte Verfahren (Art. 358-362 StPO) – Ablauf samt Klärung von Detailfragen, praktischen Erfahrungen und statistischen Erhebungen, thèse Zurich, Genève/Zurich/Bâle 2021;

GILGER HANS, Über den Begriff des Verletzten im Fünften Buch der StPO, GA 2007 287 ss;

GIROUD SANDRINE/ROTH ROBERT, Protection des intérêts collectifs en droit pénal et qualité pour agir, SJ 2024 379 ss;

GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE, Conclusion, in Geneviève Giudicelli-Delage/Christine Lazerges (éds), La victime sur la scène pénale en Europe, Paris 2008, p. 265 ss;

GODEL THIERRY/MARGOT LAURENT, Les lésés en procédure pénale militaire, RPS 139/2021 p. 3 ss;

GODENZI GUNHILD, Strafbare Beteiligung am kriminellen Kollektiv, Eine Explikation von Zurechnungsstrukturen der Banden-, Organisations- und Vereinigungsdelikte, thèse habil. Zurich, Berne 2015;

GÖHLER JOHANNA MARIA, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union – Eine rechtsvergleichende Analyse sowie der Vorschlag eines Alternativmodells für die Befriedigung des individuellen Genugtuungsinteresses, thèse Münster, Berlin 2019;

GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLBERGER JÜRG (éds), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Berne 2008 (cit. StPO Komm. Textausgabe-AUTEUR·E);

GOSS RYAN, Criminal Fair Trial Rights, Article 6 of the European Convention on Human Rights, Oxford 2014;

GRAF DAMIAN K., Praxisänderung im Strafrecht, thèse Zurich 2011 (cit. GRAF, Praxisänderung);
– Geschädigtenstellung und vertretungsweise Geltendmachung von Zivilforderungen im Strafprozess, Jusletter du 3 novembre 2014 (cit. GRAF, Geschädigtenstellung);
– Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Ungetreue Geschäftsbesorgung – Misswirtschaft, thèse habil. Zurich 2017 (cit. GRAF, Gesellschaftsorgane);
– Was kann das Strafrecht für das Zivilrecht leisten? Jusletter du 23 avril 2018 (cit. GRAF, Zivilrecht);

GRAF-HURNI BÉATRICE, Une entreprise peut-elle souffrir? L'indemnisation du tort moral des personnes morales (ATF 138 III 337), in Franz Werro/Pascal Pichonnaz (éds), La responsabilité civile en arrêts et une nouveauté législative de taille, Colloque du droit de la responsabilité civile de l'Université de Fribourg 2022, Berne 2022, p. 15 ss;

GRAVEN JEAN, Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leur application en droit pénal suisse, RPS 66/1951 377 ss (cit. GRAVEN J.);

GRAVEN PHILIPPE, Note sur l'interprétation des lois pénales en Suisse, in Jean-François Perrin (éditeur), Les règles d'interprétation: principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989, 153 ss;

GRAVEN PHILIPPE/BERNHARD STRÄULI, L'infraction pénale punissable, 2e éd., Berne 1995;

GRECO LUÍS, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts, in Manfred Heinrich et al. (éds), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 1, 2011 Berlin, p. 200 ss (cit. GRECO, Postulierung);

– Analogieverbot und europarechtliches Strafgesetz, GA 2016 p. 138-152 (Teil I) et 195-216 (Teil II) (cit. GRECO, Analogieverbot);

GRODECKI STÉPHANE, État des lieux de la qualité des entités de droit public pour déposer plainte et se constituer partie plaignante, FP 5/2022 386 ss (cit. GRODECKI, État des lieux);

– La participation des proches d'une victime à une procédure pénale: mais quels documents faut-il produire? Plaidoyer 1/2024 38 ss (cit. GRODECKI, Proches);

GRODECKI STÉPHANE/JEANNERET YVAN, Petit commentaire LStup, Dispositions pénales, Bâle 2022;

GRÜNINGER CHRISTOPH, Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz, thèse Bâle, Zurich 2023;

GUINCHARD SERGE/BUISSON JACQUES, Procédure pénale, Manuel, 15e éd., Paris 2022;

GUISAN ALEXANDRE, La violation du droit de participer (art. 147 CPP), PJA 3/2019 337 ss (cit. GUISAN, Violation du droit de participer);

– Qualité de partie plaignante du créancier en cas d'obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire (art. 170 CP), ‹https://www.crimen.ch/170/› du 23 février 2023 (cit. GUISAN, Qualité de partie plaignante);

GUISAN ALEXANDRE/RUTSCHMANN JONATHAN, L'article 53 du Code pénal: vers un principe du «pollueur-réparateur»? in Anne-Christine Favre/Anne-Christine Fornage/Loïc Parein (éds), Droit pénal de l'environnement: Quelle consécration? Bâle 2022, p. 639 ss;

GÜNTHER KLAUS, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, in Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (éds), «Personale Rechtsgutslehre» und «Opferorientierung im Strafrecht», Francfort 2007, 15 ss;

GUYAZ ALEXANDRE, Arrêt du Tribunal fédéral 4C.324/2005 du 5 janvier 2006, REAS 2006 126 ss;

GUYAZ ALEXANDRE/VAUTIER EIGENMANN MURIEL, Le dommage purement économique, in Franz Werro/Pascal Pichonnaz (éds), Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Berne 2013, p. 195 ss;

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich/Saint-Gall 2020;

HÄNNI JULIA, Zur Tragweite des Case Law in der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung – Die Bedeutung von Präjudizien und Präjudiziellen Erwägungen in der bundesgerichtlichen Norminterpretation, RDS 141 (2022) I 51 ss;

HARARI MAURICE, Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse? RPS 116/1998 1 ss;

HARARI MAURICE/ROTH ROBERT/STRÄULI BERNARD, Chronique de procédure pénale genevoise (1986-1989), SJ 1990 p. 417 ss;

HARTMANN ADOLF, Die Stellung des Geschädigten sowie von Dritten im zürcherischen Strafprozess, Kriminalistik 1970, p. 457-460, p. 517-520, et Kriminalistik 1971, p. 41-45;

HASSEMER WINFRIED, Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Francfort 1973/1980 (cit. HASSEMER, Theorie);

– Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in Lothar Philipps/Heinrich Scholler (éds), Jenseits der Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, 85 ss (cit. HASSEMER, Grundlinien);

– Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? in Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (éds), Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, 57 ss (cit. HASSEMER, Mitleidenschaft);

HASSEMER WINFRIED/REEMTSMA JAN PHILIPP, Verbrechensopfer – Gesetz und Gerechtigkeit, Munich 2002;

HAURI MAX, Die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes für Geschädigte im Zürcher Strafprozess, Genève/Zurich/Bâle 2002;

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Berne 2003 (cit. HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 1);

HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6e éd., Bâle 2005;

HEFENDEHL ROLAND, Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei modernen Rechtsguts- und Deliktsstrukturen, GA 1999 584 ss (cit. HEFENDEHL, Verletzten);

– Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Cologne 2002 (cit. HEFENDEHL, Rechtsgüter);

– Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA 2002 22 ss (cit. HEFENDEHL, Materialisierung);
– Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts – Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA 2007 1 ss (cit. HEFENDEHL, Begriff);

HELMKEN KAI, Ein Recht des Tatopfers auf ein faires Strafverfahren? Strafverteidiger (StV) 36/2016 456 ss (cit. HELMKEN, Recht);
– Das Opfer im Strafverfahrensrecht – Zwischen europäischem Mindestschutz und deutschem Gestaltungsspielraum, thèse Francfort-sur-le-Main, Berlin 2020 (cit. HELMKEN, Opfer);

HEIERLI CHRISTIAN, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Unter Berücksichtigung der Instrumente des Einziehungsrechts, thèse Zurich, Genève/Zurich/Bâle 2012;

HEIMGARTNER STEFAN, Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, PJA 2016 3 ss;

HENRION HERVÉ, Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande? in Geneviève Giudicelli-Delage/Christine Lazerges (éds), La victime sur la scène pénale en Europe, Paris 2008, p. 23 ss;

HEYER MARTINE/MONTI BRIGITTE, Procédure pénale genevoise, Chambre d'accusation, exposé de la jurisprudence 1990-1998, SJ 1999 II p. 161 ss;

HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Vom Rechtsgut, vom Opfer und von der Privatkorruption, Insbesondere von der Macht des Nicht-Rechtsgutsträgers im Wirtschaftsstrafrecht, in Peter V. Kunz et al. (éds), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Berne 2014, 457 ss (cit. HILF, Rechtsgut);
– Wer ist Opfer? in Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (éds), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich 2017, 381 ss (cit. HILF, FS Donatsch);

HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA/VEST HANS, Expertise «Droit pénal de l'environnement», Berne 2016;

HIRSCH PHILIPP-ALEXANDER, Verletzung in eigenen Rechten – Zur strafrechtsdogmatischen Stellung des Verletzten, in: Markus Abraham et al. (éds), Verletzte im Strafrecht, 7. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Baden-Baden 2020, p. 31 ss;

HK StGB, WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4e éd., Berne 2020 (cit. HK StGB-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

HK StPO, Björn Gercke/Karl-Peter Julius/Dieter Temming/Mark A. Zöller (éds), Heidelberger Kommentar, Strafprozessordnung, 6e éd., Heidelberg 2019 (cit. HK StPO-AUTEUR·E, § 1 N 1);

HOFMANN DAVID, La qualité de l'Etat pour recourir au Tribunal fédéral, in David Hofmann/Fabien Waelti (éds), Actualités juridiques de droit public 2011, Berne 2011, p. 13 ss;

HÖHN ERNST, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zurich 1993;

HONSELL HEINRICH, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff., recht 2007 154 ss;

HOPPE AMINA, Opfer, Verletzter, Zeuge: Was muss, kann und soll Opferschutz im Strafverfahren leisten? in: Markus Abraham et al. (éds), Verletzte im Strafrecht, 7. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Baden-Baden 2020, p. 147 ss;

HÖRNLE TATJANA, The Role of Victims' Rights in Punishment Theory, in Antje du Bois-Pedain/Anthony E. Bottoms (éds.), Penal Censure, Engagements Within and Beyond Desert Theory, Oxford 2019, p. 207 ss, disponible en ligne sur SSRN ‹https://ssrn.com/abstract=2999646›;

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2010 bis 2013, RJB 150/2014 555 ss (cit. HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2014);

– Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014 bis 2017, RJB 155/2019 79 ss (cit. HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2019);

HURTADO POZO JOSÉ, Principe de la légalité et interprétation en droit pénal, in Jean Gauthier/Dick F. Marty/Niklaus Schmid (éds), Problèmes actuels de la lutte contre la criminalité, Festschrift zum 50 jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, RPS 110, Berne 1992, 221 ss (cit. HURTADO POZO, Principe);

– Droit pénal, Partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève/Zurich/Bâle 2008 (cit. HURTADO POZO, PG);

HURTADO POZO JOSÉ/GODEL THERRY, Droit pénal général, 4e éd., Genève/Zurich 2023;

HUSMANN MARKUS, Nr. 34 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 29. September 2021 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und Amt für Justizvollzug des Kantons Basel-Stadt – 6B_722/2021, FP 5/2022 340 ss;

ISCH ULRICH, Die Stellung des Geschädigten im solothurnischen Strafprozess, thèse Berne, Biberist 1971;

ISENRING BERNHARD, Ausgewählte Aspekte der strafrechtlichen Erfassung der Privatbestechung gemäss Art. 322octies/novies StGB, in Stefan Heimgartner/Olivier Thormann/Nathalie Zufferey (éds), Tempus fugit, Mélanges 20 ans du Tribunal pénal fédéral, Bâle 2024, p. 347 ss;

IVANOV DANIEL, Rechtsgüterschutz und Rechtsgut des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), thèse Bâle, Berne 2003;

JAAG TOBIAS, Hoheitliche und nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeiten, in Peter Hänni (éd.), L'homme et l'Etat: mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg pour Thomas Fleiner à l'occasion de son 65e anniversaire, Fribourg 2003, p. 619 ss;

JABORNIGG DANIELA V., Die Stellung des Verletzten in den schweizerischen Strafprozessordnungen zwischen Beweismittel und Partei, thèse Bâle 2001;

JACOT-GUILLARMOD EMILIE/THORENS OLAF, Les nouveaux pouvoirs du PFPDT et son rôle dans la poursuite pénale en vertu de la LPD, Jusletter 25.9.2023;

JÄSCHKE MORITZ L., Das Schutzgut des § 203 StGB, ZStW 131/2019 (1) 36 ss;

JAUN MANUEL, Die teleologische Reduktion – ein trojanisches Pferd in der schweizerischen Methodenlehre, RJB 137/2001 21 ss;

JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Eigenmacht und Ohnmacht des ungetreuen Bank-direktors – Zur strafrechtlichen Erfassung von auftragswidrigen Eingriffen in Kundenkonten durch Mitglieder des Kaders einer Bank, recht 2008 237 ss (cit. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Eigenmacht);

– Schutz des fremden Fiskus durch die schweizerische Strafgerichtsbarkeit? FP 4/2010 243 ss (cit. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Fiskus);

– Strafrecht in a nutshell, Zurich/Saint-Gall 2015 (cit. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Nutshell);

JEANNERET YVAN, La partie plaignante et l'action civile, RPS 128/2010 297 ss (cit. JEANNERET, Partie plaignante);

– Via sicura: le nouvel arsenal pénal, Circulation routière 2/2013, p. 31 ss (cit. JEANNERET, Via sicura);

– Genève Neuchâtel et retour, Un voyage en quinze étapes à travers le droit pénal. Liber amicorum pour la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Zurich/St. Gall 2016 (cit. JEANNERET, Voyage);

– Les conclusions en procédure pénale, in François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (éds), Les conclusions en procédures civile et pénale, Bâle/Neuchâtel 2021, p. 183 ss (cit. JEANNERET, Conclusions);

JEANNERET YVAN/DROZ GAÉTAN, La personne morale et l'entreprise en procédure pénale, in François Bohnet/Olivier Hari (éds), La personne morale et l'entreprise en procédure, Bâle/Neuchâtel 2014, 55 ss;

JEANNERET YVAN/JORNOT OLIVIER, La réforme du code de procédure pénale, SJ 2025 p. 699 ss;

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2e éd., Berne 2018;

JENAL FLORIAN, Religiöser Frieden durch strafrechtliche Zensur? – Warum Art. 261 StGB aufgegeben werden sollte, Zurich 2017 (cit. JENAL, Religiöser);

– Die privatklägerische Strafklage gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – und einige Überlegungen zur Restorative Justice, thèse Bâle, Zurich 2025 (cit. JENAL, Strafklage);

JESCHECK HANS-HEINRICH/WEIGEND THOMAS, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5e éd., Berlin 1996;

JOSITSCH DANIEL, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht – Art. 322ter bis Art. 322octies StGB, thèse habil. Zurich 2004;

JUNG HEIKE, Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß, ZStW 93 (1981) 1147 ss (cit. JUNG, Stellung);

– Anmerkungen zum Verhältnis des materiellen Strafrecht zum Strafverfahrensrecht, GA 2019 257 ss (cit. JUNG, Verhältnis);

JUNOD VALÉRIE/MEYSTRE ERIC, Les sanctions pénales de la contrefaçon de médicaments à teneur de la Loi sur les produits thérapeutiques, RPS 137/2019 82 ss;

KANTOROWICZ ERNST, Les Deux Corps du roi, Essai sur la théologie politique au Moyen Âge, Princeton 1957, trad. française Gallimard, Folio histoire, Paris 2020;

KARGL WALTER, Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil, in Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (éds), «Personale Rechtsgutslehre» und «Opferorientierung im Strafrecht», Francfort 2007, 41 ss;

KARPENSTEIN ULRICH/MAYER, FRANZ C. (éds), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3e éd., Bâle 2022 (cit. Karpenstein/Mayer EMRK-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

KASPAR JOHANNES, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, thèse habil. Munich, Baden-Baden 2014;

KK StPO, Rolf Hannich (éd.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9e éd., Munich 2023 (cit. KK StPO-AUTEUR·E, § 1 N 1);

KESHELAVA TORNIKE, Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Eine sprachkritische Untersuchung, thèse Fribourg, Bâle 2012;

KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4e éd., Berne 2016;

KLINGLER MARTIN, Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren – Beitrag zur Koordination des Straf und Zivilverfahrensrechts im Adhäsionsverfahren nach Art. 122 ff. StPO, thèse Fribourg, Zurich 2022;

Komm. UWG, Heizmann Reto/Loacker Leander D. (éds), UWG Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zurich/Saint-Gall 2018 (cit. Komm. UWG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

KRAMER ERNST A., Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433, in Pascal Grolimund et al. (éds), Festschrift für Anton K. Schnyder, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 621 ss;

KRAMER ERNST A./ANETH RUTH, Juristische Methodenlehre, 7e éd., Berne 2024;

KRIEGER AEBLI SALOME, Note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_158/2018 du 11 juillet 2018, FP 6/2019 420 ss;

KUDLICH HANS, Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung, ZStW 115/2003 (1) 24 ss;

KÜNZLI CHRISTINE, Stellung des Tieres im Strafrecht, im Strafprozessrecht und in der Kriminologie, Genève/Zurich/Bâle 2021;

KÜPPER GEORG, Das Klageerzwingungsverfahren, Jura 1989 281 ss;

KV/KO, Jürg-Beat Ackermann (éd.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisation, Einziehung – Kriminelle Organisation – Finanzierung des Terrorismus – Geldwäscherei, Zurich 2018 (cit. KV/KO-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

LACAZE MARION, Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal, thèse Montpellier, Paris 2010 (cit. LACAZE, Bien juridique);

– Proposition d'une action pénale autonome de la victime, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2018/2 p. 279 ss (cit. LACAZE, Action pénale);

DE LAGASNERIE GEOFFROY, Juger – L'État pénal face à la sociologie, Paris 2018;

LANGUIN NOËLLE/ROBERT CHRISTIAN-NILS, Quel rôle pour la victime dans le procès pénal? Plaidoyer 3/2008 p. 56 ss;

LÉCHOT ANTOINE, Contournement des règles de l'entraide pénale internationale, Etat du droit suisse sur les risques et leurs conséquences en cas de réalisation, Genève/Zurich/Bâle 2023;

LEHMKUHL MARIANNE JOHANNA/WENK JAN, Gemeinwohltopoi im Strafrecht, in Christian Hiebaum (éd.), Handbuch Gemeinwohl, Wiesbaden, 2021, p. 1 ss;

LENK MAXIMILIAN, Staatliche Macht und Ohnmacht – Zum Schutz von Allgemeingütern im Strafrecht im Zusammenhang mit staatlichem Versagen, ZStW 2020 56 ss;

LEROY JACQUES, L'action civile répressive, in Frédéric Stasiak (éd.), Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel, Paris 2015, p. 193 ss;

LEVY-AMSALLEM JUDITH, L'action civile «à la française» et la Convention EDH – Exercice d'un «droit à la vengeance privée» ou compensation morale de la souffrance éprouvée? in Yves Strickler (éd.), La place de la victime dans le procès pénal, Bruxelles 2009, p. 135 ss;

LIEBER VIKTOR, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung, RPS 126/2008 174 ss;

LIWERANT SARA O., Représentations de la souffrance sur la scène du droit étatique, in Geneviève Giudicelli-Delage/Christine Lazerges (éds), La victime sur la scène pénale en Europe, Paris 2008, p. 205 ss;

LK StGB, Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (éds), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 13e éd., Berlin 2020 (cit. LK StGB-AUTEUR·E, § 1 N 1);

LOGOZ PAUL, Commentaire du Code pénal suisse, Partie générale (art. 1 à 110), 2e éd., Neuchâtel 1976 (cit. LOGOZ, PG, Art. 1 N 1);

– Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale I, Neuchâtel 1955 (cit. LOGOZ, PS, Art. 1 N 1)

LÖTSCHER CORDULA, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess – Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, thèse Bâle 2016;

LOVIAT ROMANE, Limites matérielles au droit d'urgence du gouvernement, thèse Zurich 2024;

LR StPO, Jörg-Peter Becker et al. (éds), Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz – Großkommentar, 27e éd., Berlin 2016-2024 (cit. LR StPO-AUTEUR·E, § 1 N 1);

LUBISHTANI KASTRIOT/CES LAURA, Entité publique en matière de fraude aux assurances sociales (art. 148a CP): dénonciatrice ou partie plaignante? in ‹https://www.crimen.ch/135/› du 9 septembre 2022;

LUDWICZAK GLASSEY MARIA, A la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, RPS 133/2015 295 ss (cit. LUDWICZAK GLASSEY, Croisée des chemins);

– L'accès au dossier pénal suisse par la partie plaignante (quasi-)État étranger, Jusletter 15 juin 2020 (cit. LUDWICZAK GLASSEY, Accès au dossier);

LUDWICZAK GLASSEY MARIA/BONZANIGO FRANCESCA, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale: hoirie, société dissoute et liquidée et trust, PJA 2022 p. 146 ss (cit. LUDWICZAK GLASSEY/BONZANIGO, Qualité);

LUMINATI MICHELE, Die Entstehung der Staatsanwaltschaft in der Schweiz – ein rechtshistorischer Streifzug, FP S0/2018 340 ss;

LÜTTGER HANS, Bemerkungen zu Methodik und Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsgüter, in Theo Vogler et al. (éds), Festschrift für Hans-Heinrich Jesceck zum 70. Geburtstag, Erster Halbband, Berlin 1985, p. 121 ss;

MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaire des art. 100quater et 100quinquies CP, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2004 (cit. MACALUSO, Responsabilité);

– Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 123/2005 79 ss (cit. MACALUSO, Quelques aspects);

– L'action civile dans le procès pénal régi par le nouveau CPP, in Franz Werro/Pascal Pichonnaz (éds), Le procès en responsabilité civile, Berne 2011, p. 175 ss (cit. MACALUSO, Action civile);

MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., Jurisprudence et développements récents en droit pénal de l'entreprise, in Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Carlo Lombardini/Andrew Gabarski (éds), Développements récents en droit pénal de l'entreprise II, CEDIDAC, Berne 2021, p. 1 ss (cit. MACALUSO/GARBARSKI, DPE II);

– Confiscation pénale: jurisprudence récente et questions d'actualité, in Philippe Meier/Denis Tappy (éd.), Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Piotet, Berne 2023, p. 303 ss (cit. MACALUSO/GARBARSKI, Confiscation);

– Actualité jurisprudentielle et législative en droit pénal de l'entreprise, in Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Carlo Lombardini/Andrew M. Gabarski (éds), Développements récents en droit pénal de l'entreprise IV, CEDIDAC, Berne 2024, p. 1 ss (cit. MACALUSO/GARBARSKI, DPE IV);
– La recevabilité du recours à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral contre l'admission d'une partie plaignante, in Stefan Heimgartner/Olivier Thormann/Nathalie Zufferey (éds), Tempus fugit, Mélanges 20 ans du Tribunal pénal fédéral, Bâle 2024, p. 195 ss (cit. MACALUSO/GARBARSKI, Recevabilité);

MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M./FELISBERTO HONOR, Chronique de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en droit pénal économique en 2021, PJA 2022 p. 637 ss;

MACALUSO ALAIN/LUBISHTANI KASTRIOT, Les infractions de corruption en droit suisse: degrés de réalisation et prescription, in Grégory Bovey/Benoît Chappuis/Laurent Hirsch (éds), Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Genève/Zurich 2019, p. 51 ss;

MACALUSO ALAIN/MONOD HADRIEN, Entraide spontanée – entraide sauvage: quelle différence demain? États des lieux et perspective à la lumière du projet de modification de l'EIMP, in Bertrand Perrin et al. (éds), Droit pénal et criminologie: Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz, Bâle 2020, p. 389 ss;

MACULA LAURA, Strafprozessuale Verwertbarkeit von Entlastungsbeweisen im Lichte des Schuldprinzips – Beweisverwertungsverbote als Sackgasse für Beschuldigte? thèse Bâle 2022;

MAEDER STEFAN, Dem Legalitätsprinzip die Hosen heruntergelassen – Anmerkungen zum «Nacktwanderer»-Urteil des Bundesgerichts, Jusletter du 11 juin 2011 (cit. MAEDER, Legalitätsprinzip);
– Gefährdung – Schaden – Vermögen, Zum sogenannten Schaden durch Vermögensgefährdung im Strafrecht, thèse Fribourg, Bâle 2017 (cit. MAEDER, Gefährdung);
– Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_252/2017 vom 20. Juni 2018 (zur Publikation vorgesehen), X. GmbH gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Obwalden, Ordnungsbusse, Strafbarkeit des Unternehmens, PJA 2018 1411 ss (cit. MAEDER, PJA 2018);

MAEDER STEFAN/BÄRTSCHI MELANIE, Freiwillige Zwangsmassnahmen im Strafprozess? in Konrad Jeker/Thomas Held/Yvan Jeanneret (éds), Strafprozessrecht, 10 Jahre Schweizerische StPO, Zurich/Genève 2022, p. 189 ss;

MAEDER STEFAN/MEIER TIM, Methodischer Umgang mit der StPO – am Beispiel der Haftbeschwerde, PJA 2024 564 ss;

MAGISTRO FRANCESCA, Le droit à un environnement sain revisité – Étude de droit suisse, international et comparé, thèse Genève 2017;

MAHAIM RAPHAËL, La responsabilité civile au secours de l'environnement? – Le berger, le prisonnier, le gypaète et le pétrole, in Christine Chappuis (éd.), Environnement et responsabilités, Genève/Zurich 2021, p. 21 ss;

MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat/Volume II: Les droits fondamentaux, 4e éd., Berne 2021 (cit. MALINVERNI et al., Vol. I ou Vol. II);

MANZONI GIOVANNI, L'interdit de l'analogie en droit pénal de l'Union: entre principe de sauvegarde et exigences d'effectivité, RSC 2020/4 p. 847 ss;

MARIAT KEVIN, L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal – Réflexions françaises à la lumière des droits allemand et italien, thèse Lyon 2019 (cit. MARIAT, L'équilibre);

– La recevabilité de l'action pénale privée, Lexbase Pénal no 38 du 20 mai 2021 (cit. MARIAT, Recevabilité);

– À qui appartient l'action civile? AJ Pénal 2023, p. 188 s. (cit. MARIAT, Action civile);

MARQUIS JULIEN, La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme, thèse Genève 2017;

MARTENET VINCENT, Architecture des pouvoirs, Enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cit. MARTENET, Architecture);

– La séparation des pouvoirs, in Olivier Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éds), Droit constitutionnel suisse Vol. II, État de droit, Droits fondamentaux et droits humains, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 999 ss (cit. MARTENET, Séparation);

MARTINELLE MATHIEU, L'action civile de l'associé en droit pénal des sociétés, thèse Université de Lorraine, 2017;

MAULIN ÉRIC, La théorie de l'État de Carré de Malberg, thèse Paris, PUF, Paris 2003 (cit. MAULIN, Théorie de l'État);

– L'État comme personne et comme représentation ou les jeux de miroir de la légalité et de la légitimité, Les Cahiers philosophiques de Strasbourg 31/2012, p. 171 ss (cit. MAULIN, L'État comme personne);

MAURER THOMAS, Das bernische Strafverfahren, 2e éd., Berne 2003;

MAURON BENOÎT, La restitution pénale, in Sandrine Giroud/Éloïse Rordorf (éds), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 143 ss (cit. MAURON, Restitution);

– Interactions entre blanchiment et confiscation, notamment dans un contexte international, PJA 3/2021 368 ss (cit. MAURON, Interactions);

– La prescription pénale de plus longue durée, PJA 2022 548 ss (cit. MAURON, Prescription);

– Action en responsabilité contre les administrateurs, faillite et procédure pénale, PJA 2024 531 ss (cit. MAURON, Action);

MAYAUD YVES, Infractions contre les personnes, Chronique de jurisprudence, RSC 2022/2 323 ss;

MAZOU MIRIAM, Transmission des droits d'une personne morale lésée – état des lieux et perspective d'application de l'article 121 al. 2 CPP, in Konrad Jeker/Thomas Held/Yvan Jeanneret (éds), Strafprozessrecht, 10 Jahre Schweizerische StPO, Zurich/Genève 2022, p. 409 ss;

MAZZUCCHELLI GORAN, Lo Stato estero come accusatore privato con specifico riferimento ai reati di corruzione e organizzazione criminale, in Stefan Heimgartner/Olivier Thormann/Nathalie Zufferey (éds), Tempus fugit, Mélanges 20 ans du Tribunal pénal fédéral, Bâle 2024, p. 207 ss;

MECHIN MARTIN, Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural, in Geneviève Giudicelli-Delage/Christine Lazerges (éds), La victime sur la scène pénale en Europe, Paris 2008, p. 104 ss;

MEIER PHILIPPE, Droit des personnes, Personnes physiques et morales, art. 11-89a CC, 2e éd., Zurich 2021;

MERIBOUTE NADIA, La traite d'êtres humains à des fins d'exploitation du travail, thèse Genève 2020;

MERIBOUTE NADIA/BURGENER FABIO, Prétentions civiles des victimes de traite d'êtres humains à des fins d'exploitation du travail, FP 3/2021 p. 207 ss;

MERLE ROGER/VITU ANDRÉ, Traité de droit criminel, droit pénal spécial, Paris 1982 (cit. MERLE/VITU, Droit pénal spécial)

– Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale, 5e éd., Paris 1984 (cit. MERLE/VITU, Procédure pénale);

– Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7e éd., Paris 1997 (cit. MERLE/VITU, Droit pénal général);

METTLER CHRISTOPH, Staatsanwaltschaft: Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation sowie ein Vorschlag zur Neuordnung, thèse Fribourg, Bâle 2001;

MEYER FRANK, *Propria* and Boundaries of Crime and Tort, in Matthew Dyson/Benjamin Vogel (éds), The Limits of Criminal Law, Anglo-German Concepts and Principles, Cambridge 2018, p. 107 ss;

MEYER-GOSSNER LUTZ/SCHMITT BERTRAM, Strafprozessordnung – mit GVG und Nebengesetzen, 65e éd., Munich 2022 (cit. MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 1 N 1);

MIZEL CÉDRIC, La qualité de victime LAVI et la mesure actuelle des droits qui en découlent, JdT 2003 IV p. 38 ss;

MOELLER ULRICH, Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit, thèse Göttingen 2018;

MONA MARTINO, Die Einwilligung im Strafrecht, Berne 2017;

MONFRINI ENRICO/KLEIN YVES, L'État requérant lésé par l'organisation criminelle, in Sandrine Giroud/Alvaro Borghi, État de droit et confiscation internationale, 2010, p. 111 ss;

MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois, Genève 1748;

MOOR PIERRE, Des personnes morales de droit public, in Walter Haller et al. (éds), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 517 ss (cit. MOOR, Personnes morales);

– La qualité pour agir des autorités et collectivités dans les recours de droit public et de droit administratif, in Jacques Haldy/Jean-Marc Rapp/Phidias Ferrari (éds), Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p. 95 ss (cit. MOOR, Qualité pour agir);

– Les biens de l'Etat: état des lieux, in François Bellanger/Thierry Tanquerel (éds), La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 9 ss (cit. MOOR, Biens de l'Etat);

– Rationalité et subjectivité dans l'interprétation et l'application du droit, in Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (éds), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 321 ss (cit. MOOR, Rationalité);

MOOR PIERRE/BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY, Droit administratif, Volume III, L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2e éd., Berne 2018;

MOOR PIERRE/FÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I, Les fondements généraux, 3e éd., Berne 2012;

MOREILLON LAURENT/DUPUIS MICHEL/MAZOU MIRIAM, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral, cinq ans de jurisprudence, JdT 2008 IV 66 ss;

MOREILLON LAURENT/MAZOU MIRIAM, La banque créancière face au séquestre et à la confiscation, in Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Carlo Lombardini/Andrew Gabarski (éds), Développements récents en droit pénal de l'entreprise II, CEDIDAC, Berne 2021, p. 75 ss;

MOREILLON LAURENT/VON WURSTEMBERGER MATHILDE, Réflexions sur l'art. 104 al. 2 CPP, in Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (éds), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 335 ss;

MüKO StGB, Volker Erb/Jürgen Schäfer (éds), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4e éd., Munich 2020-2022 (cit. MüKo StGB-AUTEUR·E, § 1 N 1);

MüKo StPO, Christoph Knauer/Hans Kudlich/Harmut Schneider (éds), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Munich 2016 (cit. MüKo StPO-AUTEUR·E, § 1 N 1);

MUSKENS LOUIS FRÉDÉRIC, BGE 146 IV 211: Zivilrechtliche Haftung des Geldwäschers – eine kritische Würdigung, PJA 2021 127 ss (cit. MUSKENS, PJA 2021);

– Statut de la personne morale en droit pénal – Appréhension d'une construction de droit civil par le droit pénal matériel et procédural ainsi que par le droit administratif parapénal, thèse Fribourg, Bâle 2025 (cit. MUSKENS, Statut);

NADELHOFER DO CANTO SIMONE, Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten (Art. 70 f. StGB), thèse Lucerne, Zurich 2008;

NEUMANN ULFRID, «Alternativen: keine» – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, in Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (éds), «Personale Rechtsgutslehre» und «Opferorientierung im Strafrecht», Francfort 2007, 85 ss;

NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Ultima Ratio? – Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt «subsidiären oder sekundären Natur» des Strafrechts, RPS 111/1993 236 ss (cit. NIGGLI, Ultima Ratio);

– Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht, PJA 1993 154 ss (cit. NIGGLI, Problematik);

– Rassendisrkiminierung – Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG mit Rücksicht auf das «Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung» und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten, 2e éd., Zurich 2007 (cit. NIGGLI, Rassendiskriminierung);

– Wittgenstein und das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft, ContraLegem 2018/1 p. 47 s. (cit. NIGGLI, ContraLegem);

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, PJA 2011 p. 443 ss (cit. NIGGLI/MAEDER, Strafrecht);

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/METTLER CHRISTOPH/SCHLEIMINGER DORRIT, Zur Rnechtsstellung des Geschädigten im Strafverfahren wegen Rassendiskriminierung, PJA 1998 p. 1057 ss;

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MUSKENS LOUIS FRÉDÉRIC, Recht und Moral: Auflösung der Kategorien, Am Beispiel der Rechtfertigung von Hausfriedensbruch durch Notstand infolge Klimawandels (Bezirksgericht Lausanne), Richterzeitung 2020/2 (cit. NIGGLI/MUSKENS, Recht und Moral);

– Eine Straftat ist keine unerlaubte Handlung? – Die Objektive Widderrechtlichkeitstheorie aus strafrechtlicher Perspektive, in Eva Maria Belser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (éds), Le droit sans frontières = Recht ohne Grenzen = Law without borders: mélanges pour Franz Werro, Berne 2022, 495 ss (cit. NIGGLI/MUSKENS, Unerlaubte Handlung);

NK StGB, KINDHÄUSER URS/NEUMANN ULFRIT/PAEFFGEN HANS-ULLRICH (éds), Strafgesetzbuch, NomosKommentar (NK), 5e éd., Baden-Baden 2017 (cit. NK StGB-AUTEUR·E, § 1 N 1);

NOLL PETER, Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht, RDS 1974 II 255 ss;

NUSSBAUMER ARNAUD, Procédures civile et pénale: la difficile cohabitation, Revue de l'avocat 2022 68 ss (cit. NUSSBAUMER, Cohabitation);

NUSSBAUMER-LAGHZAOUI ARNAUD, L'interruption de prescription de l'action contractuelle en procédure pénale, in: ‹www.lawinside.ch/1232/› (cit. NUSSBAUMER-LAGHZAOUI, Interruption);

– Responsabilité plurale, responsabilité éloignée et dilution de responsabilité: La causalité à l'épreuve d'un monde complexe, SJ 2022 391 ss (cit. NUSSBAUMER-LAGHZAOUI, Responsabilité);

NYDEGGER MICHA, Vom Geschädigten zum Privatkläger, Hürden und Hilfestellungen bei der Konstituierung als Privatklägerschaft, RPS 136/2018 55 ss;

– Strafantrag als Prozesshindernis? – Anmerkungen zur jüngsten bundesgerichtlichen Praxis zum Strafantrag, recht 2018 195 ss (cit. NYDEGGER, Strafantrag);

OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, Dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen, 2e éd., Berne 2005 (cit. OBERHOLZER, Grundzüge[2]);

– Renaissance des Strafrechts? – Oder die neue Lust am Strafen, RPS 136/2018 85 ss (cit. OBERHOLZER, Renaissance);

– Die Staatsanwaltschaft zwischen Hammer und Amboss, Jusletter du 24 janvier 2022 (cit. OBERHOLZER, Staatsanwaltschaft);

– Grundzüge des Strafprozessrechts, 5e éd., Berne 2026 (cit. OBERHOLZER, Grundzüge);

OEHEN MORITZ, Opfer zweiter Klasse: Opfer staatlicher Gewalt und die Beschwerde in Strafsachen, sui-generis 2015 p. 34 ss (cit. OEHEN, Opfer);

– Der Strafkläger im Strafbefehls und im abgekürzten Verfahren, thèse Zurich, Berlin 2019 (= sui generis 5) (cit. OEHEN, Strafkläger);

OEHLER DIETRICH, Strafrechtlicher Schutz ausländischer Rechtsgüter, insbesondere bei Urkunden, in der Bundesrepublik Deutschland, Juristische Rundschau 1980, Heft 12, 485 ss;

OFK StGB, Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan (éds), StGB/JStG Kommentar, Orell Füssli Kommentar (OFK), 22e éd., Zurich 2025 (cit. OFK StGB-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

OFK StPO, Riklin Franz/Riedo Christof/Weber Jonas (éds), Kommentar zur StPO und JStPO sowie in Auszügen zum JStG – mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Kommentar (OFK), 3e éd., Zurich 2026 (cit. OFK StPO-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

OGOREK REGINA, Gibt es eine Methode der Rechtsanwendung? recht 1995 141 s.;

OLLARD ROMAIN, La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2010/3 No 3, p. 561 ss;

OVERNEY ALEXIS, Les conditions et le fondement juridique des conclusions civiles en procédure pénale, REAS 2023 p. 336 ss

PAPAUX ALAIN, Introduction à la philosophie du «droit en situation», Quid iuris?, Genève/Zurich/Bâle 2006;

PAPAUX ALAIN/CERUTTI DAVIDE, Introduction au droit et à la culture juridique, Volume 2, Genève/Zurich 2021 (cit. PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2);

PARIZOT RAPHAËLE, Vers une action pénale partagée? in Geneviève Giudicelli-Delage/Christine Lazerges (éds), La victime sur la scène pénale en Europe, Paris 2008, p. 247 ss (cit PARIZOT, Action pénale partagée);

– Pour un véritable principe de nécessité des incriminations, in Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges, Paris 2014, p. 245 ss (cit. PARIZOT, Nécessité)

– Gravité et théorie des biens juridiques protégés, in Julie Alix/Audrey Darsonville (éds), Gravité et droit pénale, Paris 2021, p. 103 ss (cit. PARIZOT, Gravité);

PAVLIDIS GEORGIOS, Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse, thèse Genève 2012;

PAYER ANDRÉS, Le cessionnaire d'une créance fondée sur l'infraction préalable lésé en raison d'un blanchiment d'argent postérieur à la cession, in ‹https://www.crimen.ch/5/› du 9 juin 2021 (cit. PAYER, Cessionnaire);

– Betrachtungen zum strafrechtlichen Rückwirkungsverbot, ex ante 1/2022 p. 51 ss (cit. PAYER, Rückwirkungsverbot);

PC CP, DUPUIS MICHEL/MOREILLON LAURENT/PIGUET CHRISTOPHE/BERGER SÉVERINE/MAZOU MIRIAM/RODIGARI VIRGINIE (éds), Petit commentaire Code pénal, 2e éd., Bâle 2017 (cit. PC CP, Art. 1 N 1);

PC CPP, MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE, Code de procédure pénale, Petit commentaire, 3e éd., Zurich 2025 (cit. PC CPP, Art. 1 N 1);

PC EIMP, MOREILLON LAURENT/LUWICZAK GLASSEY MARIA, Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Petit commentaire, 1ère éd., Zurich 2024 (cit. PC EIMP-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

PERRIER CAMILLE, La médiation en droit pénal suisse – Étude de la législation suisse relative à la médiation pénale à la lumière des droits français, allemand et belge, thèse Lausanne, Bâle 2011;

PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, Code de procédure pénale suisse (CPP) annoté, 2e éd., Bâle 2020 (cit. PERRIER DEPEURSINGE, CPP annoté);

– Lésé, victime et action civile au pénal: questions choisies, in François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont/André Kuhn (éds), Dix ans de Code de procédure pénale, CEMAJ, Bâle 2020, p. 97 ss (cit. PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020);

– Règlement consensuel des différends en droit pénal, RDS 139 (2020) II 97 ss (cit. PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel);

– Apport des processus dits «alternatifs» amiables, in Miriam Mazou/Yvan Jeanneret (éds), Le procès pénal, Bâle 2025, p. 255 ss (cit. PERRIER DEPEURSINGE, Apport);

PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE/GARBARSKI ANDREW M./MUSKENS LOUIS FRÉDÉRIC, Action civile adhésive au procès pénal – *no man's land* procédural?, SJ 2021 II 185 ss;

PERRIN BERTRAND, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse: étude de l'article 322septies du Code pénal et de ses enjeux procéduraux, thèse Fribourg, Bâle 2008 (cit. PERRIN, Corruption);

– La répression de la traite d'êtres humains en droit suisse, thèse habil. Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2020 (cit. PERRIN, Traite);

PERRIN JEAN-FRANÇOIS, Le Tribunal fédéral face aux méthodes d'interprétation, SJ 1983 609 ss (cit. PERRIN J.-F., Méthodes);

PERROT ERNEST, Les cas royaux: origine et développement de la théorie aux XIIII et XIVe siècles, Genève/Paris 1910;

PETROSSIAN GURGEN, Opferbeteiligung auf internationaler Ebene, in Abraham Markus et al. (éds), Verletzte im Strafrecht, 7. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Baden-Baden 2020, p. 129 ss;

PFENNINGER HANS FELIX, Die Popularstrafklage, RPS 29/1916 259 ss (cit. PFENNINGER, Popularstrafklage);

– Der Verletzte im schweizerischen Strafverfahren, RSJ 56 (1960) 181 ss (cit. PFENNINGER, Verletzte);

PFLÜGER MICHAEL, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, thèse Berne, Zurich 2013;

PIAGET EMMANUEL, Le contrat d'édition portant sur une publication numérique – Analyse des articles 380 ss CO sur la base d'un modèle méthodologique permettant de distinguer contrats nommés et innommés, thèse Neuchâtel, Berne 2004 (cit. PIAGET, Thèse);

– Les exigences en matière d'interprétation et de rédaction de la loi, Recherche de règles communes au législateur et à l'interprète, RDS 128 (2009) 285 ss (cit. PIAGET, RDS);

PICCININ VALENTIN, La propriété par étages en procès, thèse Neuchâtel, Genève/Zurich/Bâle 2015;

PICHONNAZ PASCAL, Le centenaire du Code des obligations, Un code toujours plus hors du code, RDS 130 (2011) II 117 ss (cit. PICHONNAZ, Centenaire)

– Legal Interpretation in Multilingual States: An Opportunity, in The Journal of Comparative Law, vol. 12, iss. 2 (Special Issue, Comparative Legal Reasoning: Essays in Honour of Geoffrey Samuel), Londres 2017, p. 124 ss (cit. PICHONNAZ, Multilingual);

– La doctrine comme source du droit?, RSJ 117/2021 p. 789 (cit. PICHONNAZ, Doctrine);

PICHONNAZ PASCAL/VOGENAUER STEFAN, Le «pluralisme pragmatique» du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode? Réflexions sur l'ATF 123 III 292, PJA 1999 417 ss;

PIETH MARK/GETH CHRISTOPHER, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4e éd., Bâle 2023;

PIETH MARK/SIMMLER MONIKA, Strafrecht, Besonderer Teil, 3e éd., Bâle 2024;

PIGUET CHRISTOPHE/DYENS ALEXANDRE, Le Code de procédure pénale suisse a-t-il réellement renforcé les droits de la défense? Revue de l'avocat 2015 p. 313 ss;

PILLER DAMIEN/POCHON CLAUDE, Commentaire du Code de procédure pénale du canton de Fribourg, 1998 Fribourg;

PIN XAVIER, Les victimes d'infractions – Définitions et enjeux, Archives de politique criminelle 2006/1 (n° 28), p. 49 ss (cit. PIN, Victimes);

– De l'interprétation législative à l'assimilation légale, in Frédéric Stasiak (éd.), Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel, Paris 2015, p. 31 ss (cit. PIN, Assimilation);

PIOTET DENIS, Avantage de fait et relation d'illicéité face à la théorie générale du patrimoine, in Eva Maria Belser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (éds), Le droit sans frontières, Mélanges pour Franz Werro, Berne 2022, p. 527 ss (cit. PIOTET, Avantage);

– La substitution de parties imposée par le droit matériel selon l'art. 83 al. 4, in fine, CPC, in Denis Piotet/Peroz Anne/Haldy Jacques (éds), Du Plaict aux plaideurs, Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Tappy, Berne 2024, p. 715 ss (cit. PIOTET, Substitution);

PIQUEREZ GÉRARD, Traité de procédure pénale suisse, 2e éd. refondue et augmentée, Genève/Zurich/Bâle 2006;

PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, Manuel de procédure pénale suisse, 3e édition entièrement refondue et mise à jour en référence au CPP suisse, Genève/Zurich/Bâle 2011;

PITTELOUD JO, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zurich/Saint-Gall 2012;

PK StGB, Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (éds), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 5e éd., Zurich 2025 (cit. PK StGB-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

POLTIER ETIENNE, Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public, in François Bohnet/Denis Tappy (éds), 10 ans de Loi sur le Tribunal fédéral, Bâle/Neuchâtel 2017, p. 151 ss;

POUJOL MATTHIEU, La constitution de partie civile du chef de l'État – État des lieux et perspectives, Revue française de droit constitutionnel 2013/2 n° 94 p. 397 ss;

PRADEL JEAN, Procédure pénale, 19e éd., Paris 2017;

PRADEL JEAN/VARINARD ANDRÉ, Les grands arrêts de la procédure pénale, 9e éd., Paris 2016 (cit. PRADEL/VARINARD, Grands arrêts procédure);

– Les grands arrêts du droit pénal général, 12e éd., Paris 2021 (cit. PRADEL/VARINARD, Grands arrêts pénal);

PRITTWITZ CORNELIUS, Personale Rechtsgutslehre und die «Opfer von morgen», in Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (éds), «Personale Rechtsgutslehre» und «Opferorientierung im Strafrecht», Francfort 2007, 97 ss;

PROBST THOMAS, Die Grenze des möglichen Wortsinns: methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität?, in Heinrich Honsell et al. (éds), Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle 2004, p. 249 ss;

RABUT-BONALDI Gaëlle, Le préjudice en droit pénal, thèse Bordeaux, Paris 2016;
RASSAT MICHÈLE-LAURE, Le ministère public entre son passé et son avenir, thèse Paris, 1967 (cit. RASSAT, Ministère public);
– Procédure pénale, 3e éd., Paris 2017 (cit. RASSAT, Procédure pénale);
RAWYLER STEPHAN, Die Beschwerde nach der Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 15. Dezember 1986, thèse Zurich, Neuhausen am Rheinfall 1998;
REHBERG JÖRG, Der Strafantrag, RPS 85/1969, 247 ss (cit. REHBERG, Strafantrag);
– Zum zürcherischen Adhäsionsprozess, in Peter Forstmoser et al. (éds), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 627 ss (cit. REHBERG, Adhäsionsprozess);
REMUND CÉDRIC, L'exploitation d'informations d'initiés selon les articles 154 et 142 LIMF: une étude de droit suisse et comparé, thèse Lausanne, Zurich/Bâle/Genève 2021;
REY GRÉGOIRE, Procédure pénale genevoise et règles fédérales applicables, annotations et commentaire, Bâle/Lausanne 2005;
RIEDO CHRISTOF, Der Strafantrag, thèse Fribourg, Bâle 2004 (cit. RIEDO, Strafantrag);
– Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte, in Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli (éds), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Genève/Zurich/Bâle 2021, p. 351 ss (cit. RIEDO, Erfolgsdelikte);
RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2011;
RIEDO CHRISTOF/GROSSENBACHER MANDANA, Von Lücken – in Gesetzen und in Urteilsbegründungen, Anmerkungen zu drei neueren Urteilen des Bundesgerichts betreffend die Verjährung im Jugendstrafrecht, PJA 2017 1359 ss;
RIEDO CHRISTOF/LEHMANN JULIA, Bundesgericht, II. strafrechtliche Abteilung, Urteil 7B_1024/2023 vom 26. Juni 2024 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg und B., Einstellungsverfügung., PJA 2025 p. 68 ss;
RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, 3e éd., Berne 1993 (cit. BK ZGB-RIEMER, Art. 1 N 1);
RIKLIN FRANZ, Baurecht und Gemeingefahr. Zur Dogmatik der gemeingefährlichen Delikte, in Pierre Tercier et al. (éds), Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 887 ss (cit. RIKLIN, FS Gauch);
– Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007 (cit. RIKLIN, AT);

ROBERTO VITO/RICKENBACH JENNIFER, Was ist eine Schutznorm? RDS 132 (2012) I 185 ss;

ROTH ROBERT, Le principe de l'opportunité de la poursuite, RDS 108 (1989) II 169 ss (cit. ROTH, Opportunité);

– Risques collectifs et délits de mise en danger collectifs, in Jean Gauthier/Dick F. Marthy/Niklaus Schmid (éds), Problèmes actuels de la lutte contre la criminalité, Festschrift zum 50 jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, Berne 1992, p. 249 ss (cit. ROTH, Risques collectifs);

ROXIN CLAUS, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4e éd., Munich 2006 (cit. ROXIN, AT I);

– The legislation critical concept of goods-in-law under scrutiny, European Criminal Law Review vol. 3, no 1, juin 2013, 3 ss (cit. ROXIN, Goods-in-law);

ROXIN CLAUS/GRECO LUÍS, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5e éd., Munich 2020;

ROXIN CLAUS/SCHÜNEMANN BERND, Strafverfahrensrecht, 30e éd., Munich 2022;

RUCKSTUHL NIKLAUS, Adhäsionsprozess – was leistet das Strafverfahren? In Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez Ro (éds), Schnittstellen zwischen Zivilprozess und Strafverfahren, Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, Berne 2014, p. 1 ss;

RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMAN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Straprozessrecht, Zurich/Bâle/Genève 2011;

RUSCA MICHELE/SALMINA EDY/VERDA CARLO, Commento del Codice di Procedura Penale ticinese, I diritti delle parti e il carcere preventivo, Articoli da 47 a 112, Lugano 1997;

RUTSCHMANN JONATHAN, L'article 53 du Code pénal suisse – La réparation comme motif d'opportunité des poursuites et des peines: étude de droit suisse et comparé, thèse Lausanne, Berne 2022;

SAINT-PAU JEAN-CHRISTOPHE, L'interprétation des lois – Beccaria et la jurisprudence moderne, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2015/2 No 2, p. 273 ss;

SALAS DENIS, Du procès pénal, Paris 2010 (1e éd.: 1992);

SATZGER HELMUT, Die Europäisierung des Strafrechts – Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, thèse habil. Passau, Berlin 2001 (cit. SATZGER, Europäisierung);

– Unternehmen und juristische Personen als Opfer im Sinne des § 7 Abs. 1 StGB? in Florian Jeßberger/Moritz Vormbaum/Boris Burghardt (éds), Strafrecht und Systemunrecht, Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, Tübingen 2022, p. 499 ss (cit. SATZGER, Unternehmen);

SAXER URS, Zum Reputationsschutz des Staates und seiner Funktionsträger gegenüber den Medien, in Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz (éds), Festschrift Franz Riklin, Zurich 2007, p. 667 ss;

SCHAFFNER TOBIAS, Legitimation der Privatkläger zur Beschwerde ans Bundesgericht, Plaidoyer 3/2022 32 ss (cit. SCHAFFNER, Legitimation);

– Nr. 12 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 28. April 2022 i.S. A. gegen B., C., D. und Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft– 1B_169/2021, FP 2/2023 97 ss (cit. SCHAFFNER, FP 2023);

– «Asset Recovery»: Konkursverfahren sind oftmals die bessere Option als Strafprozesse, Economic Crime Blog Hochschule Luzern, 11.9.2023 (cit. SCHAFFNER, Asset Recovery);

– Die Teilhabe der Privatklägerschaft im Schuldpunkt als Ausfluss ihrer Persönlichkeitsrechte, Legalis brief Fachdienst Strafrecht 11/2023 (cit SCHAFFNER, Teilhabe);

– Schadenersatz trotz Freispruch: Die Tragweite von Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO, FP 2/2025 p. 126 ss (cit. SCHAFFNER, Schadenersatz);

SCHALL HERO, Der Verletzte im Klageerzwingungsverfahren bei Umweltdelikten, NStZ 10/2020 569 ss;

SCHEIDEGGER NORA, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Grundlagen und Reformbedarf, thèse Berne 2018;

SCHLUEP WALTER R., Teleologisches Auslegungsargument: Trivialer Joker, Trumpf-Ass oder gleichgeordnete Stichkarte?, in Heinrich Honsell et al. (éds), Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle 2004, p. 271 ss;

SCHMID NIKLAUS, Strafrechtliche Beschlagnahme und die besonderen Möglichkeiten des Geschädigten nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 letzter Satzteil StGB sowie Art. 60 StGB, in Niklaus Schmid/Jürg-Beat Ackermann (éds), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zurich 1999, p. 19 ss (cit. SCHMID, Beschlagnahme);

– Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4e éd., Zurich 2004 (cit. SCHMID, Strafprozessrecht);

– Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band 1, 2e éd., Zurich 2007 (cit. SCHMID, Art. 1 N 1);

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4e éd., Zurich/Saint-Gall 2023 (cit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch);

– Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3e éd., Zurich/Saint-Gall 2018 (cit. SCHMID/JOSITSCH, PK);

SCHNELL BEAT/STEFFEN SIMONE/BÄHLER JÜRG, Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis, 2e éd., Berne 2024;

SCHÖNKE/SCHRÖDER, Schönke Adolf/Schröder Horst (éds), Strafgesetzbuch, 30e éd., Munich 2019 (cit. Schönke/Schröder-AUTEUR·E, § 1 N 1);

SCHUBARTH MARTIN, Nachbetrachtung, in Die Bedeutung der «Ratio legis», Kolloquium der juristischen Fakultät der Universität Basel, Bâle 2001, p. 93 ss (cit. SCHUBARTH, Nachbetrachtung);

– Die Auslegung mehrsprachiger Gesetzestexte, in Rapports suisses présentés au XVIIe Congrès international de droit comparé, vol. 54, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 11 ss (cit. SCHUBARTH, Auslegung);

SCHUBARTH MARTIN/VEST HANS, in Martin Schubarth (éd.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258-263 StGB), Stämpflis Handkommentar SHK, Berne 2007 (cit. SCHUBART/VEST, Art. 1 N 1);

SCHUCHMANN INGA, Das sozialethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild – Zum verfassungsrechtlichen Schuldprinzip und seinen Anforderungen an die Strafgesetzgebung, thèse Berlin, Tübingen 2024;

SCHWAIBOLD MATTHIAS, Nr. 16 Bundesgericht, I, öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 14. Mai 2020 i.S. Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau, Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) gegen Staatsanwaltschaft Muri-Bremgarten, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau und A. – 1B_450/2019, FP 3/2021 p. 185 ss;

SCHWANDER MARIENNE, Das Opfer im Strafrecht, 2e éd., Berne 2015;

SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7e éd., Bâle 2021;

SEILER HANSJÖRG, Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform, Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (éds), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 745 ss;

SGK BV, Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J.Schweizer/Klaus A. Vallender (éds), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023 (cit. SGK BV-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

SHK OHG, Gomm Peter/Lehmkuhl Marianne/Weber Jonas/Zehntner Dominik (éds), Opferhilferecht, Stämpflis Handkommentar (SHK), 5e éd., Berne 2025 (cit. SHK OHG-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

SINA PETER, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», thèse Bâle 1962;

STAFFLER LUKAS, Opferschutz und Verjährung im Spiegel der EGMR-Judikatur, in Markus Abraham et al. (éds), Verletzte im Strafrecht, Tagungsband des 7. Symposiums Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler in Hamburg, Baden-Baden, 2020, p. 51 ss;

STAUB PETER, Kommentar zum Strafverfahren des Kantons Bern, Berne/Stuttgart/Vienne 1992 (cit. STAUB, Art. 1 N 1);

STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, in Traité de droit privé suisse, Volume II/Tome 1, Bâle 2009;

STEINAUER PAUL-HENRI/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014;

STOLL DANIEL, Missbrauch von Bankvollmachten – Geschädigte aus zivil- und strafrechtlicher Perspektive, RSJ 114/2018 413 ss;

STOOS CARL, Avant-projet de Code pénal et motifs à l'appui de l'avant-projet, Travaux préparatoires, traduits par Alfred Gautier, Bâle/Genève 1884;

STRATENWERTH GÜNTER, Gemeingefährliche Straftaten, RPS 80/1964 8 ss (cit. STRATENWERTH, Gemeingefährliche);

– Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105/1993 (4) 679 ss (cit. STRATENWERTH, Zukunftssicherung);

– Zum Begriff des «Rechtsgutes», in Peter Aebersold et al. (éds), Günter Stratenwerth, Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, Berne 2017, p. 91 ss = Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (éds), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, 377 ss (cit. STRATENWERTH, Begriff);

STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7e éd., Berne 2013 (cit. STRATENWERTH/BOMMER, BT II);

– Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8e éd., Berne 2022 (cit. STRATENWERTH/BOMMER, BT I);

– Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5e éd., Berne 2024 (cit. STRATENWERTH/BOMMER, AT I)

STRÄULI BERNHARD, Pourvoi en nullité et recours de droit public au Tribunal fédéral – Étude de procédure pénale suisse et genevoise, thèse Genève, Berne 1995 (cit. STRÄULI, Pourvoi);

– Légitime défense et provocation de l'attaque, in Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (éds), Festschrift für Andreas Donatsch, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 233 ss (cit. STRÄULI, Provocation);

– Le résultat en droit pénal: sept thèses, in Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli (éds), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Genève/Zurich 2021, p. 377 ss (cit. STRÄULI, Résultat);

STUDER RAFAEL, Sicherheitshaft in nachträglichen Massnahmenverfahren, RPS 139/2021 p. 482 ss;

SUMMERS SARAH, Sentencing and Human Rights, The Limits on Punishment; Oxford 2022 (cit. SUMMERS, Sentencing);

– Verfahren und Bestrafung im Rechtsstaat, recht 2023 p. 191 ss (cit. SUMMERS, Verfahren);

SWOBODA SABINE, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122/2010 (1) 24 ss;

TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2e éd., Zurich 2018;

TAORMINA ANDREA, Nr. 39 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 6. Oktober 2020 i.S. Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt gegen A. und Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt – 1B_250/2020, FP 6/2021 440 ss;

TERCIER PIERRE, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in: Mélanges Peter Jäggi, Fribourg 1977, p. 239 ss (cit. TERCIER, Préjudice réfléchi);

– La délimitation entre la responsabilité publique et la responsabilité privée, in Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2, Türkisch-schweizerische Juristenwoche, Zurich 1980, p. 701 ss (cit. TERCIER, Délimitation);

– Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984 (cit. TERCIER, Droit de la personnalité);

THÉVENOZ LUC/HIRSCH CÉLIAN, Le dommage d'investissement et sa preuve, RSDA 2023 p. 166 ss;

THOMMEN MARC, Kurzer Prozess – fairer Prozess? – Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, thèse habil. Berne 2013;

THORMANN PHILIPP/VON OVERBECK ALFRED, Das schweizerische Strafgesetzbuch, Band I, Art. 1-110, Zurich 1940;

TIRELLI LUDOVIC/BONNARD EMMELINE, *Nemo tenetur se ipsum accusare*: quelle effectivité à l'heure des nouvelles technologies de l'information et de la communication? L'exemple de la reconnaissance faciale, in Sébastien Jaquier/Olivier Beaudet-Labrecque/Renaud Zbinden (éds), Criminalité économique et cybercriminalité, Mélanges en l'honneur de la professeur Isabelle Augsburger-Bucheli, Bâle 2021, p. 193 ss;

TOUILLIER MARC, L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Revues des droits et libertés fondamentaux (RDLF) 2014, chronique n° 8;

TRACHSEL JOHN, Vom Umgang mit mehreren Zwecken bei der teleologischen Auslegung, RDS 142 (2023) I 251 ss;

TRECHSEL STEFAN, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2006 (cit. TRECHSEL, Human Rights);

– The Character of the Right to a Fair Trial, in John D. Jackson/Sarah J. Summers (éds), Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings, Oxford/Portland 2018, p. 19 ss (cit. TRECHSEL, Character);

TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6e éd., Genève/Zurich/Bâle 2004;

TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER/PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7e éd., Zurich 2017;

TSCHUMY NICOLAS, Le corps humain après la mort, thèse Lausanne 2022;

TUMINI STÉPHANIE, L'indépendance du Ministère public, thèse Lausanne, Bâle 2025;

VAN DE KERCHOVE MICHEL, L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal, in Philippe Gérard/François Ost/Michel van de Kerchove (éds), Droit et intérêt, Volume 3: Droit positif, droit comparé et histoire du droit, Bruxelles 1990, p. 83 ss (cit. VAN DE KERCHOVE, Intérêt);

– La rédaction des normes pénales: unité ou fragmentation? in Andreas Auer/Jean-Daniel Delley/Michel Hottelier/Giorgio Malinverni (éds), Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand, Genève 2001, p. 153 ss (cit. VAN DE KERCHOVE, Rédaction);

VARRIALE LAURENT, Subrogataires légaux dans l'action civile adhésive, un système en recherche de cohérence, mais non dénué d'espoir, Bulletin CEDIDAC n° 95;

VASELLA JUANA, Strafrecht als Instrument (auch) des Konsumentenschutzes (§ 13), in Helmut Heiss/Leander D. Loacker (éds), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zurich 2020;

VERDE MICHEL, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, thèse Lucerne, Zurich 2014;

VEST HANS, Systematische Einleitung, in Hans Vest et al. (éds), Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB, Zurich/Saint-Gall/Baden-Baden 2014 (cit. VEST, Systematische Einleitung);

– Einführung, in Hans Vest/Andreas Eicker/Cathrine Konopatsch/Richard Ehmann/Fabian Brand, StGB AT Kompakt, Ein Lehr- und Lernbuch zum Allgemeinen Teil I des Strafgesetzbuches, 3e éd., Berne 2023, p. 1 ss (cit. VEST, Einführung);

VETTERLI LUZIA, Gesetzesbindung im Strafprozess – Zur Geltung von Verwertungsverboten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen, thèse Lucerne, Zurich 2010;

VILLARD KATIA, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise, Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, thèse Genève 2017 (cit. VILLARD, Compétence);

– La compétence territoriale du juge pénal suisse (art. 3 et 8 CP): réflexions autour d'évolutions récentes, RPS 135/2017 p. 145 ss (cit. VILLARD, Réflexions);

VILLARD KATIA/BURGENER FABIO, Introduction, in Katia Villard/Fabio Burgener (éds), Les preuves illicites en droit pénal, Exploitabilité et voies de droit, Bâle 2023, p. 1 ss;

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3e éd., Zurich 2020;

VITALINI VALENTINA, L'obtention frauduleuse des crédits Covid-19, Jusletter du 9 décembre 2024;

VIVIROLI LARA, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_931/2020 vom 22. März 2021, A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Genf, Einstellungsverfügung (Geldwäscherei etc.), PJA 2021 964 ss (cit. VIVIROLI, PJA);

– Die Rechtsnachfolge der Privatklägerschaft im Strafverfahren, thèse Fribourg, Zurich/Genève 2025 (cit. VIVIROLI, Rechtsnachfolge);

VOEFFRAY FRANÇOIS, L'*actio popularis* ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales, Genève 2004;

VOGEL BENJAMIN, Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit, ZStW 128/2016 (1) 139 ss;

WAIBLINGER MAX, Pas de peine sans loi, Fiches juridiques suisses, n° 1192, Genève 1956;

WALTER HANS PETER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999 157 ss (cit. WALTER, Methodenpluralismus);

– Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2000 bis 2006, RJB 143/2007 725 ss (cit. WALTER, RJB 2007);

– Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009, RJB 147/2011 222 ss (cit. WALTER, RJB 2011);

WALTER TONIO, Das Koordinatensystem der Methodik, sui-generis 2019 138 ss (cit. WALTER T.);

WEBER ROLF H., Juristische Personen, in Traité de droit privé suisse, Volume II/Tome 4, Bâle 1998;

WEIGEND THOMAS, Deliktsopfer und Strafverfahren, thèse d'habilitation Freiburg im Breisgau, Berlin 1989 (cit. WEIGEN, Deliktsopfer);

– Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, RW (Rechtswissenschaft) Heft I 2010, p. 39 ss (cit. WEIGEND, Genugtuungsgedanken);

– Echte Verfahrensrechte für angebliche Opfer? in Frank Neubacher/Michael Kubink (éds), Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug, Gedächtnisschrift für Michael Walter, Berlin 2014, p. 243 ss (cit. WEIGEND, Angebliche Opfer);

WEILENMANN RETO, Drittgeschädigte Personen im Strafverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Privatklage-, Aushändigungs- und Zuwendungsanspruchs, thèse Lucerne, Zurich 2020;

WEISHAUPT EVA, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetztes (OHG), Unter besonderer Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf das Zürcher Verfahrensrecht, thèse Zurich 1998 be;

WEISS MARCO, Sozialversicherungsträger als Privatklägerschaft, FP 6/2022 436 ss;

WEISSENBERGER PHILIPPE, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes (unter Berücksichtigung von Art. 260^{quater} StGB), PJA 2000 153 ss;

WERMELINGER AMÉDÉO, Zürcher Kommentar, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, 2^{e} éd., Genève/Zurich/Bâle 2019 (cit. ZK ZGB-WERMELINGER, Art. 1 N 1);

WIEDERKEHR RENÉ, Die Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens nach Art. 89 Abs. 1 BGG, recht 2016 p. 71 ss;

WINDSBERGER ALEXANDRA, Verbotene Gegenstände als Schutzgüter des Strafrechts? – Über die Auslegung des Vermögensbegriffs, ZStW 133/2021 (1) 123 ss;

WIPRÄCHTIGER HANS, Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen, recht 1995 143 ss;

WOHLERS WOLFGANG, Gesetzeswortlaut und «ratio legis» im Strafrecht, in Die Bedeutung der «Ratio legis», Kolloquium der juristischen Fakultät der Universität Basel, Bâle 2001, p. 79 ss (cit. WOHLERS, Ratio legis);

– Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur, GA 2002 16 ss (cit. WOHLERS, Rechtsgutstheorie);

– Die Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft in Deutschland – mit «Ausblicken» in die Schweiz, FP S0/2018 327 ss (cit. WOHLERS, Staatsanwaltschaft);

– Criminal Law as a Regulatory Tool, in Matthew Dyson/Benjamin Vogel (éds), The Limits of Criminal Law, Anglo-German Concepts and Principles, Cambridge 2018, p. 235 ss (cit. WOHLERS, Regulatory);

– Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt? FP 3/2019 207 ss (cit. WOHLERS, Fair Trial);

– Die schützende Förmlichkeit des Strafprozessrechts, Zur aktuellen Bedeutung(slosigkeit) eines «alteuropäischen» Konzepts, in Ingke Goeckenjan/Jens Puschke/Tobias Singeinstein (éds), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, Berlin 2019, p. 593 ss (cit. WOHLERS, Förmlichkeit);

– Die schweizerische Strafprozessordnung – Eine Betrachtung aus der Vogelperspektive, RPS 138/2020 p. 229 ss (cit. WOHLERS, Vogelperspektive);

– Karl Binding und die Rechtsgutstheorie, in Michael Kubiciel/Martin Löhnig/Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg/Wolfgang Wohlers (éds), «Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts», Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie, Tübingen 2020, 143 ss (cit. WOHLERS, Binding);

– Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Straf- und Strafprozessrecht, in Federica De Rossa/Grégory Bovey/Christoph Hurni (éds), 150 ans Tribunal fédéral, Mélanges, Berne 2025, p. 1135 ss (cit. WOHLERS, Grenzen);

WOHLERS WOLFGANG/BLÄSI LINDA, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015 158 ss;

WOHLERS WOLFGANG/HENEGHAN SEAN/PETERS RENA, Strafrecht in Zeiten der Pandemie – Der Einsatz strafrechtlichen Zwangs zur Bekämpfung normwidrigen Verhaltens in «ausserordentlichen» Lagen, Genève/Zurich/Bâle 2021;

WOLFFERS ARTUR, Zum Legalitätsprinzip im Schweizerischen Strafrecht, RJB 122/1986 569 ss;

WOLTER JÜRGEN (éds), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK, Band III, §§ 137-197 StPO, 5e éd., Cologne 2016 (cit. SK StPO-AUTEUR·E, § 1 N 1);

WStR, Jürg-Beat Ackermann (éd.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2e éd., Berne 2021 (cit. WStR-AUTEUR·E, § 1 N 1);

WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, thèse habil., Berne 2001;

ZIMMERMANN NESA, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Contours et utilité d'un concept en vogue, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2022 (cit. ZIMMERMANN, Vulnérabilité);

ZIMMERMANN ROBERT, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6e éd., Berne 2024 (cit. ZIMMERMANN, Coopération);

ZK OR, SPIRIG EUGEN, Zürcher Kommentar, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Art. 164-174 OR, 3e éd., Zürich 1993 (cit. ZK OR-SPIRIG, Art. 164 N 1);

ZK StPO², Andreas Donatsch/Viktor Lieber/Wolfgang Wohlers (éds), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 2e éd., Zurich 2014 (cit. ZK StPO²-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

ZK StPO, Andreas Donatsch/Viktor Lieber/Summers Sarah/Wolfgang Wohlers (éds), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3e éd., Zurich 2020 (cit. ZK StPO-AUTEUR·E, Art. 1 N 1);

ZÜRCHER EMIL, Schweizerisches Strafgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Berne 1914 (cit. ZÜRCHER, AP-CP 1908);

ZWEIDLER THOMAS, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Berne 2005.

Travaux préparatoires et documents officiels**

Code pénal suisse, Procès-verbal de la deuxième commission d'experts, Volume Ier, avril 1912, et Volume II, septembre-octobre 1912 (cit. PV-CP, Vol. I ou II);

Message du Conseil fédéral du 23 juillet 1918 à l'Assemblée fédérale l'appui d'un projet de code pénal suisse, FF 1918 IV 1 (cit. Message CP 1918);

Message du Conseil fédéral du 20 juin 1949 à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi révisant partiellement le code pénal suisse, FF 1949 I 1233 (cit. Message CP 1949);

Message du Conseil fédéral du 21 février 1968 à l'Assemblée fédérale concernant le renforcement de la protection pénale du domaine personnel secret, FF 1968 I 609 (cit. Message CP 1968);

Message du Conseil fédéral du 21 avril 1971 à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, FF 1971 I 1017 (cit. Message DPA 1971);

Message du Conseil fédéral du 26 juin 1985 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille), FF 1985 II 1021 (cit. Message CP 1985);

Message du Conseil fédéral du 12 juin 1989 concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), FF 1989 II 961 (cit. Message blanchiment 1989);

Message du Conseil fédéral du 25 avril 1990 concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, FF 1990 II 909 (cit. Message LAVI 1990);

Message du Conseil fédéral du 24 avril 1991 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Infractions contre le patrimoine et faux dans les titres) ainsi que la modification de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays (Dispositions pénales), FF 1991 II 933 (cit. Message CP 1991);

Message du Conseil fédéral du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF 1992 III 265 (cit. Message discrimination raciale 1992);

Message du Conseil fédéral du 30 juin 1993 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier), FF 1993 III 269 (cit. Message CP 1993);

Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 (cit. Message Cst. 1999);

** Listés par ordre chronologique.

Département fédéral de justice et police, «De 29 à l'unité», Concept d'un code de procédure pénale fédéral, Rapport de la Commission d'experts «Unification de la procédure pénale», Berne 1997 (cit. Rapport «De 29 à l'unité»);

Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 II 1787 (cit. Message CP 1998);

Message du Conseil fédéral du 19 avril 1999 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision des dispositions pénales applicables à la corruption) et l'adhésion de la Suisse à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, FF 1999 5045 (cit. Message corruption 1999);

Message du Conseil fédéral du 10 mai 2000 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Infractions contre l'intégrité sexuelle; prescription en cas d'infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants et interdiction de la possession de pornographie dure), FF 2000 2769 (cit. Message CP 2000);

Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse, Office fédéral de la justice, Berne 2001 (cit. Rapport explicatif A-P CPP);

Département fédéral de justice et police, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs, Office fédéral de la justice, Berne 2003 (cit. Synthèse consultation CPP 2003);

Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Convention de Lanzarote) et sa mise en œuvre (modification du code pénal), FF 2012 7051 (cit. Message Convention Lanzarote 2012);

Message du Conseil fédéral du 30 avril 2014 concernant la modification du code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption), FF 2014 3433 (cit. Message corruption 2014);

Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales (cit. Message LPD 2017);

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié du 25 avril 2018, FF 2018 2889 (cit. Message harmonisation);

Message du Conseil fédéral du 28 août 2019 concernant la modification du Code de procédure pénale, FF 2019 6351 (cit. Message CPP 2019);

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 17 février 2022, Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3: loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, FF 2022 687 (cit. Rapport CAJ-CE 2022);

Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), Reconnaissance d'États et de gouvernements en droit international, état au 14 avril 2023 (cit. DFAE, Reconnaissance);

Conseil fédéral, Département de justice et police, Rapport explicatif du 31 janvier 2024 relatif à l'ouverture de la procédure de consultatif sur la révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (DPA) (cit. Rapport explicatif A-P DPA 2024);

Conseil fédéral, Restitution d'avoirs illicites de personnes politiquement exposées à l'étranger, Rapport du 26 juin 2024 donnant suite au postulat 19.3414 de la Commission de politique extérieure du CE du 4 avril 2019 (cit. Rapport restitution 2024).

Introduction

La notion de lésé en procédure pénale suisse est qualifiée de «complexe»[1]. De prime abord, cette affirmation peut paraître étonnante. La personne du lésé ou, dans le langage courant, de la victime[2], s'impose en effet naturellement à l'esprit lorsqu'on évoque une infraction pénale telle qu'un viol, des lésions corporelles, un vol ou encore une diffamation. 1

Cette complexité semble d'autant plus paradoxale que le lésé se voit reconnaître une position forte dans le procès pénal moderne. Cette position est le fruit d'une longue évolution historique, faite de mouvements de balancier: d'un rôle central à l'origine, dans un système accusatoire fortement marqué par la vengeance privée, le lésé a progressivement été évincé du procès pénal – devenu inquisitoire – au profit de l'État, avant de réintégrer le devant de la scène au cours du XX^e siècle, avec la reconnaissance d'un statut à part entière dans la procédure[3]. 2

En Suisse, l'un des principaux jalons de cette «redécouverte» aura été la loi sur l'aide aux victimes d'infractions de 1991, qui a permis une amélioration substantielle de la 3

[1] PIQUEREZ/MACALUSO, p. 295; cf. aussi NYDEGGER, p. 64.

[2] Notion dont le sens commun est toutefois plus large que celle de lésé, contrairement à leur sens juridique, dans lequel la victime est une catégorie de lésé: QUELOZ NICOLAS, Représentations et place des personnes victimes dans la justice pénale, RPS 131/2013 426 ss, p. 427.

[3] Pour des approches historiques, cf. PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 101 ss; TANNER, p. 11 ss; WEILENMANN, N 46 ss; JABORNIGG, p. 252 ss.

position des victimes – et des lésés – dans la procédure. Mais l'étape essentielle fut l'unification du droit de procédure pénale en 2011. Le Code de procédure pénale octroie en effet une place de choix à la personne lésée par une infraction, en lui reconnaissant le droit de se constituer partie plaignante sur le plan civil, afin de demander la réparation du dommage subi du fait de l'infraction, mais aussi sur le plan pénal, afin de peser sur l'action publique du ministère public et de concourir à la condamnation du prévenu. La récente révision de 2024 a encore renforcé cette position, en permettant au ministère public de statuer directement sur les conclusions civiles du lésé par voie d'ordonnance pénale et en octroyant à la victime un droit de demander l'assistance judiciaire même pour agir exclusivement au pénal.

4 Comment dès lors expliquer que, malgré une position de choix en procédure, la qualité de lésé soit si délicate à appréhender? Les raisons sont multiples. Tout d'abord, le lésé est défini en quelques mots seulement à l'article 115 CPP, alors que cette disposition tend à régler une grande diversité de situations dans lesquelles une personne s'estime touchée (ou «lésée») par une infraction pénale. Ensuite, malgré une définition unifiée au niveau suisse, il a fallu prendre en compte les principes directeurs posés par la jurisprudence rendue sous l'égide des anciens codes cantonaux de procédure pénale, étant précisé que plusieurs conceptions du lésé s'opposaient alors. En outre, hormis les exemples typiques cités au premier paragraphe ci-dessus (viol, lésions corporelles, vol), il existe de nombreuses infractions pour lesquelles la qualité de lésé n'aura rien d'évident, car elles touchent en première ligne à des intérêts publics (faux dans les titres, infractions à la circulation routière, corruption) ou qu'elles mettent en relation divers protagonistes plus ou moins éloignés des faits litigieux (créanciers, actionnaires, héritiers). Enfin, et plus fondamentalement, la notion de lésé dépasse le seul droit de procédure pénale et fait appel des concepts propres au droit pénal matériel, ce qui commande une analyse plus fine et transversale.

5 Ce travail propose de mener cette analyse en étudiant la qualité de lésé en procédure pénale, telle qu'elle est définie à l'art. 115 CPP. Si le sujet a déjà fait l'objet de contributions importantes[4], aucune monographie n'a encore été consacrée spécifiquement à la question, à tout le moins depuis l'entrée en vigueur du CPP[5]. Portant sur l'art. 115 CPP, notre thèse est une étude de droit suisse, même si nous apporterons ponctuellement des éclairages de droit étranger, notamment allemand et français[6], sans toutefois prétendre à une véritable analyse de droit comparé.

[4] En français, cf. not. CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020; GARBARSKI, RPS 2012; GARBARSKI, SJ 2013; GARBARSKI, SJ 2017; MACALUSO, Action civile. En allemand, cf. not. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115; ZK StPO-LIEBER; NYDEGGER; BOMMER, Überblick; ECHLE, Begriff.

[5] Hormis peut-être la thèse de WEILENMANN, qui concerne toutefois les *Drittgeschädigte Personen*. Avant l'entrée en vigueur du CPP, plusieurs monographies traitaient, en tout ou partie, de la qualité de lésé en droit cantonal: cf. not. BOMMER, Verletztenrechte; JABORNIGG; DERISBOURG-BOY; DROESE, Akteneinsicht; cf. déjà BAUMANN; BRUNNER; ISCH.

La *méthode* que nous proposons de suivre est une méthode interprétative somme toute classique, s'agissant de l'étude d'une disposition légale. Mais il s'agit là de l'un des principaux intérêts de notre thèse: la méthode et les éléments d'interprétation sont rarement présentés dans les ouvrages qui analysent une norme particulière, étant souvent considérés comme connus du lecteur, alors que ces principes sont fondamentaux et font l'objet de controverses importantes. Cela est d'autant plus vrai en droit pénal, domaine dans lequel l'interprétation connaît une importante limite, tirée du principe de la légalité (art. 1 CP), mais qui est peu abordée, en tous les cas dans la doctrine romande[7]. La littérature est encore plus maigre sur l'interprétation du droit de procédure pénale[8], en dépit des nombreux arrêts rendus en la matière, sur des points parfois très disputés. 6

La présentation de la méthode interprétative en général, ainsi que de ses nuances en droit pénal et en procédure pénale, sert notre propos et permet une meilleure compréhension de l'art. 115 CPP. En effet, la notion de lésé, si elle figure formellement dans une loi de procédure pénale, est par définition liée à l'existence d'une infraction pénale. Le fait que la qualité de lésé se situe à la croisée des chemins entre droit pénal formel et droit pénal matériel pose inévitablement la question du régime interprétatif auquel elle est soumise, compte tenu des limites propres à chaque domaine. 7

Ce lien entre qualité de lésé et droit pénal matériel s'exprime avant tout dans la notion de *bien juridique*, concept aussi fondamental que controversé, commun à toutes les infractions pénales et qui sera au cœur de notre étude de l'art. 115 CPP. Nous verrons que le bien juridique se détermine par l'interprétation de l'infraction, ce qui vient «boucler la boucle» par rapport à l'interprétation du droit pénal. En outre, le rattachement au bien juridique permettra de constater que le législateur suisse a consacré une conception pénaliste du lésé, qui rayonne dans tous le CPP, et notamment dans la faculté qui est reconnue au lésé de se constituer partie plaignante sur le plan pénal et sur le plan civil. 8

Au-delà de ces aspects théoriques et méthodologiques, l'analyse de la qualité de lésé en procédure pénale suisse revêt un *intérêt pratique* évident. En effet, compte tenu des droits qui lui sont reconnus par le CPP, le contentieux lié à la qualité de lésé est très 9

[6] Le *droit allemand* en raison de son influence sur la théorie de l'infraction en droit suisse, le *droit français* en raison de l'importance de l'institution de l'action civile et de la notion, associée, de partie civile.

[7] Hormis les commentaires et ouvrages généraux, les sources en français sont rares et déjà anciennes: cf. not. HURTADO POZO, Principe; GRAVEN; GRAVEN J. La doctrine alémanique est plus fournie: cf. not. ACKERMANN, Lex certa; COHEN; WOHLERS, Ratio legis; GRAF, Praxisänderung; PROBST; WALTER T.; WAIBLINGER; GERMANN, Analogieverbot.

[8] En doctrine, mis à part les commentaires et ouvrages généraux, on ne peut guère citer que HEIMGARTNER (repris par MAEDER/MEIER; EGLI; STUDER) et, plus récemment, WOHLERS, Grenzen. En Suisse romande, les seules contributions sur le sujet sont celles, anciennes, de CLERC (Procès pénal; Droit comparé). Partageant ce constat: WOHLERS, Grenzen, p. 1146.

important et la jurisprudence abondante[9]. Les autorités pénales sont régulièrement amenées à examiner si une personne revêt la qualité de lésé, que ce point soit contesté en lui-même par la défense ou qu'il constitue l'une des conditions de recevabilité d'un recours déposé contre une autre décision (appel, non-entrée en matière, classement, levée de séquestre, exploitabilité des moyens de preuve, etc.). Les contours précis de la qualité de lésé sont donc susceptibles d'avoir des effets pratiques très concrets sur le cours d'une procédure pénale.

10 Le *plan* de la thèse peut être présenté comme suit : dans une première partie, nous présenterons les bases méthodologiques de notre analyse, en distinguant entre l'interprétation de la loi en général, celle du droit pénal et celle du droit de procédure pénale. Dans une deuxième partie, nous appliquerons cette méthode à la notion de lésé prévue à l'art. 115 CPP, en arrêtant d'abord le régime interprétatif auquel cette disposition est soumise, puis en analysant et décomposant la définition générale du lésé figurant à l'art. 115 al. 1 CPP, avant d'examiner l'art. 115 al. 2 CPP. Dans une troisième partie, nous approfondirons l'analyse en nous focalisant sur la notion de bien juridique, qui servira de grille de lecture aux principales caractéristiques de la notion de lésé et permettra l'examen critique de certaines situations particulières, notamment la qualité de lésé de l'État ou la notion de lésé en droit de la confiscation. Ce plan en trois parties suit ainsi le sous-titre de notre thèse : «*Interprétation* [Première partie] *de l'art. 115 CPP* [Deuxième partie] *à l'aune du concept de bien juridique* [Troisième partie]».

11 Chaque partie sera subdivisée en chapitres, qui se termineront la plupart du temps par une synthèse, afin de faciliter la consultation ciblée de l'ouvrage. De même, à la fin du dernier chapitre de chaque partie figurera une synthèse générale de la partie en question. Une conclusion résumera les différentes parties et chapitres, reprendra nos principales propositions et se terminera par des réflexions plus prospectives.

12 Il nous faut encore procéder à quelques *délimitations*. Notre thèse portera sur la qualité de lésé définie à l'art. 115 CPP. Cette analyse nous amènera à traiter de la notion de lésé telle qu'elle figure dans le Code pénal, en matière de plainte pénale (art. 30 CP) ou de confiscation (art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP). En revanche, nous n'aborderons pas le lésé tel qu'il existe ou qu'il peut exister dans d'autres lois ou d'autres domaines liés à la procédure pénale, notamment la procédure pénale des mineurs (PPMin), la procédure pénale militaire (PPM), le droit pénal administratif (DPA) ou encore l'entraide internationale en matière pénale (EIMP). Sur ces sujets, nous renvoyons nos lecteurs à la littérature spécialisée[10].

[9] Cf. récemment MACALUSO/GARBARSKI, Recevabilité, *passim*.

[10] Pour la *PPMin* : Message CPP, ch. 3.4.1 p. 1346 ; BSK JStPO-HEBEISEN, Art. 20 N 3 ; TANNER, p. 95. Pour la *PPM* : GODEL/MARGOT ; GODEL THIERRY, La procédure pénale militaire en Suisse, thèse Fribourg, Bâle 2018, p. 436 ss. Pour la *DPA*, la jurisprudence et la doctrine majoritaire retiennent qu'il n'y a pas de lésé, mais la question est plus controversée qu'il n'y paraît : cf. N 1106 *infra* et les références citées en nbp 2612. Pour l'*EIMP* : cf. not. ZIMMERMANN, Coopération, N 322 p. 276 et N 324 p. 278 s.

Nous ne traiterons pas non plus spécifiquement de la notion de victime selon l'art. 116 CPP ou la loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI). Dans le CPP, la victime est une forme qualifiée de lésé, auquel la loi reconnaît des droits essentiellement[11] défensifs, qui visent à l'informer et à éviter une victimisation secondaire, ce qui la distingue du lésé et commande une interprétation probablement plus large que celle que nous préconisons pour ce dernier[12]. Par ailleurs, le rôle du bien juridique est sensiblement différent dans la définition de la victime selon l'art. 116 al. 1 CPP, puisqu'il suffit que la victime ait subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle du fait de l'infraction, même si celle-ci ne protège aucun de ces trois biens juridiques. Ces disparités nous ont amené à nous concentrer sur la notion de lésé prévue à l'art. 115 CPP, même si nous mentionnerons par endroits celle de victime lorsqu'elle permet d'éclairer utilement l'une ou l'autre composante du lésé[13]. Pour le reste, nous renvoyons aux contributions dédiées à la question[14]. 13

De même, si la notion de lésé ne peut pas être analysée sans aborder les nombreux droits qui lui sont reconnus en procédure, nous ne les évoquerons qu'en tant qu'ils s'avèrent utiles pour préciser certains éléments de la définition contenue à l'art. 115 CPP. En particulier, nous ne traiterons pas de l'action civile adhésive (art. 122 ss CPP) en tant que telle, mais examinerons uniquement en quoi la conception pénaliste du lésé influe sur cette institution. Ici aussi, les lecteurs pourront consulter les nombreux ouvrages parus sur le sujet[15]. 14

Enfin, il a été renoncé à une présentation systématique et extensive de la qualité de lésé, infraction par infraction, telle qu'on la retrouve parfois en doctrine[16]. Nous avons préféré évoquer les infractions les plus problématiques ou les plus emblématiques directement dans notre étude de la qualité de lésé, là où elles permettent d'éclairer au mieux les enjeux liés à cette qualité. Par ailleurs, nous avons délibérément laissé de côté les infractions de droit pénal international car, malgré leur transposition en droit 15

11 On réservera le droit des proches de la victime de se constituer partie plaignante (art. 122 al. 2 *cum* 117 al. 3 CPP) ainsi que, dans une certaine mesure, le droit du lésé de pouvoir bénéficier de l'assistance juridique sur le plan pénal (art. 136 al. 1 let. b CPP) et d'être exonéré de fournir des sûretés en garantie des dépens afférant aux conclusions civiles (art. 125 al. 1 CPP).

12 Cf. par ex. PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 117 s.

13 Notamment s'agissant du caractère «direct» de l'atteinte subie par le lésé et/ou la victime.

14 Cf. not. CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 116; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 114 ss; BOMMER, Verletztenrechte, p. 19 ss; CONVERSET, p. 26 ss; MIZEL, *passim*; CORBOZ, LAVI, *passim*; cf. aussi le Stämpfli Handkommentar de la LAVI (SHK OHG); SCHWANDER MARIANE, Das Opfer im Strafrecht, 3e éd., Berne 2019.

15 Notamment les thèses de VARRIALE LAURENT, L'action civile adhésive à la procédure pénale, thèse Lausanne, Bâle 2026; KLINGLER; ECHLE, Adhäsionsklage; MAUSBACH JULIAN, Das Adhäsionsverfahren, thèse habil. Zurich, Berne 2023; cf. ég. WEISS MARCO, Der Adhäsionsprozess, Bâle 2023; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS. Avant le CPP unifié, cf. déjà BOMMER, Verletztenrechte, p. 35 ss; REHBERG, Adhäsionsprozess; CONRAD.

16 Cf. not. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 45 à 93.

interne (cf. art. 264 ss CP), elles sont encore profondément ancrées dans le droit international, ce qui appelle un examen particulier de la qualité de lésé et de victime[17].

16 Ce travail aura pour ambition de démontrer que la qualité de lésé en procédure pénale, malgré son apparente simplicité, recèle effectivement une grande complexité en raison du lien étroit qu'elle entretient avec la notion de bien juridique. Notre étude établira que seule une interprétation rigoureuse, guidée par le principe de la légalité, permet de cerner la portée exacte de la qualité de lésé. Nous plaiderons dans ce cadre pour une conception unifiée et cohérente du lésé, qui dépasse la seule procédure pénale pour embrasser le droit pénal matériel.

[17] Sur ces questions, cf. FARDEL MÉLISSA, La participation des victimes aux procédures pénales internationales et les droits de l'accusé, thèse Genève 2019, p. 100 ss; PETROSSIAN, p. 129 ss; JOLY-SIBUET ELISABETH, La victime en justice pénale internationale, in Cédric Ribeyre (éd.), La victime de l'infraction pénale, Paris 2016, p. 213 ss; POBJIE ERIN, Victims of the Crime of Aggression, in Claus Kreß/Stefan Barriga (éds), The Crime of Aggression: A Commentary, Vol. 1, Cambridge 2017, p. 816 ss; cf. aussi Règles 85 ss du Règlement de procédure et de preuve de la CPI. Dans la *jurisprudence*, cf. TPF, BB.2023.128, 12.2.2024, c. 3.3: une personne morale n'est pas lésée par l'infraction de génocide (art. 264 CP) et de crimes contre l'humanité (art. 264a CP).

Première partie :

Interprétation – Méthode et limites

Chapitre 1 : **Interprétation de la loi en général**

Si la loi donne une définition générale du lésé à l'art. 115 CPP, il suffit de parcourir la riche jurisprudence et les nombreux ouvrages de doctrine consacrés à la question pour réaliser à quel point la compréhension et la délimitation de la notion de lésé nécessitent un examen approfondi. Aussi vaste soit-elle, l'analyse peut toutefois être réduite à un seul et unique procédé : la démarche interprétative. Dans la perspective adoptée ici, l'étude de la notion (légale) de lésé en procédure pénale relève en effet essentiellement de l'interprétation de la loi, en l'occurrence de l'art. 115 CPP et des autres dispositions qui s'y rapportent. 17

Avant de consacrer de plus amples développements à cette question dans les parties suivantes, il convient d'abord de poser les bases de la méthode interprétative en général, qui servira de trame de fond au reste de ce travail. C'est l'objet de ce premier chapitre. Parce que la qualité de lésé fait appel à plusieurs notions propres au droit pénal de fond, nous aborderons ensuite, dans un deuxième chapitre, les particularités de l'interprétation du droit pénal. C'est d'ailleurs le propre du droit de procédure que de mettre en œuvre les valeurs ancrées dans le droit de fond, de sorte que ce dernier peut – et doit – aussi servir à décrire la notion de lésé[18]. Dans un troisième chapitre, nous exposerons les aménagements que connaît l'interprétation du droit de procédure pénale par rapport au droit pénal matériel. Forts de ces enseignements, il nous sera alors possible de présenter, dans la seconde partie de cette thèse, le régime auquel l'interprétation de la notion de lésé en procédure pénale doit obéir. 18

Cette méthode déductive, qui part du général (interprétation de la loi) pour aller vers le particulier (interprétation du droit de procédure pénale), doit permettre de guider notre réflexion sur la notion de lésé en procédure pénale. Elle fixe un cadre général et constitue le fondement théorique de la suite de notre exposé. Elle présente cependant certaines limites, propres à toute démarche interprétative, qui seront signalées au fil du texte. 19

Dans ce premier chapitre, nous commencerons par exposer le caractère indispensable, mais aussi les difficultés intrinsèques de tout processus interprétatif **(I.)**. Nous poursui- 20

[18] Dans ce sens : BOMMER, Verletztenrechte, p. 238 ; TANNER, p. 51.

vrons notre analyse avec les différentes méthodes que connaît l'interprétation en droit **(II.)**, ainsi que ses quatre principaux éléments **(III.)** et leur articulation **(IV)**. Nous aborderons ensuite le rôle de la doctrine et de la jurisprudence **(V.)**, avant de clore par une synthèse **(VI.)**.

I. Nécessité et difficultés de l'interprétation

21 En droit, l'interprétation se définit comme «l'ensemble des procédés intellectuels servant à déterminer et à préciser le sens […] des règles de droit applicables à une situation donnée»[19].

22 Pendant longtemps, l'interprétation de la loi a été regardée avec méfiance, pour ne pas dire purement et simplement rejetée. On estimait en effet qu'elle impliquait un empiètement du juge sur les compétences réservées au pouvoir législatif. Cette conception, qui remonte aux Lumières[20], est désormais révolue. Il est unanimement admis aujourd'hui que la loi doit toujours être interprétée par le juge, dont le rôle ne peut être réduit à celui d'un simple automate, exécutant mécaniquement les décisions du législateur[21]. Bien au contraire, avant de pouvoir appliquer, par le mécanisme du syllogisme judiciaire, la loi aux faits qui lui sont soumis, le juge doit d'abord essayer de la comprendre, et donc l'interpréter[22]. Le Tribunal fédéral l'affirme sans détour: *«Rechtsanwendung setzt die Rechtsauslegung voraus»*[23].

23 Cela est d'autant plus vrai si l'on garde à l'esprit qu'en édictant des lois générales et abstraites, le législateur – parfois inconsciemment, le plus souvent en connaissance de cause – ne peut s'empêcher d'utiliser des formulations ouvertes ou de faire appel à des notions indéterminées, voire imprécises, qui demandent à être explicitées. En ce sens, le juge ne fait que mener à terme le travail, par définition imparfait, du législateur, en

19 Cf. parmi beaucoup d'autres définitions CARRON, p. 185.

20 Cf. MONTESQUIEU, Livre XI, Chapitre VI: «Mais les juges de la nation ne sont […] que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur».

21 Sur le juge comme *«Subsumtionsautomat»*, cf. OGOREK, p. 141; KRAMER/ANETH, p. 56 s. et les références. Avec les progrès de l'intelligence artificielle, le débat autour d'un juge robotique risque pourtant d'être relancé: GLESS SABINE/WOHLERS WOLFGANG, Subsumtionsautomat 2.0 – Künstliche Intelligenz statt menschlicher Richter? in Martin Böse/Kay H. Schumann/Friedrich Toepel (éds), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2019, p. 247 ss.

22 L'interprétation de la loi porte ainsi sur la *majeure* du syllogisme (énoncé légal), qui comprend un état de fait abstrait et une conséquence juridique; la *mineure* du syllogisme examine ensuite si les faits concrets de la vie sociale correspondent à l'état de fait abstrait de la norme (subsomption); la *conclusion* du syllogisme applique enfin la conséquence juridique aux faits concrets. Cf. STEINAUER, N 31 ss. Cf. ég. HÖHN, p. 84 ss, et HÄNNI, p. 52, qui montrent que l'interprétation vise à déterminer la ou les prémisses dont va dépendre la décision à prendre.

23 ATF 145 IV 364 c. 3.3; cf. aussi GRÜNINGER, N 24.

concrétisant et en actualisant la décision prise démocratiquement par ce dernier[24]. Il se doit toutefois de respecter le principe de séparation des pouvoirs et ne saurait, sous couvert d'interprétation, se substituer au pouvoir législatif pour tracer lui-même les limites de la loi[25]. Le débat sur les limites du pouvoir d'interprétation du juge demeure entier.

Il faut ainsi un certain nombre de règles pour encadrer le nécessaire processus d'interprétation de la loi par le juge. La doctrine et la jurisprudence ont développé dans ce cadre plusieurs méthodes et éléments d'interprétation, dans le but ultime d'identifier le sens véritable de la loi. 24

La tâche de l'interprète ne se résume toutefois pas à un exercice purement déductif et cognitif, consistant à appliquer une méthode définie à une disposition légale pour en retirer sa vraie substance, mais comprend nécessairement un aspect axiologique et une part de subjectivité[26] : tout d'abord, le juge aborde un texte avec une compréhension préalable, qui lui vient de ses connaissances, convictions et expériences personnelles, et dont il ne peut faire abstraction[27]. Ensuite, sa recherche du véritable sens de la norme sera inévitablement influencée par l'état de fait concret qui lui est soumis, et *vice versa*[28]. Enfin, une conception moderne de la démarche interprétative se doit de tenir compte du pouvoir d'appréciation laissé au juge, qui lui permet d'interpréter la loi selon son propre système de valeurs, et donc de participer, à sa manière, au processus de création du droit[29]. 25

Il y a donc toujours une tension latente entre, d'une part, des critères d'interprétation objectifs et, d'autre part, les jugements de valeurs subjectifs du juge (ou d'un collège de juges). L'enjeu n'est pas de privilégier les uns au détriment des autres, mais plutôt d'être conscient du caractère ambivalent de l'interprétation, qui se doit d'être *« so objektiv (rational) als möglich und nur so subjektiv als nötig »*[30]. 26

---

24 PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 139 ; BIAGGINI, Ratio Legis, p. 56 s. ; CR CC I-WERRO, Art. 1 N 74.

25 STEINAUER, N 324 ss ; CORNU, p. 16 ss, spéc. 25, et la référence à l'ATF 130 II 65 c. 4.2.

26 Voir parmi beaucoup d'autres MOOR, Rationalité, p. 321 ss, spéc. 333.

27 *« Vorverständnis » :* STEINAUER, N 272 ; VEST, Einführung, p. 30 ; WALTER, Methodenpluralismus, p. 165 ; HÖHN, p. 97 ; HURTADO POZO, Principe, p. 230 ; WIPRÄCHTIGER, p. 144 ss, avec des exemples tirés de sa pratique de juge fédéral ; RUTSCHMANN, p. 35 s.

28 La doctrine parle dans ce cas de *cercle herméneutique* : la compréhension de l'état de fait concret par le juge va tout autant déterminer le contenu de la norme que sa compréhension de la norme déterminera sa décision dans le cas d'espèce. Cf. HÖHN, p. 117, 130 ; PAPAUX, p. 167 ss. NIGGLI, Problematik, p. 161 ss, montre que la construction de la subsomption (mineure du syllogisme) n'est en réalité pas déductive, mais bien inductive et analogique.

29 CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 42 ; NIGGLI, Problematik, p. 157 ss ; WIPRÄCHTIGER, p. 148 ; CORNU, p. 20 ss. Voir aussi GAUCH, p. 222 : « *die richterliche Gesetzesauslegung [ist] nichts anderes als Sinn*gebung. *Nicht Findung ist sie, sondern* Er*findung* […] » (mises en évidence originales).

30 HÖHN, p. 113 ; voir aussi OGOREK, p. 142.

II. Méthode(s) d'interprétation

27 Après avoir apporté les précisions exposées plus haut, nous pouvons désormais examiner la méthode d'interprétation en elle-même. Elle a principalement été développée en droit privé, en rapport avec l'art. 1 al. 1 CC («la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions»), mais vaut en tant que principe général dans les autres domaines du droit[31]. Du reste, plutôt que d'une *méthode* d'interprétation, il faudrait en réalité parler d'une *méthodologie* de l'interprétation, tant les théories en la matière sont nombreuses[32]. La plupart d'entre elles font appel aux quatre mêmes éléments d'interprétation – les éléments littéral, systématique, historique et téléologique – mais divergent quant à leur conception de la finalité même du processus.

28 Il est communément admis que l'interprétation vise à déterminer le «sens véritable» de la loi. L'enjeu est toutefois de savoir quelle acception donner au mot «sens». Le message dont la loi est porteuse peut en effet varier selon qu'on le considère du point de vue de son émetteur ou de son destinataire, ou encore selon le temps écoulé depuis sa promulgation[33]. Ces différentes orientations possibles sont autant de *méthodes d'interprétation* discutées (et disputées) en doctrine. Chacune de ces méthodes se sert en principe des quatre mêmes éléments d'interprétation, mais les pondère différemment, selon sa propre acception du «sens véritable» de la loi.

Exemple:

En guise d'illustration, on pourrait dire que si la loi est le matériau à disposition de l'interprète, alors les éléments d'interprétation sont ses outils et la méthode d'interprétation, la marche à suivre pour façonner l'ouvrage. Selon la méthode adoptée, l'ouvrage final, construit à partir du même matériau et à l'aide des mêmes outils, pourra toutefois avoir une apparence et une fonction complètement différentes[34].

29 La première question qui se pose dans ce cadre est celle de la *perspective* à adopter: le sens de la norme correspond-il à celui que son auteur, le législateur, a voulu lui donner (méthode *subjective*) ou doit-on considérer qu'une fois édictée, la loi se détache de son auteur et acquiert une existence propre, ce qui impose de se placer du point de

31 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 92 ss, 128; DESCHENAUX, p. 67, parle de «bien commun aux diverses disciplines du droit»; PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 135: l'art. 1 CC «irrigue […] l'ensemble du droit suisse».

32 HÖHN, p. 107: autant de théories que d'auteurs qui se sont prononcés sur le sujet, voire plus encore, si l'on prend en compte les auteurs qui ont modifié leur position initiale au fil du temps. Cf. aussi WALTER, Methodenpluralismus, p. 159.

33 CORNU, p. 29; VEST, Einführung, p. 26.

34 Voir aussi WALTER, Methodenpluralismus, p. 161, qui prend l'image d'une commode à plusieurs tiroirs (les méthodes d'interprétation), eux-mêmes divisés en quatre compartiments (les éléments d'interprétation), et note qu'avec le temps, la poussière de certains tiroirs s'infiltre chez les autres, ou le classement ne peut plus se faire de manière coordonnée entre les différents compartiments: c'est le pluralisme méthodologique du Tribunal fédéral.

vue d'un destinataire raisonnable (méthode *objective*) ? La doctrine contemporaine et la jurisprudence privilégient désormais une méthode objective qui, plutôt que d'essayer de reconstituer la volonté subjective du législateur, processus par trop hypothétique et aléatoire – surtout dans un système de démocratie semi-directe[35] –, se fonde sur des éléments reconnaissables pour le justiciable, et permet ainsi de renforcer la confiance de ce dernier dans le processus d'application du droit[36].

La seconde question, qui reste débattue en doctrine, est celle du *moment de référence* de cette interprétation objective : doit-on comprendre la loi comme un destinataire raisonnable l'aurait fait au moment de son adoption (méthode objective *historique*) ou au moment de son application concrète (méthode objective *contemporaine* ou *moderne* ; *geltungszeitliche* ou *zeitgemässe Auslegung*) ? La méthode historique accordera logiquement un poids important à l'élément historique, qui renseignera l'interprète sur les conceptions prévalant à l'époque de l'adoption de la loi, alors que dans le cadre d'une méthode contemporaine, la valeur de ce même élément historique pourra, selon les circonstances, être ramenée à zéro[37]. Nous verrons cependant que le choix de la méthode affectera également les autres éléments d'interprétation, notamment les éléments littéral et téléologique, mais aussi systématique. 30

Les partisans d'une méthode contemporaine louent son caractère dynamique, « actualisant », permettant de prendre en compte l'évolution des idées, des valeurs et des besoins sociaux[38]. Ses détracteurs lui reprochent de négliger le législateur originel au profit du juge et donc d'être incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs[39]. La portée réelle du débat doit toutefois être fortement relativisée : en effet, beaucoup d'auteurs relèvent que ces deux méthodes ne sont pas exclusives l'une de l'autre, mais doivent au contraire coexister l'une à côté de l'autre[40]. D'ailleurs, même 31

[35] Comment peut-on espérer « sonder l'âme du législateur » (cf. KRAMER/ANETH, p. 139) quand celui-ci est composé de 246 parlementaires (au niveau fédéral), voire du peuple dans son ensemble en cas de référendum ou d'initiative populaire ?

[36] STEINAUER, N 317 et 329 ss, spéc. 332. Cf. ég. VEST, Einführung, p. 23 ; KRAMER/ANETH, p. 139 ss ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2019, p. 81 ; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 168 s. ; GELZER, p. 40, et la comparaison avec le principe de la confiance ; GRAVEN/STRÄULI, p. 41 s. ; cf. déjà GERMANN, Grundfragen, p. 115. Dans la jurisprudence, voir la formule suivante : *« Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden »* (ATF 146 V 224 c. 4.5.1).

[37] Cpr. GELZER, p. 39 ss (méthode historique) avec BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 173 ss, spéc. 180 (méthode moderne).

[38] PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 162 ss ; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 173 ss ; PERRIN J.-F., Méthodes, p. 612 ss.

[39] STEINAUER, N 318 s. et 325 s. ; CORNU, p. 32 s. ; GELZER, p. 45 s.

[40] KRAMER/ANETH, p. 154 s. ; BIAGGINI, Ratio Legi, p. 61 s. ; WALTER, Methodenpluralismus, p. 162 ; PIAGET, Thèse, p. 56 s. Dans la plupart des cas, ces méthodes ne livrent d'ailleurs pas de résultats fondamentalement différents : VEST, Einführung, p. 23 ; WALTER, RJB 2007, p. 726 ; HÖHN, p. 122.

les défenseurs de la méthode historique admettent que, dans certaines situations, le sens originel de la loi peut évoluer avec le temps[41].

32 En pratique, la méthode objective historique devrait généralement avoir la préférence lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition récente, car le juge pourra plus facilement se mettre à la place d'un destinataire de l'époque, alors qu'on aura plutôt tendance à faire appel à la méthode objective moderne si le texte litigieux est ancien, car plus grandes seront alors les probabilités que son sens initial doive être adapté à des réalités nouvelles[42].

33 Dans la jurisprudence, on trouve ainsi des arrêts qui retiennent que, pour les textes récents, les travaux préparatoires revêtent un poids particulier, car ils reflètent des conceptions encore actuelles[43]; dans un tel cas, la méthode historique coïncide en réalité avec la méthode moderne[44]. D'autres arrêts font le même constat, mais dans un sens négatif, à savoir qu'il faut d'autant moins tenir compte des travaux préparatoires que le texte est ancien[45].

III. Éléments d'interprétation

34 Nous présenterons ici les quatre éléments d'interprétation classiques, devenus avec le temps de véritables piliers ou canons interprétatifs[46]: l'élément littéral, l'élément systématique, l'élément historique et l'élément téléologique[47]. La doctrine évoque en outre divers moyens auxiliaires d'interprétation (praticabilité, droit comparé, élément préjudiciel, éthique, constitutionnel, réaliste, économique, etc.)[48], qui peuvent pour la plupart être rattachés à l'un ou l'autre de ces quatre éléments classiques.

35 Comme rappelé ci-dessus, le siège de la matière se trouve dans les divers ouvrages de méthodologie juridique, notamment les commentaires consacrés à l'art. 1 CC. Toute-

41 STEINAUER, N 319; KESHELAVA, p. 21 s.; voir aussi CORNU, p. 33 nbp 208.

42 WALTER, RJB 2011, 224 s.; WALTER, RJB 2007, p. 726; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 177; CRAMER, p. 522; COHEN, p. 159; BIAGGINI, Ratio Legis, p. 58 s.

43 ATF 151 IV 185 c. 2.4; 148 IV 96 c. 4.4.1; 148 I 251 c. 3.6.4.1; 146 II 201 c. 4.1; 145 IV 146 c. 2.3.2; 145 IV 364 c. 3.3; 142 IV 401 c. 3.3.

44 ATF 145 V 2 c. 4.1 et 4.2.3. Cpr. avec ATF 148 I 251 c. 3.6.4.1; 144 III 29 c. 4.4.3.8: ces arrêts retiennent que l'interprétation historique se confond alors avec l'interprétation téléologique, ce qui procède d'une lecture erronée de BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 177.

45 ATF 116 II 525 c. 2b; 105 Ib 49 c. 4b; 103 Ia 288 c. 2c.

46 Ils remontent aux travaux de SAVIGNY au XIX^e^ s.: KRAMER/ANETH, p. 66; HÖHN, p. 139.

47 La terminologie varie et l'on retrouve régulièrement des expressions comme *méthode* ou *interprétation* littérale ou systématique (voir par ex. HURTADO POZO/GODEL, N 140; ATF 146 III 97 c. 3.3.2 ss), qui ne soulignent toutefois pas assez le caractère global et pragmatique du processus, au sein duquel les quatre éléments classiques ne sont que des outils, des points d'appui, des indices, voire des directives: cf. PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 151; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 45; CORNU, p. 35.

48 CARRON, p. 186; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 314 ss.

fois, dans l'optique de notre étude, nous tâcherons, dans la mesure du possible, d'illustrer le propos par des exemples et des références tirés du *droit pénal* et de la *procédure pénale*, étant rappelé que les spécificités de l'interprétation dans ces domaines seront abordées dans des chapitres séparés.

A. Élément littéral

L'élément littéral (ou grammatical) est le point de départ du processus interprétatif[49]. Il consiste à rechercher le sens des termes employés dans la loi et à en définir les contours. Pour ce faire, l'interprète devra évidemment commencer par lire la loi, ce par quoi on entend non seulement la disposition légale elle-même, mais aussi l'intitulé des livres, titres, sous-titres et notes marginales auxquels elle se rapporte[50], soit tout son «contexte textuel»[51]. En Suisse, la pluralité linguistique fait que la loi doit être considérée dans les trois textes officiels (français, allemand et italien), qui ont chacun une valeur équivalente[52]. 36

Toutefois, même une lecture de la loi dans son ensemble et dans ses trois versions linguistiques peut s'avérer insuffisante pour saisir le sens des mots qu'elle contient. Tout d'abord, le sens des mots peut évoluer avec le temps. En effet, la compréhension d'un texte dépend de l'usage de la langue à un moment donné. L'interprète peut devoir lire un terme légal selon l'usage qui prévalait lors de l'adoption de la loi ou, au contraire, selon son usage actuel. Le choix de ce *moment de référence* sera fonction de la méthode d'interprétation elle-même[53] : en suivant une méthode historique, on recherchera le sens donné aux mots au moment de la promulgation de la loi, à l'aide par exemple d'un dictionnaire de l'époque ; en suivant une méthode contemporaine ou moderne, on lira ces mêmes mots dans une perspective plus actuelle, laquelle peut avoir consacré un glissement sémantique. Un exemple célèbre concerne le droit de vote des femmes : en 1957, le Tribunal fédéral interprétait l'expression «tous les Suisses» figurant dans la constitution vaudoise dans le sens qui prévalait lors de son adoption au XIX^e^ siècle, à savoir comme ne visant que les hommes[54] ; en 1990, il faisait en revanche une lecture contemporaine des termes *«Schweizer»* et *«Landleute»* contenus dans la constitution d'Appenzell Rhodes-Intérieures, retenant que, dans leur sens courant d'alors, ils désignaient également les femmes[55]. En doctrine, cette question est controversée, mais la 37

[49] KRAMER/ANETH, p. 67 ; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 206 ; STEINAUER, N 267.

[50] STEINAUER, N 265. En droit pénal, voir par ex. ATF 146 IV 126 c. 3.5 ; 119 IV 59 c. 2b/cc ; cf. STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 35 sur la jurisprudence parfois fluctuante à cet égard.

[51] CORNU, p. 36. Cela comprend la grammaire (dont la syntaxe), la ponctuation et, plus généralement, la structure donnée au texte : cf. STEINAUER, N 269 s.

[52] Cf. art. 14 al. 1, 2ème phrase LPubl. Voir aussi HURTADO POZO/GODEL, N 140. En cas de divergences, il faut rechercher, à l'aide des autres éléments d'interprétation, la version qui fait foi (cf. N 115 ss *infra*).

[53] Cf. N 30 *supra*.

[54] ATF 83 I 173 c. 5 ; cf. dans ce sens GELZER, p. 41.

[55] ATF 116 Ia 359 c. 10c.

majorité des auteurs s'accordent à dire que les termes techniques doivent en principe être compris dans un sens historique[56].

38 Par ailleurs, les mots peuvent être lus soit dans leur sens courant, soit, justement, dans un sens technique (notamment juridique, mais aussi économique, médical, etc.)[57]. La règle veut que les termes légaux soient d'abord compris dans leur *sens courant* (ou usuel), en vertu du principe de la bonne foi dans les relations entre l'État et les particuliers (art. 5 al. 3 Cst.)[58]; ce sens courant s'obtient par la consultation de dictionnaires et autres encyclopédies[59]. À l'origine, les dispositions du Code civil et du Code pénal ont d'ailleurs été pensées et rédigées dans un langage courant, afin d'être comprises par les citoyens à la simple lecture[60]. Tel est par exemple le cas de la notion de danger «imminent» au sens de l'art. 17 CP (état de nécessité)[61].

39 Cela étant, nombre d'expressions ont acquis, avec le temps, un sens juridique particulier, au travers de définitions légales, d'ouvrages de doctrine ou, le plus souvent, de décisions judiciaires[62]. Par ailleurs, si les lois principales (CC, CO, LCR, CP, etc.) visent un large cercle de destinataires et doivent en principe être interprétées selon leur sens usuel, d'autres textes s'adressent à un groupe beaucoup plus restreint de personnes, délimité par leur profession ou l'activité qu'elles pratiquent, et au sein duquel les mots ont leur propre signification[63]. Dans tous ces cas de figure, le *sens juridique* ou *technique* des mots l'emporte sur leur sens courant[64]; il doit être recherché dans la lit-

---

56 KRAMER/ANETH, p. 98 s.; STEINAUER, N 268 nbp 13; PIAGET, Thèse, p. 51 ss, 61; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 126; *contra*: BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 218.

57 Par ex. «dommage» (art. 41 CO), «ouvrage» (art. 58 CO), «concurrence» (art. 1 LCD).

58 STEINAUER, N 268.

59 Pour le droit pénal, cf. BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 36; COHEN, p. 59 ss; ATF 145 IV 239 c. 2.3.2; 145 IV 404 c. 1.5.2; *contra*: WALTER T., N 18, qui privilégie des méthodes des plus empiriques, comme la «linguistique de corpus», adoptée par certains tribunaux aux États-Unis.

60 Pour le CC: BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 212, en référence à EUGEN HUBER; pour le CP: GRAVEN, p. 156, en référence à CARL STOOSS.

61 ATF 147 IV 297 c. 2.3.2. Pour d'autres ex., cf. ATF 150 IV 255 c. 3.6.3 («science», art. 11 LStup); 145 IV 404 c. 1.5.2 («effraction», art. 121 al. 3 let. a Cst.), qui précise que cela correspond aussi au sens véhiculé dans les médias; 142 IV 401 c. 3.4.3 («procurer», art. 19 al. 1 let. c LStup); 141 IV 215 c. 2.3.3 («population», art. 258 CP); 137 IV 290 c. 3.3 et 3.4 (port de la ceinture durant le «trajet», art. 3*a* al. 1 OCR); en droit privé, voir ATF 143 III 646 c. 3.1 (animal en «milieu domestique», art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO); COHEN, p. 148.

62 Voir par ex. le catalogue de l'art. 110 CP. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 219 ss, mettent en garde contre le risque de «figer» l'interprétation par des définitions (not. jurisprudentielles) trop statiques.

63 STEINAUER, N 268 nbp 13; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 125; WALTER T., N 14; COHEN, p. 149; GRECO, Analogieverbot, p. 147; PIAGET, Thèse, p. 64 s., qui range le droit pénal dans la première catégorie (large cercle de destinataires), affirmation qu'il convient toutefois de relativiser pour une partie du droit pénal accessoire (cpr. d'une part la LCR avec d'autre part la LBA, la LSFin, ou la loi sur l'énergie nucléaire).

64 ATF 146 II 217 c. 8.2; 139 I 72 c. 8.2.1, en référence au droit pénal fiscal ou économique. PROBST, p. 264, parle ainsi de «présomption (réfragable)» en faveur du sens usuel.

térature scientifique du domaine concerné (recueils de jurisprudence, articles, commentaires, lexiques et dictionnaires scientifiques, etc.)[65]. Par exemple, la notion de « grave trouble mental » (cf. art. 59 et 63 CP) mêle terminologie médicale (systèmes de classification de maladies) et composantes juridiques[66].

Hélas, la distinction entre termes techniques et usuels n'est pas toujours chose aisée : 40
un mot issu du jargon juridique ou scientifique peut devoir être compris selon son sens courant et, inversement, un mot à première vue banal peut en réalité cacher un terme beaucoup plus technique[67]. Ainsi, la jurisprudence allemande n'a-t-elle pas hésité à qualifier les champignons de « plantes » au sens de la loi sur les stupéfiants, bien que, sur un plan taxonomique, ils n'appartiennent pas (ou plus) au règne végétal[68]. À l'inverse, la circonstance aggravante du « métier », commune à de nombreuses infractions contre le patrimoine, recouvre en droit pénal une réalité forcément différente de celle à laquelle renvoie le sens courant du mot[69].

B. Élément systématique

L'élément d'interprétation systématique part de l'idée que la règle ne doit pas être ana- 41
lysée isolément, mais comme faisant partie d'un tout cohérent : le droit dans son ensemble[70]. Il permet ainsi de prendre en compte la dynamique de l'ordre juridique, qui peut venir éclairer, modifier, voire rendre obsolète le sens d'une règle particulière[71]. On examine ici la place que la règle occupe dans le système juridique et, en particulier, ses relations avec les autres normes légales, soit tout son « contexte normatif »[72]. Ici aussi, le choix de la méthode d'interprétation (historique ou contemporaine) aura son importance : alors qu'une méthode historique mettra l'accent sur le contexte normatif au moment de l'entrée en vigueur de la règle, une méthode contemporaine prendra en considération les changements législatifs intervenus depuis lors[73].

---

65 PIAGET, Thèse, p. 68.

66 Cf. ATF 146 IV 1 c. 3.5.

67 KRAMER/ANETH, p. 97 s. ; COHEN, p. 149 ; GRAVEN/STRÄULI, p. 45 ; PIAGET, Thèse, p. 72.

68 BGH, 25.10.2006, 1 StR 384/06, NJW 2007, 524. En Suisse, la LStup évite cet écueil : les « substances » y sont définies comme les « matières premières telles que les plantes et les champignons » (art. 2 let. c LStup). Parfois, le sens courant d'un mot peut avoir « rattrapé » son sens scientifique : plus personne ne contestera aujourd'hui que les dauphins ou les baleines ne sont pas des « poissons », mais des mammifères (GRECO, Analogieverbot, p. 147).

69 Sur les composantes du métier en droit pénal : BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 139 N 84 ss.

70 STEINAUER, N 273 et 279. Sur le droit pensé comme un système complet et cohérent : KRAMER/ANETH, p. 99 ; CASSANI, Autonomie, p. 288 ss ; NIGGLI, Problematik, p. 155 ss.

71 STEINAUER, N 274. On peut ainsi affirmer que l'élément systématique, en examinant l'ordre juridique au moment de l'application de la loi, se revendique d'une méthode objective moderne (cf. N 30 *supra*).

72 HURTADO POZO/GODEL, N 142 ; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 58 ; ATF 144 IV 64 c. 2.4 : « Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important ».

73 Pour un ex. en droit pénal : ATF 148 IV 398 c. 4.8.2.1 et 4.8.2.2 (internement et LAQEI).

1. Systématique externe

42 Pour lire la norme dans son contexte, il faut d'abord tenir compte de l'ordonnancement des titres, notes marginales, alinéas et autres phrases, et du rapport hiérarchique qui en découle[74]. L'interprète devra aussi rapporter la norme étudiée aux dispositions qui l'entourent, à la partie de la loi ou du code dans laquelle elle s'insère, à l'économie générale de la loi et, au final, à l'ensemble de l'ordre juridique[75]. La doctrine parle de *systématique externe* de la loi[76].

Exemple:

Au sujet de la notification des décisions pénales, l'art. 87 CPP prévoit que toute communication doit être notifiée au domicile, au lieu de résidence habituelle ou au siège du destinataire (al. 1), et que si les parties sont pourvues d'un conseil juridique, les communications sont valablement notifiées à celui-ci (al. 3). Une lecture systématique de cette disposition permet de constater que l'art. 87 al. 1 CPP constitue la règle, et l'art. 87 al. 3, l'exception. Dès lors que la partie a un avocat (art. 87 al. 3 CPP), elle ne peut donc plus exiger que les communications lui soient notifiées au lieu désigné par la règle générale prescrite à l'art. 87 al. 1 CPP[77].

43 Dans ce cadre, l'interprète sera amené à comparer plusieurs normes entre elles et à repérer leurs points communs et leurs différences. Il pourra ensuite en tirer des conclusions logiques, à l'aide par exemple des arguments *a contrario*, par analogie *(per analogiam)* ou *a fortiori* (qui prend deux formes: *a maiore ad minus* ou *a minori ad maius*)[78]. La doctrine met toutefois en garde contre de tels instruments, qui servent souvent des procédés purement rhétoriques, sans emporter la conviction en tant que tels: il est par exemple toujours possible de neutraliser un argument *a contrario* par un argument *per analogiam*, et inversement[79]. Le raisonnement doit donc nécessairement être appuyé par les autres éléments d'interprétation (littéral, historique et/ou téléologique)[80].

---

74 STEINAUER, N 275. L'élément systématique s'inscrit ainsi dans le prolongement de l'élément littéral, ce qui justifie, sur un plan méthodologique, de l'examiner immédiatement après.

75 PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 157 s.

76 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 255 ss; KRAMER/ANETH, p. 104 ss; BAZZI, N 74; cpr. HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 131: *«systematisch-logische Auslegung»*; cpr. ATF 151 IV 46 c. 2.6.5, qui parle de systématique «interne» de la disposition.

77 ATF 144 IV 64 c. 2.5. Voir à cet égard BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 253: l'alinéa d'un article se réfère en principe à tous les alinéas précédents du même article. Pour d'autres exemples en matière pénale: ATF 146 IV 249 c. 1.3.4; 146 IV 126 c. 3.5; 146 IV 68 c. 2.3.3; 145 IV 268 c. 1.2; 144 IV 189 c. 5.2.3; 143 IV 488 c. 3.3.

78 KRAMER/ANETH, p. 236 ss; STEINAUER, N 278: instruments de logique réductive, par opposition à la logique déductive; cf. aussi DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 40; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 815.

79 BSK ZGB I-HONSELL Art. 1 N 14; STEINAUER, N 278; GRAVEN/STRÄULI, p. 48; pour un bon ex.: ATF 116 IV 134 c. 2b/bb; voir aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 130, pour l'argument *a maiore ad minus*.

80 KRAMER/ANETH, p. 239 s., qui réservent l'interdiction de l'analogie en droit pénal; STEINAUER, N 278; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 138.

2. Systématique interne

À côté de sa systématique externe, la loi dispose encore d'une *systématique interne*, qui vise à assurer une cohérence matérielle entre les différentes normes – parfois même avec celles qui ne sont pas encore en vigueur[81] – afin que l'ensemble soit fonctionnel ou que les problèmes identiques soient réglés de la même manière[82]. Cette systématique interne comporte un aspect téléologique, car elle cherche à établir le but commun à un complexe de règles, le plan d'ensemble esquissé par le législateur au travers des règles en question[83]. Elle procède toujours de la même idée, selon laquelle l'ordre juridique formerait un tout cohérent, une unité normative, avec pour conséquence que les institutions ou les notions juridiques propres à un certain domaine du droit peuvent être transposées à d'autres domaines, pour autant qu'elles s'avèrent compatibles avec les spécificités de ceux-ci[84]. Le droit pénal a ainsi souvent emprunté à d'autres branches du droit, par exemple au droit civil et à la notion de propriété pour le vol (art. 139 CP)[85], au droit des obligations et à la liberté contractuelle pour l'escroquerie (art. 146 CP)[86], au droit du mandat pour la gestion déloyale (art. 158 CP)[87], au droit de la famille pour l'enlèvement de mineur (art. 183 ch. 2 et 220 CP)[88], voire à la LP pour les infractions dans la faillite (art. 163 ss CP)[89]. Il a aussi parfois revendiqué son autonomie et interprété souverainement des notions qui se retrouvent de manière

44

[81] PIQUEREZ/MACALUSO, N 63 ; CRAMER, p. 524 s. ; ATF 128 IV 3 c. 4c ; 127 IV 97 c. 1b. Il est même possible de tenir compte de simples projets de loi : ATF 146 IV 164 c. 2.4. Il faut toutefois que la nouvelle réglementation ne change pas en profondeur le système en vigueur et ne vise qu'à concrétiser une situation juridique existante ou à combler une lacune : ATF 141 II 297 c. 5.5.3 ; 131 II 13 c. 7.1 (qui souligne le caractère moderne de la méthode, cf. N 30 *supra*) ; 117 IV 276 c. 3c ; voir aussi TF, 1B_317/2021, 9.12.2021, c. 5 [f], en référence à la notion d'« effet anticipé positif », développée en aménagement du territoire.

[82] MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 129. En droit pénal, cf. par ex. ATF 145 IV 383 c. 2.3 (logique du système des mesures) ; 144 IV 217 c. 3.3.3 (logique du système des peines) ; 137 IV 153 c. 1.7 et 135 IV 113 c. 2.4.4 (infractions à la législation sur les étrangers).

[83] HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 131, parlent ainsi de *« systematisch-teleologische Auslegung »* ; CASSANI, Autonomie, p. 293 ; sur le lien entre ces deux éléments : ATF 140 IV 28 c. 4.3.4.

[84] DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 40 ; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 257. Sur le principe de l'unité de l'ordre juridique : ATF 143 II 8 c. 7.3 ; 90 IV 14 c. 4a.

[85] Ainsi le vol de stupéfiants : ATF 132 IV 5 c. 3.3 ; 124 IV 102 c. 2 ; 122 IV 179 c. 3c/aa ; cf. aussi les motifs justificatifs des art. 28 al. 2 CC et 13 al. 1 LPD permettant de lever l'illicéité d'un moyen de preuve produit en procédure pénale : ATF 147 IV 16 c. 2 ss.

[86] ATF 147 IV 73 c. 7 : l'activité de prostitution n'est pas contraire aux mœurs (art. 20 al. 1 CO) et les prétentions en paiement qui en découlent peuvent faire l'objet d'une escroquerie ; ATF 117 IV 139 c. 3d : tromperie sur le prix de vente d'héroïne (voir à cet égard CASSANI, Autonomie, p. 296 ss). Pour d'autres ex. : ATF 147 IV 55 c. 2 : compensation (art. 120 ss CO) des indemnités en procédure pénale ; 137 IV 305 c. 3 : confiscation et travail au noir.

[87] ATF 144 IV 294 c. 3.1-3.3 : rétrocessions et devoir de rendre compte (art. 400 al. 1 CO) ; cf. ég. ATF 152 IV 201, c. 6.3.2.1-6.3.2.3 [f].

[88] Cf. TF, 6B_1141/2023, 12.11.2025, destiné à la publication, c. 2.4 [d] (art. 183 ch. 2 CP).

[89] Cf. art. 166 et 171bis CP et le renvoi explicite à la LP ; CJ GE, ACPR/790/2019, 10.10.2019, c. 2 (faillite étrangère) ; plus largement : ATF 148 IV 170 c. 3.4.6.

transversale dans d'autres disciplines juridiques[90], par exemple en matière de concurrence déloyale (art. 23 al. 1 LCD)[91].

45 Malgré tous ses efforts, le juge peut se trouver confronté à des normes (formellement ou matériellement) irréconciliables. Comme l'ordre juridique, en tant qu'ensemble normatif cohérent, ne peut laisser subsister une telle contradiction, le juge devra alors déterminer quelle norme l'emporte sur les autres. Il existe en la matière des règles de conflit, rappelées ici pour mémoire: *lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali* et *lex superior derogat inferiori*[92]. On les retrouve également en droit pénal, notamment en droit pénal matériel, où la figure du concours imparfait n'est d'ailleurs qu'un cas d'application de la *lex specialis*[93]. Cependant, ici aussi, ces adages peuvent aboutir à des résultats opposés: la même *lex* peut être à la fois *posterior* et *generalis*, ou encore *superior* et *priori*. En l'absence de hiérarchie stricte, ces règles ne sont pas à elles seules déterminantes; il faudra dans tous les cas mener le processus d'interprétation à son terme pour savoir laquelle doit prévaloir dans le cas d'espèce[94].

46 À noter, dans le prolongement de l'adage *lex superior*, que l'interprétation conforme au droit supérieur – à la Constitution et au droit international – joue un rôle prépondérant au sein de l'élément systématique[95]. Ainsi, lorsque plusieurs interprétations sont possibles, le Tribunal fédéral privilégie celle qui est *conforme à la Constitution fédérale*[96], ce qui fait dire à certains que ce critère n'intervient que de façon subsidiaire, si un doute subsiste au terme de la démarche interprétative[97]. En droit pénal toutefois, ce critère est souvent érigé en élément d'interprétation à part entière, ce d'autant plus

---

90 Voir GRAVEN/STRÄULI, p. 50; OFK StGB-DONATSCH/HEIMGARTNER, Art. 1 N 10; CASSANI, Autonomie, p. 291 ss. Cf. déjà ATF 87 IV 115: *«Das Strafrecht ist jedoch vom Zivilrecht unabhängig, und es steht ihm frei, zivilrechtlichen Begriffen einen abweichenden Inhalt zu geben […]»*.

91 L'art. 23 al. 1 LCD est une norme en blanc *(«Blankettstrafnorm»)* qui renvoie aux art. 3 à 6 LCD, soit des dispositions de nature civile. Toutefois, les principes d'*ultima ratio* et de légalité criminelle imposent une interprétation plus restrictive de ces articles en droit pénal qu'en droit civil: CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Art. 23 N 16; ATF 139 IV 17 c. 1.1.

92 Voir parmi d'autres STEINAUER, N 282 ss.

93 ATF 145 IV 114 c. 4.2; 117 IV 45 c. 2c; 88 IV 133 c. 1; CR CP I-STOLL, Art. 49 N 51; KRAMER/ANETH, p. 125 nbp 275. Pour d'autres ex. en matière pénale: ATF 145 IV 383 c. 1.2 *(lex posterior)*; 145 IV 206 c. 3.3.1 *(lex specialis)*; 136 IV 88 c. 3.2 (*lex posterior* et *specialis*).

94 Cf. par ex. ATF 141 IV 262 c. 3.1 et 3.4: la règle *specialis* et *priori* (art. 30 al. 3 LAVI) l'emporte sur la règle *generali* et *posterior* (art. 135 al. 4 *cum* 138 al. 1 CPP); cf. aussi ATF 144 II 147 c. 4.2; 139 I 16 c. 4.2.2; 134 II 329 c. 5.2; TANQUEREL, N 435; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 130; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 138.

95 Cf. en général CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 52.

96 ATF 151 IV 185 c. 2.4; 143 III 600 c. 2.7; 142 IV 137 c. 6.2; 141 IV 262 c. 3.3.3; 139 I 31 c. 2.3.2; voir déjà ATF 102 IV 153 c. 1b. Sur la tension possible avec l'art. 190 Cst.: ATF 130 II 65 c. 4.2; 95 I 330 c. 3; cpr. ATF 104 IV 11 c. 1b et 1c (art. 173 ss CP).

97 STEINAUER, N 339 s.; cf. ég. DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 40 *(«Im Zweifel»)*; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 18 *(«im Zweifelsfalle»)*; ATF 132 II 234 c. 2.2.

lorsque la disposition légale litigieuse concrétise le texte d'une initiative adoptée en votation populaire, par exemple en matière d'expulsion pénale ou d'internement à vie[98]. Reste qu'une interprétation conforme à la Constitution trouve sa limite dans le sens véritable de la loi qui, si elle est de rang fédéral, sera de toute manière appliquée (art. 190 Cst.) ; ce type d'interprétation peut donc venir en appui des quatre éléments classiques, mais ne saurait imposer une solution qui n'est confortée par aucun d'entre eux[99].

Quant à l'interprétation *conforme au droit international*, elle est liée au principe de la primauté du droit international et sert à éviter, dans la mesure du possible, tout conflit de normes de droit international et de droit interne[100]. Cependant, en cas de conflit insurmontable, le principe de la primauté du droit international peut conduire à rendre inapplicable une norme de droit interne, même de rang fédéral, qui s'avérerait contraire à une norme de rang international, à tout le moins à une règle impérative du droit international *(jus cogens)*[101]. Le point de savoir si, hormis le *jus cogens*, d'autres normes internationales l'emportent sur le droit national qui leur serait contraire, notamment sur une loi fédérale adoptée postérieurement, fait l'objet de nombreuses controverses ; en l'état actuel de la pratique, on doit retenir que le droit international des droits humains ou de l'homme, dont fait partie la CEDH, prévaut sur toute norme contraire de rang interne, même une loi fédérale plus récente[102]. En matière pénale, c'est d'ailleurs essentiellement au regard des droits prévus par la CEDH que les dispositions légales seront examinées, toujours dans l'optique de parvenir d'abord à une interprétation conforme[103]. 47

98 ATF 145 IV 404 c. 1.5 (expulsion) ; 140 IV 1 c. 3.2.3 (internement) ; voir aussi, dans une moindre mesure, ATF 142 IV 137 c. 9.2 et 10 (art. 90 al. 4 LCR). Pour d'autres cas d'interprétation conforme à la Cst. : ATF 151 IV 185 c. 2.8.2 (art. 221 al. 1 let. c CPP) ; 140 IV 82 c. 2.5 (art. 355 al. 2 CPP) ; 134 IV 297 (art. 98 let. a CP) ; 131 IV 23 c. 3.1 (art. 261bis CP) ; 123 IV 211 c. 3b (LCD) ; 118 IV 153 c. 4c (art. 173 ss CP) ; 116 IV 194 (agent infiltré) ; cf. ég. TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 36, 45.

99 COHEN, p. 155 ; ATF 138 IV 322 c. 3 ; cf. aussi CR Cst.-MARTENET, Art. 190 N 36 et 50 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 130, 350. On pourrait dès lors parler d'interprétation « systémique et harmonisante » (cf. ATF 144 I 214 c. 3.2 et 3.4 [droit international]).

100 ATF 147 IV 182 c. 2.1 *in fine* ; 146 V 87 c. 8.2.2 ; CR Cst.-BESSON, Art. 5 N 181.

101 CR Cst.-BESSON, Art. 5 N 192 ; CR Cst.-MARTENET, Art. 190 N 70 ; sur la notion de *jus cogens*, cf. CR Cst.-DUBEY, Art. 139 N 80 ss, spéc. N 83.

102 Il s'agit en soi d'une exception à l'exception tirée de la jurisprudence *Schubert* (ATF 99 Ib 39 c. 3), qui permettait au législateur de déroger intentionnellement à une norme de droit international par l'adoption d'une loi fédérale postérieure. Cf. ATF 147 I 280 c. 9.1 ; 144 I 91 c. 4.1 ; 142 II 35 c. 3.2 ; 139 I 16 c. 5.1 ; 138 II 524 c. 5.1 ; 125 II 417 c. 4d *(PKK)* ; 117 IV 124 c. 4b. Reste controversée la question de savoir si l'exception *Schubert* doit continuer à s'appliquer pour le droit international qui n'est ni du *jus cogens*, ni des droits humains, comme le droit international économique en général et la libre circulation des personnes en particulier. Cpr. CR Cst.-BESSON, Art. 5 N 198 et CR Cst.-MARTENET, Art. 190 N 72 s.

103 Ainsi, en matière de droit pénal général (ATF 146 IV 267 c. 3.3 ; 146 IV 105 c. 4 ; 145 IV 383 c. 2.2) ou spécial (ATF 147 IV 145 c. 2.4 ; ATF 128 IV 201 c. 1 ; 128 IV 117 c. 3-6), de conditions de détention (ATF 147 IV 55 c. 2.5.1 ; 145 I 318 c. 2.1 ; 140 I 125 c. 3) ou de droits de la

Exemple:

Hormis la CEDH, la question de la conformité du droit pénal suisse avec le droit international s'est récemment posée en matière d'*expulsion pénale*, mécanisme dont le caractère automatique peut potentiellement entrer en conflit avec le principe de libre circulation des personnes instauré par l'ALCP. Dans un arrêt remarqué[104], le Tribunal fédéral a jugé que l'expulsion obligatoire (art. 66*a* CP) n'était pas en soi incompatible avec les exigences tirées de l'ALCP, accord dont les droits pouvaient être limités pour des raisons d'«ordre public» (art. 5 par. 1 Annexe I ALCP); selon la (1e) Cour de droit pénal, cette clause de limitation doit être interprétée plus largement en droit pénal qu'en droit des étrangers, domaine dans lequel la 2e Cour de droit public en fait une interprétation plus restrictive, en accord avec la jurisprudence de la CJUE; concrètement, cela signifie qu'un pronostic favorable (en lien par ex. avec l'octroi d'un sursis), qui aurait dû conduire à renoncer à l'expulsion administrative sur la base de l'Annexe I ALCP, peut s'avérer insuffisant en cas d'expulsion pénale. Cette décision a fait l'objet de critiques en doctrine, qui l'estime contraire aux engagements internationaux de la Suisse[105].

48 Enfin, la prise en compte du *droit étranger*, en particulier le droit des pays dont l'ordre juridique nous est proche, pourra également s'avérer utile pour mieux saisir le sens d'une règle de droit helvétique[106]. Toutefois, à l'instar de l'interprétation conforme à la Constitution, les enseignements tirés du droit comparé représentent seulement une aide à l'interprétation ou une source d'inspiration; ils ne sauraient suppléer les quatre éléments classiques d'interprétation, notamment la systématique du droit interne[107].

C. Élément historique

49 L'élément d'interprétation historique a pour but d'établir la volonté initiale du législateur lors de la promulgation de la norme. Il ne s'agit toutefois pas de chercher à retracer ses intentions subjectives, mais de se fonder sur sa volonté telle qu'elle était reconnaissable pour les particuliers à l'époque (méthode objective)[108]. L'interprète devra

défense (ATF 143 I 164 c. 3). Voir aussi KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 816; GENTON/FAVROD-COUNE, p. 645 ss.

104 ATF 145 IV 364 c. 3.8 et 3.9 (et 4.4 [n.p.]). Voir aussi ATF 145 IV 55; TF, 6B_48/2019, 9.8.2019, c. 2.8.2 [d], qui parle même de primauté systématique du droit pénal sur l'ALCP.

105 CR CPI-PERRIER DEPEURSINGE/MONOD, Art. 66a N 12 ss; PROGIN-THEUERKAUF SARAH, Expulsion pénale et ALCP, RDS 139 (2020) I 35 ss, p. 40 ss. Dans ses arrêts en français, le TF ne reprend pas ses considérants les plus problématiques: TF, 6B_263/2025, 27.11.2025, c. 4.3 [f]; 6B_894/2020, 26.11.2020, c. 3.3 [f]; LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI/STÉPHANIE MUSY, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'expulsion pénale, SJ 2022 473 ss, p. 484 s.

106 STEINAUER, N 296. En droit pénal (comme en droit privé d'ailleurs), l'analyse portera le plus souvent sur le droit allemand (ATF 145 IV 335 c. 4.5.2; 144 IV 217 c. 3.5; 139 IV 168 c. 1.1.3; 135 IV 12 c. 3.5; 125 IV 113 c. 2a; 122 IV 1 c. 3b s.), parfois aux côtés du droit français (ATF 144 IV 265 c. 2.6.1; 121 IV 86 c. 2a; 97 I 45 c. 4b), mais plus rarement sur d'autres droits (cf. toutefois ATF 136 IV 97 c. 6.1.1: droit anglais, hollandais, italien, français, allemand et espagnol; ATF 128 IV 117 c. 4b/aa et bb: droit allemand, autrichien, français, italien et européen; ATF 152 I 105 c. 4.3.4: droit français, italien, espagnol, allemand, belge, autrichien, européen et même américain).

107 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 314 ss; PIAGET, Thèse, p. 93.

dans ce cadre considérer à la fois le contexte historique ayant poussé le législateur à intervenir[109] et la façon dont il a concrètement élaboré la norme, au travers des travaux préparatoires.

Les travaux préparatoires (en allemand : *Materialen*) comprennent les différentes étapes ayant mené à l'adoption d'une loi nouvelle ou à la modification d'une loi ancienne, soit, dans l'ordre, les rapports préliminaires, les avant-projets, les synthèses de la consultation, les messages du Conseil fédéral[110], les documents des commissions parlementaires (s'ils sont accessibles au public)[111] et les procès-verbaux des débats au Conseil national et au Conseil des États[112]. Cet ordre est non seulement chronologique, mais aussi qualitatif : plus ces documents surviennent tardivement dans le processus législatif, plus ils auront un poids important[113]. 50

Par ailleurs, il n'est pas rare qu'une loi ne fasse que reprendre (et abroger) une législation déjà existante, ce qui implique de prendre également en compte la teneur et les travaux préparatoires de cette dernière. 51

Exemples :

Dans l'ATF 146 IV 249 (c. 1.3.2), le Tribunal fédéral, pour interpréter la notion de « gaz toxiques » figurant aux art. 224 s. CP, est remonté à la loi fédérale du 19 décembre 1924 concernant l'emploi délictueux d'explosifs et de gaz toxiques, puis à la loi fédérale du 12 avril 1894 complétant le code pénal fédéral du 4 février 1853 concernant les délits contre la sécurité publique, examinant les messages successifs du Conseil fédéral ainsi que les bulletins officiels des débats aux Chambres fédérales.

La Constitution de 1999 est venue opérer une « mise à jour » de la Constitution de 1874 ; le sens donné à une ancienne disposition peut ainsi venir éclairer l'interprétation de la nouvelle disposition correspondante[114].

L'analyse de la genèse de la norme peut toutefois ne livrer aucun indice utile, faute d'explications spécifiques dans les travaux préparatoires[115] ; il arrive également que le législateur décide de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin d'interpréter cer- 52

108 Cf. N 29 *supra*.

109 Soit notamment les données économiques ou sociologiques, ou encore les idées qui agitaient l'opinion d'alors : STEINAUER, N 298 ; GELZER, p. 43 ; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 152 ss *(« Realien »)* ; sur l'importance de ce point en droit pénal : BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 42.

110 Relevant le rôle central du message du Conseil fédéral, en tant que tout premier commentaire de la loi : BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 313 ; STEINAUER, N 300.

111 TF, 5C.264/2002, 6.6.2003, c. 1.5.2 [d] n.p. in ATF 129 III 468 ; voir toutefois les arrêts cités par HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2014, p. 560 ; pour plus de publicité : CRAMER, p. 519 ss.

112 En détails : CRAMER, p. 517 ss ; cf. ég. HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2019, p. 86 s. ; STEINAUER, N 299. Pour les initiatives populaires et les référendums, voir GELZER, p. 39 s.

113 Ainsi, les explications aux Chambres fédérales auront plus de poids que celles contenues dans les rapports de commission : ATF 143 III 646 c. 3.3. Voir aussi STEINAUER, N 300.

114 CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 48.

115 ATF 139 III 368 c. 3.2 ; en pénal, cf. par ex. ATF 143 IV 228 c. 5.4 ; 137 IV 153 c. 1.6.

taines notions légales, ce qui fut le cas, dans une certaine mesure, pour la notion de lésé (art. 115 CPP), comme nous le verrons plus loin[116].

53 À l'opposé, l'adoption d'une loi est un processus au cours duquel s'expriment de nombreux avis, souvent contradictoires, et dont il est parfois malaisé de tirer des enseignements clairs en vue de l'interprétation[117]. Dans une telle situation, la doctrine rappelle que les tendances générales doivent être préférées aux opinions individuelles[118]. La jurisprudence ne dit pas autre chose en affirmant que les déclarations des divers services et personnes prenant part à l'élaboration de la loi ne sont déterminantes que si elles ont trouvé une expression dans le texte de la loi, et cela même si elles n'ont en soi jamais été réfutées au cours de la procédure législative[119]. *A fortiori*, si une proposition visant à interpréter la loi d'une certaine manière a été expressément rejetée lors des débats, il ne faut en principe plus en tenir compte par la suite[120].

54 Ces affirmations, notamment l'exigence d'une assise expresse dans le texte de la loi, doivent toutefois être relativisées: en effet, les travaux préparatoires peuvent parfois mettre au jour un silence qualifié qui, par définition, ne trouvera aucune expression dans le texte légal[121]. Ils peuvent également s'avérer utiles pour déterminer le but de la loi (si elle est silencieuse sur ce point)[122] ou le type d'interprétation (restrictive ou extensive) à donner à une certaine notion[123]. Parfois, la procédure législative est aussi l'occasion, pour le Parlement, de clarifier une question controversée ou de préciser le sens à donner à une disposition légale déjà adoptée précédemment, ce qui se rapproche d'une forme d'interprétation dite «authentique»[124].

55 C'est le lieu de souligner le caractère ambivalent de la jurisprudence à l'égard de l'élément historique. D'un côté, elle affirme toute l'importance des intentions et des juge-

116 Cf. N 244 *supra*; voir les autres ex. cités par HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2014, p. 560. FORSTER, p. 115 ss, parle de *«Formelkompromissen»* du législateur, qui reporte la décision (et la responsabilité) sur les tribunaux.

117 STEINAUER, N 300; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 310 s.

118 STEINAUER, N 300, 333; WALTER, RJB 2011, p. 227; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 147 ss.

119 ATF 142 III 387 c. 4.4; 126 I 81 c. 5b; 124 II 193 c. 5c; 122 III 324 c. 7a; 100 II 52 c. 2a. Pour un bon ex.: ATF 147 I 241 c. 5.7.3. WALTER, RJB 2011, p. 227, parle d'usage «sélectif» de l'élément historique.

120 ATF 139 III 368 c. 3.2; 134 V 170 c. 4.1. Voir par ex. ATF 142 III 102 c. 5.2 (propositions lors de la consultation non reprises dans le projet du CF); 141 III 444 c. 2.2.2.3. Cf. toutefois ATF 139 III 67 c. 2.4.2 (prise en compte d'une disposition du projet supprimée durant les débats par mesure de simplification rédactionnelle). Pour des détails, voir CRAMER, p. 524 ss.

121 Sur la notion, cf. N 98 *infra*. Voir par ex. ATF 114 Ia 191 c. 3b/bb *(«Diese Auslegung kann notwendigerweise nur historisch erfolgen»)*; 100 II 52 c. 2a; RIKLIN, AT, § 3 N 8.

122 Cf. N 59 *infra*.

123 Voir par ex. ATF 125 IV 17 c. 2b/cc; 83 IV 121 c. 2. Voir aussi GELZER, p. 44.

124 Soit l'interprétation d'une loi par l'auteur de celle-ci, généralement au moyen d'une norme de même rang: CARRON, p. 186; MAEDER/MEIER, p. 574 ss, par rapport à l'ATF 149 IV 135 sur le recours du MP contre les décisions de libération de la détention provisoire et la révision de l'art. 222 CPP en 2024. Perplexes quant à la valeur de telles déclarations lorsqu'elles émanent du pouvoir exécutif: BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 42 et les arrêts cités; cf. aussi ATF 113 V 161 c. 3d; cf. déjà CLERC, Introduction, p. 24 s.

ments de valeur du législateur, qui « s'incorpore[nt] à la loi pour devenir en quelque sorte la loi même »[125]. D'un autre côté, elle déconsidère cet élément, le réduisant à une simple aide à l'interprétation, un moyen auxiliaire *(« Hilfsmittel »)*[126], qui serait réservé aux cas peu clairs ou dans lesquels s'opposent déjà plusieurs résultats contradictoires, et seulement si les travaux préparatoires livrent, pour leur part, une réponse claire à la question litigieuse[127]. Cette ambivalence n'est que le reflet du débat, déjà présenté ci-dessus[128], qui agite les partisans d'une méthode d'interprétation historique et ceux d'une méthode contemporaine[129]. Il est d'ailleurs logique que les discussions se concentrent sur l'élément historique, puisqu'il s'agit de l'élément le plus fortement impacté par la conception finalement défendue : dotée d'une importance capitale dans la méthode historique, la volonté initiale du législateur devient presque négligeable dans la méthode contemporaine.

Selon nous, il faut considérer l'élément historique pour ce qu'il est : un élément d'in- 56
terprétation parmi d'autres et qui, sur un plan méthodologique, ne leur est ni supérieur, ni inférieur. L'interprète ne peut donc ignorer cet élément, ce d'autant moins que la loi est récente, puisqu'alors les travaux préparatoires seront vraisemblablement encore dans « l'esprit du temps »[130]. Autre est bien sûr le point de savoir quel(s) élément(s) doi(ven)t finalement avoir la préférence dans un cas concret[131]. Il est en effet possible que les travaux préparatoires tendent vers une interprétation de la loi qui s'avère contraire au texte, à la systématique et/ou au but de celle-ci. Reste que l'interprète ne peut simplement mettre de côté les enseignements tirés de l'analyse historique de la loi, qui peuvent et doivent nourrir sa réflexion même si, au final, ils n'emportent pas sa conviction.

---

125 ATF 83 IV 121 c. 2 ; voir aussi ATF 143 III 646 c. 3 ; 140 III 616 c. 3.3 ; 140 II 509 c. 2.6 ; 140 IV 28 c. 4.3.1 ; 134 IV 297 c. 4.3.1 ; 124 II 193 c. 5c. En doctrine, ce point de vue est soutenu par STEINAUER, N 325 s. Sur le poids de l'élément historique immédiatement après l'entrée en vigueur du CP : GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 8 (et N 8[5] pour une critique).

126 Cf. ATF 148 IV 96 c. 4.4.1 ; cpr. avec l'art. 33 CV : « moyens complémentaires d'interprétation » ; cf. CourEDH, Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie (GC), n° 18030/11, 8.11.2016, § 125, 135 et l'opinion concordante du juge Sicilianos, § 19 ss.

127 ATF 148 IV 247 c. 3 ; 144 IV 168 c. 1.2 ; 142 IV 333 c. 3.2 ; 141 II 220 c. 3.3.1 ; 139 III 368 c. 3.2 ; 116 II 721 c. 5c ; 113 Ia 309 c. 3c ; 112 II 167 c. 2d ; 100 II 52 c. 2a ; en doctrine, cf. CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 59 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 813 (« point de départ utile ») ; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 48 ; cf. déjà GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 8. Aux *États-Unis*, voir Milner v. Department of Navy, 562 U.S. 562 (2011), Opinion, III : *« Those of us who make use of legislative history believe that clear evidence of congressional intent may illuminate ambiguous text. We will not take the opposite tack of allowing ambiguous legislative history to muddy clear statutory language »*.

128 Cf. N 30 ss *supra*.

129 Pour un exposé des différentes formules du Tribunal fédéral, voir KRAMER/ANETH, p. 142 ss ; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 34.

130 CR CC I-WERRO, Art. 1 N 69. Dans ce sens, cf. KRAMER/ANETH, p. 162 : *« Konsultierungspflicht, aber keine unbedingte Befolgungspflicht »* ; AMMANN, p. 214 ; TANQUEREL, N 433 ; COHEN, p. 159 ; GRAVEN/STRÄULI, p. 46. Sur l'écoulement du temps, cf. N 32 *infra*.

131 Cf. N 63 ss *infra*.

D. Élément téléologique

57 L'élément d'interprétation dit téléologique – du grec ancien *telos*, le but[132] – s'attache à rechercher le but de la norme *(Normzweck)*, sa finalité, en d'autres termes: le comportement ou l'état qu'on cherche à atteindre, respectivement à protéger, avec la réglementation en question[133]. Le but d'une norme doit être distingué de son sens *(Normsinn)*, ce par quoi on entend sa portée, son contenu, ce qu'elle prescrit véritablement, même si le but visé n'est peut-être pas atteint par ce biais[134]. Si déterminer le but de la norme est l'objectif de l'élément téléologique, en dégager le sens est, on l'a vu, la finalité du processus d'interprétation en tant que tel[135].

58 La terminologie en la matière est toutefois loin d'être uniforme. Certains auteurs définissent l'élément téléologique au regard non pas du but, mais du «sens» de la loi[136]; d'autres considèrent que la finalité même de l'interprétation est de rechercher le «but» de la norme[137]. Pour compliquer les choses, les notions de sens et de but sont régulièrement associées dans une seule et même formule en allemand, *«Sinn und Zweck»*, pour désigner soit l'élément téléologique et le but de la loi, soit le sens véritable de celle-ci[138]. Une confusion similaire règne autour des expressions *ratio legis* (la «raison d'être» de la loi)[139] et *esprit de la loi*[140] (cf. art. 1 al. 1 CC). En dépit de ces difficultés d'ordre terminologique, le but et le sens d'une norme doivent être clairement distingués l'un de l'autre, car recoupant des concepts différents.

Exemples:

Le *but* poursuivi au travers de l'art. 70 CP (confiscation de valeurs patrimoniales) est d'empêcher qu'un comportement punissable procure un gain à l'auteur ou à des tiers, conformément à l'adage «le crime ne doit pas payer»[141]. Ce but ne se confond pas avec le *sens* de cette norme, qui doit perpétuellement être interprété par le juge, par ex.

---

132 KRAMER/ANETH, p. 172; STEINAUER, N 301.

133 ATF 145 III 324 c. 6.6.2: *«Das teleologische Auslegungselement besteht darin, nach dem Ziel zu fragen, das die Bestimmung verfolgt, und nach dem Zweck zu forschen, dem sie dient»*; cf. ég. COHEN, p. 160; SCHLUEP, p. 292; JAUN, p. 35.

134 COHEN, p. 160; VERDE, N 423; CORNU, p. 42.

135 Cf. N 27 s. *supra*; KRAMER/ANETH, p. 177 s.; COHEN, p. 160; KESHELAVA, p. 49; GRAVEN, p. 153.

136 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 814; voir la critique de SCHLUEP, p. 289.

137 Cf. les références (allemandes) citées par COHEN, p. 160 nbp 936 et KESHELAVA, p. 50 s.

138 KRAMER/ANETH, p. 178; KESHELAVA, p. 79; JAUN, p. 37; CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 40 (sens véritable) et 53 (but); cf. la formule *«Ziel und Zweck»* désignant l'interprétation téléologique des traités internationaux: ATF 145 IV 364 c. 3.4.2.

139 Cpr. ATF 146 III 63 c. 4.4.1 avec ATF 145 IV 146 c. 2.3.4; KESHELAVA, p. 78 ss; COHEN, p. 161; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 40.

140 Cpr. CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 60b avec KRAMER/ANETH, p. 172 ou GRAVEN/STRÄULI, p. 53. Pour une comparaison avec les version allemande *(«Auslegung»)* et italienne *(«senso»)*: PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 136; PICHONNAZ, Multilingual, p. 132 s.

141 ATF 145 IV 237 c. 3.2.1; 144 IV 1 c. 4.2.1.

pour déterminer ce que recouvre la notion de valeurs patrimoniales qui sont le « résultat d'une infraction » au sens de l'art. 70 al. 1 CP[142].

Le *but* poursuivi par l'art. 305bis CP (blanchiment d'argent) est de protéger l'administration de la justice pénale, singulièrement le droit de confisquer, en réprimant la commission d'actes d'entrave à la confiscation[143]. Il doit être distingué du *sens* de cette disposition, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer si la destruction de valeurs patrimoniales constitue également un acte d'entrave tombant sous le coup de l'art. 305bis al. 1 CP ou si l'auteur du crime préalable peut être son propre blanchisseur[144].

Les contours précis de l'élément téléologique varieront en fonction de la méthode d'interprétation adoptée[145] : pour la méthode (objective) historique, le but sera celui que le législateur de l'époque entendait poursuivre (et qui était alors reconnaissable pour les destinataires de la règle) et qui doit être recherché avant tout dans les travaux préparatoires[146], alors que pour la méthode (objective) moderne, le but initial pourra être adapté à l'aune des conceptions actuelles (toujours du point de vue des destinataires)[147]. 59

L'élément téléologique revêt une importance certaine dans le processus d'interprétation, puisqu'on tient aujourd'hui pour acquis que chaque réglementation poursuit un certain but[148]. Ce but peut être explicite et ressortir, par exemple, d'un article-programme placé au début de la loi (soit une technique législative désormais courante : cf. les art. 1 LCD, 1 LPD, 1 LPE et 1 LSFin). Il faut toutefois distinguer entre le but de la loi en général et le but de la règle particulière. Si le premier peut certes placer l'ensemble de l'interprétation dans une certaine perspective et servir de lignes directrices *(guidelines)* à l'intention du juge, c'est toutefois le second qu'on cherche à établir 60

142 Soit des avantages futurs suffisamment déterminables (ATF 144 IV 1 c. 4.2.4), des sommes reçues en exécution d'un contrat dont la conclusion a été favorisée par des actes corruptifs (ATF 147 IV 479 c. 6.3 ss ; 137 IV 79 c. 3.2) ou encore le produit de l'infraction qui échoit aux héritiers de l'auteur (ATF 141 IV 155 c. 4.5 ; TF, 6B_67/2019, 16.12.2020, c. 6.5 [f]).

143 CR LBA-CASSANI, Introduction N 50 ; MAURON, Interactions, p. 374. Certains arrêts retiennent dès lors que le but de l'art. 305bis CP est, comme pour l'art. 70 CP, que le « crime ne paie pas » : ATF 149 IV 248 c. 6.4.2 ; 145 IV 335 c. 4.5.1 ; 124 IV 274 c. 3b.

144 Cf. ATF 149 IV 248 c. 6.4.2 (destruction) ; 124 IV 274 c. 3 (propre blanchisseur).

145 Cf. N 27 ss *supra*.

146 DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 39 ; voir ATF 148 I 251 c. 3.6.4.1 ; 146 II 321 c. 4.6.4 ; 140 II 289 c. 3.4.3.

147 KRAMER/ANETH, p. 173 s. ; COHEN, p. 159 ; PIAGET, Thèse, p. 96 s. ; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 179, notent que dans le cadre d'une méthode moderne, on déduira souvent un but des travaux préparatoires, mais la réalisation de ce but dans des circonstances nouvelles pourra nécessiter une autre interprétation que celle prévue par le législateur historique ; dans le même sens : PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 166 nbp 573 ; GERMANN, Grundfragen, p. 115.

148 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 292, en référence à JEHRING : *« Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts »* ; TRACHSEL, p. 252. Tel n'a pas toujours été le cas : SAVIGNY lui-même montrait un certain scepticisme à l'égard du but de la loi, voir KRAMER/ANETH, p. 66 et 182 ; TRACHSEL, p. 255.

avec l'élément téléologique[149]. Or le but d'une règle sera la plupart du temps implicite, et devra être mis au jour par l'interprète.

61 C'est bien là que se situe le principal risque du raisonnement téléologique: l'importation incontrôlée des valeurs subjectives de l'interprète[150]. On ne peut en effet exclure que, pensant établir le but objectif de la norme, le juge se laisse en réalité guider par ses propres jugements de valeurs. Un tel risque, inhérent à toute interprétation[151], est toutefois exacerbé avec l'élément téléologique, qui dépendra bien souvent de facteurs extérieurs à la loi, et donc susceptibles d'être «détournés» au profit des conceptions personnelles de l'interprète[152]. Pour y parer, doctrine et jurisprudence proposent de rechercher le but à l'aide des trois autres éléments d'interprétation, plus tangibles: le texte, le système et la genèse de la norme[153].

62 D'autres auteurs rejettent toutefois ouvertement l'élément téléologique[154], ou ne le tolèrent que pour ce qu'il est véritablement (à leurs yeux): le résultat de l'interprétation personnelle du juge, que ce dernier doit alors pleinement assumer, sans se cacher derrière des arguments rhétoriques liés à un prétendu but «objectif» de la norme[155]. À notre sens, s'il est vrai que l'élément téléologique est, plus que les autres encore, exposé aux valeurs subjectives de l'interprète, il reste un instrument utile en matière d'interprétation, notamment en droit pénal où nous verrons qu'il peut, au travers de la figure du bien juridique, servir à une meilleure compréhension de la norme[156].

IV. Articulation

63 Après avoir présenté les méthodes (subjective, objective historique et objective moderne) et les éléments (littéral, systématique, historique et téléologique) d'interprétation, reste maintenant à déterminer si leur *articulation* concrète obéit à une hiérarchie stricte ou, au contraire, si elle est laissée à la libre appréciation de l'interprète. Cette question n'est pas seulement théorique, car le résultat concret de l'interprétation, soit le sens donné à la norme, est susceptible de varier fortement selon qu'on accorde la préférence à tel ou tel élément, ou qu'on se revendique d'une méthode particulière.

149 STEINAUER, N 303, 305; SCHLUEP, p. 293, 295; AMMANN, p. 209; cf. aussi PIAGET, Thèse, p. 97, pour qui le but de la loi ne doit être analysé que dans un deuxième temps.

150 TRACHSEL, p. 255 ss; KRAMER/ANETH, p. 177 s.; CORNU, p. 43, 60; KESHELAVA, p. 49; FIOLKA, Rechtsgut, p. 443.

151 Cf. N 24 *supra*.

152 NIGGLI, Problematik, p. 163: le but n'est pas tiré de la loi, mais placé dans celle-ci; NIGGLI/AMSTUTZ, p. 26, 30.

153 STEINAUER, N 305; KRAMER/ANETH, p. 177; SCHLUEP, p. 293; GELZER, p. 44; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 25; dans la jurisprudence, cf. ATF 145 III 324 c. 6.6.2; 124 III 321 c. 2; voir aussi la formule «*da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt*» (ATF 140 IV 28 c. 4.3.1; 121 III 219 c. 1d/aa; cf. ég. ATF 116 II 525 c. 2b).

154 NIGGLI/AMSTUTZ, p. 30.

155 FIOLKA, Rechtsgut, p. 444 s.; cf. ég. de manière générale WIPRÄCHTIGER, p. 150

156 Cf. N 672 ss *infra*.

Nous présenterons d'abord la position du Tribunal fédéral (ch. 1 *infra*), puis celles de la doctrine (ch. 2 *infra*).

A. Le pluralisme pragmatique du Tribunal fédéral

64 L'approche du Tribunal fédéral face aux divers éléments et méthodes d'interprétation peut être résumée dans le considérant-type suivant, qu'on retrouve dans de très nombreux arrêts, avec parfois quelques nuances[157] :

> « La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste ».

65 Si cette formule introduit chacun des quatre éléments d'interprétation examinés ci-dessus, elle doit surtout permettre de constater que, lorsque ces éléments conduisent à des résultats divergents – et donc qu'aucun sens univoque ne peut être donné à la norme –, il n'existe pas d'ordre de priorité permettant de les départager, chaque élément pouvant s'avérer décisif dans le cas d'espèce[158]. Il s'agit donc de les considérer individuellement, de combiner ceux qui vont dans le même sens et, enfin, de les pondérer – sans être lié par une quelconque majorité[159] – afin de donner la préférence à

---

157 ATF 151 IV 46 c. 2.6 ; 149 IV 105 c. 3.4 ; 148 IV 265 c. 1.4 ; 147 IV 385 c. 2.1 ; 146 IV 249 c. 1.3 ; 145 IV 17 c. 1.2. Cf. le même considérant-type avec des modifications d'ordre cosmétique : ATF 147 I 241 c. 3.6 ; 147 III 78 c. 6.4 ; 146 III 97 c. 3.3.2 ; 146 V 87 c. 7.1 ; 144 II 326 c. 2.2 ; 141 III 444 c. 2.1. On retrouve parfois la même formule, mais amputée de sa dernière phrase sur le pluralisme pragmatique : ATF 149 I 182 c. 3.1 ; 143 IV 228 c. 5.3. Dans les arrêts en *allemand*, le TF utilise une formule similaire à la version française (cf. ATF 150 IV 277 c. 2.3.2), mais aussi deux autres formules sensiblement différentes (cpr. ATF 145 III 446 c. 4.3.1 et ATF 145 IV 252 c. 1.6.1). Sur ces formules : CARRON, p. 188 ; WALTER, Methodenpluralismus, p. 158 ; PICHONNAZ, Multilingual, p. 137, relève que les différences entre les versions allemande(s) et française de ce considérant-type sont probablement dues aux sensibilités des juristes les ayant rédigés ; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 109, notent pour leur part que ces formules dépendent souvent de la Cour du Tribunal fédéral concernée, sans qu'on doive y percevoir une quelconque tendance quant à la méthode d'interprétation elle-même. Pour une analyse historique de ces considérants-types : CARRON, p. 187 s. ; AMMANN, p. 121.

158 Cf. ATF 147 IV 241 c. 5.7.1. Cela est plus clairement exprimé certains arrêts en allemand : *« das Bundesgericht […] lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen »* (ATF 145 III 446 c. 4.3.1).

159 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 204, pour les différentes combinaisons possibles (1 : 3 ; 2 : 2 ; 1 : 1 : 2 ; 1 : 1 : 1 : 1 ; 1 : 2 ; 1 : 1 : 1 ; 1 : 1), étant précisé que parfois, certains éléments ne donnent rien et ne sont donc pas pris en compte dans le total. Lorsque tous les éléments vont dans le même sens (4 : 0 ; 3 : 0 ; 2 : 0 ; 1 : 0), il n'y a plus de marge de manœuvre.

celui ou ceux qui aboutissent à la solution la plus juste dans le cas d'espèce. C'est ce que le Tribunal fédéral appelle le «pluralisme pragmatique» ou, en allemand, le *«pragmatischen Methodenpluralismus»*[160], qui constitue l'un des signes distinctifs de son approche de l'interprétation[161].

66 Certaines parties du considérant reproduit ci-dessus peuvent toutefois prêter à confusion, puisque le Tribunal fédéral semble accorder une certaine primauté à la lettre de la loi sur les autres éléments d'interprétation, lesquels n'interviendraient plus que de façon subsidiaire, lorsque le texte n'est pas «absolument clair»[162]. Contrairement à ce que cette formule laisse à penser, même un texte clair peut et doit donner lieu à interprétation, ne serait-ce que pour confirmer qu'il est clair[163]. En réalité, la lettre n'est que le point de départ de l'interprétation; elle n'est décisive que si elle correspond à la véritable portée de la norme, laquelle ne peut être déterminée qu'au terme du processus complet d'interprétation[164]. L'élément littéral bénéficie ainsi d'une priorité chronologique, mais non qualitative, sur les trois autres[165].

67 En pratique toutefois, on observe qu'en présence d'un texte supposé clair, notre Haute Cour délaisse parfois ces autres éléments d'interprétation, ou alors ne les examine que superficiellement[166]. Cela peut s'expliquer par des considérations pragmatiques, justement: si le texte paraît clair et que rien ne permet de penser qu'il ne correspondrait pas

160 ATF 145 IV 252 c. 1.6.1; 145 III 446 c. 4.3.1; WALTER, Methodenpluralismus, p. 158. Cpr. HURTADO POZO/GODEL, N 139, qui parlent d'un «pluralisme de méthodes pragmatiques».

161 AMMANN, p. 121 ss, qui le rattache à la prise de décisions démocratiques, au principe de collégialité gouvernementale et, de manière plus générale, à la tradition du consensus qui caractérise la politique en Suisse.

162 Impression renforcée par la formule suivante: *«An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden»* (cf. ATF 144 IV 240 c. 2.3.2); HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2019, p. 83; CR CC I-WERRO, Art. 1 N 61; PICHONNAZ, Centenaire, p. 206 s.

163 STEINAUER, N 316; PAPAUX, p. 178; HURTADO POZO/GODEL, N 136. C'est pourquoi la doctrine du «sens clair» ou de «l'acte clair», aussi exprimée par l'adage *in claris cessat interpretatio*, n'a plus cours aujourd'hui: PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 155 ss; KRAMER/ANETH, p. 94 et 204; PICHONNAZ, Multilingual, p. 133; WAIBLINGER, p. 4; AMSTUTZ/NIGGLI, p. 20 s., vont plus loin encore et affirment qu'à partir du moment où l'on réfléchit au sens d'une règle, celle-ci cesse d'être absolument claire; cpr. GRÜNINGER, N 104 ss.

164 KRAMER/ANETH, p. 67 *(«starting point»)*; ATF 147 I 103 c. 13.1 *(«Ausgangspunkt»)*; CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 46: point de départ du processus, la lettre n'en est à proprement parler le point d'arrivée que par le détour des autres éléments d'interprétation.

165 STEINAUER, N 85 ss; KRAMER/ANETH, p. 93 s.; CR CC I-WERRO, Art. 1 N 67; HÖHN, p. 207; KESHELAVA, p. 67 s.; GELZER, p. 42; en droit pénal: DONATSCH/GODENZI/TAG, p 38.

166 Voir par ex. ATF 148 IV 17 c. 2.1 et 2.3 (art. 59 al. 1 let. b CPP); 148 IV 456 c. 2.3.3 (art. 337 al. 3 CPP); 146 I 126 c. 1.3 (référendum); 145 I 297 c. 2.5; 137 I 257 c. 4.1; pour d'autres ex., cf. HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2019, p. 84.

au sens véritable de la loi, il peut sembler inutile de se lancer dans un fastidieux processus d'interprétation en convoquant genèse, systématique et but de la loi[167]. Rien ne l'interdit pourtant, et ces autres éléments d'interprétation permettront bien souvent de mieux appréhender le sens véritable de la loi et, parfois, de nuancer la compréhension initiale fondée sur son seul texte[168].

Dans tous les cas, la formulation de certains autres arrêts, plus isolés, nous semble de- 68
voir être préférée à celle présentée ci-dessus, car exprimant plus clairement l'absence d'hégémonie de l'élément littéral[169] :

> « [T]oute interprétation débute certes par la lettre de la loi (interprétation littérale), mais celle-ci n'est pas forcément déterminante : encore faut-il qu'elle restitue la véritable portée de la norme, qui découle également [des éléments systématique, téléologique et historique]. Le juge s'écartera d'un texte légal clair dans la mesure où les autres méthodes d'interprétation précitées montrent que ce texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus, qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement ».

Dans le même ordre d'idées, le considérant-type qu'on retrouve dans certains arrêts 69
récents (en allemand) du Tribunal fédéral souligne que même un texte clair, c'est-à-dire un texte qui serait *« eindeutig und unmissverständlich »*, peut ne pas restituer le sens véritable de la loi, qui doit être recherché à l'aide des autres éléments d'interprétation[170]. L'interprète ne peut donc plus se contenter d'affirmer que le texte de la disposition légale litigieuse est clair, mais doit toujours pousser l'exercice plus avant.

Le pluralisme pragmatique du Tribunal fédéral ne porte pas uniquement sur le choix 70
de l'élément d'interprétation qui sera en l'occurrence prépondérant. Il imprègne également la réflexion, plus générale, sur la finalité même de l'interprétation, et donc sur la *méthode d'interprétation* à adopter pour déterminer le sens véritable de la loi. Le Tribunal fédéral oscille, au gré de sa jurisprudence, entre une interprétation selon la méthode objective historique et une interprétation selon la méthode objective moderne[171]. Certains ont cru y discerner une tendance générale en faveur de la méthode historique[172] ; d'autres, une tendance en faveur de la méthode contemporaine ou moderne[173]. C'est en réalité ici aussi une émanation du pluralisme pragmatique, qui ne concerne donc pas seulement les éléments ou points d'appui de l'interprétation, mais

[167] GARRÉ, N 5 ; STEINAUER, N 85.
[168] On doit ainsi déplorer l'absence d'interprétation selon ces éléments dans les arrêts cités ci-dessus (cf. nbp 166 *supra*), ce d'autant plus qu'ils ont été publiés au recueil officiel.
[169] ATF 145 I 108 c. 4.4.2 ; cf. ég. ATF 148 II 203 c. 4.1 ; 142 III 402 c. 2.5.1.
[170] ATF 150 III 113 c. 6.2.1.6 ; 148 II 243 c. 4.5.1 ; 147 III 41 c. 3.3.1.
[171] HURTADO POZO/GODEL, N 138 ; GELZER, p. 38 s. ; PIAGET, Thèse, p. 55 s ; COHEN, p. 158 ; pour des arrêts récents, cf. HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2019, p. 81 ss.
[172] HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2014, p. 557 s. ; CORNU, p. 33 ; WALTER, RJB 2011, p. 224.
[173] PERRIN J.-F., Méthodes, p. 614 ss.

s'étend également à la méthode d'interprétation elle-même, d'où le terme *«Methodenpluralismus»*[174].

B. Critiques et appuis

71 La position de notre Haute Cour fait l'objet de *critiques* en doctrine. Plutôt qu'un «pluralisme méthodologique», certains y voient un «opportunisme méthodologique», consistant en une analyse menée *ex post*, qui part du résultat souhaité, puis cherche à le légitimer en (re)constituant un raisonnement à l'aide de tel ou tel élément ou méthode d'interprétation[175]. D'autres soulignent que cette approche accorde une place prépondérante aux valeurs extralégales de l'interprète et laisse le justiciable désemparé lorsqu'il désire prévoir les effets de la loi, ce qui affaiblit en définitive la sécurité du droit[176].

> Un courant doctrinal récent se montre particulièrement critique envers l'élément littéral et le poids qui lui est accordé par la jurisprudence. S'inspirant des travaux du philosophe autrichien Ludwig WITTGENSTEIN sur le langage, ces auteurs relèvent que le sens des mots est multiple et dépend de leur usage concret, soit du contexte dans lequel ils sont utilisés. Le sens d'une règle juridique ne peut ainsi être déduit de la loi elle-même, mais de la manière dont cette règle est effectivement appliquée au sein de la société (soit le contexte anthropologique de la règle, sa *«Lebensform»*). Il s'ensuit que le texte de la loi, en tant qu'élément d'interprétation, ne peut pas être décisif, ni d'ailleurs sa genèse ou son but. Pour ces auteurs, ce qui compte, c'est d'adapter le droit – au travers de l'interprétation – aux *social patterns*, aux attentes normatives de comportements déjà présentes dans la société[177].

72 En dépit de ces critiques parfois vives, force est de constater qu'aucune alternative à l'approche du Tribunal fédéral n'est parvenue à s'imposer en doctrine, les tentatives visant à «épurer» la méthode de son caractère pragmatique s'étant toutes soldées par des propositions qui, dans leur résultat, sont tout autant éclectiques que la jurisprudence du Tribunal fédéral[178].

---

174 Dans le même sens, voir BIAGGINI, Ratio Legis, p. 61 s., 67; GELZER, p. 39; PIAGET, Thèse, p. 60. Cf. déjà ATF 83 I 173 c. 4 (droit de vote).

175 KRAMER/ANETH, p. 143 s. et 202, qui comparent la situation à un «magasin méthodologique en libre-service»; PICHONNAZ/VOGENAUER, p. 417, 424: «une méthode sans méthode»; AMMANN, p. 125 s.; ALBRECHT, Geheimnis, p. 6, du point de vue d'un juge de première instance; pour un ex.: HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2019, p. 93 s., en lien avec l'ATF 142 III 695.

176 STEINAUER, N 321; TRACHSEL, p. 261; KESHELAVA, p. 135 s.

177 Voir les développements chez AMSTUTZ/NIGGLI, p. 12 ss; KESHELAVA, p. 139 ss; cf. aussi CR CC I-WERRO, Art. 1 N 18 ss; PIAGET, RDS, p. 304 ss; PAPAUX, p. 163 ss. La doctrine «traditionnelle» a pris position, cherchant aussi à justifier son approche dans la conception de WITTGENSTEIN: KRAMER/ANETH, p. 367 ss; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 514 ss. Cf. aussi nbp 342 *infra*.

178 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 132 s. Voir aussi WOHLERS, Grenzen, p. 1142; KRAMER/ANETH, p. 202; COHEN, p. 166 s.; CORNU, p. 52 s.; WALTER, RJB 2011, p. 225 s.; ZK ZGB-DÜRR, Art. 1 N 145 s. En *Allemagne*, le *BGH* et le *BVerfG* suivent aussi un *Methodenpluralismus* mais, en cas de conflit, ont tendance à privilégier les éléments littéral

Dès lors, une partie importante de la doctrine *défend* la position du Tribunal fédéral, axée sur la recherche perpétuelle d'une solution juste dans le cas d'espèce, ce qu'une hiérarchie figée entre les différentes méthodes et éléments d'interprétation ne permettrait pas, compte tenu précisément de la diversité des cas que le juge est amené à trancher[179]. Dans le domaine de l'interprétation, «l'honnête incertitude paraît préférable à l'hypocrite détermination»[180]. Pour ces auteurs – auxquels nous nous rallions, sous réserve des limites tirées du principe de la légalité exposées ci-après[181] –, le pluralisme pragmatique doit aller de pair avec une exigence accrue de transparence et de motivation de la décision[182], qui doit également permettre au juge d'assumer la part de subjectivité du processus interprétatif[183]. Ce processus n'en est pas pour autant arbitraire : tout argument doit pouvoir être rattaché à l'un des quatre canons de l'interprétation, lesquels structurent et fixent le cadre général de la réflexion, et permettent en quelque sorte de «discipliner» les valeurs personnelles de l'interprète[184]. 73

Ces éléments permettent également d'apporter une réponse à la principale critique adressée au pluralisme pragmatique, celle de la justification *a posteriori* d'une solution désirable. Confronté à une norme pouvant être comprise de plusieurs manières, l'interprète choisira bien souvent le sens qui lui paraît de prime abord *(a priori)* le plus convaincant, selon sa propre compréhension préalable. Cependant, ce sens ne constitue qu'une hypothèse de travail, qu'il s'agira ensuite de tester, puis d'affiner, à l'aune des différents éléments et méthodes d'interprétation[185]. Cas échéant, l'interprète devra se montrer capable de revenir sur son intuition initiale, pour lui préférer une autre hypothèse, un autre sens possible de la norme, correspondant mieux aux en- 74

et systématique : BGH, 2.4.2008, 1 ARs 3/08, Rz. 10 ; NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 119a, 120 et 122 ; WINDSBERGER, p. 130. En *France*, on privilégie la méthode téléologique, qui suppose de rechercher la réelle volonté du législateur, en particulier dans les travaux préparatoires : DECHENAUD, p. 139.

179 WALTER, Methodenpluralismus, p. 160, 164 s. : la réticence face à une hiérarchie stricte s'explique par l'incertitude qui pèserait sur l'affaire suivante, qui soulèverait peut-être la même question juridique, mais dont les particularités commanderaient une réponse différente. Cf. aussi AMMANN, p. 189 s. *(«Outcome over Process»)* ; COHEN, p. 168 s. ; WALTER, RJB 2011, p. 223, 225 s. ; WALTER, RJB 2007, p. 727 ss, note que les modèles développés en doctrine sont incapables d'établir une hiérarchie valable une fois pour toutes ; PAPAUX, p. 178 s. ; PERRIN J.-F., Méthodes, p. 623.

180 CR CC I-WERRO, Art. 1 N 74 ; voir aussi WALTER, Methodenpluralismus, p. 164.

181 Cf. N 93 ss *infra*.

182 PICHONNAZ, Centenaire, p. 209 ; WALTER, Methodenpluralismus, p. 166 : le résultat de l'interprétation doit être *«nachvollziehbar, kontrollierbar und kritisierbar»* ; PAPAUX, p. 172, 190 ; PIAGET, Thèse, p. 103 s. ; HURTADO POZO, Principe, p. 232.

183 Cf. N 24 *supra* ; HÖHN, p. 138, 307 ; OGOREK, p. 142 ; CORNU, p. 27 s.

184 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 203 ; PIAGET, RDS, p. 300 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 142 s. Voir aussi BIAGGINI, Ratio Legis, p. 67 s., qui lie le caractère méthodique de l'approche au respect des principes et limites constitutionnels.

185 GRAVEN/STRÄULI, p. 44 ; STEINAUER, N 272 *(«spirale ascendante»)*, N 326 ; VEST, Einführung, p. 30 *(«abduction»)*.

seignements de la démarche interprétative[186]. Ici aussi, l'exigence de motivation de la décision est centrale, puisqu'elle oblige l'interprète à exposer la rationalité de son raisonnement, mais aussi ses hésitations avant d'aboutir au résultat final[187]. Outre cette exigence de motivation, l'existence de voies de recours et la prise de décisions par une autorité collégiale doivent aussi permettre de «canaliser» la nécessaire subjectivité du processus interprétatif, dans le but de parvenir à une solution équitable et acceptable dans le cas d'espèce[188].

V. Rôle de la doctrine et de la jurisprudence

75 Sur le modèle de l'art. 1 al. 3 CC («[Le juge] s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence»), disposition qui énonce un principe d'application générale[189], l'interprète se doit de tenir compte des opinions émises en doctrine et des précédents judiciaires, qui sont des *moyens auxiliaires de l'interprétation* devant nourrir sa réflexion. Le juge reste libre de s'en écarter, mais doit alors démontrer l'existence de motifs suffisants qui justifient sa position; en ce sens, la doctrine et la jurisprudence ont pour rôle d'encadrer la démarche interprétative et de limiter le risque d'arbitraire de la décision[190].

76 Doctrine et jurisprudence doivent cependant être *consacrées* (*bewährte*; *più autorevoli*), ce qui suppose, pour la doctrine, qu'une solution convaincante se soit imposée parmi les auteurs et, pour la jurisprudence, qu'il existe en la matière une pratique éprouvée, généralement constante, qui fasse autorité[191].

A. Doctrine

77 Contrairement à ce qu'a récemment pu affirmer le Tribunal fédéral[192], la doctrine n'est pas une source du droit à proprement parler, mais plutôt une source d'inspiration ou une *«persuasive authority»*[193]. Les opinions exprimées en doctrine doivent avant tout

186 MOOR, Rationalité, p. 332; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 26; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 34; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 49; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 35; STEINAUER, N 272; WIPRÄCHTIGER, p. 144, 150.

187 MOOR, Rationalité, p. 331 ss; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 143; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 35; cf. aussi HURTADO POZO/GODEL, N 139, en référence à l'art. 50 CP.

188 Cf. RUTSCHMANN, p. 38 s.; sur le caractère collégial: ATF 147 IV 329 c. 2.7.

189 Principe qui vaut donc aussi pour l'interprétation au sens strict (art. 1 al. 1 CC), et pas uniquement pour le comblement de lacunes (art. 1 al. 2 CC), contrairement à ce que le texte de l'al. 3 pourrait laisser penser. L'élément systématique l'emporte ici sur l'élément littéral. Cf. HÄNNI, p. 60; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 473.

190 STEINAUER, N 437 s.; cf. le schéma chez ACKERMANN et al., p. 3.

191 Pour les détails, voir BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 475 ss; STEINAUER, N 441 ss.

192 ATF 147 IV 297 c. 1.2.3, en réponse à un argument présenté par les recourants.

193 PICHONNAZ, Doctrine, p. 789.

convaincre par la force de leur argumentation et ce, peu importe leur support, leur ancienneté, la renommée de leurs auteurs ou les motifs derrière la publication[194]. Certes, le tribunal examinera dans un premier temps si une solution l'emporte *quantitativement* sur les autres, au point d'apparaître comme l'expression de la doctrine dominante, voire unanime[195]. Au final, c'est toutefois sur la base d'une appréciation *qualitative* que le juge devra décider s'il se range à cette dernière ou, au contraire, si les arguments proposés par la doctrine minoritaire emportent sa conviction[196].

Sur un plan *méthodologique*, le fait qu'une question soit controversée en doctrine permettra souvent au Tribunal fédéral de considérer que la norme n'est pas claire, et donc de «déclencher» le mécanisme d'interprétation selon les quatre éléments classiques[197]. Cette circonstance lui servira également d'indice au moment d'examiner si un revirement de jurisprudence se justifie[198]. À l'inverse, quand la doctrine est majoritaire ou unanime, il arrive régulièrement que le Tribunal s'y réfère «en bloc», avant ou après avoir interprété la norme litigieuse, pour appuyer son raisonnement[199]. La plupart du temps toutefois, les opinions de la doctrine seront reprises dans les considérants relatifs aux quatre éléments d'interprétation ou, lorsque le Tribunal fédéral peut s'abstenir de procéder à une telle interprétation – généralement car il ne doit pas trancher une question de principe –, simplement en soutien de son argumentation. 78

B. Jurisprudence

Quant à la jurisprudence, elle comprend non seulement les décisions rendues par les autorités judiciaires, mais aussi les décisions et les pratiques des autres autorités, notamment administratives[200]. C'est toutefois la jurisprudence au sens strict qui est prépondérante, à tout le moins en droit pénal, où le rôle de la pratique des autorités est moins marqué que dans d'autres domaines, notamment le droit fiscal. 79

> Cependant, même en matière pénale, les tribunaux s'inspirent régulièrement d'autres sources que la jurisprudence ou la loi au sens formel, par exemple des rapports du MROS en matière de LBA[201], des Règles pénitentiaires européennes (RPE) et de leur

194 Voir les ex. donnés par BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 479, dont l'ATF 137 III 16 c. 2.4 (recourante reprenant l'argumentation d'un article écrit par son avocat).

195 STEINAUER, N 445.

196 PICHONNAZ, Doctrine, p. 789; CR CC I-WERRO, Art. 1 N 50.

197 Par ex. ATF 151 IV 219 c. 3.2; 148 IV 432 c. 3.1.3; 147 I 241 c. 5.6; 146 II 321 c. 4.4; 146 IV 76 c. 3.2.1; 144 IV 189 c. 5.2.3; 136 IV 188 c. 6.2.1; 126 IV 136 c. 1c; CORNU, p. 56.

198 ATF 147 IV 274 c. 1.3; 147 IV 16 c. 3.3; 146 IV 126 c. 2.2; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 482, avec d'autres exemples.

199 Cf. ATF 146 IV 286 c. 2.2; 146 IV 249 c. 1.3.5; 146 IV 49 c. 2.5; voir aussi TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 43. GAUCH (p. 226) critique la tendance du TF à citer de la doctrine qui se fait en réalité l'écho de sa propre jurisprudence, ce qui débouche sur un *«Zitatenzirkel»*. Pour un exemple, voir NIGGLI/MUSKENS, Recht und Moral, N 82.

200 STEINAUER, N 448, en référence au terme *«Überlieferung»* dans la version allemande.

201 ATF 147 IV 274 c. 2.3.

commentaire en matière de conditions de détention[202], des recommandations et des règles édictées par l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) et par la Fédération des médecins suisses (FMH) pour les contours de la négligence (art. 12 CP)[203] ou en cas d'assistance au suicide[204], des recommandations de la Conférence suisse des Ministère publics (CMP)[205] ou des instructions de l'OFROU en matière de LCR[206]. Ces normes, qu'on pourrait qualifier de *soft law*, ne sont toutefois pas contraignantes pour les tribunaux[207].

80 Dans ce contexte, les arrêts rendus par le Tribunal fédéral, placé au sommet de l'ordre judiciaire suisse (art. 188 al. 1 Cst.), ont un poids prépondérant, à tout le moins lorsqu'ils énoncent les principes généraux décisifs pour le cas d'espèce *(ratio decidendi)*, et non de simples *obiter dicta* tenus en marge de la motivation principale[208].

81 L'importance de la jurisprudence est telle qu'on constate parfois la tendance, surtout au niveau des tribunaux inférieurs, à plus se référer aux arrêts (publiés ou non) du Tribunal fédéral qu'à interpréter les normes légales elles-mêmes[209]. Cela peut s'expliquer de plusieurs manières: outre des considérations purement pratiques[210] ou liées à la faible densité normative de certains textes (dont le Code pénal), cette situation résulte aussi du fait qu'on reconnaît une certaine *force obligatoire* aux précédents *(Präjudizien)*, à tout le moins lorsqu'ils consacrent une pratique bien établie (jurisprudence dite «constante»)[211]. Cette force des précédents est d'autant plus marquée dans des matières vivantes comme le droit pénal, où la loi est généralement ancienne – à tout le moins la partie spéciale du Code pénal –, mais néanmoins régulièrement appliquée, ce qui implique l'existence d'une riche jurisprudence, souvent exprimée au travers de

202 ATF 145 I 318 c. 2.2; 141 I 141 c. 6.3.3; 140 I 125 c. 3.2; TF, 1B_272/2021, 29.6.2021, c. 2.1.1 [f].

203 ATF 136 IV 97 c. 6.2.2; cf. aussi ATF 148 I 1 c. 6.2.2; 151 I 19 c. 7.3.2.

204 ATF 150 IV 255 c. 3.6.3 (qui fait prévaloir le principe de la légalité prévu à l'art. 1 CP); TF, 6B_646/2020, 9.12.2021, c. 1.3 et 1.6 [f].

205 TF, 6B_510/2019, 8.8.2019, c. 4.3 [d] (art. 90 al. 2 LCR); plus circonspects: ATF 151 IV 88 c. 2.3.2 et 2.6 (art. 90 al. 3ter LCR); TF, 6B_1030/2020, 30.11.2020, c. 1.1.3 [d] (expulsion et art. 148*a* al. 2 CP); 6B_176/2008, 12.8.2007, c. 5.3.5 [d] (jour-amende minimum).

206 Même si le TF rappelle régulièrement qu'elles n'ont pas le caractère de loi, sont dénuées de toute force obligatoire et ne sauraient faire échec à la libre appréciation des preuves (ATF 121 IV 64 c. 3; TF, 6B_159/2021, 8.12.2021, c. 2.4.2 [d]).

207 Explicite: TF, 7B_755/2023, 8.2.2024, c. 2.2.4 [d]; cf. aussi JAMETTI MONIQUE, Soft Law und Staatsvertragsrecht, ContraLegem 2021/3 25 ss.

208 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 486; AMMANN, p. 126.

209 CORNU, p. 23; pour le droit pénal: ALBRECHT, Geheimnis, p. 73 s.; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 42; ROXIN/GRECO, § 5 N 35g.

210 Manque de temps et de ressources pour procéder à une interprétation en bonne et due forme ou pour examiner si un changement de jurisprudence se justifie. Cf. ALBRECHT, Geheimnis, p. 69 s.

211 TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 42; STEINAUER, N 456; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 500: *«beschränkte Befolgungspflicht»*. Cf. HÄNNI, p. 68 ss, qui distingue entre les précédents *(Präjudizien)*, la pratique *(Praxis)* et les règles ou critères tirés des précédents *(präjudizielle Erwägungen)*.

considérants-types ou de groupes de cas, que l'interprète devra prendre en compte, au même titre (voire plus encore) que la loi. À cela s'ajoute la considération pragmatique qu'une décision prononcée par une juridiction inférieure qui serait contraire à la jurisprudence supérieure serait probablement vouée à la réforme ou à l'annulation.

Sur un plan *méthodologique*, lorsqu'il existe en la matière une pratique constante, le tribunal pourra généralement s'abstenir d'interpréter une nouvelle fois la norme litigieuse et se contenter de suivre la jurisprudence, ce d'autant plus lorsqu'elle n'est pas contestée en doctrine[212]. La jurisprudence perd alors son statut de simple moyen auxiliaire de l'interprétation (cf. art. 1 al. 3 CC) pour se muer en véritable source du droit, ce qui correspond certes à la conception de la CourEDH[213] mais ne va pas sans susciter certaines critiques[214]. 82

Exemples :

Deux arrêts récents de droit pénal, le premier consacré à la diffamation (art. 173 CP ; ATF 145 IV 462), le second au faux (intellectuel) dans les titres (art. 251 CP ; ATF 146 IV 258), illustrent parfaitement cette force des précédents. Le Tribunal fédéral y mène son raisonnement juridique essentiellement sur la base de sa propre jurisprudence, certes abondante, mais sans réelle discussion des critiques de la doctrine et, surtout, sans un mot pour les principes et éléments d'interprétation classiques[215].

Lorsqu'il veut s'écarter d'une jurisprudence constante, l'interprète doit pouvoir exposer les motifs sérieux et objectifs qui justifient sa position[216]. Il devra alors tenir compte d'intérêts antagonistes : d'une part, l'intérêt à une meilleure solution matérielle (qui plaide en faveur du revirement de jurisprudence) ; d'autre part, l'intérêt des justiciables à ce que les principes de prévisibilité du droit et d'égalité soient garantis (qui plaide en faveur du *statu quo ante*)[217]. Cette question se pose avec une acuité particulière en droit pénal, où les revirements de jurisprudence, qui déploient leurs effets immédiatement, peuvent entrer en conflit avec le principe de la légalité des délits et des peines (art. 1 CP), en particulier l'interdiction de la rétroactivité de la loi pénale (cf. 83

212 GELZER, p. 43, parle alors d'*« antizipierte Elementenwürdigung »* ; voir déjà DESCHENAUX, p. 85, pour l'élément historique. Pour un ex., cf. CJ GE, ACPR/554/2020, 21.8.2020, c. 3.2 et 3.4 (lésé en cas d'infraction contre le patrimoine d'une personne morale).

213 CourEDH, Pessino c. France, n° 40403/02, 10.10.2006, § 29 ; plus récemment : Baldassi et autres c. France, n° 15271/16, 11.6.2020, § 35 (et § 15 de l'opinion dissidente).

214 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 221, pour qui la force obligatoire matérielle des précédents débouche sur un droit prétorien plus concret que le droit écrit, au détriment parfois de la prise en compte des intérêts sous-jacents, que seule une interprétation de la loi peut véritablement (re)mettre au jour.

215 Pour l'ATF 145 IV 462, cf. les développements sur l'interprétation chez BOHNET FRANÇOIS/MELCARNE LUCA, Le client peut-il diffamer en se confiant à son avocat ? RSJ 116/2020 363 ss, p. 367 s. ; pour l'ATF 146 IV 258, cf. les arguments cités par CHAUTARD MARION, Le contrat de vente simulé pour tromper un tiers et l'infraction de faux dans les titres, in ‹www.lawinside.ch/918/› du 6 juin 2020.

216 Pour des ex., cf. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 491 et 496.

217 STEINAUER, N 456 ; PIAGET, RDS, p. 298 ss, incluant la perspective du législateur.

art. 2 CP)[218]. De manière générale, le Tribunal fédéral se montre particulièrement restrictif lorsqu'une question formelle est en jeu et que sa nouvelle approche peut avoir des effets négatifs sur le justiciable (tels que l'irrecevabilité de son recours)[219].

VI. Synthèse

84 L'interprétation de la loi est une étape préalable et indispensable à sa correcte application. Bien qu'elle soit encadrée par un certain nombre de règles, l'interprétation reste une activité humaine, donc faillible, dont l'issue dépendra toujours des qualités et des valeurs personnelles de son auteur.

85 En Suisse, le Tribunal fédéral suit un «pluralisme pragmatique» entre les différents éléments (littéral, systématique, historique et téléologique) et méthodes (historique, moderne) d'interprétation, afin d'établir ce qu'il nomme le «sens véritable» de la loi. Cette approche, axée sur la recherche d'une solution matériellement juste dans le cas d'espèce, lui permet de comprendre la loi dans telle ou telle perspective, ou encore de donner la préférence à tel ou tel élément d'interprétation, sans être lié par une quelconque hiérarchie préétablie. Dans ce cadre, l'interprète devra aussi tenir compte des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence, qui sont, sur le papier, de simples moyens auxiliaires à l'interprétation mais qui, dans les faits, revêtent bien souvent un rôle prépondérant, surtout la jurisprudence, plus encore lorsqu'elle émane du Tribunal fédéral lui-même.

86 Cette conception pragmatique de l'interprétation, qui conjugue méthode et équité, facteurs objectifs et appréciation subjective, emporte la conviction, avec toutefois une réserve importante en matière pénale, comme nous allons le voir à présent.

[218] Sur l'ensemble de la question, cf. ATF 147 IV 274 c. 2.1.1 et les références; CR CP I-DONGOIS/LUBISHTANI, Art. 2 N 25 ss; GRAF, Praxisänderung, *passim*. Cf. aussi N 102 ss *infra* pour la portée du principe de la légalité dans l'interprétation du droit pénal.

[219] HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2014, p. 565; STEINAUER, N 458.

Chapitre 2 : **Interprétation et droit pénal**

Ce deuxième chapitre porte sur l'interprétation du droit pénal, qui suit en principe un régime similaire à l'interprétation de la loi en général **(I.)**. Toutefois, en raison des atteintes particulièrement incisives liées à la sanction pénale, nous verrons que l'interprétation en ce domaine connaît une importante limite, tirée du principe de la légalité **(II.)**. Nous terminerons par une synthèse **(III.)**. 87

I. En principe : un régime similaire

L'interprétation du droit pénal a connu la même évolution que l'interprétation de la loi en général : d'un refus de principe au siècle des Lumières[220], l'interprétation des normes pénales s'est progressivement imposée au sein de nos ordres juridiques[221], au point que la CourEDH reconnaît aujourd'hui qu'« aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire »[222]. Pour la Cour, la tâche d'interpréter incombe au juge qui, au travers de la jurisprudence, contribue à « l'évolution progressive du droit pénal » ; il s'agit là d'un principe 88

[220] Cf. BECCARIA, Des délits et des peines, 1764, Chapitre IV: « Les juges criminels ont donc d'autant moins le droit d'interpréter les lois pénales qu'ils ne sont point eux-mêmes législateurs » ; plus tard, voir le discours préliminaire sur le projet de Code civil français prononcé en 1801 par PORTALIS : « Ainsi, en matière criminelle […], il faut des lois précises et point de jurisprudence » ; pour une mise en perspective, cf. SAINT-PAU, p. 273 ss ; TOUILLIER, p. 2 s ; GRAVEN J., p. 407 ss.

[221] Pour la *Suisse*, cf. GRAVEN, p. 154 ss, sur l'intense effort d'interprétation du TF dans les années ayant suivi l'entrée en vigueur du CP, et le lien avec les conceptions de CARL STOOSS, auteur de l'avant-projet et adepte des clauses générales ainsi que des notions juridiques indéterminées ; voir aussi CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 30.

[222] Voir par ex. CourEDH, Kafkaris c. Chypre (GC), n° 21906/04, 12.2.2008, § 141 ; CourEDH, Guide art. 7 CEDH, N 35.

«solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention»[223]. La Suisse n'y fait pas exception[224].

89 Dans notre pays, les dispositions de droit pénal matériel s'interprètent en principe de la même manière que celles des autres branches du droit[225]. Ainsi, lorsqu'il est appelé à interpréter une norme pénale, le Tribunal fédéral suit également son pluralisme méthodologique pragmatique, sans être lié par une quelconque hiérarchie préétablie entre les différentes méthodes et éléments d'interprétation.

90 On trouve ainsi des arrêts qui accordent un poids prépondérant à un seul élément d'interprétation (littéral, historique, systématique ou téléologique) ou, le plus souvent, à une pluralité d'éléments concordants. Parfois, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que les quatre éléments d'interprétation convergent tous vers une même solution ou, au contraire, qu'aucun d'entre eux ne livre de réponse véritablement satisfaisante.

Exemples:

Priorité donnée à un seul élément d'interprétation: élément *littéral*: ATF 148 IV 234 c. 3.8 (viol [art. 190 CP] et état de sidération); 146 IV 114 c. 2.2, 2.3.1 et 2.3.3 (infanticide [art. 116 CP]; présomption irréfragable de l'influence de l'état puerpéral); ATF 144 I 242 c. 3.2 (amende au détenteur du véhicule [art. 6 aLAO] et personne morale); élément *historique*: ATF 142 IV 401 c. 3.3.3 et 3.4 («courtage» encore couvert par l'art. 19 al. 1 let. c LStup); élément *téléologique*: ATF 127 IV 198 c. 3b/aa (contrainte sexuelle [art. 189 CP]); 146 IV 105 c. 3.4.4 (cas de rigueur pour l'expulsion [art. 66*a* al. 2 CP]); combinaison d'éléments d'interprétation concordants: éléments *littéral* et *historique*: ATF 134 IV 297 c. 4.3.2 (point de départ du délai de prescription [art. 98 let. a CP]; l'élément téléologique n'est pas décisif [c. 4.3.4]); éléments *littéral* et *téléologique*: ATF 149 IV 105 c. 3.5 (indivisibilité du retrait de la plainte [art. 33 CP et 392 CPP]; ATF 148 IV 247 c. 3 (art. 224 CP et théorie de la représentation); éléments *historique* et *téléologique*: ATF 147 IV 297 c. 2.3.3, 2.3.4 et 2.5 (danger imminent et réchauffement climatique [art. 17 CP]); éléments *littéral, historique* et *systématique*: ATF 145 IV 146 c. 2.3.1-2.3.4 (peine d'ensemble et révocation du sursis [art. 46 al. 1, 2e phrase CP]); ATF 137 IV 99 c. 1.3 et 1.4 (voyage sans titre de transport [art. 57 al. 1 let. a aLTV]); 145 IV 329 c. 2.4.2 (dopage hors compétition [art. 22 LESp]); éléments *littéral, historique* et *téléologique*: ATF 128 IV 272 c. 3.1 et 3.2 (accompagnateur d'un élève conducteur est conducteur [art. 91 al. 1 LCR]); éléments *historique, systématique*

223 CourEDH, Vasiliauskas c. Lituanie (GC), no 35343/05, 20.10.2015, § 155; Kononov c. Lettonie (GC), no 36376/04, 17.5.2010, § 185.

224 Cf. ATF 146 II 217 c. 8.2; 143 II 297 c. 9.3; 139 I 72 c. 8.2.1, reprenant de manière détaillée les principes développés par la CourEDH en matière d'interprétation du droit pénal.

225 En doctrine, voir DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 36; HURTADO POZO/GODEL, N 135; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 40; OFK StGB-DONATSCH/HEIMGARTNER, Art. 1 N 3; PC CP, Art. 1 N 21; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 43; COHEN, p. 171; GRAVEN/STRÄULI, p. 44. Dans la jurisprudence, voir déjà ATF 69 IV 174 c. 1; 76 IV 237 c. 5; 118 Ib 448 c. 3c.

et *téléologique*: ATF 146 IV 249 c. 1.3.2-1.3.4 (notion de «gaz toxiques» [art. 224 s. CP]); ATF 146 IV 126 c. 3.5 (conversation «non publique» [art. 179bis s. CP]); tous les éléments d'interprétation convergents: ATF 145 IV 17 c. 1.2.1-1.2.4 (art. 124 al. 2 CP); 141 IV 444 c. 3.3-3.6 (faux témoignage [art. 307, 309 CP] devant une commission d'enquête parlementaire cantonale); 142 IV 137 c. 11.1 (art. 90 al. 4 LCR); aucun élément d'interprétation pertinent: ATF 145 IV 65 c. 2.5.1 et 2.5.3 (art. 59 al. 4, 2ème phrase CP); ATF 147 IV 209 c. 2.3.2 (art. 63 al. 4 CP).

De la même manière, s'agissant de la méthode d'interprétation elle-même[226], certains arrêts présentent un raisonnement à l'aune des conceptions actuelles, alors que d'autres s'en tiennent à la compréhension initiale de la loi, en dépit de l'évolution des connaissances scientifiques et des conceptions sociétales. 91

Exemples[227]:

Dans l'ATF 148 IV 247, le TF privilégie une *«zeitgemässe Auslegung»* pour interpréter l'art. 224 CP (emploi d'explosifs et de gaz toxiques), ce qui lui permet de prendre ses distances avec les préoccupations du législateur de la fin du XIX^{e} et du début du XX^{e} siècles, lequel avait introduit cette norme pour parer aux dangers anarchistes de l'époque (c. 3).

Dans l'ATF 146 IV 114, le TF interprète l'art. 116 CP (infanticide) selon les conceptions de l'état puerpéral en vigueur à la fin du XIX^{e} siècle, tout en reconnaissant qu'elles ne sont plus actuelles, avec la précision toutefois que toute autre solution «viderait la norme telle qu'elle a été voulue par le législateur de toute portée» (c. 2.3.3)[228].

Toutefois, dans une matière comprise comme l'*ultima ratio* en raison des atteintes aux droits et libertés individuels qu'elle entraîne[229], l'interprétation du droit pénal est nécessairement soumise à certaines limites, qui sont en l'occurrence tracées par le principe de la légalité. 92

[226] Sur le pluralisme des *méthodes* d'interprétation en droit pénal, cf. déjà ATF 83 IV 121 c. 2; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 34; GRAVEN, p. 159; WAIBLINGER, N 13. En faveur d'une méthode objective moderne: DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 37, 39; PERRIN J.-F., Méthodes, p. 618 s.

[227] Cf. ég. ATF 148 IV 329 c. 4.3, pour la qualification du *Stealthing* en tant qu'acte d'ordre sexuel selon l'art. 191 CP; ATF 128 IV 117 c. 6, qui tient compte des circonstances économiques et sociales pour interpréter la notion de traite d'êtres humains (art. 182 CP); cf. aussi les arrêts qui retiennent le poids particulier de l'élément historique pour interpréter des lois récentes, car il permettra de renseigner sur les conceptions encore en vigueur au moment de leur application (ATF 144 I 242 c. 3.1.2; 142 IV 1 c. 2.4.3; 140 IV 1 c. 3.2.2). Pour d'autres exemples: FORSTER, p. 122 ss.

[228] Sur ce point, voir aussi Message harmonisation, p. 2909.

[229] ATF 151 IV 135 c. 4.4.2: condamnation pénale comme forme «ultime»; TF, 4A_368/2023, 19.1.2024, c. 4.1 [d; 5 juges]: *«In keinem anderen Rechtsgebiet sind einschneidendere Eingriffe in die Grundrechte der Rechtsunterworfenen denkbar»*. En *doctrine*, cf. parmi beaucoup d'autres GETH, N 9 ss; HURTADO POZO/GODEL, N 40; GRAVEN/STRÄULI, p. 9 ss; pour une critique: NIGGLI, Ultima Ratio, p. 251.

II. Une limite: le principe de la légalité (art. 1 CP)

A. Le principe de la légalité des délits et des peines

93 Le principe de la légalité des délits et des peines, aussi désigné par l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege*, est consacré à l'art. 7 CEDH, à l'art. 15 Pacte ONU II et, en Suisse, à l'art. 1 CP, sous la note marginale «Pas de sanction sans loi»:

> **Art. 1**
>
> Une peine ou une mesure ne peuvent être prononcées qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi.

94 De rang constitutionnel[230], le principe de la légalité prévu à l'art. 1 CP se décompose en quatre sous-principes, désignés par autant d'adjectifs placés après le terme *lege* dans la formule latine précitée[231]. Ce principe et ses différentes facettes s'adressent aussi bien au législateur qu'au juge[232].

95 Au législateur, car il se doit d'édicter des lois pénales écrites (interdiction du droit pénal coutumier; *nulla poena sine lege scripta*)[233] et, surtout, suffisamment claires et précises pour que le citoyen puisse s'y conformer et prévoir, avec un certain degré de certitude, les conséquences d'un comportement déterminé; on parle à cet égard d'exigence de précision de la base légale (*Bestimmtheitsgebot*; *nulla poena sine lege certa*)[234].

96 Au juge, car c'est à lui que revient la tâche d'appliquer la loi, par définition générale et abstraite, au cas particulier. Dans ce cadre, le principe de la légalité lui interdit de condamner le prévenu en application d'une loi qui n'était pas encore en vigueur au moments des faits (principe de non-rétroactivité; *nulla poena sine lege praevia*)[235]. Par ailleurs, et c'est le point qui nous intéresse le plus ici, le principe de la légalité

---

230 Il ressort des art. 5 al. 1, 9 et 164 al. 1 let. c Cst.: ATF 145 IV 470 c. 4.5. Avant l'entrée en vigueur du CP, le TF le déduisait de l'art. 4 aCst. (égalité devant la loi, dont on tirait l'interdiction de l'arbitraire): ATF 31 I 8 c. 2. Pour une analyse historique, ancienne mais toujours pertinente: GRAVEN J., p. 381 ss; cf. ég. SUMMERS, Sentencing, p. 29 s.; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 803 s. Sur les autres fondements de ce principe, notamment en droit international, cf. HURTADO POZO/GODEL, N 74 ss.

231 Sur ces composantes, cf. PIQUEREZ/MACALUSO, N 32 ss; HURTADO POZO/GODEL, N 86 ss.

232 TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 51; COHEN, p. 3; cf. déjà CLERC, Introduction, p. 21.

233 BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 24.

234 HURTADO POZO/GODEL, N 91 ss; ACKERMANN, Lex certa, p. 6, 19; MAEDER, Legalitätsprinzip, p. 8; GRAVEN/STRÄULI, p. 23; ATF 148 IV 234 c. 3.5; 147 IV 274 c. 2.1.1; ATF 138 IV 13 c. 4.1. L'exigence de précision de la base légale vaut aussi pour toute restriction aux droits fondamentaux (art. 36 al. 1 Cst.): ATF 147 I 103 c. 16; 132 I 49 c. 6.2 (droit de police); cf. N 146 ss *infra* pour la procédure pénale.

235 Principe matérialisé à l'art. 2 al. 1 CP, et qui connaît une exception, celle de la *lex mitior* (art. 2 al. 2 CP). Cf. HURTADO POZO/GODEL, N 86. En réalité, ce sous-principe s'applique aussi au législateur, puisqu'il lui interdit d'édicter des lois pénales avec effet rétroactif: Karpenstein/Mayer EMRK-SINNER, Art. 7 N 5.

commande que le juge procède à une interprétation stricte de la loi *(nulla poena sine lege stricta)*[236], à défaut de quoi il risquerait de créer un nouvel état de fait punissable, non couvert par la norme initiale (cf. l'adverbe «expressément» à l'art. 1 CP). On parle à cet égard de l'interdiction de l'analogie *(Analogieverbot)*, qui ne vaut cependant que *in malam partem*, soit en défaveur du prévenu, l'analogie *in favorem* étant toujours envisageable[237]. La CourEDH retient également que le principe de la légalité des délits et des peines (art. 7 § 1 CEDH) interdit d'appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie[238]. En droit pénal international, l'interdiction de l'analogie est expressément prévue à l'art. 22 § 2 du Statut de Rome (StCPI)[239].

B. Interprétation et interdiction de l'analogie

Le rôle du principe de la légalité en matière d'interprétation de la loi pénale a très tôt été reconnu par le Tribunal fédéral, qui considère que ce principe est violé lorsqu'un individu est poursuivi pénalement en raison d'un comportement qui n'est pas visé par la loi ou, si tel est le cas, lorsque la loi elle-même n'a pas de fondement juridique ou, enfin et surtout, «lorsque l'application du droit pénal à un acte déterminé procède d'une interprétation de la norme excédant ce qui est admissible au regard des principes généraux du droit pénal»[240]. Si l'interprétation de la loi pénale est ainsi guidée, voire «dominée»[241], par le principe de la légalité, ce principe ne modifie toutefois pas la finalité de l'interprétation elle-même, qui reste de déterminer le sens véritable de la norme[242]. En matière pénale, le principe vient uniquement tracer la *limite*[243] entre une juste interprétation de la loi, conforme à son texte, à son esprit et à sa logique interne, et une extension démesurée de celle-ci, qui reviendrait en définitive à créer, par 97

[236] Cf. dans ce sens ATF 148 IV 329 c. 5.1. En *France*, cf. art. 111-4 CP/F, explicite: «La loi pénale est d'interprétation stricte».

[237] Cf. déjà ATF 15 I 210 c. 1; 61 I 208 c. 1; plus récemment: ATF 141 IV 444 c. 3.5; en doctrine, cf. STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 30; KRAMER/ANETH, p. 47; GERMANN, Analogieverbot, p. 120 ss. Le régime national-socialiste avait remplacé l'*Analogieverbot* par un *Analogiegebot* (art. 2 § 1 StGB/D 1935: *«Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient»*); cf. sur ce point FIOLKA, Rechtsgut, p. 515 ss; GRAVEN J., p. 400 ss.

[238] CourEDH, Kadusic c. Suisse, nº 43977/13, 9.1.2018, § 67; Kononov c. Lettonie (GC), nº 36376/04, 17.5.2010, § 185; pour un bon ex.: Dragotoniu et Militaru-Pidhorni c. Roumanie, nº 77193/01, 24.5.2007, § 39 ss, dans lequel la Cour déduit du principe de la légalité un *principe d'interprétation stricte* des lois pénales (§ 40); cf. aussi CourEDH, Achour c. France, nº 67335/01, 10.11.2004, § 37.

[239] Cf. VEST, Systematische Einleitung, N 62 ss; GRECO, Analogieverbot, p. 212 ss.

[240] Cf. déjà ATF 27 I 331 c. 1; 112 Ia 107 c. 3a; plus récemment: ATF 150 IV 255 c. 3.1; 148 IV 188 c. 3.5.4; 148 IV 234 c. 3.5; 148 IV 30 c. 1.3.1; 145 IV 329 c. 2.2.

[241] Selon les termes du TF: ATF 137 IV 99 c. 1.2; 103 IV 129 c. 3a; voir aussi ATF 141 IV 144 c. 3.5; PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 139.

[242] OFK StGB-DONATSCH/HEIMGARTNER, Art. 1 N 4; PIQUEREZ/MACALUSO, N 52; PROBST, p. 258 nbp 35.

[243] GERMANN, Analogieverbot, p. 122; GRAVEN, p. 157; AK StGB-GRAF, Art. 1 N 7.

analogie, une nouvelle infraction, une nouvelle peine ou une nouvelle mesure. Le principe de la légalité sanctionne une interprétation trop extensive – et donc excessive – de la loi, procédé qualifié d'analogie.

Portée en droit pénal:

Le principe de la légalité et l'interdiction de l'analogie s'étendent à l'interprétation de *tout le droit pénal matériel*, soit non seulement des infractions de la partie spéciale du Code pénal ou du droit pénal accessoire, mais également des dispositions de la Partie générale[244]. Par exemple, le juge ne peut pas donner une interprétation trop étroite d'un motif justificatif, ce qui aurait pour conséquence d'étendre la punissabilité de l'auteur[245]. En revanche, il peut admettre l'existence d'un motif justificatif qui n'est pas expressément prévu par le droit en vigueur (tel que le consentement du lésé) ou étendre la portée d'un motif déjà existant (par ex. l'état de nécessité [art. 17 CP] en matière climatique) puisqu'une telle décision serait favorable au prévenu *(in favorem)*[246].

98 À ce stade, quelques remarques d'ordre *méthodologique* s'imposent: sur le modèle de l'art. 1 CC, la doctrine opère une distinction classique entre deux étapes successives de l'application du droit, à savoir l'interprétation de la loi (al. 1), qui cherche à établir le sens de la norme pour pouvoir l'appliquer au cas d'espèce, et le complètement de la loi (al. 2), qui vise à combler une lacune de la loi mise à jour par l'interprétation[247].

Différents types de lacunes:

Traditionnellement, on distingue entre lacune de la loi – qui peut être proprement ou improprement dite – et silence qualifié. Une *lacune proprement dite* suppose que le législateur se soit abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Par opposition, on se trouve face à un *silence qualifié* du législateur lorsque celui-ci a volontairement renoncé à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part. Quant à la *lacune improprement dite*, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. Seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, alors qu'il lui est en principe interdit de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites[248].

---

244 HURTADO POZO/GODEL, N 97; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 26; GRAVEN, p. 163; ACKERMANN, Lex certa, p. 7; cf. ég. ATF 138 IV 13 c. 4.1; CourEDH, Başkaya et Okçuoglu c. Turquie (GC), nº 23536/94, 8.7.1999, § 41 s.

245 Cf. par ex. STRÄULI, Provocation, p. 241, pour la légitime défense (art. 15 CP).

246 BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 24; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 49 s.; *contra* (en *droit français*): DECHENAUD, p. 142.

247 Il existe encore une troisième et ultime étape, la correction de la loi, qui ne sera pas abordée ici. La terminologie en la matière est loin d'être uniforme: ainsi, HÖHN (p. 314 ss) parle de développement du droit *(Rechtsfortbildung)*, lequel peut être *intra legem, praeter legem* ou *contra legem*; KRAMER/ANETH (p. 63 ss, 205 ss) distinguent l'interprétation au sens étroit *(Auslegung i.e.S.)* du droit judiciaire *(Richterrecht)*, lequel peut être lié *(gebundenes)* ou prétorien *(gesetzübersteigendes)*. Voir aussi BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 140 ss; CORNU, p. 9 s.; PIAGET, Thèse, p. 106 ss; RIKLIN, AT, § 3 N 11 ss. La jurisprudence n'est pas toujours claire non plus: cf. ATF 142 IV 389 c. 4.3.3.

248 PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 202 ss; KRAMER/ANETH, p. 205 ss.; STEINAUER, N 367 ss; ATF 149 III 117 c. 3.1. En matière pénale: ATF 145 IV 252 c. 1.6.1 (silence qualifié); 144 IV

L'analogie est un procédé qui peut intervenir à chacune de ces deux étapes – interprétation et complètement. Lorsqu'il interprète la loi, le juge peut ainsi tenir un raisonnement par analogie au sein de l'élément systématique, comme instrument logique servant à comparer plusieurs normes entre elles (tout comme son pendant, l'argument *a contrario*)[249]. Il peut également avoir recours à l'analogie en cas de listes exemplatives prévues par la loi, débutant par exemple par l'adverbe «notamment»[250], ou pour interpréter des notions juridiques au contenu ouvert[251]. Plus fondamentalement, la doctrine relève que l'interprétation en général et la subsomption en particulier sont des procédés largement analogiques: le juge compare l'état de fait qui lui est soumis avec la multitude d'états de fait potentiels qui sont à ses yeux compris dans la norme à appliquer[252]. 99

Tant qu'elle sert, comme dans ces exemples, à l'*interprétation* de la loi, l'analogie n'est pas prohibée par l'art. 1 CP. La situation est en revanche différente lorsque l'analogie est utilisée comme outil de *complètement* de la loi, par hypothèse lacunaire. Elle consiste alors à étendre le champ d'application d'une norme afin de l'appliquer à une situation qu'elle n'avait pas vocation à régler (application par analogie)[253]. En droit privé, une telle opération ne serait pas préjudiciable: on admet en effet largement le recours à l'analogie pour combler les lacunes de la loi (cf. art. 1 al. 2 CC)[254]. En droit pénal, le principe de la légalité limite fortement la marge de manœuvre de l'interprète, en ce sens que, selon la jurisprudence, le comblement de lacunes ne saurait que profiter à l'accusé[255]. Si le juge comble une lacune de manière défavorable au prévenu – 100

97 c. 3.2 (lacune proprement dite); 143 IV 85 c. 1.6 (lacune improprement dite); 142 IV 389 c. 4.3.1 (silence qualifié); 137 IV 99 c. 1.5 (lacune improprement dite).

249 Cf. N 43 *supra*.

250 Analogie *intra verba legis*, cf. PROBST, p. 268; GRAVEN/STRÄULI, p. 24, 45; GERMANN, Analogieverbot, p. 124; critiques en matière pénale: PIQUEREZ/MACALUSO, N 52. Voir par ex. ATF 148 IV 298 c. 7 et TF, 6B_948/2016, 22.2.2017, c. 4.2 [d], sur l'expression «encourage[r] ses activités de toute autre manière» figurant à l'art. 2 al. 1 LAQEI.

251 PAPAUX, p. 205: *«open textures»*; en droit pénal, cf. TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 49; cf. déjà GRAVEN J., p. 397.

252 WOHLERS, Grenzen, p. 1141; VEST, Einführung, p. 28; NIGGLI, Problematik, p. 161 ss; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 32; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 65a; PAPAUX, p. 199 s.; WOHLERS, Ratio legis, p. 81; AMSTUTZ/NIGGLI, p. 23, pour lesquels l'interdiction de l'analogie ne sert pas à distinguer l'interprétation de l'analogie, mais bien l'analogie admissible de l'analogie prohibée.

253 PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 178; ATF 137 III 337 c. 3.1: «extension téléologique».

254 KRAMER/ANETH, p. 205 ss.; STEINAUER, N 386 ss; PIAGET, Thèse, p. 110. Une controverse demeure sur le fait de savoir si l'analogie relève encore de l'interprétation (art. 1 al. 1 CC) ou déjà du droit judiciaire (al. 2), ce qui a une incidence (certes plus théorique que pratique) sur le moment auquel elle intervient: avant ou après le droit coutumier, lequel figure aussi à l'art. 1 al. 2 CC, mais avant le droit judiciaire; cf. STEINAUER, N 383 et nbp 34; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 155 ss et 377 ss.

255 ATF 137 IV 99 c. 1.2; 103 IV 129 c. 3a; 103 IV 27 c. 9b; 101 Ib 154 c. c; 87 IV 1 c. 3a; 46 I 211 c. 2. Pour la procédure pénale, cf. N 163 ss *infra*. La doctrine parle aussi du principe *in dubio pro libertate* (GRAVEN, p. 157), surtout connu en droit administratif et fiscal: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 189 ss; CORNU, p. 172 s.

généralement en appliquant la disposition litigieuse au cas d'espèce –, alors il viole l'interdiction de l'analogie *in malam partem*.

Exemple:

Sous cet angle, l'ATF 143 IV 49 est critiquable. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral constate l'existence d'une lacune (proprement dite) à l'art. 1 al. 2 let. j DPMin, lequel renvoie à diverses règles du CP en matière de prescription pénale, mais pas à l'art. 97 al. 3 CP, qui prévoit que la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu. Fort de ce constat, le Tribunal fédéral décide ensuite de combler cette lacune en déclarant l'art. 97 al. 3 CP applicable en droit pénal des mineurs également, sans un mot pour le principe de la légalité, qui aurait pourtant commandé une solution différente, en l'occurrence favorable au prévenu[256].

101 Le processus est toutefois rarement aussi transparent: bien souvent, c'est sous couvert d'interprétation que le juge – consciemment ou non – comblera une lacune de la loi[257]. L'interdiction de l'analogie en matière pénale porte donc sur la *limite admissible de l'interprétation à charge du prévenu*, au-delà de laquelle le tribunal n'interprète plus la loi, mais la complète, en la déclarant applicable à un état de fait qu'elle n'appréhende en réalité pas. L'enjeu est ici de savoir où placer cette limite.

C. Limite à l'interprétation en droit pénal

102 Le principe de la légalité (art. 1 CP) n'a de véritable portée que lorsqu'il est possible de dire où s'arrête l'interprétation et où commence l'analogie. La question est controversée, et deux écoles s'affrontent: la première voit la limite à l'interprétation dans le sens littéral possible de la loi; la seconde, dans son sens juridique. La situation est rendue encore plus compliquée en Suisse, du fait qu'il existe trois versions linguistiques de la même loi. On examinera enfin quelle est la position de la CourEDH s'agissant de l'art. 7 § 1 CEDH.

1. Limite du sens littéral possible

103 Pour permettre la distinction entre interprétation et analogie, une partie de la doctrine, prenant exemple sur l'Allemagne[258], propose de se fonder sur le critère du *sens littéral possible*. Cette notion comprend tous les états de fait concrets que l'énoncé légal peut

[256] Également critiques sous l'angle du principe de la légalité: RIEDO/GROSSENBACHER, p. 1364. La modification du CPP entrée en vigueur le 1.1.2024 a comblé cette lacune en créant une base légale spécifique (art. 36 al. 1bis P-DPMin).

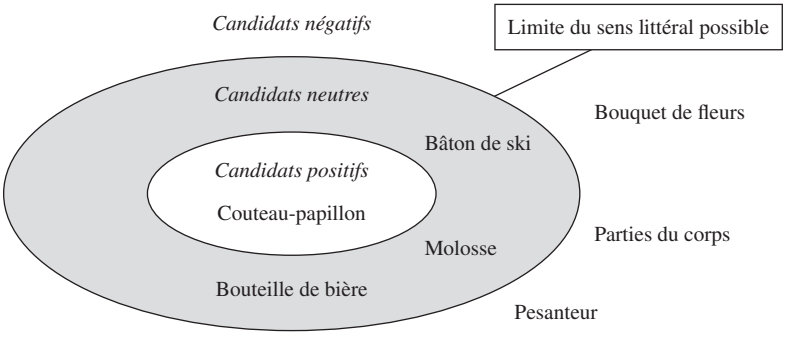
[257] GRAVEN, p. 154; ACKERMANN Lex certa, p. 15 *(«je nach Optik durch exzessive Auslegung oder offengelegte Lückenfüllung»)*; SUTER, p. 500; GRAF, Praxisänderung, N 129; cf. déjà GERMANN, Analogieverbot, p. 141; en *France*, cf. DECHENAUD, p. 140.

[258] ROXIN/GRECO, § 5 N 26 ss; NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 78 ss; GRECO, Analogieverbot, p. 145 ss, qui montre que la règle existe aussi en *Espagne*, au *Portugal*, en *Italie* et en *Autriche* (p. 200). Selon BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 320, on peut s'inspirer des conceptions prévalant dans d'autres pays pour donner ses contours à l'interdiction de l'analogie, en tant que principe général du droit pénal.

potentiellement couvrir selon le sens courant des mots utilisés ou, s'il s'agit de termes techniques ou juridiques, selon leur sens spécifique[259]. Lorsque le résultat de la démarche interprétative (soit la véritable portée de la norme, son sens juridique ou son *Rechtssinn*) est encore couvert par le sens possible des mots, il est question d'interprétation; en revanche, lorsque ce résultat dépasse le sens littéral possible, on quitte l'interprétation pour entrer dans le domaine de l'analogie.

Cette approche peut être illustrée par le modèle sémantique dit des *trois candidats*[260]: 104
pour chaque notion légale, il existe des candidats positifs, qui entrent indubitablement dans les termes de la loi et qui appartiennent ainsi à son noyau de signification *(Begriffskern)*, et des candidats négatifs, qui en sont indubitablement exclus. Entre ces deux catégories figure une zone grise, celles des candidats neutres qui, sans être indubitablement compris dans la notion légale, n'en sont pas pour autant indubitablement exclus; ils se situent dans les «zones d'ombres aux frontières de la définition»[261], mais restent encore à l'intérieur de son périmètre de signification *(Begriffshof)*, tracé par le sens littéral possible[262].

Le schéma suivant[263] présente le modèle des trois candidats, avec comme exemple la notion d'«objet dangereux» au sens de l'art. 123 ch. 2 al. 1 CP (lésions corporelles simples, poursuivies d'office): 105



[259] Voir parmi d'autres PIAGET, Thèse, p. 40 ss; PROBST, p. 262 ss. *Contra* (sur l'aspect technique): EICKER, Ermittlung, p. 187, qui critique ce qu'il appelle un *«Expertenstrafrecht»* sous l'angle de la précision de la base légale; voir aussi VAN DE KERCHOVE, Rédaction, p. 169 s., admettant une certaine «autonomie conceptuelle» du droit pénal, qui permet parfois de s'écarter d'un sens technique. Sur le sens courant et juridique/technique, cf. N 38 s. *supra*.

[260] Sur ce modèle: WOHLERS, Grenzen, p. 1141; KRAMER/ANETH, p. 68 ss; PROBST, p. 261 s.; COHEN, p. 57 ss et 175 s.; VEST, Systematische Einleitung, N 65; PIAGET, Thèse, p. 74 ss.

[261] CourEDH, Cantoni c. France (GC), n° 17862/91, 15.11.1996, § 32, par rapport à la technique législative des catégories générales (par opposition à celle des listes exhaustives).

[262] Sur les termes *Begriffshof* et *Begriffskern*, cf. WALTER T., N 5; cf. aussi HURTADO POZO/GODEL, N 142, qui opposent «noyau de signification (situations typiques)» et «zone marginale de signification (situations limites)».

[263] Inspiré de celui proposé par PROBST, p. 261.

106 Lorsque l'interprétation a pour effet d'exclure un candidat neutre de la notion légale, on dit qu'elle est restrictive. Au contraire, lorsque l'interprétation permet d'inclure un candidat neutre dans la notion légale, elle est dite extensive. La démarche consistant à admettre un candidat négatif dans la notion légale ne relève plus de l'interprétation, mais de l'analogie (ou plus exactement: du comblement de lacune par analogie)[264]. Dans cette dernière situation, on peut alors parler de limite du sens littéral possible ou du sens possible des mots *(«Grenze des möglichen Wortsinns»)*[265]. On distingue encore la réduction téléologique, opération qui consiste à exclure un candidat positif de la notion légale, et donc à restreindre la portée de la norme dont la teneur paraît trop large au regard de sa finalité[266].

107 **Exemples d'«objet dangereux»:**

En reprenant le schéma ci-dessus, la qualification d'un bâton de ski, d'un molosse ou d'une bouteille de bière en tant qu'objet dangereux au sens de l'art. 123 ch. 2 al. 1 CP aboutirait à une interprétation extensive de la notion, mais qui resterait couverte par son sens littéral possible, alors que la solution inverse serait le résultat d'une interprétation restrictive. Le choix entre l'une ou l'autre de ces interprétations dépendra du sens à donner aux termes «objet dangereux»: l'objet doit-il être dangereux par nature ou selon l'usage qui en est fait dans le cas concret? Sa dangerosité suppose-t-elle un risque de causer des lésions corporelles graves, ou des lésions corporelles simples suffisent-elles? Un animal est-il un objet? La réponse à ces questions sera fonction du poids à donner aux différents éléments d'interprétation[267]. En revanche, qualifier des fleurs, des parties du corps humains (poings, jambes, crâne [«coup de boule», etc.]) ou la simple pesanteur (chute au sol) d'«objet dangereux» irait manifestement au-delà du sens littéral possible de cette notion et serait donc qualifié d'analogie[268]. Enfin, le fait de dénier à un couteau-papillon le qualificatif d'objet dangereux reviendrait à opérer une réduction téléologique de l'art. 123 ch. 2 al. 1 CP[269].

264 Cf. KRAMER/ANETH, p. 72; PROBST, p. 262.

265 PROBST, p. 259; cf. aussi CR CC I-WERRO, Art. 1 N 57.

266 Techniquement, la réduction téléologique permet de combler une *lacune occulte* de la loi, laquelle ne fait pas une exception qui serait pourtant nécessaire au regard de son but. Cf. par ex. ATF 145 III 109 c. 5.1; 121 III 219 c. 1d/aa; en procédure pénale, cf. ATF 139 IV 25 c. 5.5.4.1 (restriction du droit de participer [art. 147 CPP]); 151 IV 175 c. 2.4.2 (motifs de mise sous scellés [art. 248 CPP)]; cf. aussi WALTER T., N 8: réduction téléologique de l'art. 111 CP afin de ne pas réprimer le suicide (tenté).

267 Le TF retient qu'un objet est dangereux s'il est employé comme une arme et qu'il est propre à causer des lésions corporelles graves (TF, 6B_926/2022, 8.6.2023, c. 1.2.3 et 1.4 [f]: coup à la tête avec un cendrier de 300g qui se brise près de l'œil de la victime; cpr. TF, 6B_617/2019, 14.11.2019, c. 1.3 [d]: simple coup avec la main qui tenait une bouteille de bière, sans que celle-ci ne soit utilisée comme instrument de frappe), ce qui se justifie pour des raisons littérales, systématiques (mise sur pied d'égalité du poison, des armes et des objets dangereux à l'art. 123 ch. 2 al. 1 CP) et téléologiques: ATF 96 IV 16 c. 3 (qui n'exige toutefois pas de dangerosité particulière); 111 IV 123; 101 IV 285. Pour le chien: VEST, Einführung, p. 30, qui conçoit qu'un gros chien puisse servir d'instrument à l'auteur et renvoie en outre à l'art. 110 al. 3bis CP.

268 Cf. BSK StGB-ROTH/BERKEMEIER, Art. 123 N 21 s.

Le point de savoir si le sens possible des mots constitue la limite entre interprétation et analogie n'est pas propre au droit pénal; elle fait aussi l'objet de débats nourris parmi les commentateurs de l'art. 1 CC ou les auteurs traitant de méthodologie juridique en général[270], même si l'enjeu est au final assez limité, puisqu'en *droit privé*, le juge peut et même doit se servir de l'analogie pour combler les lacunes[271]. En *matière pénale*, ce point est absolument central, puisqu'il doit permettre, on l'a vu, de distinguer entre un exercice nécessaire (l'interprétation de la loi) et un processus prohibé (l'analogie *in malam partem*). 108

Un grand nombre d'auteurs voient dans le sens possible des mots la limite supérieure à l'interprétation admissible des lois pénales[272]. Concrètement, cela signifie que toute interprétation selon l'élément historique, téléologique et/ou systématique qui ne serait plus couverte par le texte de la norme devrait – si elle est défavorable au prévenu – être rejetée, car relevant déjà de l'analogie[273]. 109

2. *Limite du sens juridique*

Cette position n'est pas (ou plus)[274] partagée par le *Tribunal fédéral*, qui considère que le principe de la légalité n'exclut pas une interprétation extensive de la loi, qui s'écarte 110

269 Qui ne porterait cependant guère à conséquence, puisque l'art. 123 ch. 2 al. 1 CP vise également les «armes», notion pour laquelle un couteau-papillon reste un candidat positif.

270 *En faveur de cette limite:* KRAMER/ANETH, p. 63 ss, 205 ss; BSK ZGB I-HONSELL Art. 1 N 12 s.; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 239 ss; STEINAUER, N 336; PIAGET, RDS, p. 290 s.; PIAGET, Thèse, p. 78 ss et les auteurs cités en p. 42. *En défaveur*: CORNU, p. 49 ss et les auteurs cités; WALTER, RJB 2011, p. 225; WALTER, RJB 2007, p. 729 s.; GELZER, p. 42; JAUN, p. 31; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 81; ZK ZGB-DÜRR, Art. 1 N 80; HÖHN, p. 207 s.

271 Reste qu'avec le sens littéral possible comme limite à l'interprétation, il incombe au juge désireux de s'écarter de la loi de démontrer en quoi celle-ci est lacunaire: cf. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 159.

272 WOHLERS, Grenzen, p. 1140 ss; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 23; GETH, N 83; HK StGB-WOHLERS, Art. 1 N 13; AK StGB-GRAF, Art. 1 N 2; MAEDER, PJA 2018, p. 1420; ACKERMANN, Lex certa, p. 14 s.; COHEN, p. 194 ss; GRAF, Praxisänderung, N 129 ss, 316 ss; RIKLIN, AT, § 3 N 25 ss; PROBST, p. 258 s.; WOHLERS, Ratio legis, p. 87; GRAVEN/STRÄULI, p. 56; NIGGLI, Problematik, p. 167 s.; GRAVEN, p. 164. *Moins affirmatifs*: DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 42; NIGGLI/MUSKENS, Recht und Moral, p. 19 s.; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 37 s. (voir toutefois N 39); OFK StGB-DONATSCH/HEIMGARTNER, Art. 1 N 27; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 817; WOLFFERS, p. 585 ss (et les auteurs cités p. 574); THORMANN/VON OVERBECK, Art. 1 N 7. Voir aussi les auteurs de *méthodologie juridique* se prononçant spécifiquement sur le droit pénal: KRAMER/ANETH, p. 71 et 47; BSK ZGB I-HONSELL Art. 1 N 13; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 119, 240; GRÜNINGER, N 81; PIAGET, RDS, p. 301 s.; PIAGET, Thèse, p. 111 ss; cf. aussi ZK ZGB-DÜRR, Vor. Art. 1-4 N 242; WALTER, Methodenpluralismus, p. 163; HÖHN, p. 222.

273 HK StGB-WOHLERS, Art. 1 N 13; PROBST, p. 258 nbp 35. Voir aussi COHEN, p. 190.

274 Certains arrêts anciens reconnaissaient en effet la limite du sens littéral possible: ATF 69 IV 75 c. 5; 69 IV 174 c. 1; 70 IV 126 c. 1 («*[Die ratio legis] erlaubt nicht, Fälle darunter zu subsumieren, die nach dem allgemein anerkannten Wortsinn nicht darunter fallen*»); 71 IV 21 c. 1; GRAVEN/STRÄULI, p. 56; GERMANN, Grundfragen, p. 120 s.

du texte légal, le cas échéant au détriment du prévenu[275]. C'est ici une conséquence, en matière pénale, de son pluralisme méthodologique: un texte, aussi limpide soit-il, peut ne pas restituer exactement et complètement le juste sens de la norme, qui reste à établir à l'aide des autres éléments d'interprétation[276]. L'interprète qui, sur la base de ces autres éléments, dépasse la lettre de la loi pour en dégager le sens – on parle alors de *sinngemässe Auslegung*[277] – ne contrevient pas au principe de la légalité puisque, précisément, il reste à l'intérieur du périmètre de la loi, tracé par le sens véritable de celle-ci. La véritable limite à l'interprétation n'est donc plus le sens littéral possible de la norme, mais bien son sens véritable ou sens juridique *(Rechtssinn)*[278]. La jurisprudence contient plusieurs exemples d'interprétation extensive de normes pénales, difficilement compatibles avec le texte de la loi.

Exemples:

Le Tribunal fédéral a retenu que, contrairement à son texte, l'infraction de contrainte sexuelle (art. 189 aCP) ne réprimait pas seulement le fait de contraindre une personne à subir des actes d'ordre sexuel, mais également le fait de la contraindre à accomplir de tels actes[279]. Par ailleurs, il a admis que le terme «chose» désignait également les créances, lesquelles étaient dès lors susceptibles d'appropriation (art. 141 aCP)[280], ou qu'on pouvait encore parler de «soustraction» (élément du vol, art. 139 CP) lorsque l'auteur s'emparait d'un porte-monnaie trouvé dans une cabine-téléphonique, égaré là par son propriétaire pris de boisson, qui s'en était souvenu le lendemain seulement, une fois les effets de l'intoxication estompés[281].

---

275 ATF 137 IV 99 c. 1.2; 103 IV 129 c. 3a; 90 IV 180 c. 6, qui précise que la solution ainsi trouvée doit s'imposer «d'une manière pressante, c'est-à-dire que l'interprétation conforme au texte ne puisse raisonnablement correspondre au sens véritable de la loi»; cf. aussi ATF 147 IV 274 c. 2.1.1; 145 IV 470 c. 4.5; 6B_149/2019, 11.12.2019, c. 1.4.2 [d].

276 Cf. ATF 128 IV 272 c. 2; 127 IV 198 c. 3b; 111 IV 119 c. 4c; 95 IV 68 c. 3a; 90 IV 180 c. 6; 87 IV 115; GRAVEN, Interprétation, p. 157. Pour illustrer le propos en référence à PROUST, on pourrait dire que le juge part ici à la recherche non pas du temps, mais bien du *sens* perdu.

277 Voir par ex. ATF 134 IV 297 c. 4.3.1; GRAVEN, Interprétation, p. 154; COHEN, p. 180 s.

278 CR CC I-WERRO, Art. 1 N 57; PROBST, p. 266; CORNU, p. 51; ATF 143 V 312 c. 5.5; 141 III 84 c. 2; 121 III 219 c. 1d/aa; voir ég. ATF 138 I 367 c. 5.4 («esprit de la loi»); 148 IV 329 c. 5.1; cf. déjà ATF 111 Ia 292 c. 3b *(«wahren Rechtssinn»)*.

279 ATF 127 IV 198 c. 3b/bb, qui conclut à une inadvertance du législateur, et la critique d'ACKERMANN, Lex certa, p. 11 s. L'inadvertance a été corrigée dans le cadre de la dernière révision du droit pénal en matière sexuelle (cf. not. art. 189 al. 1 et 190 al. 1 nCP [FF 2023 1521]: «ou lui fait commettre»; cf. déjà Message harmonisation, p. 2933; Rapport de la CAJ-CE du 28.1.2021, ch. 3.6.1.1 p. 30; Rapport sur les résultats de la consultation du 8.8.2021, ch. 4.9.1 p. 23); cf. aussi WOHLERS, Grenzen, p. 1143 ss.

280 ATF 87 IV 115 (Nehmad) et 116 IV 134, avec les critiques de GRAVEN, Interprétation, p. 161; NIGGLI, Problematik, p. 168 s.; CASSANI, Protection, p. 115 ss. Cf. actuellement art. 141bis CP (utilisation sans droit de valeurs patrimoniales), adopté à l'incitation du TF lui-même dans l'arrêt Nehmad (c. 2c); voir aussi ATF 131 IV 11 c. 3.1.1; 123 IV 125 c. 2a.

281 ATF 112 IV 9 c. 2. La doctrine prône désormais l'application de l'art. 137 ch. 2 CP (appropriation illégitime) à une telle situation: CR CP II-PAPAUX, Art. 139 N 21.

En France, la Cour de cassation a une approche assez semblable, consistant à écarter les méthodes littérale et analogique au profit de la méthode téléologique et à faire ainsi prévaloir l'intention ou le but du législateur *(ratio legis)* sur la lettre de la loi, avec souvent pour conséquence une interprétation extensive, malgré l'art. 111-4 CP/F, qui prescrit que «[l]a loi pénale est d'interprétation stricte»[282]. À la même époque que les arrêts du Tribunal fédéral cités ci-dessus, la Chambre criminelle rendait des décisions étonnamment similaires, jugeant par exemple qu'une «chose» volée pouvait être du courant électrique[283], ou qu'à côté d'une soustraction matérielle (soit le fait de prendre, enlever, ravir), il existait également une soustraction dite juridique, prenant la forme d'une simple interversion de la possession d'une chose[284]. La jurisprudence française souffre toutefois du même manque de lisibilité que celle du Tribunal fédéral, la doctrine déplorant la «grande difficulté» à distinguer entre téléologie et analogie[285].

111 Dans l'approche du Tribunal fédéral, la démarcation entre candidats neutres et candidats négatifs n'a plus de véritable portée, puisqu'une disposition légale pourra tout aussi bien être appliquée à un candidat négatif qui, bien que clairement exclu de son sens littéral, sera toutefois compris dans son sens juridique ou sens véritable[286]. La jurisprudence admet d'ailleurs que l'interprète puisse avoir recours à l'analogie, en tant qu'instrument permettant de dégager, par voie d'interprétation, le sens véritable de la norme[287]. Dans un tel cas, l'interprétation selon l'élément historique, téléologique et/ou systématique commande que la loi soit appliquée – par analogie – à un candidat négatif. La démarche n'est pas contraire au principe de la légalité, ni à l'interdiction de l'analogie. En revanche, lorsque l'interprétation que le juge donne de la norme n'est couverte ni par son sens littéral (candidat négatif), ni surtout par son sens véritable (tel qu'il découle des autres éléments d'interprétation), alors il crée par analogie un nouvel état de fait punissable et enfreint le principe de la légalité[288].

282 PRADEL/VARINARD, Grands arrêts pénal, p. 318 ss, avec des ex.; SAINT-PAU, p. 278 ss.

283 Crim., 12.12.1984, Bull. crim. 1984, n° 403; l'art. 311-2 CP/F assimile désormais la soustraction d'énergie au vol, cf. PIN, Assimilation, p. 35 s. Au XIX^e^ siècle, le *Reichsgericht* allemand était parvenu à la solution contraire, sur la base précisément de la limite du sens littéral possible: RGSt 29, 111; RGSt 32, 165; cf. GRECO, Analogieverbot, p. 205.

284 Crim., 19.2.1959, Bull. crim. 1959, n° 121; DREYER, Droit pénal général, N 659.

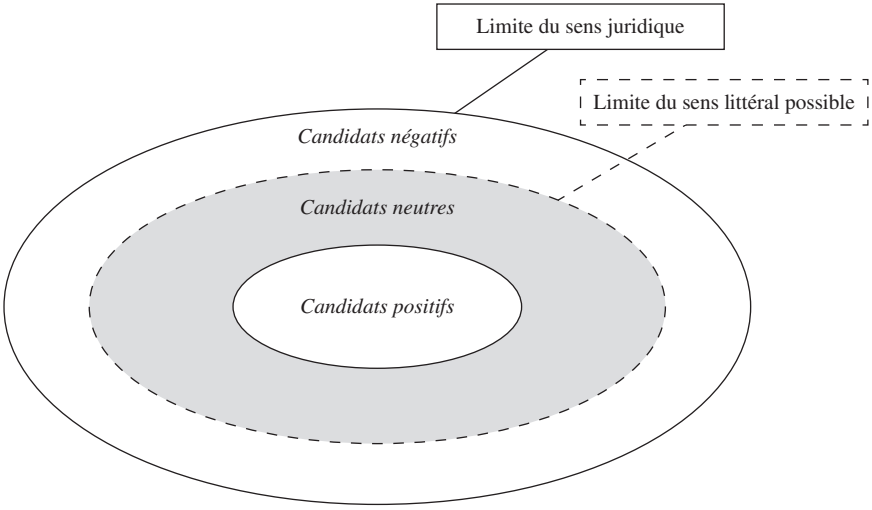
285 PRADEL/VARINARD, Grands arrêts pénal, p. 331; cf. aussi DREYER, Droit pénal général N 662; DECHENAUD, p. 147.

286 PROBST, p. 267; ATF 77 IV 182, qui place la norme déduite par voie d'interprétation sur un pied d'égalité avec la disposition légale, et la critique de WOLFFERS, p. 577 ss.

287 ATF 127 IV 198 c. 3b: *«Sinngemässe Auslegung kann auch zu Lasten des Beschuldigten vom Wortlaut abweichen. Im Rahmen solcher Gesetzesauslegung ist auch der Analogieschluss erlaubt; denn er dient dann lediglich als Mittel sinngemässer Auslegung»*. Voir aussi ATF 134 IV 297 c. 4.3.1; 128 IV 272 c. 2; 116 IV 134 c. 2a; 87 IV 115. Ces arrêts reprennent les idées de GERMANN (Grundfragen, p. 121; Analogieverbot, p. 137), développées dans les années 1940.

288 Cf. déjà GERMANN, Analogieverbot, p. 131, 136 s.

112 En reprenant le même schéma que ci-dessus[289], l'approche du Tribunal fédéral revient à brouiller la frontière entre candidats neutres et candidats négatifs, qui était fonction du sens littéral possible, et à la remplacer par une nouvelle frontière, plus large encore, celle du sens juridique:



113 Le Tribunal fédéral reconnaît lui-même le caractère délicat de la distinction entre l'interprétation d'une disposition pénale au détriment de l'accusé, admissible en soi, et la création d'une nouvelle incrimination par analogie, prohibée par l'art. 1 CP[290]. Il s'en tient néanmoins à son pluralisme pragmatique, dans le souci de parvenir, en droit pénal également, à une solution matériellement juste dans le cas d'espèce[291]. Il se montre éclectique dans le choix de l'élément qui sera en l'occurrence décisif pour dégager le sens véritable de la loi, quitte à s'affranchir du sens possible des mots, lequel ne constitue donc pas une limite à son interprétation[292]. Cela ne l'empêche évidemment pas de donner parfois la préférence à l'élément littéral, lorsqu'il correspond au sens

289 Schéma également inspiré de celui proposé par PROBST, p. 266.

290 ATF 128 IV 272 c. 2; 127 IV 198 c. 3b; 116 IV 134 c. 2a; voir déjà ATF 71 I 3.

291 Cf. les arrêts cités sous N 89 *supra*. Cf. ég. la formule *«Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis»*, qu'on retrouve aussi dans des arrêts de droit pénal (ATF 144 I 242 c. 3.1.2; 134 IV 297 c. 4.3.1). Voir aussi les arrêts où le TF retient, de manière à notre sens trop péremptoire, que la question de savoir si un certain comportement tombe sous le coup d'une disposition pénale à interpréter se pose justement lorsque ce comportement paraît répréhensible (ATF 128 IV 272 c. 2; 127 IV 198 c. 3b; 116 IV 134 c. 2a; ég. critique COHEN, p. 186 s.).

292 Cf. TF, 6P.84/2003, 24.11.2003, c. 3.2 [d], qui rejette de manière explicite la doctrine du *«möglichen Wortsinn als Grenze»*. Voir aussi les arrêts cités sous N 89 *supra*.

juridique de la norme à interpréter[293]. Tel a notamment été le cas pour une série d'arrêts récents, rendus en matière d'intégrité sexuelle (avant la révision du 1er juillet 2024), dans lesquels le Tribunal fédéral a refusé, au nom du principe de la légalité (art. 1 CP), d'interpréter extensivement la loi de manière défavorable au prévenu et a ainsi confirmé un acquittement pour viol (art. 190 CP) en l'absence d'acte de contrainte sur une femme dans un état de sidération[294] ainsi qu'un acquittement pour actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP) en cas de *Stealthing*[295]. Certains ont cru y discerner une tendance à revaloriser la lettre de la loi[296]. Mais ce n'est en réalité qu'une émanation du pluralisme pragmatique, qui imposera peut-être de trancher l'affaire suivante en fonction de l'élément historique, systématique ou encore téléologique[297].

La position du Tribunal fédéral trouve l'appui de la *doctrine* encore présentée[298] comme *dominante*, qui considère qu'en droit pénal, le principe de la légalité ne fait pas obstacle à une interprétation (à charge) allant au-delà du sens possible des mots[299]. Parmi les auteurs défendant la limite du sens littéral possible, certains admettent également que le juge puisse s'écarter de la lettre de la loi au détriment du prévenu, mais seulement en cas d'inadvertance manifeste ou d'erreur de rédaction crasse du législateur[300]. Une position similaire à celle du Tribunal fédéral se retrouve égale- 114

[293] ATF 144 I 242 c. 3.1.2 et 3.2: l'amende d'ordre au détenteur du véhicule (art. 6 aLAO [désormais art. 7 LAO]) ne peut pas être prononcée lorsque ce détenteur est une personne morale, l'énoncé légal ne prévoyant pas expressément cette situation (malgré l'élément téléologique); cf. aussi ATF 145 IV 114 c. 3.3.2 (affaire Rudolf Elmer): les notions d'employé et de mandataire à l'art. 47 LB doivent être interprétées restrictivement; ATF 150 IV 255 c. 3.6.3: le terme «science» à l'art. 11 LStup ne peut pas être compris comme renvoyant aux règles déontologiques en matière d'assistance au suicide, qui relèvent de l'éthique et de la morale. Pour d'autres ex., cf. COHEN, p. 184 s.

[294] ATF 148 IV 234 c. 3.5, 3.7 et 3.8.

[295] ATF 148 IV 329 c. 5.1, 5.2 et 5.4.3.

[296] PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 23.

[297] BIAGGINI, Ratio legis, p. 60: «ambivalence» des éléments d'interprétation.

[298] À tout le moins par PC CP, Art. 1 N 31, et KRAMER/ANETH, p. 47. PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 22 s., nuancent à juste titre le caractère dominant de cette position; cpr. aussi avec les nombreux auteurs cités sous nbp 272 *supra*.

[299] STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 30 s.; CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 62a, 65 ss (voir toutefois N 41); TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 46 s.; PIQUEREZ/MACALUSO, N 52; HURTADO POZO, PG, N 169 s.; SCHUBARTH, Nachbetrachtung, p. 99; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 208; voir aussi les auteurs (allemands) cités par COHEN, p. 192 ss; parvenant au même résultat: AMSTUTZ/NIGGLI, p. 24; pour la doctrine plus ancienne: GRAVEN J., p. 410 ss; LOGOZ, Art. 1 N 4; WAIBLINGER, p. 4 s.; GERMANN, Analogieverbot, p. 125; GERMANN, Grundfragen, p. 121 ss; la situation est similaire en droit fiscal: CORNU, p. 237 s.

[300] COHEN, p. 201 ss: s'arrêter à la lettre de la loi relèverait dans ce cas du formalisme excessif; voir aussi les références citées par RIKLIN, AT, § 3 N 29 *(«berichtigende Auslegung»)*; *contra* sur ce point: WOHLERS, Grenzen, p. 1144 s.; GRAF, Praxisänderung, N 318.

ment dans certains ordres juridiques étrangers qui, tout en affirmant que la loi pénale doit en principe être interprétée strictement, valident des solutions qui vont pourtant bien au-delà du sens littéral possible[301].

3. Plurilinguisme helvétique

115 En Suisse, le débat autour du sens littéral possible ou du sens juridique comme limite à l'interprétation admissible est exacerbé par la *pluralité linguistique* des textes de loi, publiés dans les trois langues officielles que sont l'allemand, le français et l'italien (art. 14 al. 1, 1ère phrase LPubl; art. 70 al. 1 Cst.). Le principe est celui de l'équivalence ou de l'égalité des trois versions linguistiques du texte (art. 14 al. 1, 2ème phrase LPubl), mais des nuances, des ambiguïtés, des divergences, des erreurs de traduction, voire une impossibilité de traduire fidèlement un terme ne peuvent être évitées[302]. Dans toutes ces situations, il faudra déterminer quelle version de la loi fait foi.

116 Dans certains arrêts très anciens, le *Tribunal fédéral* retenait qu'en matière pénale, il fallait faire application du texte le plus favorable au prévenu, à tout le moins lorsqu'il s'agissait de la version rédigée dans sa langue maternelle[303]. Très vite toutefois, notre Haute Cour est revenue sur cette jurisprudence, considérant qu'en cas de divergence entre les textes, «le sens véritable de la loi doit être recherché selon les méthodes usuelles de l'interprétation, en droit pénal aussi bien qu'en d'autres domaines du droit»; en particulier, le principe de la légalité (art. 1 CP) ne saurait faire obstacle à l'application du texte «juste», dans lequel la loi est contenue, et cela même si l'acte ne serait pas punissable en vertu d'un texte rédigé dans une autre langue[304]. Les principes énoncés dans cet arrêt, qui date de 1943, sont encore valables aujourd'hui[305]. Ils sont cohérents avec l'approche du Tribunal fédéral quant au sens juridique comme limite à l'interprétation: dès lors que le principe de la légalité (art. 1 CP) n'empêche pas une interprétation à charge du prévenu qui ne serait plus couverte par le texte de la loi, il n'empêche pas non plus, à plus forte raison *(a maiore ad minus)*, qu'une version linguistique de la loi soit préférée à une autre, et cela même si cette autre version est en réalité plus favorable au prévenu et/ou rédigée dans sa langue maternelle[306].

---

301 Outre la *France* déjà citée, on mentionnera l'*Angleterre*, avec le *«principle of strict construction»*, et les *États-Unis*, avec la *«rule of lenity»*, qui ne les empêchent pas d'avoir recours à une interprétation extensive. Cf. GRECO, Analogieverbot, p. 200 ss, avec des ex.

302 SCHUBARTH, Auslegung, p. 12 ss, avec des ex.; PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 140 ss, et les nombreuses références; PERRIER DEPEURSINGE, CPP annoté, Art. 2 al. 2; voir aussi ATF 140 IV 118 c. 3.3.1.

303 ATF 48 I 441 c. 1; 51 I 159 c. 1; cf. aussi ATF 47 III 4; CLERC, Introduction, p. 23 s.

304 ATF 69 IV 178 c. 1. Cpr. d'une part GARRÉ, N 1, qui juge cet arrêt problématique à l'aune de l'art. 1 CP, et d'autre part GRAVEN J., p. 413; GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 7[2]; et STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 33, qui appuient cette solution.

305 Cf. ATF 140 IV 118 c. 3.3.1; 135 IV 113 c. 2.4.2 ss; voir déjà ATF 70 IV 28 c. 1; 76 IV 237 c. 5; 77 IV 77; en lien avec l'art. 1 CP, voir TF, 6B_64/2014, 26.6.2014, c. 1.4 [d]; en doctrine, voir PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 149; GARRÉ, N 1, 6; STEINAUER, N 264; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 37 s.; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 16; cf. ég. art. 33 CV en droit international.

306 Pour des ex., voir PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 16; GARRÉ, N 4.

Pour les partisans de la limite du *sens littéral possible*, en revanche, il faut pouvoir déterminer à l'avance laquelle des trois versions linguistiques, par hypothèse divergentes, constituera précisément la limite à l'interprétation. Cet exercice est nécessaire dès lors que le sens dégagé à l'aide des autres éléments d'interprétation dépasse le sens littéral possible d'au moins un des trois textes officiels. La question est controversée en doctrine: certains proposent de retenir le sens littéral possible du texte le plus large par rapport aux deux autres (ce qui revient à faire la somme des trois langues officielles)[307], d'autres, au contraire, celui du texte le plus étroit ou du «plus petit dénominateur commun»[308]. Une partie de la doctrine suggère enfin de choisir le texte rédigé dans la langue maternelle du prévenu ou celle de son canton de domicile, voire d'arrêter une unique version linguistique comme étant juridiquement contraignante[309]. Des problèmes et des solutions similaires se retrouvent en droit pénal européen et international, où la doctrine propose de se fonder également sur la langue du lieu de commission de l'infraction[310]. 117

4. Position de la CourEDH

Nous avons vu que la *CourEDH* rejetait une application extensive des lois pénales au détriment de l'accusé, notamment au travers de l'analogie[311]. Cependant, elle reconnaît en même temps que le principe de la légalité (art. 7 § 1 CEDH) n'interdit pas la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition toutefois que le résultat de cette interprétation soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible[312]. 118

La première condition, celle de la cohérence avec la substance de l'infraction, suppose de vérifier si l'interprétation est conforme au libellé de la disposition de la loi pénale en cause lue dans son contexte[313], formule qui plaide pour un certain attachement à la lettre de la loi[314]. Dans ce sens, certains arrêts retiennent que, pour satisfaire à l'art. 7 CEDH, une infraction doit être «clairement» et même «strictement» définie par la loi[315]. 119

307 WOHLERS, Grenzen, p. 1141 nbp 27; GETH, N 85; WOHLERS, Ratio legis, p. 88 nbp 44; *contra*: GRECO, Analogieverbot, p. 206 (droit pénal européen).

308 ACKERMANN, Lex certa, p. 15; GRAF, Praxisänderung, N 319.

309 GRAF, Praxisänderung, N 319; cf. aussi GRECO, Analogieverbot, p. 207 s. (critique).

310 Sur l'ensemble de la question: GRECO, Analogieverbot, p. 205 ss et 214 s.

311 Cf. N 94 *supra*.

312 CourEDH, Vasiliauskas c. Lituanie (GC), nº 35343/05, 20.10.2015, § 155; Korbely c. Hongrie (GC), nº 9174/02, 19.9.2008, § 70 s.; cf. aussi ATF 138 I 367 c. 5.3. En doctrine, voir SUMMERS, Sentencing, p. 32 ss; MANZONI, p. 855; cf. aussi SCALIA DAMIEN, Du principe de la légalité des peines en droit international pénal, Bruxelles 2011, p. 60 ss.

313 CourEDH, Jorgic c. Allemagne, nº 74613/01, 12.7.2007, § 104 s.; CourEDH, Guide art. 7 CEDH, N 37.

314 VAN DE KERCHOVE, Rédaction, p. 167: exigence de «qualité de la loi» pour la CourEDH.

315 CourEDH, Yüksel Yalçinkaya c. Turquie (GC), nº 15669/20, 26.9.2023, § 238 et 256; Kokkinakis c. Grèce, 25.5.1993, nº 14307/88, § 52.

120 Toutefois, la CourEDH estime que la seconde condition, celle de la prévisibilité, est remplie lorsque le justiciable pouvait savoir, au moment des faits, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale, cela à partir du libellé de la disposition pertinente mais aussi, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quitte à s'entourer de conseils juridiques éclairés[316]. Une prudence accrue est par ailleurs attendue des professionnels dans l'évaluation des risques de leur métier[317]. Cette seconde condition tend donc à souligner le rôle prépondérant de l'interprétation judiciaire qui, pour autant qu'elle se borne à poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence[318], peut donner à la loi une signification allant au-delà de sa lettre[319] voire, pour les pays de *common law*, détachée de toute loi écrite[320]. La seule limite dans ce cadre est toujours que l'interprétation doit être compatible avec l'essence ou la substance même de l'infraction[321], notion qu'on peut dès lors rapprocher du sens véritable de la loi selon la conception du Tribunal fédéral[322].

Exemple:

Dans l'arrêt ATF 147 IV 274 (c. 2.1.1 et 2.3.2), le Tribunal fédéral, en référence à une décision de 1985 de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, admet que les éléments constitutifs de l'infraction – en l'occurrence: la notion de «soupçons fondés» de l'art. 9 LBA – peuvent être précisés et adaptés à des circonstances nouvelles, pour autant qu'elles entrent raisonnablement dans la «conception originelle» de l'infraction. À notre sens, l'«essence», la «substance», la «conception originelle» ou le «sens véritable» de la loi sont des notions synonymes.

121 Dans ses arrêts, la CourEDH rappelle régulièrement qu'il ne lui incombe normalement pas de se substituer aux juridictions nationales, à qui il appartient au premier chef d'in-

316 CourEDH, Kononov c. Lettonie (GC), nº 36376/04, 17.5.2010, § 185; Del Río Prada c. Espagne (GC), nº 42750/09, 21.10.2013, § 79.

317 CourEDH, Cantoni c. France (GC), nº 17862/91, 15.11.1996, § 35; Total S.A. et Vitol S.A. c. France, nº 34634/18 et 43546/18, 12.10.2023, § 56 et 66 (corruption).

318 CourEDH, S.W. c. Royaume-Uni, nº 20166/92, 22.11.1995, § 43 (sur cet arrêt, voir BEAUVAIS, Prévisibilité, p. 14 s.); CourEDH, Pessino c. France, nº 40403/02, 10.10.2006, § 35.

319 CourEDH, Baldassi et autres c. France, nº 15271/16, 11.6.2020, § 36 ss; cf. ég. CourEDH, Del Río Prada c. Espagne (GC), nº 42750/09, 21.10.2013, § 115; Contrada c. Italie, nº 66655/13, 14.4.2015, § 64 ss; MANZONI, p. 854; Karpenstein/Mayer EMRK-SINNER, Art. 7 N 13; LK StGB-DANNECKER/SCHUHR, § 1 N 9; TOUILLIER, p 4 s.; LACAZE, Bien juridique, N 222. Le TF semble en faire une lecture similaire: ATF 143 II 297 c. 9.5 *in fine*.

320 CourEDH, Yüksel Yalçinkaya c. Turquie (GC), nº 15669/20, 26.9.2023, § 238; LR EMRK-ESSER, Art. 6 N 23 s. La CourEDH, dans le souci de respecter les traditions juridiques des États parties, ne reconnaît ainsi pas le principe *nulla poena sine lege scripta* (cf. GRECO, Analogieverbot, p. 198 s.).

321 CourEDH, Vasiliauskas c. Lituanie (GC), nº 35343/05, 20.10.2015, § 185; Parmak et Bakir c. Turquie, nº 22329/07, 3.12.2019, § 65; Navalnyye c. Russie, nº 101/15, 17.10.2017, § 68; BEAUVAIS, Prévisibilité, p. 15 s.

322 Cf. TF, 6P.122/2004, 8.3.2004, c. 10.1.1 [d] n.p. in ATF 131 IV 64; voir aussi CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 42a; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 31.

terpréter le droit interne; elle souligne cependant qu'elle jouit d'un pouvoir de contrôle plus large lorsque la question posée est celle de l'existence d'une base légale pour le prononcé d'une condamnation ou d'une peine, comme l'exige l'art. 7 CEDH[323]. En conséquence, la CourEDH examinera si l'infraction est clairement prévue en droit interne, mais aussi si les juridictions internes ont méconnu le droit pertinent ou en ont fait dans une affaire donnée une interprétation et une application déraisonnables, au point de «dénaturer» la loi[324].

Enfin, précisons que ce qui figure ci-dessus pour l'art. 7 § 1 CEDH et les lois pénales des États parties ne s'applique pas toujours à l'interprétation de la CEDH elle-même: si la CourEDH affirme depuis de nombreuses années que la Convention est un «instrument vivant», qui peut faire l'objet d'une interprétation évolutive et dynamique, afin de rendre ses exigences «concrètes et effectives, et non théoriques et illusoires»[325], d'autres arrêts retiennent qu'une telle interprétation dynamique peut trouver ses limites dans le sens ordinaire des mots de la convention (cf. art. 31 § 1 CV)[326]. 122

D. Appréciation personnelle

1. Une question d'interprétation de l'art. 1 CP

Au fond, le débat sur le critère de délimitation entre interprétation et analogie revient à interpréter l'art. 1 CP lui-même[327]. Pour les partisans de la limite du sens possible des mots, la priorité doit être donnée à l'élément *littéral*: ainsi, l'adverbe *expressément* (*ausdrücklich*; *espressamente*) – qui signifie «explicitement», «précisément», ou encore «exprimé de manière à ne laisser aucun doute possible»[328] – se rapporte directement au terme *loi*, ce qui plaide en faveur d'une interprétation n'allant pas au-delà de ce que prévoit ladite loi. 123

> À noter que, selon le dictionnaire Le Grand Robert, le terme «expressément» peut également vouloir dire «avec une intention, une volonté spéciale bien déterminée»[329], ce qui n'est pas sans rappeler l'interprétation selon l'élément historique ou téléologique.

---

323 CourEDH, Yüksel Yalçinkaya c. Turquie (GC), nº 15669/20, 26.9.2023, § 240 s. et 255; Kononov c. Lettonie (GC), nº 36376/04, 17.5.2010, § 197 s.; Vasiliauskas c. Lituanie (GC), nº 35343/05, 20.10.2015, § 160 s; VILLIGER, § 20 N 628.

324 CourEDH, Yüksel Yalçinkaya c. Turquie (GC), nº 15669/20, 26.9.2023, § 256 (terrorisme).

325 Cf. parmi beaucoup d'autres CourEDH, Soering c. Royaume-Uni, 7.7.1989, § 87 et 102; en doctrine, cf. GERARDS, p. 106 ss.

326 CourEDH, Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie (GC), nº 18030/11, 8.11.2016, § 134 ss (art. 10 § 1 CEDH) et les nombreuses références citées par le juge Sicilianos dans son opinion concordante (§ 2 ss). Cela n'empêche bien évidemment pas de débattre sur le sens ordinaire des mots: cf. l'opinion dissidente du juge Spano dans la même cause (§ 4 ss). Sur l'interprétation de la CEDH en général, cf. GERARDS, p. 101 ss et 140 ss; pour une critique de l'interprétation de l'art. 6 CEDH (aspect pénal) par la CourEDH: GOSS, p. 15 ss.

327 Dans le même sens, cf. WOLFFERS, p. 589; WAIBLINGER, p. 4.

328 Dictionnaires le Littré et Le Grand Robert en ligne, entrées «expressément» et «exprès».

329 Dictionnaire Le Grand Robert en ligne, entrée «expressément»; dans ce sens, cf. WAIBLINGER, p. 4.

> Dès lors toutefois que le terme *expressément* se rapporte à la *loi*, il n'y a guère plus de doute sur le sens (littéral) de la formule: la loi doit clairement prévoir les comportements punissables.

124 Les défenseurs de la limite du sens juridique, pour leur part, privilégient une interprétation de l'art. 1 CP non pas selon l'élément littéral, mais selon sa *ratio legis*, ce qui correspond en l'occurrence à l'élément *téléologique*: le but de cette disposition est de permettre au juge de trouver le véritable sens de la norme, sans s'arrêter à son texte, qui peut être imparfait ou défectueux[330].

2. Trois arguments en faveur du sens littéral possible

125 L'approche de la doctrine qui voit dans le sens littéral possible la limite à l'interprétation emporte notre conviction, pour trois raisons.

a. Fidélité au texte et au contexte de l'art. 1 CP

126 Premièrement, cette approche est conforme au texte même de l'art. 1 CP (argument littéral), ce qui est la moindre des choses si l'on admet que cette disposition, la première du Code pénal, n'est pas placée là par hasard, mais bien parce qu'elle contient des directives fondamentales à l'intention de l'interprète, valables pour l'ensemble du droit pénal matériel (argument systématique). La position du Tribunal fédéral et de la doctrine majoritaire revient au contraire à ignorer ces directives et à proposer une interprétation *contra legem* du premier article du Code pénal déjà, qui deviendrait lettre morte.

127 La controverse autour du sens possible des mots comme limite entre interprétation et analogie peut être vue comme le reflet du débat, beaucoup plus global, sur le droit pensé comme un ensemble de règles codifiées (positivisme juridique) ou, au contraire, comme un ensemble de normes supérieures, conformes à la nature humaine et détachées du droit écrit (jusnaturalisme)[331]. Sans entrer plus en profondeur dans ce débat, qui dépasse très largement l'objet de la présente étude, il nous faut toutefois rappeler que, dans un État de droit comme la Suisse, l'ensemble de l'activité étatique – y compris la répression des infractions pénales – doit se fonder sur une base légale, conformément au principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.). En matière pénale, là où les atteintes aux libertés fondamentales sont les plus fortes, le principe de la légalité est en quelque sorte *qualifié*[332]: un individu ne peut être condamné qu'en raison d'un acte «expressément réprimé par la loi» (art. 1 CP). Cette formulation tend déjà à confirmer

---

330 WAIBLINGER, p. 5; cf. ég. WOHLERS, Ratio legis, p. 83 (critique).

331 Cf. CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 65; WAIBLINGER, p. 3. Voir déjà GERMANN, Grundfragen, p. 104 ss, spéc. 123, qui opposait la *«positivistische Methode»* à la *«wertkritische Methode»* (à laquelle il se ralliait). Nous verrons que l'opposition entre les deux principales conceptions du bien juridique est un autre reflet du même débat (cf. N Chapitre 1: II.A ss *infra*).

332 En matière pénale et fiscale, il n'est d'ailleurs plus un simple principe constitutionnel, mais bien un *droit constitutionnel* distinct: cf. ATF 146 II 56 c. 6.2.1; 143 I 227 c. 4.2 (droit fiscal); SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 18; CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 10a.

la prééminence de la règle écrite, qui paraît devoir se suffire à elle-même, contrairement au droit privé, domaine dans lequel la lettre de la loi est placée sur un pied d'égalité avec son esprit (cf. art. 1 al. 1 CC: «la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions»)[333].

Cela ne signifie évidemment pas que l'art. 1 CP fasse interdiction au tribunal d'interpréter la loi, au contraire: il doit nécessairement l'interpréter pour déterminer si elle prévoit «expressément» l'état de fait qui lui est soumis. Si tel n'est pas le cas, le juge ne peut que déplorer le caractère peut-être lacunaire de la loi, mais ne saurait, contrairement une nouvelle fois au droit privé (cf. art. 1 al. 2 CC), la compléter, à tout le moins en défaveur du prévenu. 128

b. Un critère utile et praticable

Deuxièmement, l'approche de la doctrine minoritaire a le mérite d'être méthodologiquement praticable, en offrant un critère de démarcation objectif (ou le plus objectif possible) entre interprétation et analogie[334]. Des situations limites peuvent toujours se présenter, dans lesquelles il sera difficile de distinguer entre un candidat neutre et un candidat véritablement négatif, mais cette difficulté n'est pas insurmontable et, surtout, ne remet pas en question le bien-fondé de la distinction elle-même[335]. 129

La limite du sens possible des mots est dans tous les cas préférable à la conception du Tribunal fédéral, qui revient à choisir entre interprétation et analogie en fonction du résultat souhaité dans le cas d'espèce[336]. La portée concrète de l'interdiction de l'analogie en droit pénal s'en trouve réduite à une simple exigence de motivation de la part du juge, lequel peut se contenter d'expliquer – à l'aide des arguments historique, téléologique et systématique – en quoi l'interprétation extensive qu'il donne de la loi correspond malgré tout à son sens véritable et ne viole donc pas l'interdiction de l'analogie[337]. Si l'objectif poursuivi – parvenir à une solution matériellement juste – est louable, il ne justifie toutefois pas l'insécurité méthodologique et juridique qui l'accompagne[338]. 130

Dans certains arrêts récents, rendus en matière civile et fiscale, le Tribunal fédéral définit lui-même l'analogie comme étant *«die teleologisch motivierte Erweiterung des* 131

[333] Cf. WOHLERS, Ratio legis, p. 79 pour les différences entre les art. 1 CP et 1 CC; *contra*: GRAVEN/STRÄULI, p. 39, qui admettent, en paraphrasant l'art. 1 al. 1 CC, que l'esprit de la loi peut venir compléter son texte (cpr. toutefois p. 56).

[334] COHEN, p. 196; PIAGET, Thèse, p. 79 ss, 111 ss; GRECO, Analogieverbot, p. 150.

[335] PROBST, p. 261: bien qu'il soit difficile de dire exactement quand, au crépuscule, le jour se termine et la nuit commence, il ne fait guère de doute qu'il existe bien une frontière entre le premier et la seconde. Cf. ég. WALTER T., N 11; COHEN, p. 196.

[336] COHEN, p. 182 ss, spéc. p. 187: *«Da das Bundesgericht die Grenze der Zulässigkeit einer Gesetzesinterpretation selbst setzt, kann es nie gegen das Analogieverbot verstossen»*; cf. aussi AK StGB-GRAF, Art. 1 N 2.

[337] CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 68, qui semblent s'en accommoder. Plus critiques: BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 240; PROBST, p. 268.

[338] Cf. COHEN, p. 198 s., sur le conflit entre sécurité du droit et solution équitable.

Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm jenseits der äusseren Wortlautgrenze»[339], reconnaissant ainsi explicitement le critère du sens littéral possible. On ne voit dès lors pas pourquoi l'analogie devrait recevoir une définition différente en droit pénal. Il est du reste précisé que le principe de la légalité revêt également une importance particulière en droit fiscal, compte tenu de l'atteinte portée à la liberté et à la propriété des contribuables[340]. Or ce qui vaut en matière fiscale doit valoir à plus forte raison en droit pénal, domaine qui entraîne des atteintes autrement plus sévères aux droits individuels.

132 Sur un plan méthodologique, la défense du sens littéral possible ne fait nullement obstacle à une interprétation selon les éléments historique, téléologique et systématique. L'interprète devra d'ailleurs bien souvent faire appel à ces éléments pour préciser la norme et en déterminer le sens véritable, tant il est vrai que le législateur ne peut pas renoncer à utiliser des définitions générales ou plus ou moins vagues[341], ce qui démultiplie le nombre de candidats possibles pour une même notion légale (cf. le terme «possible» dans «sens littéral possible», qui souligne que plusieurs interprétations sont envisageables). L'interprétation selon l'élément littéral seulement ne suffit donc pas, cela même si l'énoncé légal paraît de prime abord clair[342]. En référence à GRAVEN, on peut dire que le texte est à la fois le tremplin et le point de chute de toute «gymnastique interprétative»[343].

133 Les autres éléments d'interprétation permettront ainsi de déterminer si un candidat neutre doit être compris dans l'énoncé légal (interprétation extensive) ou, au contraire, s'il en est exclu (interprétation restrictive)[344]. La limite du sens littéral possible interdit uniquement de donner la priorité à un élément (généralement la genèse ou le but de la règle) qui ne trouve aucune expression dans le texte[345] ou, en d'autres termes, d'appliquer la norme à un candidat négatif. Il ne s'agit donc pas d'une remise en question du

339 ATF 142 III 329 c. 5.3; TF, 2C_139/2019, 18.12.2019, c. 4.1 [d; 5 juges], tous deux en référence à BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 376; cf. aussi TF, 2C_713/2019, 30.4.2020, c. 5.2.2 [d; 5 juges].

340 Sur le rôle du principe de la légalité en droit fiscal: CORNU, p. 175 ss.

341 ATF 148 IV 234 c. 3.5; 145 IV 470 c. 4.5; 139 I 72 c. 8.2.3; 138 IV 13 c. 4.1; cf. par ex. ATF 147 IV 274 c. 2.3 pour la notion de «soupçons fondés» (art. 9 LBA); en doctrine, cf. WOHLERS, Grenzen, p. 1141.

342 Cf. N 66 *supra*. Cette approche n'est pas du reste fondamentalement incompatible avec la proposition de la doctrine fondée sur les travaux de WITTGENSTEIN: si le sens d'une règle résulte de son usage, alors cet usage ne peut être juridiquement contraignant que s'il trouve une assise dans la lettre de la loi. Cette lettre n'est toutefois pas un objet pétrifié, mais peut devoir être considérée dans un contexte actuel, cf. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 516 s. NIGGLI, ContraLegem, admet lui-même que le texte légal pose certaines limites à l'interprétation, même dans la philosophie de WITTGENSTEIN.

343 GRAVEN, p. 164.

344 Cf. PIAGET, Thèse, p. 81. De manière générale, une interprétation selon les autres éléments est également possible en présence d'un candidat positif, même si l'enjeu pratique sera généralement moindre (cf. ég. STEINAUER, N 85). Sur le modèle sémantique des trois candidats, voir N 104 *supra*.

345 STEINAUER, N 336.

pluralisme pragmatique cher au Tribunal fédéral, mais uniquement de tracer une frontière fiable au processus interprétatif: la fidélité au texte. Tant qu'il reste à l'intérieur de cette frontière, l'interprète peut parfaitement suivre un élément d'interprétation plutôt qu'un autre.

c. Fonction de garantie pour les citoyens

Troisièmement, la limite du sens littéral possible est également convaincante d'un point de vue téléologique, lorsqu'on garde à l'esprit que l'art. 1 CP ne sert pas seulement de directive méthodologique à l'intention du juge, mais aussi et surtout de *garantie* à l'intention du *citoyen*: garantie des libertés individuelles, de la sécurité juridique, de l'égalité de traitement et de protection contre l'arbitraire[346]. 134

C'est ici le lien avec une autre facette du principe de la légalité, l'exigence de précision de la base légale *(Bestimmtheitsgebot)*, qui est mis en avant: la loi doit être formulée de manière telle qu'elle permette au justiciable de s'y conformer et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude[347]. La doctrine anglo-saxonne parle à cet égard de *«fair warning»* à l'intention du citoyen[348]. Or, pour que le destinataire de la norme puisse raisonnablement prévoir la portée de ses actes et adapter son comportement en conséquence, encore faut-il pouvoir compter sur le fait que cette même norme soit appliquée dans les limites des termes employés par le législateur. Dans cette perspective, on peut considérer l'interdiction de l'analogie en droit pénal comme le prolongement de l'exigence de précision de la base légale, en ce sens qu'une loi *a priori* précise perd toute sa précision si elle est étendue à un état de fait qu'elle n'avait pas vocation à régler[349]. C'est précisément ce qui se passe lorsqu'une norme pénale est interprétée au-delà de son sens littéral possible. 135

Le constat inverse s'impose également: une loi insuffisamment précise ne permet pas de s'assurer qu'elle ne sera pas appliquée par analogie dans un cas particulier[350]. La question est ici celle du degré de précision ou de la densité normative de la base légale. De nombreuses dispositions pénales contiennent en effet des notions juridiques indéterminées, des clauses générales, des listes énumératives ou encore des renvois à 136

346 BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 3; COHEN, p. 32 ss, 197; ACKERMANN, Lex certa, p. 14; WOHLERS, Ratio legis, p. 86; cf. déjà WAIBLINGER, p. 1; *contra*: GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 10^{3-4}, pour qui l'art. 1 CP ne s'adresse pas au délinquant, mais au juriste. En *Allemagne*, GRECO, Analogieverbot, p. 144 et 146, voit surtout dans la limite du sens littéral possible la seule à même de «civiliser» le pouvoir punitif de l'État.

347 ATF 148 IV 234 c. 3.5; 147 IV 274 c. 2.1.1; 145 IV 470 c. 4.5; 144 I 242 c. 3.1.2; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 31, 50.

348 GRECO, Analogieverbot, p. 142 nbp 30 *in fine* et la référence citée.

349 COHEN, p. 172 ss, spéc. 177; cf. aussi CourEDH, Kokkinakis c. Grèce, 25.5.1993, n° 14307/88, § 52, soulignant le lien entre ces deux principes; en droit français: DREYER, Droit pénal général, N 643; en droit allemand: NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 70 ss; VOGEL, p. 159 s. On peut ici faire une comparaison avec les principes de réserve et de primauté de la loi déduits de l'art. 5 al. 1 Cst. (cf. CR Cst.-DUBEY, Art. 5 N 38 ss, 55 ss).

350 COHEN, p. 177; ACKERMANN, Lex certa, p. 16 ss; en *France*, cf. PIN, Assimilation, p. 33: «la loi qui assimile échappe à l'interprétation judiciaire».

d'autres actes législatifs ou réglementaires (norme en blanc ou *Blankettstrafnorm*). La compatibilité de telles techniques législatives avec le principe de la légalité dépendra ici aussi du caractère prévisible, pour le citoyen, de la décision judiciaire à rendre[351]: moins la loi sera formulée de manière précise, plus grands seront les risques que son application (au détriment du prévenu) dans le cas concret soit taxée d'imprévisible.

137 Ce qui vaut pour l'analogie doit également valoir pour la réduction téléologique, qui consiste à restreindre la teneur de la norme en-deçà de son sens littéral possible, afin de respecter son but[352]; une telle opération ne peut se faire au détriment du prévenu, sauf à violer l'art. 1 CP[353].

138 Les plus sceptiques reprocheront peut-être à ce troisième argument son caractère hypocrite: on ne peut en effet attendre du citoyen moyen qu'il prenne connaissance de l'ensemble des textes pénaux en vigueur, qui plus est dans les trois langues officielles, afin de régler sa conduite future[354]. Le droit suisse admet d'ailleurs que, pour agir avec conscience (composante de l'intention, cf. art. 12 al. 2 CP), l'auteur ne doit pas avoir à l'esprit la norme pénale elle-même; il suffit qu'il perçoive sa signification sociale, selon les conceptions usuelles d'un profane *(« Parallelwertung in der Laiensphäre »)*[355].

139 Cela étant, on observe également que, dans notre droit pénal fondé sur la faute *(Schuldstrafrecht)*, le reproche adressé à l'auteur suppose que ce dernier ait été en mesure de reconnaître l'illicéité de son comportement et d'agir en fonction de cette connaissance (cf. art. 19 al. 1 CP *a contrario*)[356]. L'idée qui sous-tend cette conception est que le justiciable doit faire tout son possible pour connaître la loi, son ignorance ne le protégeant que dans des cas exceptionnels, lorsqu'il était sous l'emprise d'une erreur sur l'illicéité (art. 21 CP)[357]. S'il n'est pas, ici non plus, exigé de l'auteur qu'il

351 ATF 150 IV 255 c. 3.1; 147 IV 274 c. 2.3.2; 145 IV 329 c. 2.2; 138 I 367 c. 5.4 s.; TF, 7B_214/2022, 27.8.2024, c. 2.1 et 2.3.5 [f]; ces arrêts listent les critères qui vont déterminer le degré de précision requis: multiplicité des situations à régler; complexité et prévisibilité de la décision; destinataire de la norme; gravité de l'atteinte (et de l'infraction); appréciation objective face à un cas d'application. En doctrine, cf. EICKER, Ermittlung, p. 177 ss. Voir aussi l'avis consultatif de la CourEDH relatif à l'utilisation de la technique de «législation par référence» pour la définition d'une infraction, 29.5.2020, n° P16-2019-001, § 70 ss (et § 31 ss pour la situation dans les États membres, dont la Suisse).

352 Cf. N 106 *supra*.

353 Pour *l'Allemagne*, cf. WALTER T., N 10, qui propose d'étendre la solution au droit suisse.

354 Cf. WAIBLINGER, p. 2; SCHUBARTH, Nachbetrachtung, p. 99 s.; cf. ég. PAPAUX, p. 181 nbp 176: «la loi n'est pas à la portée de tous même si l'on affirme que nul n'est censé l'ignorer».

355 CR CP I-VILLARD/CORBOZ, Art. 12 N 26, 34; BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 27.

356 ATF 147 IV 409 c. 4.2.1; BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 5; CR CP I-VILLARD/CORBOZ, Art. 12 N 4a.

357 ATF 129 IV 238 c. 3.1; TF, 6B_77/2019, 11.2.2019, c. 2.1 [f] n.p. in ATF 145 IV 17; CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/GAUDERON, Art. 21 N 2, 17 et 30; HURTADO POZO/GODEL, N 95; idée similaire dans la jurisprudence de la CourEDH: SUMMERS, Sentencing, p. 38.

connaisse effectivement la disposition pénale litigieuse – un sentiment même diffus de faire quelque chose d'illicite étant suffisant[358] –, cette notion de faute repose néanmoins sur l'existence d'une disposition légale, accessible, dont l'auteur aurait pu (et dû) prendre connaissance[359]. Or, une telle possibilité[360] n'est plus concevable à partir du moment où le juge donne une interprétation de la loi qui dépasse son sens littéral possible, rendant l'exercice de consultation du texte par le justiciable parfaitement vain[361]. On pourrait même se demander si, dans une telle situation, une faute au sens pénal du terme peut encore véritablement être reprochée à l'auteur.

L'argument tiré de la fonction de garantie à l'intention des citoyens est également décisif pour trancher la question (controversée)[362] de la *version linguistique* déterminant le sens littéral possible: il faut à notre sens retenir la version du texte la plus étroite par rapport aux deux autres, celle qui constitue en quelque sorte le socle commun aux textes énoncés dans les trois langues officielles. On fait ainsi prévaloir les principes d'égalité de traitement et de prévisibilité de l'interprétation judiciaire, que l'art. 1 CP vise précisément à garantir[363]. Ces mêmes principes permettent de rejeter les propositions visant à choisir le texte rédigé dans la langue maternelle du prévenu ou celle de son canton de domicile, qui entraîneraient une espèce d'interprétation régionale de la loi (sans même parler des cantons bilingues), le tout au détriment de la sécurité du droit. Quant à l'idée consistant à choisir une seule version linguistique comme étant juridiquement contraignante, bien que pratique, elle serait cependant contraire au principe de l'égalité des trois versions linguistiques ainsi qu'aux valeurs et aux richesses d'une approche multilingue de l'interprétation, auxquelles la Suisse est (et doit rester) fortement attachée[364]. Il en va de même pour la langue du lieu de commission de l'infraction. 140

[358] ATF 72 IV 150 c. 3; plus récemment: TF, 6B_1323/2019, 13.5.2020, c. 4.3.1 [d]; voir ég. ATF 141 IV 336 c. 2.4.3; BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Art. 21 N 13 ss (critiques).

[359] SUMMERS, Sentencing, p. 26; KESHELAVA, p. 123 s.; PAYER, Rückwirkungsverbot, p. 56 (pour l'art. 2 al. 1 CP); dans une perspective historique: NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Corona-Massnahmen und Verfassung, Revue de l'avocat 2021 426 ss, p. 428; pour *l'Allemagne*: GRECO, Analogieverbot, p. 143; plus nuancée sur le lien entre exigence de précision de la base légale et faute pénale: VETTERLI, p. 190.

[360] Certains parlent même de fiction: RIEDO CHRISTOF/MAEDER STEFAN, Das Schuldprinzip in Zeiten der Überregulation, in Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (éds), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Berne 2015, 83 ss, p. 93 (quant au caractère évitable de l'erreur sur l'illicéité).

[361] La situation est toutefois différente lorsque l'auteur commet une erreur dite de subsomption *(Subsumtionsirrtum)*, soit lorsqu'il se trompe sur la qualification juridique de son comportement (sur cette notion, cf. CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/GAUDERON, Art. 13 N 24 et Art. 21 N 28). Tant que l'interprétation finalement retenue est compatible avec le texte légal, le citoyen ne peut rien tirer, sous l'angle de l'art. 1 CP, de sa lecture erronée de la loi.

[362] Cf. N 117 *supra*.

[363] ACKERMANN, Lex certa, p. 15.

[364] Cf. GARRÉ, N 8 s.; KRAMER/ANETH, p. 88 ss.

III. Synthèse

141 L'interprétation de la loi pénale obéit aux mêmes règles que l'interprétation de la loi en général, notamment quant au pluralisme pragmatique entre les différents éléments et méthodes d'interprétation.

142 Toutefois, cette matière est dominée par le principe de la légalité (art. 1 CP), qui exige des actes punissables qu'ils soient «expressément réprimé[s] par la loi». Pour l'interprète, ce principe signifie que le champ d'application de la loi ne peut être étendu de manière à créer, par analogie, un nouvel état de fait punissable. Cela suppose de pouvoir distinguer le domaine de l'interprétation de celui de l'analogie.

143 Fidèle à son pluralisme pragmatique, le Tribunal fédéral estime que la limite admissible à l'interprétation du droit pénal est le «sens véritable» de la loi, son sens juridique, lequel peut aller au-delà de son sens littéral.

144 Déjà douteuse sur un plan logique[365], cette position comporte une importante insécurité juridique et ne tient pas suffisamment compte du texte et du contexte de l'art. 1 CP ainsi que de la fonction de garantie que cette disposition revêt à l'égard des citoyens en général et du prévenu en particulier. Ces aspects commandent de voir dans le sens littéral possible la limite à l'interprétation du droit pénal: dès que le résultat de la démarche interprétative n'est plus couvert par le sens possible des mots de l'énoncé légal – compris dans sa version linguistique la plus étroite par rapport aux deux autres –, il est question d'analogie et, si ce résultat s'avère défavorable au prévenu, le principe de la légalité est violé.

145 Cette solution contribue au partage des rôles entre le législateur et le juge, en responsabilisant le premier tout en offrant au second des directives interprétatives suffisamment claires. Elle assure ainsi une meilleure protection des justiciables, dans la matière qui entraîne les atteintes les plus lourdes à leurs droits individuels.

[365] La limite à l'interprétation est le sens véritable de la norme, lequel est également le but de l'interprétation elle-même. Or, le but d'une démarche ne peut pas être un critère pertinent afin d'en définir les contours: tant que ce but n'est pas atteint, la limite ne l'est pas non plus; s'il est atteint, il ne fait guère plus de sens de vouloir fixer une limite. Cf. PROBST, p. 267.

Chapitre 3 : **Interprétation et procédure pénale**

Dans ce troisième chapitre, nous nous pencherons sur l'interprétation du droit de procédure pénale, processus qui, comme le droit pénal, suit en principe le même régime que l'interprétation de la loi en général **(I.)**, même si certaines particularités méritent d'être mentionnées, compte tenu de l'unification relativement récente de la matière dans un seul code fédéral **(II.)**. Nous nous demanderons ensuite si l'interprétation du droit pénal de forme connaît des limites similaires à celles du principe de la légalité pour le droit pénal de fond **(III.)**, avant de proposer une synthèse générale de la première partie **(IV.)**. 146

I. En principe : un régime similaire

À l'instar de ce que nous avons vu pour le droit pénal matériel, l'interprétation du droit pénal formel obéit aux mêmes principes et se sert des mêmes techniques que ceux qui ont été développés pour l'interprétation de la loi en général[366]. Le but de l'interprétation est donc toujours de dégager le sens véritable de la loi, à l'aide de son texte (élément littéral), de son contexte (élément systématique), des travaux préparatoires (élément historique) et de son but (élément téléologique)[367]. Comme pour les autres branches du droit, le Tribunal fédéral s'inspire en la matière d'un pluralisme pragmatique entre les différents *éléments d'interprétation*, sans donner *in abstracto* la priorité à un élément particulier[368]. 147

366 ATF 145 IV 94 c. 2.3.1 ; 133 IV 228 c. 2.2 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 54 ; WOHLERS, Grenzen, p. 1145 ; CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 46d ; ZK StPO-WOHLERS, Art. 4 N 5 ; MAEDER/MEIER, p. 568 ; KLINGLER, N 436 ; EGLI, N 450 ; CR CPP-ARN/STEINER, Art. 2 N 12b ; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch N 74 ; PC CPP, Art. 2 N 15 ; HEIMGARTNER, p. 4 ; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 6 N 1.

367 Cf. N 34 ss *supra*.

368 Cf. N 63 ss *supra*. Cf. aussi les arrêts de procédure pénale qui mentionnent le considérant-type sur l'interprétation : ATF 148 IV 1 c. 3.5.3 ; 147 IV 385 c. 2.1 ; 145 IV 80 c. 1.4.2 ; 140 IV 162 c. 4.6 ; 140 IV 28 c. 4.3.1 ; 139 IV 282 c. 2.4.1 ; cf. déjà CCass GE, SJ 1985 358, c. 6.1 et 6.2.

Exemples:

Priorité donnée à un seul élément d'interprétation: élément *systématique*: ATF 145 IV 80 c. 1.4.4 (divulgation de données personnelles à d'autres autorités [art. 96 al. 1 CPP]; éléments littéral et historique pas décisifs)[369]; élément *historique*: ATF 151 IV 175 c. 2.4.2 (les secrets commerciaux et bancaire ne sont plus des motifs de mise sous scellés [art. 248 CPP]); combinaison d'éléments d'interprétation concordants: éléments *littéral* et *historique*: ATF 141 IV 390 c. 2.2.2 (étendue d'un sauf-conduit [art. 204 CPP])[370]; ATF 151 IV 185 c. 2.3.1 et 2.9 (danger de réitération comme motif de détention [art. 221 al. 1 let. c CPP]; élément téléologique pas satisfaisant); éléments *littéral* et *systématique*: ATF 147 IV 510 c. 2.4.1 et 2.4.3 (notification électronique [art. 86 CPP]); éléments *systématique* et *téléologique*: ATF 151 IV 46 c. 2.6.4 s. (opposition de la partie plaignante à la procédure simplifiée [art. 360 al. 2 et 3 CPP]; éléments littéral et historique pas concluants); 149 IV 183 c. 3.4.3-3.4.4 (autorisation de poursuivre [art. 7 al. 2 let. b CPP]); 137 IV 13 c. 4.3 (risque de récidive [art. 221 al. 1 let. c CPP] même sans précédents); éléments *littéral, systématique* et *historique*: ATF 148 IV 265 c. 1.4.1-1.4.2 (pas d'application de l'art. 392 *cum* 356 al. 7 CPP par le ministère public; élément téléologique pas décisif); éléments *littéral, historique* et *téléologique*: ATF 147 IV 385 c. 2.8.1, 2.8.2 et 2.9 (restriction au séquestre [art. 264 al. 1 let. d CPP] et avocat extracommunautaire); éléments *littéral, systématique* et *téléologique*: ATF 148 IV 432 c. 3.2 (action civile adhésive [art. 122 al. 1 CPP]); tous les éléments d'interprétation convergents: ATF 140 IV 28 c. 4.3.2-4.3.4 (qualité pour demander la mise sous scellés [art. 248 CPP]); ATF 140 IV 162 c. 4.7-4.9 (qualité de partie plaignante en cas de fusion [art. 121 CPP]); ATF 150 IV 447 (compétence du juge unique [art. 19 al. 2 let. b CPP]); ATF 151 IV 219 (appel joint sur appel joint [art. 401 CPP]).

II. Quelques particularités

148 Concernant les différents éléments et méthodes d'interprétation, certaines particularités du droit de procédure pénale méritent toutefois d'être mentionnées ici, compte tenu de l'unification de la matière intervenue le 1er janvier 2011, date de l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale (CPP).

149 Tout d'abord, pour l'élément d'interprétation *littéral*, on note que le texte légal compte plus de 450 articles, dont certains sont relativement détaillés, soit une densité normative qui a été voulue par le législateur, afin de renforcer l'effet d'harmonisation du texte et de permettre son application uniforme dans toute la Suisse, le plus rapidement possible et sans difficulté d'interprétation majeure[371]. Ce degré de précision devait ainsi servir l'objectif de simplicité de la procédure recherché par les auteurs du projet[372]. De là à dire que les dispositions du CPP doivent, conformément à la tradition juridique suisse[373], être comprises selon leur *sens courant*, il y a un pas que nous ne

369 Pour une critique sur l'aspect systématique: RDAF 2020 I 194 et la note de HURUY.

370 Contrairement à l'avis de HÜRLIMANN-KAUP (RJB 2019, p. 84), le TF a bien pris en compte l'élément systématique (c. 2.2.1), mais a décidé qu'il n'était pas décisif en l'espèce.

371 Message CPP, ch. 1.5.1.2 p. 1075; PIQUEREZ/MACALUSO, N 158. L'avant-projet comportait plus de 500 articles, ce qui avait fait l'objet d'une critique «quasi-générale» lors de la consultation: Synthèse consultation CPP 2003, ch. 4.1 p. 18; KLINGLER, N 463 nbp 1611.

franchirons pas : un grand nombre d'expressions employées par le législateur ont en effet acquis une signification beaucoup plus technique et juridique que leur sens usuel laissait à première vue penser, ce qui explique aussi pourquoi l'emploi de dictionnaires est rare dans la jurisprudence de procédure pénale[374]. La définition du lésé (art. 115 CPP) est, on le verra, un bon exemple de règle devant se lire dans un sens juridique[375].

Il est toutefois permis d'aller plus loin : même lues dans leur sens courant, il ne fait guère de doute que les normes de procédure pénale resteront la plupart du temps parfaitement obscures aux yeux du citoyen ordinaire, tant la matière s'avère complexe et technique[376]. Alors que le Code de procédure pénale est souvent présenté comme le « code des honnêtes gens » (par opposition au Code pénal, qui serait le « code des malfaiteurs »)[377], il s'adresse en vérité d'abord aux autorités pénales, soit essentiellement à des magistrats professionnels[378], et ensuite seulement aux individus impliqués dans la procédure[379]. Qu'ils soient des honnêtes gens ou des malfaiteurs, ceux-ci auront généralement besoin de conseils juridiques pour saisir les enjeux du procès pénal et défendre leurs droits dans ce cadre. Nous verrons toutefois que, malgré cette technicité et ce manque d'accessibilité du texte légal, l'élément littéral conserve une importance particulière en procédure pénale. 150

À ces difficultés s'en ajoute une autre, d'ordre *linguistique* : les textes français et italien du CPP étant issus d'une traduction du texte allemand, il n'est pas rare de constater des différences importantes entre les trois versions de la loi[380], pourtant supposées 151

372 Rapport explicatif A-P CPP, ch. 131 p. 11 ; cf. aussi Message CPP, ch. 1.5.1.2 p. 1075 ; en commission, le risque d'erreurs de procédure et d'augmentation des recours avait été identifié en lien avec cette densité normative : PV CAJ-CE, 24-25.04.2006, Objet 05.092, p. 11.

373 Cf. N 38 *supra* ; cf. aussi KLINGLER, N 477.

374 Même si le TF se réfère parfois au sens ordinaire des mots (ATF 148 IV 432 c. 3.2.2 [art. 122 al. 1 CPP] ; 147 IV 424 c. 5.2 [« communication » selon l'art. 269ter CPP]) ; cpr. pour l'ancien droit : CLERC, Droit comparé, p. 62.

375 Cf. aussi ATF 144 IV 240 c. 2.4.1, pour l'« autorité » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP.

376 Pour des critiques en ce sens, cf. déjà Synthèse consultation CPP 2003, ch. 4.1 p. 18 ; cf. aussi PV CAJ-CE, 24-25.04.2006, Objet 05.092, p. 13.

377 PIQUEREZ/MACALUSO, N 29 ; cf. déjà FERRI ENRICO, La sociologie criminelle, trad. française, Paris 1905, p. 525. En Allemagne, le *Strafgesetzbuch* est aussi décrit comme la *« Magna Charta des Verbrechers »* (NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 9).

378 Auparavant, les lois de procédure pénale étaient volontiers rédigées dans un style « populaire » afin d'être comprises par des juges ne disposant pas toujours de formation juridique (CLERC, Droit comparé, p. 57 et 62 ; GRAVEN, p. 156). Aujourd'hui, si certains cantons connaissent encore des juges assesseurs (cf. MARMY MARGAUX, La figure du/de la juge assesseur-e en Suisse, Richterzeitung 2023/4), la disparition du jury populaire, jugé incompatible avec la procédure unifiée (cf. Message CPP, p. 1115 et 1366), n'est certainement pas étrangère à cette « complexification » de la langue de la procédure pénale…

379 Cf. aussi VEST, Einführung, p. 23 s.

380 Cf. PIQUEREZ GÉRARD, les nouveautés du Code de procédure pénale suisse, RJJ 2007 93 ss, p. 97 : le texte français ne constitue pas une « œuvre littéraire » ni un « texte juridique d'une limpidité parfaite. Loin s'en faut ».

équivalentes (cf. art. 14 al. 1 LPubl et 70 al. 1 Cst.). Lors du vote final devant les Chambres, la Commission de rédaction de langue française du Parlement[381], par son président, avait d'ailleurs tenu à préciser qu'elle avait «manqué de soutien» de la part de l'administration fédérale et qu'elle n'avait par conséquent «pas pu faire son examen dans les meilleures conditions», ce qui était «regrettable […] dans la perspective d'éventuelles difficultés dans l'interprétation»[382]. Dans ces circonstances, on ne s'étonne pas de la très riche jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral depuis 2011, dont la consultation suffit à nuancer les intentions initiales du législateur quant à une procédure pénale unifiée, simplifiée et dénuée de difficulté d'interprétation majeure. Si certaines incohérences linguistiques ont pu être corrigées lors de la révision du CPP de 2024[383] – soit une dizaine d'années après son entrée en vigueur, preuve supplémentaire que des clarifications étaient nécessaires –, ce fut toutefois au prix de nouvelles imprécisions ou incongruences[384].

152 S'agissant ensuite de l'élément d'interprétation *systématique*, il faut souligner que, même codifiée dans une seule loi, la procédure pénale n'en est pas pour autant une matière isolée, qui se suffirait à elle-même. Au contraire, elle s'inscrit dans un contexte largement international, de sorte que l'interprétation conforme au droit supérieur jouera souvent un rôle prépondérant en la matière, notamment au regard des garanties de procédure de la CEDH et de la jurisprudence de la CourEDH[385], mais aussi des divers traités internationaux auxquels la Suisse a adhéré et qui exercent une influence directe sur le droit de procédure pénale[386].

381 Cf. art. 56 de la Loi sur l'Assemblée fédérale (LParl; RS 171.10).

382 BO 2007 N 1732, Votum Eggly; cf. aussi KLINGLER, N 437. La problématique de la traduction avait déjà été identifiée en son temps par la commission d'experts: Rapport «De 29 à l'unité», p. 20; cf. ég. PV CAJ-CE, 24-25.04.2006, Objet 05.092, p. 16.

383 Cf. art. 119 al. 2 let. a et 120 al. 2 CPP (version française: «plainte pénale» remplacée par «action pénale»); art. 131 al. 3 CPP (versions allemande et italienne: *«gültig»* et *«valide»* remplacés par *«verwertbar»* et *«utilizzabili»*).

384 Ainsi, l'art. 318 al. 1 et 1bis CPP parle d'«ordonnance de mise en accusation», expression inconnue du CPP et qui ne peut que désigner l'acte d'accusation, conformément aux versions allemande *(«Anklage erheben»)* et italienne *(«promuovere l'accusa»)*. De plus, bien qu'elle ait disparu des versions françaises des art. 119 al. 2 let. a et 120 al. 2 CPP (cf. nbp précédente), l'expression «plainte pénale» est réapparue à l'art. 136 al. 1 let. b CPP, alors que les autres versions mentionnent l'action pénale (*«Strafklage»*; *«azione penale»*).

385 Dans son volet pénal, l'art. 6 CEDH est ainsi qualifié de «mini code de procédure pénale» (PIQUEREZ/MACALUSO, N 265, ainsi que N 270 ss sur l'influence exercée par la CEDH; sur ce dernier point, cf. également Message CPP, ch. 6.2 p. 1368 ss).

386 Pour ne citer que quelques exemples: Pacte ONU II; Conventions en matière d'extradition, d'entraide judiciaire ou d'exécution des jugements; Conventions en matière de corruption, de terrorisme, de traite d'êtres humains, de protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, de violence à l'égard des femmes et de violence domestique. Cf. CourEDH (GC), X et autres c. Bulgarie, 2.2.2021, n° 22457/16, § 208 ss (Convention de Lanzarote). En doctrine, cf. WOHLERS, Grenzen, p. 1145.

Quant à l'élément d'interprétation *téléologique*, il est régulièrement source de difficultés en procédure pénale, au regard de la diversité des buts assignés à celle-ci, qui peuvent parfois (voire souvent) entrer en conflit : recherche de la vérité matérielle, mise en œuvre du droit pénal de fond au travers de l'action pénale, garantie des droits fondamentaux du prévenu, dont le droit à un procès équitable, restauration de l'ordre social, réponse aux torts causés à la victime et protection de celle-ci, bonne administration de la justice, sécurité du droit et économie de la procédure, etc.[387] Il en va de même des différentes maximes de procédure[388]. L'interprète devra sous-peser ces divers buts et maximes en fonction de la norme à laquelle il est confronté. Ainsi, il est généralement admis que la sécurité du droit et l'économie de la procédure autorisent une interprétation stricte des règles en matière de notification ou de respect des délais[389], alors que l'interprétation des dispositions sur l'exploitabilité des moyens de preuve illicites devrait beaucoup plus tenir compte des intérêts de la personne poursuivie[390]. Par ailleurs, les critiques généralement adressées à l'encontre de l'élément téléologique se retrouvent en procédure pénale : la doctrine estime qu'il est trop souvent mobilisé pour justifier *a priori* un résultat souhaitable, au travers de formules creuses comme la bonne administration de la justice, l'absence d'entrave à la procédure pénale ou même l'intérêt à éviter les acquittements injustifiés[391]. 153

Enfin, pour la *méthode d'interprétation* elle-même (historique ou contemporaine)[392], on peut préciser que, le CPP étant une loi relativement récente, ayant qui plus est rapidement fait l'objet de plusieurs révisions, rares seront les situations dans lesquelles il s'agira d'actualiser l'interprétation d'une notion légale au regard des conceptions actuelles, qui auraient par hypothèse évolué depuis l'adoption de la loi. C'est donc généralement la méthode (objective) *historique* qui sera privilégiée, avec pour conséquence la prise en compte effective des travaux préparatoires pour déterminer la volonté (reconnaissable) du législateur[393]. Un indice supplémentaire en faveur d'une 154

387 Sur les buts de la procédure pénale : DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, p. 5 s. ; en Allemagne : GÖHLER, p. 258 ss ; JUNG, Verhältnis, p. 258 ss ; WOHLERS, Förmlichkeit, p. 595 ss.

388 WOHLERS, Fair Trial, p. 209 ; pour un aperçu : PIQUEREZ/MACALUSO, N 394 ss.

389 ATF 144 IV 64 c. 2.5 ; 139 IV 228 c. 1.1 ; cf. aussi ATF 149 IV 9 c. 6.2 (nullité des décisions pénales entrées en force) ; 144 V 161 c. 2.2.1 (droit de plainte) ; ATF 151 IV 219 c. 4.4.4 (appel joint) ; le constat est le même pour la CEDH : CourEDH, Johansen c. Allemagne, 15.9.206, n° 17914/10, § 46 ss ; Ligue du monde islamique et Organisation islamique mondiale du secours islamique c. France, 15.1.2009, n° 36497/05 et 37172/05, § 48 ; CourEDH, Guide art. 6 CEDH pénal, N 67.

390 Sur ce point, cf. en particulier MACULA, p. 146 ss.

391 MAEDER/MEIER, p. 571 et 579.

392 Cf. N 27 ss *supra*.

393 Rappelons que cette volonté sera utile pour déterminer tant le sens véritable de la loi, au sein de l'élément historique (cf. N 55 *supra*), que le but qu'elle poursuit aux yeux du législateur, ce qui relève ici de l'élément téléologique (cf. N 59 *supra*).

telle méthode d'interprétation historique peut être trouvé dans la mention, dans plusieurs arrêts du Tribunal fédéral sur le CPP, de la phrase selon laquelle «les travaux préparatoires revêtent une importance particulière lorsqu'il s'agit d'interpréter un texte récent, car alors un changement de circonstances ou une nouvelle conception juridique se conçoivent plus difficilement»[394]. Mais, comme pour les autres branches du droit, il arrive ici aussi que les travaux préparatoires ne livrent aucune réponse satisfaisante ou que les tribunaux privilégient une méthode contemporaine, en interprétant une norme au regard des conceptions actuelles[395].

III. Une limite: le principe de la légalité?

A. Pas d'application directe de l'art. 1 CP

155 Nous avons vu ci-dessus que l'interprétation du droit pénal matériel connaissait une limite importante, tirée du principe de la légalité (art. 1 CP), qui prescrit que la loi soit formulée de façon précise *(Bestimmtheitsgebot)* et proscrit qu'elle soit interprétée de façon démesurée, au point d'être appliquée par analogie *(Analogieverbot)*[396].

156 Or, selon la jurisprudence[397] et la doctrine[398], l'art. 1 CP ne s'applique pas directement lorsqu'il s'agit d'interpréter les dispositions de procédure pénale. Cette approche est confortée par plusieurs éléments d'interprétation.

157 Elle s'explique tout d'abord par la *lettre* de l'art. 1 CP lui-même, qui parle de «peine» ou de «mesure» devant être prononcée «en raison d'un acte expressément réprimé par la loi», ce qui montre que son champ d'application ne s'étend qu'au droit pénal de fond, à l'exclusion du droit pénal formel (cf. aussi l'expression «principe de la légalité des *délits* et des *peines*»)[399].

---

394 Trad. libre de l'ATF 145 IV 80 c. 1.4.2: *«Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen»*. Cf. aussi ATF 151 IV 185 c. 2.4 et 2.10; 140 IV 162 c. 4.6; 139 IV 282 c. 2.4.1. Cf. déjà N 32 *supra*.

395 Cf. par ex. ATF 149 IV 183 c. 3.4.4, à propos de l'art. 7 let. b CPP (autorisation de poursuivre), qui se base sur l'évolution du statut des fonctionnaires au cours des dernières années, avec pour conséquence une interprétation restrictive de la norme, qui ne s'applique en principe pas aux particuliers chargés d'accomplir des tâches publiques. Pour un commentaire critique, cf. NYDEGGER MICHA, in FP 6/2023 p. 476 ss.

396 Cf. N 94 ss *supra*.

397 ATF 148 IV 1 c. 3.5.1; 150 IV 462 c. 3.5.1; TF, 6B_1025/2014, 9.2.2015, c. 1.4 [d].

398 WOHLERS, Grenzen, p. 1145; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 11; CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 44 s.; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 20; CR CPP-ARN/STEINER, Art. 2 N 11; CONTE, p. 78 s.; PITTELOUD, Art. 1-2 N 12; cf. déjà GRAVEN J., p. 391.

399 Pour la situation particulière des amendes d'ordre pouvant être prononcées sur la base de l'art. 64 CPP: ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 64 N 1 s.

D'un point de vue *systématique*, ensuite, le Code de procédure pénale dispose déjà de sa propre règle générale sur le principe de la légalité[400] : 158

> **Art. 2** Administration de la justice pénale
>
> [1] La justice pénale est administrée uniquement par les autorités désignées par la loi.
>
> [2] Les procédures pénales ne peuvent être exécutées et closes que dans les formes prévues par la loi.

L'art. 2 al. 2 CPP consacre le principe dit de la *« Formstrenge »*[401] (littéralement : l'observation stricte des formes), que le Tribunal fédéral traduit en français par « principe de l'immutabilité »[402] ou – plus justement selon nous – par « principe de la légalité du droit de la procédure pénale », aussi exprimé au travers de l'adage latin *nullum judicium sine lege*[403]. Il s'agit du pendant ou du prolongement du principe de la légalité des délits et des peines *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* en procédure pénale[404], mais qui est généralement soumis à des exigences moindres, comme nous le verrons ci-dessous. 159

D'un point de vue *historique*, il est intéressant de noter que, dans son Message de 1918, au commentaire de l'art. 1 CP, le Conseil fédéral citait expressément l'art. 1 de la loi fédérale du 27 août 1851 sur l'ancienne procédure pénale fédérale[405], qui prévoyait qu'« [u]ne peine ne peut être prononcée que par une autorité compétente, en application d'une loi et d'après les formes légales »[406], soit une formulation hybride, qui combinait des éléments de droit pénal matériel avec des éléments de procédure pénale. Dans ses travaux, la deuxième commission d'experts avait toutefois clairement retenu que l'art. 1 CP consacrait un principe « non de procédure, mais de droit matériel », raison pour laquelle il avait « sa place dans le Code pénal »[407]. De plus, avant l'entrée en vigueur du CPP, plusieurs codes de procédure pénale cantonaux contenaient leur propre disposition sur l'interprétation, construite la plupart du temps sur le modèle de 160

[400] À ne pas confondre avec le principe de la légalité des poursuites (art. 7 CPP), aussi appelé maxime d'office (en allemand : *strafprozessuale Legalitätsprinzip* ou *Verfolgungszwang*) : ZK StPO-WOHLERS, Art. 7 N 1 ; HURTADO POZO/GODEL, N 83.

[401] ATF 147 IV 93 c. 1.3.2, en référence au Message CPP (en allemand), p. 1128 ; cf. ég. ATF 148 IV 1 c. 3.5.1 ; 150 IV 462 c. 3.5.1 ; ZK-StPO-WOHLERS, Art. 2 N 8.

[402] Cf. les regestes français des ATF 147 IV 93 et 148 IV 1 ; cf. aussi Message CPP (en français), p. 1103 ; cpr. Message CPP (en italien), p. 1034 : *« principio del rigore formale »*.

[403] ATF 148 IV 1 c. 3.5.1, en référence à CourEDH, Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96, 22.6.2000, § 102 ; cf. aussi TF, 7B_211/2022, 12.3.2024, c. 2.3.4 [d].

[404] CourEDH, Gaggl c. Autriche, n° 63950/19, 8.11.2022, § 48 ; Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96, 22.6.2000, § 102 ; cf. aussi HURTADO POZO/GODEL, N 84 ; CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 43 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 37, qui évoquent aussi les adages *nulla poena sine processu* et *nulla poena sine praevio processu poenali*.

[405] RO II 735.

[406] Message CP 1918, p. 9.

[407] PV-CP, Vol. I, p. 14, qui précise que certaines législations cantonales avaient inséré une disposition similaire dans leurs lois de procédure pénale.

l'art. 1 CC[408], marquant ainsi une prise de distance évidente avec les principes – plus stricts – tirés de l'art. 1 CP[409].

161 Enfin, d'un point de vue *téléologique*, en ayant à l'esprit que le droit de procédure est traditionnellement présenté comme étant «au service» du droit matériel *(ancilla juris)*[410], on pourrait se demander si les exigences déduites du principe de la légalité criminelle (art. 1 CP) ne devraient pas valoir *mutatis mutandis* en procédure pénale[411]. Nous avons vu que l'art. 1 CP avait pour fonction de garantir les libertés individuelles, la sécurité juridique, l'égalité de traitement et la protection face à l'arbitraire, soit autant de buts qui sont aussi régulièrement assignés au droit de procédure pénale[412]. Cela étant, «être au service de» ne signifie pas «être substitué par», et le droit de procédure pénale poursuit également des buts qui lui sont propres, en premier lieu celui de la recherche de la vérité matérielle[413], ce qui justifie que chaque régime soit soumis à des règles d'interprétation spécifiques. À tout le moins, l'élément téléologique ne permet pas d'affirmer que le CPP présenterait sur ce point une lacune, qu'il s'agirait de combler par une application analogique de l'art. 1 CP.

162 Il ressort de ce qui précède que l'art. 1 CP n'est pas directement applicable en procédure pénale. Cette position est par ailleurs conforme à la jurisprudence de la CourEDH au sujet de l'art. 7 § 1 CEDH, qui retient que le principe de la légalité criminelle consacré par cette disposition ne s'applique pas aux lois de procédure pénale, pour autant qu'elles ne doivent pas être (re)qualifiées en droit pénal matériel[414]. Toutefois, tant la CourEDH que le Tribunal fédéral reconnaissent l'existence parallèle d'un «principe de la légalité du droit de la procédure pénale»[415], dont il s'agit à présent de préciser les contours.

---

408 Par ex. Valais (art. 3 CPP/VS), Neuchâtel (art. 308 CPP/NE), Zoug (§ 1 StPO/ZG) et Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 1 StPO/AI). Cf. aussi PIQUEREZ/MACALUSO, N 63; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 6 N 6; voir déjà GRAVEN J., p. 391; CLERC, Droit comparé, p. 57 s.; ATF 98 Ia 226 c. 4b, retenant que les tribunaux pouvaient s'inspirer de l'art. 1 CC pour interpréter le droit de procédure pénale cantonal (en l'occurrence genevois).

409 Sur les différences entre l'art. 1 CP et l'art. 1 CC, cf. WOHLERS, Ratio legis, p. 79.

410 TANNER, p. 51; PIQUEREZ/MACALUSO, N 27; ATF 148 III 270 c. 6.2 (procédure civile). Critique: JUNG, Verhältnis, p. 259, pour qui la *«dienende Funktion»* de la procédure pénale a aujourd'hui *«ausgedient»*.

411 Un débat similaire existe en *Allemagne* à propos de l'art. 103 al. 2 *Grundgesetz*, dont la teneur correspond à celle de l'art. 1 CP: LK StGB-DANNECKER/SCHUHR, § 1 N 104 s.; LR StPO-LÜDERSSEN/JAHN, Einl. M, N 57 s.

412 Cf. déjà ATF 95 I 1 c. 2a. Plus récemment: ATF 148 IV 1 c. 3.5.1. Cf aussi N 134 et N 153 *supra*.

413 *«Wahrheitsgrundsatz»* (cf. ATF 140 IV 196 c. 4.4.1), qui se déduit de l'art. 139 al. 1 CPP en lien avec l'art. 6 al. 1 CPP (cf. ATF 139 IV 25 c. 5.4.1 et 5.5.6), mais aussi d'autres dispositions, not. de l'art. 173 al. 1 CPP.

414 CourEDH, Bosti c. Italie, n° 43952/09, 13.11.2014, § 54 s.; Scoppola c. Italie (GC), n° 10249/03, 17.9.2009, § 110 ss; en doctrine, cf. Karpenstein/Mayer EMRK-SINNER, Art. 7 N 9; VILLIGER, § 20 N 633; CS CEDH-BIGLER-DE MOOIJ, Art. 7 N 17 ss.

415 CourEDH, Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96, 22.6.2000, § 102; ATF 148 IV 1 c. 3.5.1; cf. aussi GOSS, p. 110 (pour la CEDH).

B. Un « principe de la légalité du droit de la procédure pénale »

Pour la CourEDH, le « principe de la légalité du droit de la procédure pénale », est un principe général du droit qui impose, sur le plan substantiel, certaines exigences relatives au déroulement de la procédure, en vue d'assurer la garantie du procès équitable (art. 6 § 1 CEDH), comprenant le respect de l'égalité des armes[416]. Très (trop) générale, cette affirmation demande à être concrétisée en droit interne ; pour le Tribunal fédéral, cela passe, d'une part, par l'obligation de conduire la procédure selon les principes et maximes codifiés aux art. 3 à 11 CPP en tenant compte des exigences déduites de la Cst. et de la CEDH et, d'autre part, par l'observation stricte des formes légales pour exécuter et mettre fin aux procédures (*« Formstrenge »* ; art. 2 al. 2 CPP)[417]. Le but est de garantir le formalisme judiciaire *(« Justizförmigkeit »)* de la procédure pénale, qui n'est pas une fin en soi, mais contribue au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en contribuant à prévenir les abus de pouvoir, les différences de traitement arbitraires ainsi que les atteintes aux droits de la défense[418]. Ce caractère formel – ou formaliste – de la procédure participe également de la recherche de la vérité matérielle[419]. 163

Quelles sont les conséquences des considérations qui précèdent sur l'*interprétation des lois de procédure pénale* ? Toujours très générale, la CourEDH reconnaît aux États parties un « certain pouvoir d'interprétation » de leurs propres lois de procédure[420]. En Suisse, ce pouvoir est important. Il est en effet admis que le droit pénal formel peut recevoir une interprétation plus extensive que le droit pénal matériel. 164

En particulier, le Tribunal fédéral retient que le principe de la *« Formstrenge »* prévu à l'art. 2 al. 2 CPP ne s'oppose pas à l'interprétation de la loi ni au comblement judiciaire de lacunes[421] ; dans cette dernière situation, le juge doit d'ailleurs pouvoir s'inspirer de l'art. 1 CC[422]. Par voie de conséquence, il peut avoir librement recours à l'analogie pour combler une lacune de la loi, pour autant toutefois qu'il reste « dans le cadre général du système de la procédure pénale, en adoptant des solutions qui soient en harmonie avec ce système »[423]. 165

[416] CourEDH, Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96, 22.6.2000, § 102 ; cf. ég. CourEDH, Gaggl c. Autriche, n° 63950/19, 8.11.2022, § 48.

[417] ATF 148 IV 1 c. 3.5.1 ; 147 IV 93 c. 1.3.2 ; TF, 7B_211/2022, 12.3.2024, c. 2.3.4 [d] ; cf. aussi WOHLERS, Fair Trial, p. 208 ss, 210 s.

[418] ATF 148 IV 1 c. 3.5.1, en référence à ZK StPO-WOHLERS, Art. 2 N 8, et CourEDH, Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96, 22.6.2000, § 102. Cf. déjà ATF 95 I 4 c. 2a.

[419] ATF 148 IV 1 c. 3.5.1, toujours en référence à ZK StPO-WOHLERS, Art. 2 N 8, ainsi qu'à WOHLERS, Förmlichkeit, p. 593 ss, spéc. p. 598 s.

[420] Notamment en matière d'organisation judiciaire : CourEDH, Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96, 22.6.2000, § 98 ; Savino et autres c. Italie, n° 17214/05, 28.4.2009, § 94, relatifs à l'exigence du tribunal « établi par la loi » (art. 6 § 1 CEDH).

[421] ATF 148 IV 1 c. 3.5.2, et la référence à HEIMGARTNER, p. 3 ss et 6 ss.

[422] ATF 144 IV 97 c. 3.2.4 ; 141 IV 298 c. 1.5.4 ; cf. déjà ATF 98 I a 226 c. 4b.

[423] ATF 145 IV 94 c. 2.3.1 ; 98 I a 226 c. 4b ; cf. ég. ATF 144 IV 97 c. 3.1.2 ; 141 IV 298 c. 1.3.1 ; 120 Ia 147 c. 2c ; voir aussi ATF 150 IV 139 c. 2 (raisonnement cantonal) et 5.7.

166 La doctrine majoritaire ne dit pas autre chose: comme le principe de la légalité des délits et des peines (art. 1 CP) n'est pas applicable au droit de procédure pénale, le tribunal n'est normalement pas tenu par l'interdiction de l'analogie; cela signifie que, lorsqu'il parvient à la conclusion que la loi présente une lacune (proprement dite)[424], le juge est autorisé à faire acte de législateur et à la combler (art. 1 al. 2 CC), même – et là se trouve la différence avec le droit pénal matériel – en défaveur du prévenu[425]. Cette position est confortée par le fait que l'interdiction de la rétroactivité (art. 2 al. 1 CP) n'est pas non plus applicable aux règles de procédure, qui sont en principe d'application immédiate dès leur entrée en vigueur (cf. art. 448 al. 1 CPP)[426].

167 Une approche similaire prévaut en *Allemagne*, où il est admis que, contrairement au droit pénal de fond, le droit de procédure pénale n'est pas soumis à une interprétation stricte, limitée par la lettre de la loi, de sorte que le recours à l'analogie n'est pas proscrit en soi[427]. Il en va de même en *France* où, selon une jurisprudence «claire et fournie», les lois de procédure pénale peuvent recevoir une interprétation extensive, voire être appliquées par analogie, même au détriment de la personne poursuivie[428]. Pourtant, un regard vers le passé montre que tel n'a pas toujours été le cas: pendant longtemps, la France, fidèle à sa tradition libérale, interprétait le droit de forme comme le droit de fond, soit de façon étroite, stricte et restrictive, conformément à l'adage *«odiosa sunt restringenda»*[429]. En Suisse, dans les cantons romands qui s'inspiraient largement du modèle français, certains tribunaux avaient d'abord suivi cette doctrine libérale, avant de s'en éloigner et de soumettre le droit de procédure aux méthodes d'interprétation usuelles[430].

168 Aujourd'hui, l'argument régulièrement invoqué en doctrine pour justifier cette approche large consiste à soutenir que les lois de procédure pénale, qui tendent à assurer une meilleure administration de la justice, sont généralement *favorables au prévenu* – ou en tout cas plus favorables que les lois de fond – et peuvent ainsi recevoir une interprétation extensive ou être appliquées par analogie[431]. Il est toutefois permis de douter

424 Cf. N 98 *supra*.

425 KLINGLER, N 436, 460 et 547; ZK StPO-WOHLERS, Art. 4 N 5; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 50; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 77; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 46d; PIQUEREZ/MACALUSO, N 60 et 63; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 6 N 10; cf. déjà CLERC, Introduction, p. 25.

426 *Tempus regit actum*; cf. PAYER, Rückwirkungsverbot, p. 55 et nbp 22; CR CP I-DONGOIS/LUBISHTANI, Art. 2 N 23; CR CPP-VILLARD/PFISTER-LIECHTI, Art. 448 N 1, qui citent l'ATF 98 IV 73 c. 2; cf. aussi TC VD, CREP 29.9.2023/660, c. 2.2.2 et s., confirmé par TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.3 [f].

427 BVerfGE 118, 212, 243; LK StGB-DANNECKER/SCHUHR, § 1 N 272 ss; cf. aussi les références citées par LR StPO-LÜDERSSEN/JAHN, Einl. M, N 57.

428 BONFILS, Interprétation, p. 149 s. et 154.

429 Littéralement: «les lois odieuses sont d'interprétation stricte». Cf. CLERC, Droit comparé, p. 55 ss. On retrouve ce brocard latin (et beaucoup d'autres) dans l'opinion en partie dissidente commune aux juges de Gaeteno et Wojtyczek in CourEDH, S., V. et A. c. Danemark [GC], nº 35553/12, 22.10.2018, § 5.

430 CLERC, Droit comparé, p. 56 s.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 6 N 3.

du bien-fondé de cette affirmation générale, qui relève en réalité de la pétition de principe. À côté des droits de la défense, le droit de procédure pénale prévoit toute une batterie de mesures (de contrainte) permettant de porter lourdement atteinte, cas échéant sur une période prolongée, aux droits fondamentaux des personnes concernées, en particulier du prévenu (détention avant jugement, séquestre, mesures de surveillance secrètes, etc.). Par ailleurs, une meilleure administration de la justice pénale peut aussi signifier une plus grande répression et une péjoration de la situation des personnes poursuivies[432]. Dès lors, certains des auteurs précités, tout en admettant l'interprétation extensive et le raisonnement analogique dans leur principe, réservent expressément les cas dans lesquels le procédé nuirait aux intérêts du prévenu[433].

La CourEDH semble elle aussi rejeter l'argument d'un droit de procédure pénale glo- 169
balement favorable au prévenu, puisqu'elle retient que c'est bien « la défense qui est la plus susceptible de pâtir des lacunes et imprécisions de [la] réglementation de procédure »[434]. Cette hypothèse est d'ailleurs confortée par la lecture de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue depuis l'entrée en vigueur du CPP, qui permet de constater que, lorsqu'une lacune a dû être comblée en ayant recours à l'analogie, c'était la plupart du temps[435] au préjudice du prévenu[436].

Exemples :

Dans l'ATF 137 IV 22, le TF a retenu que le ministère public pouvait aussi recourir contre une décision de mise en liberté, bien que l'art. 222 al. 1 aCPP ne mentionnait que le prévenu[437].

---

431 PC CPP, Art. 2 N 16 ; CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 46d ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 34 et 60 ; cf. aussi CR CPP-ARN/STEINER, Art. 2 N 12c.

432 Sur le caractère ambigu de cette expression : MAEDER/MEIER, p. 571 ; pour la *France* : DREYER, Droit pénal général, N 598 ; BONFILS, Interprétation, p. 156.

433 PIQUEREZ/MACALUSO, N 60 (tout en admettant ensuite le comblement de lacunes au détriment du prévenu) ; CR CPP-ARN/STEINER, Art. 2 N 12c. On retrouve une formulation identique en *droit français* chez MERLE/VITU, Droit pénal général, N 180, auteurs qui ont vraisemblablement inspiré la doctrine suisse précitée (cf. déjà PIQUEREZ, N 35 et la bibliographie en p. 46) ; cf. aussi BONFILS, Interprétation, p. 155 s. En *droit allemand*, cf. LR StPO-LÜDERSSEN/JAHN, Einl. M, N 57, qui plaident pour une interprétation stricte (N 58 ss) et une interdiction de l'analogie (N 62 ss) en procédure pénale également.

434 CourEDH, Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96, 22.6.2000, § 102 ; plus récemment : CourEDH, Gaggl c. Autriche, n° 63950/19, 8.11.2022, § 48 ; cette idée se retrouve dans les travaux préparatoires du CPP : PV CAJ-CN, 25-26.1.2007, Objet 05.092, p. 8.

435 Cf. toutefois ATF 142 IV 29 en matière de détention provisoire. On réservera aussi la DPA, domaine dans lequel le CPP est applicable par analogie aux questions qui ne sont pas réglées exhaustivement, ce qui a souvent conduit à une meilleure protection des droits du prévenu ou des personnes concernées, not. en matière de scellés (cf. par ex. ATF 148 IV 221 c. 2.1). Il en va de même, dans une moindre mesure cependant, de la PPM (cf. par ex. GODEL/MARGOT, p. 21, pour l'art. 122 al. 2 CPP).

436 Dans le même sens, cf. WOHLERS, Fair Trial, p. 210 s. ; MAEDER/MEIER, p. 579.

437 Pour une critique, NIGGLI, ContraLegem, p. 47. Un tel recours est désormais exclu : cf. art. 222 al. 1 CPP en vigueur depuis le 1.1.2024 ; cf. déjà ATF 149 IV 135. Sur l'ensemble de la question : MAEDER/MEIER, *passim*.

Dans l'ATF 146 I 115, le TF a confirmé l'application analogique des dispositions sur la détention pour des motifs de sûretés (art. 221 et 229 ss CPP) aux procédures judiciaires indépendantes (art. 363 ss CPP), dont les dispositions ne réglaient pas (encore: cf. désormais art. 364*a* CPP) la question[438].

Dans l'ATF 145 IV 94, le TF a jugé admissible d'appliquer l'art. 419 CPP (frais à la charge des personnes irresponsables) par analogie au prévenu acquitté afin de réduire ou de refuser son indemnité, bien que cette possibilité ne soit pas prévue par l'art. 429 CPP.

Dans l'ATF 144 IV 97, il a été jugé que, lorsqu'une personne déjà définitivement condamnée devait être entendue dans une autre procédure sur les mêmes faits ou sur des faits connexes reprochés à un autre prévenu, elle devait l'être en qualité de témoin (art. 162 CPP) et non de personne appelée à donner des renseignements (art. 178 let. f CPP).

Dans l'ATF 151 IV 175, le TF retient que les secrets commerciaux et bancaires ne constituent plus des motifs de mise sous scellés valables pour le prévenu, en dépit de la lettre de la loi (art. 248 *cum* 264 al. 1 let. c *cum* 173 al. 2 CPP); ce faisant, il procède – sans le dire – à une réduction téléologique et comble une lacune occulte de la loi, le tout au détriment du prévenu[439].

170 Au vu de ce qui précède, on peut se demander ce qu'il reste encore du «principe de la légalité du droit de la procédure pénale» au sens où l'entend la CourEDH, tant la marge de manœuvre des tribunaux suisses semble grande lorsqu'il s'agit d'interpréter des lois de procédure pénale. Il existe malgré tout certaines dispositions pour lesquelles les limites tirées du principe de la légalité, notamment l'interdiction de l'analogie, trouveront à s'appliquer. En procédure pénale, le rôle du principe de la légalité va en définitive dépendre de la qualification de la norme en cause.

C. Une approche différenciée selon le type de disposition

171 Une partie de la doctrine récente propose en effet de soumettre l'interprétation du droit de procédure pénale à des exigences plus ou moins strictes selon le type de disposition en cause[440]. Cette approche, qui a été reprise par le Tribunal fédéral dans un arrêt récent[441], propose de distinguer entre plusieurs grandes catégories de normes procédura-

438 La Suisse avait entretemps été condamnée pour violation de l'art. 5 § 1 CEDH, faute de base légale suffisante: CourEDH, I.L. c. Suisse, n° 72939/16, 3.12.2019, § 43 ss. Pour une critique et un examen du droit révisé: STUDER, p. 499 ss.

439 Pour une critique justifiée: VILLARD KATIA, Mise sous scellés: Secret d'affaires et secret bancaire ne suffisent plus (du tout), 11.12.2024, ‹https://cdbf.ch/1389/›.

440 Cf. surtout HEIMGARTNER, p. 5 ss, repris par MAEDER/MEIER, p. 572; EGLI, N 470; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 50; dans le même sens: HURTADO POZO/GODEL, N 84; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 45. Défendant un point de vue similaire en *Allemagne*: LR StPO-LÜDERSSEN/JAHN, Einl. M, N 59; LK StGB-DANNECKER/SCHUHR, § 1 N 273 ss (plus restrictifs).

441 A tout le moins pour les première et troisième catégories de normes listées ci-après: ATF 148 IV 1 c. 3.5.1 et 3.5.2, avec des renvois à HEIMGARTNER; cf. aussi ATF 150 IV 462 c. 3.5.1.

les soit, en substance[442] : (1) les dispositions coercitives ; (2) les règles de validité et, par opposition, les prescriptions d'ordre ; et (3) les dispositions de nature organisationnelle ainsi que les principes généraux de procédure. De l'appartenance à l'une ou l'autre de ces catégories va dépendre une approche différente en matière d'interprétation et de comblement judiciaire de lacunes.

1. Dispositions de nature coercitive

Une première catégorie recouvre les dispositions dites coercitives, qui impliquent un élément de contrainte (*« mit Zwangscharakter »*[443]). Il s'agit de toutes celles qui entraînent une atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, ce qui sera principalement le cas des mesures de contrainte prévues au Titre 5 du CPP (art. 196 ss CPP), définies précisément en tant qu'elles portent atteinte auxdits droits fondamentaux (cf. art. 196 CPP)[444]. En ce sens, l'expression mesures de *contrainte* est du reste imprécise, puisqu'elle sous-entend que les autorités doivent nécessairement briser la résistance de l'intéressé, alors que ce dernier peut aussi décider de s'y soumettre volontairement ou même ne pas être au courant de l'existence de la mesure, par hypothèse secrète[445] ; ce qui compte, en définitive, c'est que la mesure restreigne l'un de ses droits fondamentaux. 172

Dans ces situations, le principe de la légalité, tel qu'il est consacré par la Constitution fédérale (art. 5 al. 1 et 36 al. 1 Cst. ; cf. aussi art. 31 al. 1 Cst.), exige que la restriction au droit fondamental repose sur une base légale ; celle-ci doit être d'autant plus claire et précise que l'atteinte au droit fondamental est incisive[446]. En procédure pénale, ce principe de la légalité en matière de droits fondamentaux (*« grundrechtliche Legalitätsprinzip »*[447]) est concrétisé à l'art. 197 al. 1 let. a CPP, en vertu duquel toute mesure de contrainte doit être prévue par la loi. Il vaut également dans les autres domaines du droit qui prévoient le prononcé de mesures de contrainte, par exemple en matière d'asile[448]. On le retrouve également dans la jurisprudence de la CourEDH en matière de privation de liberté (art. 5 § 1 CEDH)[449]. 173

Sur cette base, la doctrine retient que le principe (général) de la légalité pose, pour les mesures de contrainte en procédure pénale, des exigences similaires à celles de l'art. 1 CP en termes de précision de la base légale *(Bestimmtheitsgebot)* et d'interdiction de 174

442 Cf. les catégories développées par HEIMGARTNER, p. 6 ss, ici légèrement remaniées.
443 HEIMGARTNER, p. 7 ; cf. aussi HURTADO POZO/GODEL, N 85.
444 HEIMGARTNER, p. 7, qui exclut toutefois les mandats de comparution et les ordres d'édition.
445 ATF 140 IV 82 c. 3.4 (ordre de dépôt et scellés) ; TF, 7B_461/2024, 27.8.2024, c. 1.3 [d] ; MAEDER/BÄRTSCHI, N 10, qui distinguent entre *Freiwilligkeit* et *Unfreiwilligkeit*.
446 Densité normative accrue : CR Cst.-DUBEY, Art. 36 N 86 ; CHAIX, p. 20 ; ATF 150 IV 149 c. 3.2 et 3.6 (détention provisoire) ; *contra* : BSK StPO-WEBER, Art. 197 N 5 *(« fraglich »)*.
447 HEIMGARTNER, p. 5.
448 Cf. ATF 148 II 218 c. 3.3, 4.3 et 4.4.
449 CourEDH, I.L. c. Suisse, 3.12.2019, n° 72939/16, § 38 ss ; Borer c. Suisse, 10.6.2010, n° 22493/06, § 38 ss.

l'analogie *(Analogieverbot)*[450], au point que certains parlent même d'un *«strafprozessuale Analogieverbot»*[451]. Cette position n'est pas nouvelle: déjà bien avant l'entrée en vigueur du CPP, la jurisprudence soumettait les lois (cantonales, à l'époque) de procédure restreignant la liberté personnelle[452] à un examen particulièrement strict: si les tribunaux étaient autorisés à les interpréter de façon extensive, ils ne pouvaient en revanche aller jusqu'à combler leurs lacunes[453]. Cette situation correspond matériellement à l'interdiction de l'analogie fondée sur l'art. 1 CP, dont on a vu qu'elle ne portait pas sur l'interprétation de la loi, mais sur le complètement de celle-ci, lorsque l'interprétation a mis au jour une lacune[454]. À l'époque, le Tribunal fédéral n'avait d'ailleurs pas manqué de faire le rapprochement entre les limites posées à l'interprétation des lois de procédure et celles déduites du principe de la légalité des délits et des peines en droit pénal matériel[455].

175 On peut donc affirmer que, s'il ne s'étend en principe pas au droit de procédure pénale, le principe de la légalité des délits et des peines (art. 1 CP) et, avec lui, l'interdiction de l'analogie trouvent quand même à s'appliquer dans ce domaine, mais indirectement, au travers du principe de la légalité (art. 5 al. 1 et 36 al. 1 Cst.), du principe de la *«Formstrenge»* (art. 2 al. 2 CPP) et de l'exigence de base légale pour les mesures de contrainte (art. 197 al. 1 let. a CPP)[456]. La conséquence en est que les tribunaux, lorsqu'ils interprètent des dispositions de procédure portant atteinte aux droits fondamentaux, ne pourront aller au-delà de leur sens littéral possible[457], faute de quoi ils créeraient, par analogie, une nouvelle mesure de contrainte non prévue par la loi[458], étant précisé que le catalogue des art. 196 ss CPP est exhaustif (*numerus clausus* des mesures de contrainte)[459].

---

450 MAEDER/MEIER, p. 572; SUTER, p. 498; EGLI, N 470; CONTE, p. 79 ss; HEIMGARTNER, p. 7 ss; PIQUEREZ/MACALUSO, N 61; VETTERLI, p. 183, 186 s. et 189 ss; en *Allemagne*: ROXIN/GRECO § 5 N 43a.

451 BSK VStrR-ACHERMANN/FRANK, Art. 2 N 80 (pour le DPA); cf. aussi VETTERLI, p. 191.

452 Comprise comme «la liberté première, dont découlent tous les autres droits constitutionnels» (ATF 90 I 29 c. 3b); cpr. CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10 N 3.

453 ATF 90 I 29 c. 4 (procédure pénale); 89 I 92 c. 4 (procédure civile).

454 Cf. N 99 *supra*.

455 ATF 82 I 234 c. 4; cf. aussi VETTERLI, p. 190 s.

456 ATF 148 IV 1 c. 3.5.2 *a contrario*; HURTADO POZO/GODEL, N 85; MAEDER/BÄRTSCHI, N 22 s. et 47 *(«keine Rechtsetzungskompetenz»)*; cf. aussi l'adage *in dubio pro libertate*.

457 Cf. N 103 ss et 127 ss *supra*.

458 Dans le même sens: VETTERLI, p. 191; SUTTER, p. 490 et 500.

459 BSK StPO-WEBER, Art. 197 N 4; TIRELLI/BONNARD, p. 199; ZK StPO-ZIMMERLIN, Art. 197 N 4; CR CPP-VIREDAZ/JOHNER, Art. 197 N 4. On réservera toutefois le cas des *mesures de substitution* à la détention provisoire ou pour motifs de sûreté (art. 237 CPP), lesquelles ne sont pas énumérées de manière exhaustive par la loi (art. 237 al. 2 CPP: «notamment»). Le recours à cette forme d'analogie *intra verba legis* (cf. N 99 *supra*) se justifie par le fait que les conditions de la détention, mesure autrement plus incisive, sont de toute manière remplies, le prononcé de mesures de substitution permettant ainsi de respecter le principe de proportionnalité (pris dans sa composante de nécessité, cf. art. 197 al. 1 let. c CPP): CR CPP-COQUOZ, Art. 237 N 6; BSK StPO-MANFRIN/VOGEL, Art. 197 N 28; voir aussi CR CPP-

Exemples[460] **:**

Dans cette optique, la solution consacrée par l'ATF 147 IV 424 paraît critiquable. Le TF y assimile un logiciel informatique *Keylogger* à un *«Gerät»* au sens de l'art. 280 CPP (c. 5.1), expression qui semble pourtant uniquement désigner un élément corporel, un appareil, et non un programme informatique dématérialisé (comparer avec l'expression, plus large, de «dispositif» dans la version française de la loi ; sur la version linguistique arrêtant le sens littéral possible, cf. N 140 *supra*).

Des questions similaires pourraient se poser s'agissant de la possibilité, pour l'autorité de poursuite, de déverrouiller le téléphone portable d'un prévenu grâce à la reconnaissance faciale[461] ou de considérer que le prévenu a valablement consenti à certaines mesures de contrainte[462].

2. *Règles de validité vs. prescriptions d'ordre*

176 Une deuxième catégorie de normes de procédure pénale regroupe celles qui traitent de la validité ou, plus exactement, de l'exploitabilité des moyens de preuve. Le siège de la matière se trouve à l'art. 141 CPP, qui prévoit une *échelle dégressive de sanctions* attachées aux preuves illicites[463] :

- les preuves sont *absolument inexploitables* lorsqu'elles ont été récoltées par les autorités pénales au travers de méthodes d'administration interdites (art. 140 CPP) ou que le CPP dispose qu'elles ne peuvent pas être exploitées (art. 141 al. 1 CPP) ;
- les preuves sont *relativement inexploitables* lorsqu'elles ont été récoltées par les autorités pénales au travers d'une infraction pénale[464] ou en violation de règles de validité ; dans un tel cas, elles sont en principe inexploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves (art. 141 al. 2 CPP) ; et
- les preuves sont *toujours exploitables* lorsqu'elles ont été récoltées en violation de prescriptions d'ordre (art. 141 al. 3 CPP).

177 Bien que seul l'art. 141 al. 2 CPP fasse référence aux «règles de validité», il faut retenir que l'art. 141 al. 1 CPP énonce également de telles règles, mais à l'importance ac-

VIREDAZ/JOHNER, Art. 197 N 3, s'agissant de l'exigence moindre de précision de la base légale dans un tel cas.

460 Pour d'autres ex. : CHAIX, p. 19 ss ; HEIMGARTNER, p. 8 s.

461 Cpr. TIRELLI/BONNARD, p. 198 ss (pas de base légale) avec GRAF, Praxishandbuch zur Siegelung, Berne 2022, N 367 (qui passe par l'art. 200 CPP et l'emploi de la force).

462 MAEDER/BÄRTSCHI, N 21 ss.

463 Sur la notion de preuves «illicites», cf. VILLARD/BURGENER, N 24 s.

464 Le texte français, imprécis, parle de preuves administrées «d'une manière illicite», ce qu'il faut comprendre par «de manière punissable», conformément aux versions allemande *(«in strafbarer Weise»)* et italienne *(«in modo penalmente illecito»)* ; cf. TF, 7B_102/2024, 11.3.2024, c. 2.3.4 [f] ; 6B_527/2023, 29.8.2023, c. 2.1.2 [f], cité par DELALOYE, N 55 ; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 64 ; CR CPP-BÉNÉDICT, Art. 141 N 9, qui envisage ensuite (N 28 s.) d'autres sources d'illicéité (droit civil et constitutionnel). La révision du CPP de 2024 n'a, hélas, pas corrigé le texte français.

crue, raison pour laquelle le législateur sanctionne leur violation par l'inexploitabilité absolue du moyen de preuve[465].

178 Il résulte du système légal que la qualification d'une norme en «règle de validité» ou en «prescription d'ordre» aura des conséquences importantes sur le caractère exploitable de la preuve. Selon la jurisprudence, lorsque la loi ne qualifie pas elle-même une disposition de règle de validité[466], la distinction entre une telle règle et une prescription d'ordre s'opère en prenant principalement pour critère l'objectif de protection *(«Schutzzweck»)* auquel est censée ou non répondre la norme: si la disposition en cause revêt une importance telle pour la sauvegarde des intérêts légitimes de la personne concernée qu'elle ne peut atteindre son but que moyennant l'invalidation de l'acte de procédure accompli en violation de cette disposition, on a affaire à une règle de validité[467]. Par opposition, la fonction première des prescriptions d'ordre est de régler les modalités ou l'ordre extérieur *(«äussere Ordnung»)* de la procédure[468]. Ces définitions largement tautologiques – est une règle de validité celle dont la violation invalide l'acte, est une règle d'ordre celle qui assure le bon ordre de la procédure – ont logiquement conduit à une riche casuistique, ce qui a poussé certains auteurs à proposer des modèles alternatifs[469].

Exemples[470]:

L'art. 263 al. 2 CPP, qui prévoit qu'un séquestre ordonné oralement doit être confirmé par écrit, est une règle de validité[471]. L'exigence d'un mandat de perquisition délivré par le ministère public (art. 241 al. 1 CPP) pour fouiller le téléphone portable d'une personne appréhendée par la police peut, selon les circonstances, constituer une règle de validité[472]. Il en va de même des règles sur le contrôle du maintien de la stabilité des instruments de mesure comme les éthylomètres, qui prescrivent des contrôles de calibrage annuels, car elles visent à garantir la force probante du résultat de l'analyse[473]. En revanche, les exigences relatives à l'établissement d'un rapport de police sur le déroulement du contrôle de la capacité de conduire peuvent, selon le cas d'espèce, être appréhendées comme des prescriptions d'ordre[474].

---

465 Cf. CR CPP-BÉNÉDICT, Art. 141 N 16; Message CPP, ch. 2.4.1.1 p. 1162. Pour l'art. 147 al. 4 CPP en particulier: GUISAN, Violation du droit de participer, p. 349.

466 Par ex. l'art. 177 al. 1, 2ème phrase CPP (cf. CR CPP-BÉNÉDICT, Art. 141 N 17).

467 ATF 151 IV 18 c. 4.4.3; 148 IV 22 c. 5.5.1; 144 IV 302 c. 3.4.3; 139 IV 128 c. 1.6; Message CPP, p. 1163.

468 ZK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 33; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 67.

469 BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 74 ss; ZK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 30 ss; POULIKAKOS, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener Beweise, thèse Zurich 2021, *passim*.

470 Pour d'autres ex., cf. DELALOYE, N 63 s.

471 ATF 151 IV 18 c. 4.4.

472 TF, 7B_102/2024, 11.3.2024, c. 2.5 [f; 5 juges]: la référence toute générale à une opération de police destinée à lutter contre le trafic de cocaïne ne suffit pas pour fouiller le téléphone portable d'un ressortissant guinéen interpellé à sa sortie d'un tram, en l'absence de mandat; cpr. ATF 139 IV 128, relativisé par ATF 151 IV 18 c. 4.3.5 et 4.4.6.

473 TF, 6B_533/2020, 16.9.2020, c. 3 [f].

474 TF, 6B_571/2019, 17.7.2019, c. 1.4 ss [f].

Sur cette base, la doctrine considère que l'interprétation des normes qualifiées de *règles de validité* au sens des art. 141 al. 1 et 2 CPP obéit aux mêmes principes et limites que ceux valant pour les dispositions portant atteinte aux droits fondamentaux[475]. C'est ici le caractère protecteur de ces normes à l'endroit de la personne concernée, et avant tout du prévenu, qui est déterminant[476]. Dès lors, les tribunaux ne sauraient par exemple ajouter une exception à une règle de validité qui ne ressortirait pas de la loi. 179

Exemple :

Dans cette mesure, la jurisprudence qui admet la réduction téléologique du droit du prévenu de participer à l'administration des preuves (art. 147 al. 1 CPP) par une application analogique des règles en matière de consultation du dossier (art. 101 al. 1 CPP)[477], nous paraît *critiquable* : elle consiste à combler une lacune (occulte) en défaveur du prévenu, alors que l'art. 147 al. 1 CPP constitue une règle de validité au sens de l'art. 141 al. 1, 2e phrase CPP, dont la violation entraîne l'inexploitabilité absolue des preuves ainsi récoltés (cf. art. 147 al. 4 CPP). Reste à voir si cette jurisprudence sera maintenue, malgré l'échec des tentatives visant à la codifier dans le cadre de la révision du CPP de 2024[478].

En revanche, l'interprétation des *prescriptions d'ordre* au sens de l'art. 141 al. 3 CPP est soumise à des exigences moindres, en ce sens que les tribunaux doivent s'en tenir aux règles d'interprétation usuelles et peuvent notamment avoir recours à l'analogie pour combler une lacune[479]. L'enjeu véritable devrait toutefois se situer en amont, au stade de la qualification de la norme en tant que règle de validité ou prescription d'ordre[480]. En effet, dès lors qu'une violation de simples prescriptions d'ordre n'entraîne pas l'inexploitabilité des preuves récoltées, l'exercice d'interprétation devient quelque peu superflu[481]. 180

3. Règles d'organisation et principes généraux de procédure

Une troisième catégorie, résiduelle, regroupe les normes qui, d'une part, règlent le déroulement de la procédure et l'organisation judiciaire (phases de la procédure, forme 181

475 HEIMGARTNER, p. 9 s. ; en *droit allemand* : WOHLERS, Förmlichkeit, p. 597 et 604.

476 TF, 6B_706/2023, 15.4.2024, c. 1.3 [f] ; ZK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 31 ; WOHLERS/BLÄSI, p. 164 ; cf. aussi MACULA, p. 132 ss, spéc. p. 135, sur l'application du principe de la *« Justizförmigkeit »* aux règles sur l'exploitabilité des preuves.

477 ATF 139 IV 25, c. 5.5.4, confirmé (et étendu) in TF, 6B_256/2017, 13.9.2018, c. 2.2.1 [d ; 5 juges] ; cf. WOHLERS, Grenzen, p. 1150 s. ; GUISAN, Violation du droit de participer, p. 341 ; *contra* : HEIMGARTNER, p. 11 s., qui estime qu'il s'agit d'une simple modalité du droit d'être entendu (3e catégorie).

478 Certains arrêts semblent (hélas) indiquer que tel est bien le cas : TF, 6B_563/2023, 6.12.2013, c. 3.9 [d] ; 6B_70/2023, 31.7.2023, c. 2.2.3 [d] ; TPF, BB.2025.32, 30.10.2025, c. 5.1.2 [f].

479 HEIMGARTNER, p. 13 ; EGLI, N 472 ; cf. aussi CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 45 : principe de la légalité pas applicable aux règles d'ordre ; dans le même sens, mais moins affirmatifs : PIQUEREZ/MACALUSO, N 41.

480 Ce qui nécessite déjà une forme d'interprétation *téléologique* de la norme, au regard de son objectif de protection *(Schutzzweck)*.

481 On réservera cependant la possibilité de tenir compte de la violation d'une prescription d'ordre au moment *d'apprécier la valeur probante* des preuves obtenues : DELALOYE, N 64 *in fine*, s'agissant de la violation de l'art. 143 al. 5 CPP (questions peu claires).

des actes, compétences des autorités pénales, fors, etc.) et, d'autre part, consacrent les principes généraux et maximes de la procédure pénale (droit d'être entendu, maxime d'accusation, interdiction de la *reformatio in peius*, etc.)[482].

182 Pour une partie de la doctrine, l'interprétation de ce type de normes – pour autant qu'elles ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux et qu'elles ne touchent pas à l'exploitation de moyens de preuve, auxquels cas les exigences spécifiques aux deux premières catégories s'appliquent – n'est pas soumise au strict respect du principe de la légalité, et donc à l'interdiction de l'analogie[483]. En particulier, les tribunaux devraient pouvoir être libres de combler les lacunes – proprement dites et même improprement dites[484] – que présenteraient de telles dispositions.

183 Une autre partie de la doctrine est plus mesurée (ou, selon le point de vue adopté, plus sévère) et se prononce en faveur de l'application du principe de la légalité aux «normes indispensables au bon fonctionnement de la justice, par exemple, les règles d'institution et d'attribution des organes, d'aménagement du procès et de consécration des droits des justiciables»[485].

184 Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral semble avoir donné sa préférence à la première approche, à tout le moins s'agissant des règles d'organisation de la procédure[486]. Toutefois, d'autres arrêts soulignent que, pour les dispositions réglant la compétence des autorités judiciaires (cf. art. 30 al. 1 Cst.), l'interprète dispose d'une marge de manœuvre particulièrement réduite pour décider de s'écarter du texte clair de la loi[487]. Concrètement, cela signifie que, pour ce type de normes, l'élément littéral pèsera plus lourd dans la balance face aux autres éléments d'interprétation, mais que la mise au jour d'une lacune de la loi et son comblement par analogie restent possibles, même au détriment du prévenu.

---

482 HEIMGARTNER, p. 6 et 10; en *Allemagne*: LK StGB-DANNECKER/SCHUHR, § 1 N 274.

483 HEIMGARTNER, p. 6 s. et 10 ss, avec des exemples.

484 HEIMGARTNER, p. 5 s., suivi en ceci par l'ATF 148 IV 1 c. 3.5.2. On rappellera toutefois qu'il est en principe interdit au juge de combler les lacunes improprement dites (cf. N 98 *supra*). HEIMGARTNER semble soutenir que ce type de lacunes doit être comblé au travers d'une réduction téléologique (cf. N 106 *supra*), ce qui est inexact: la réduction téléologique sert à combler une lacune dite «occulte», qui constitue bien une lacune proprement dite: cf. ATF 139 I 57 c. 5.2 (relevant toutefois le caractère délicat de la distinction entre lacune occulte et lacune improprement dite); voir aussi CR Cst.-DUBEY, Art. 5 N 61.

485 CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 45; cf. aussi HURTADO POZO/GODEL, N 83 s.; PIQUEREZ/MACALUSO, N 41; cf. ég. MAEDER/MEIER, p. 580, qui plaident pour la limite du sens littéral possible en procédure pénale de manière générale.

486 ATF 148 IV 1 c. 3.5.2 et 6.3.3: jonction d'une procédure d'internement ultérieur (art. 62c al. 4 CP) avec une procédure d'internement primaire (art. 64 al. 1 CP) en faveur du tribunal du fond compétent pour la seconde procédure.

487 ATF 148 IV 17 c. 2.1: l'autorité de recours est compétente pour connaître d'une requête de récusation contre un procureur (cf. art. 59 al. 1 let. b CPP), même lorsque le motif de récusation n'apparaît que devant le tribunal de première instance.

À noter cependant que, dans un arrêt bien plus ancien, le Tribunal fédéral, se fondant sur le principe de la bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire, avait retenu que le justiciable ne devait pas pâtir de dispositions obscures ou équivoques sur les conditions d'exercice d'une action en justice, qui devaient dès lors être interprétées de la manière dont elles pouvaient raisonnablement être comprises par l'intéressé[488]. Si l'arrêt en question concernait l'action en indemnisation du prévenu acquitté, la solution qu'il consacre se laisse aisément transposer aux normes sur l'action publique exercée par le ministère public et dirigée à l'encontre du prévenu[489] : celui-ci devrait ainsi pouvoir compter sur une interprétation conforme à sa propre compréhension du texte légal ou, à tout le moins, qui trouve encore une assise dans ce dernier. La limite du sens littéral possible n'est plus très loin. 185

On voit donc que, s'agissant des dispositions relevant de cette troisième catégorie, soit celles sur le déroulement de la procédure, l'organisation judiciaire et les principes généraux et maximes de procédure, les règles et les limites à l'interprétation judiciaire sont moins nettes que celles qui valent pour les deux premières catégories. La tendance générale va toutefois dans le sens d'une interprétation plus large de ce type de dispositions, même si une partie de la doctrine, suivie en cela par certains arrêts du Tribunal fédéral, demeure attachée à la lettre de la loi. Dès lors que cette troisième catégorie est résiduelle par rapport aux deux autres et qu'elle regroupe un nombre important de dispositions légales, on peut raisonnablement se demander si de telles consignes générales font encore sens, ou s'il ne faudrait pas plutôt examiner de cas en cas si la disposition litigieuse s'avère ou non favorable au prévenu, pour en tirer des conséquences sur son interprétation. 186

IV. Synthèse de la première partie

Cette première partie a permis de poser (et de consolider) les bases méthodologiques utiles pour la suite de notre étude. Il en ressort que, comme bien souvent en droit, l'analyse d'une institution juridique – ici la qualité de lésé en procédure pénale – est affaire d'interprétation. 187

Interprétation de la loi en général, tout d'abord, avec son pluralisme de méthodes, qui commande d'adopter une perspective soit historique, soit contemporaine, et son pluralisme d'éléments, qui interroge le texte, la systématique, les travaux préparatoires et le but de la loi. C'était l'objet du *premier chapitre*. En Suisse, ce pluralisme se veut pragmatique, le Tribunal fédéral ne s'estimant lié par aucune hiérarchie préétablie, ce qui 188

488 ATF 114 Ia 25 c. 3, cité par PERRIER DEPEURSINGE, CPP annoté, Art. 2 al. 2.

489 En procédure pénale cantonale, la solution consacrée par cet arrêt avait du reste été reprise s'agissant de dispositions sur les voies de recours (ATF 117 Ia 119 c. 3) et sur le contenu de l'acte d'accusation (ATF 116 Ia 202 c. 2) ; cf. aussi ATF 115 Ia 120 c. 2d (amende de droit cantonal), qui cite ce même arrêt pour retenir que l'interprétation de l'autorité cantonale est arbitraire « car elle s'écarte du texte clair de la loi ».

lui permet de rechercher librement la solution la plus équitable dans le cas d'espèce. Dans ce cadre, les tribunaux auront en outre régulièrement recours à la doctrine et la jurisprudence, qui sont en principe de simples moyens auxiliaires de l'interprétation mais qui, en pratique, sont souvent décisifs, surtout la jurisprudence, encore plus lorsqu'elle émane du Tribunal fédéral lui-même.

189 Interprétation de la loi pénale, ensuite, qui suit les mêmes principes, avec toutefois une importante réserve, tirée du principe de la légalité des délits et des peines (art. 1 CP), qui fait interdiction au juge d'interpréter la loi de manière excessive en défaveur du prévenu, ce qui reviendrait à l'appliquer par analogie, comme nous l'avons montré dans le *deuxième chapitre*. Ici, contrairement au pluralisme pragmatique du Tribunal fédéral, c'est l'élément grammatical qui doit l'emporter, en ce sens qu'une interprétation allant au-delà du sens littéral possible de la norme relève déjà de l'analogie. Une telle approche n'empêche pas de prendre en compte les autres éléments d'interprétation, mais impose seulement de respecter le sens des mots contenus dans la loi, de manière à respecter la fonction de garantie du principe de la légalité à l'égard du citoyen.

190 Interprétation du droit de procédure pénale, enfin, qui obéit aux mêmes principes généraux, même si elle connaît des spécificités, présentées dans un *troisième chapitre*. Le CPP, malgré son unification récente, reste marqué par des termes techniques et des traductions approximatives. L'interprétation conforme au droit supérieur, notamment à la CEDH, joue un rôle central en la matière, tandis que la diversité des buts assignés à la procédure pénale complexifie l'approche téléologique. De plus, la jeunesse du CPP et ses révisions rapides confèrent un poids important aux travaux préparatoires.

191 L'art. 1 CP ne s'applique pas directement en la matière. La CourEDH a bien développé un «principe de la légalité du droit de la procédure pénale», mais sa reprise en droit interne s'est avérée décevante: pour le Tribunal fédéral, ce principe suppose uniquement que les procédures soient exécutées selon les formes prescrites («*Formstrenge*», art. 2 al. 2 CPP) et conformément aux principes et maximes généraux (qui sont, par définition, généraux). Pour le surplus, les juges ne sont pas restreints dans leur pouvoir d'interprétation et peuvent avoir librement recours à l'analogie, même au détriment du prévenu. L'argument souvent invoqué à cet appui, consistant à affirmer que les lois de procédure pénale seraient généralement favorables au prévenu, ne résiste pas à l'examen: la jurisprudence rendue en la matière montre que, dans les faits, l'interprétation s'opère souvent en défaveur de l'intéressé.

192 Une approche doctrinale plus rigoureuse distingue trois types de normes: les dispositions coercitives, soumises aux mêmes limites que le droit pénal matériel; les règles de validité des preuves, qui suivent aussi ce régime strict, contrairement aux prescriptions d'ordre; et enfin, les règles d'organisation et les principes généraux de procédure, qui peuvent faire l'objet d'une interprétation plus extensive. Cette classification nous semble convaincante, mais nous proposons d'affiner encore la troisième catégorie,

qui regroupe un vaste ensemble hétérogène : lorsque la norme en cause est susceptible de porter atteinte à la situation procédurale du prévenu, son interprétation doit être limitée par le sens littéral possible de la loi.

Tel pourrait être le cas de la définition légale du lésé en procédure pénale, ainsi que nous allons le voir dans la deuxième partie de cette thèse. 193

Deuxième partie :

Interprétation et qualité de lésé

Chapitre 1 : **Régime interprétatif de l'art. 115 CPP**

Après avoir exposé la méthode d'interprétation de la loi en général et ses limites, puis les particularités que connaissent les domaines du droit pénal et du droit de procédure pénale, il convient désormais de se demander, dans cette deuxième partie, quels principes gouvernent l'interprétation de la qualité de lésé. Le Code de procédure pénale contient une définition légale du lésé, à l'art. 115 CPP, qui compose à lui seul la Section 1 («Lésé») du Chapitre 3 («Lésé, victime et partie plaignante») du Titre 3 («Parties et autres participants à la procédure») de la loi. 194

Sa teneur est la suivante : 195

> **Art. 115**
>
> [1] On entend par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction.
>
> [2] Sont toujours considérées comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale.

De par son emplacement, cette disposition relève incontestablement du droit de procédure pénale. Son interprétation va donc dépendre du type de norme en cause, sur la base des trois grandes catégories distinguées par la doctrine et soumises à des principes d'interprétation différents[490] : les dispositions de nature coercitive ; les règles de validité ou les prescriptions d'ordre ; et les règles d'organisation de la procédure ou fixant les principes généraux et de celle-ci. Il s'agit dès lors de se demander à quel régime interprétatif obéit la notion de lésé prévue à l'art. 115 CPP. Dans ce premier chapitre, nous verrons d'abord que cette disposition ne peut être réduite à une règle d'organisation de la procédure **(I.)**. Nous nous demanderons ensuite si une approche favorable au lésé, exprimée par l'adage *in dubio pro victima*, pourrait être défendable **(II.)**. Enfin, nous proposerons une approche plus restrictive, qui serait limitée par le principe de la légalité du droit de procédure pénale **(III.)**. 196

[490] Cf. N 171 ss *supra*.

I. Plus qu'une simple règle d'organisation de la procédure

197 En reprenant chacune de trois catégories de normes procédurales mentionnées plus haut, on constate que l'art. 115 CPP, qui ne fait que définir la notion de lésé en procédure pénale, ne comporte pas d'élément de contrainte, pas plus qu'il ne porte atteinte aux droits fondamentaux d'une personne particulière, notamment du prévenu (première catégorie). Cette disposition ne touche pas non plus à la validité ou à l'exploitabilité de moyens de preuves (deuxième catégorie). En tant qu'elle définit une partie – ou plutôt : un autre participant (cf. art. 105 al. 1 let. a CPP)[491] – à la procédure pénale, elle se rapproche en définitive d'une règle d'organisation de celle-ci (troisième catégorie), pour laquelle les exigences en matière d'interprétation ne sont pas particulièrement élevées : pas de restriction tirée du principe de la légalité, pas d'interdiction de l'analogie et comblement de lacunes autorisé, même en défaveur du prévenu.

198 On relèvera en outre que, même au sein de cette troisième catégorie, l'art. 115 CPP ne touche pas, en soi, à la compétence des autorités judiciaires (cf. art. 30 al. 1 Cst.), de sorte que les restrictions particulières prévues par la jurisprudence pour ce type de situations[492] ne s'appliquent pas, à première vue tout du moins.

199 Pourtant, l'art. 115 CPP est bien plus qu'une simple règle d'organisation de la procédure. Il définit un acteur important, voire incontournable du procès pénal, que notre droit de procédure dote d'un vaste ensemble de droits, allant même, par certains aspects, jusqu'à le placer sur un pied d'égalité avec le prévenu. Il se rapproche des règles sur les conditions d'exercice d'une action en justice[493], en caractérisant le titulaire de cette action, exercée à l'encontre du prévenu[494]. Cette situation commande que l'interprétation de la notion de lésé se fasse selon des règles ou une méthodologie particulières. Deux orientations sont envisageables ici.

II. *In dubio pro victima* ?

200 La première orientation possible consiste à interpréter largement la notion de lésé, sans être lié par une limite particulière, notamment par le sens littéral possible des mots ou par l'interdiction de l'analogie, et à retenir que, en cas de doute sur l'interprétation à donner à une certaine notion légale, c'est celle la plus favorable au lésé qui doit l'emporter : *in dubio pro victima*.

201 Cette approche favorable à la victime a d'abord été développée dans d'autres domaines du droit public que le droit pénal, tels que le droit international humanitaire, la protection des droits fondamentaux, notamment en matière environnementale (avec la variante *in dubio pro natura*), le droit des étrangers (avec la variante *in dubio pro refugio*), ou encore les droits populaires (avec la variante *in dubio pro populo*)[495].

491 Cf. N 216 *infra*.
492 Cf. N 184 *supra*.
493 Cf. N 185 *supra*, pour cette situation particulière.
494 Cette action est en réalité double : cf. N 727 *infra*.

À l'étranger, la doctrine pénaliste s'est progressivement emparée de la question : des auteurs ont vu dans l'expression *in dubio pro victima* un nouveau principe directeur de la justice pénale, qui doit placer les victimes d'infraction au centre de ses préoccupations, en leur offrant assistance, en leur permettant d'obtenir réparation pour les torts subis, voire en remettant en cause le principe selon lequel le doute doit profiter à l'accusé *(in dubio pro reo)*[496]. En Suisse, la doctrine ne va pas si loin, même si certains auteurs ont pu affirmer que, dans le cadre de la révision récente du droit pénal sexuel, la solution du consentement « un oui est un oui », finalement rejetée par le Parlement, aurait eu pour conséquence de porter atteinte à la présomption d'innocence, voire de consacrer une « présomption de culpabilité » et de renverser le fardeau de la preuve[497]. 202

En Allemagne, dans le prolongement de ce principe de faveur, une partie de la doctrine considère que l'interprétation de la notion de lésé en procédure pénale doit, dans le doute, toujours se faire en faveur de ce dernier (« *im Zweifel für den Verletzten* ! »)[498]. 203

Cette position, qui n'a pas été relayée en Suisse[499], procède selon nous d'une confusion méthodologique entre une règle sur l'appréciation des preuves – le principe 204

[495] *Droit humanitaire :* cf. la proposition d'intégrer aux Conventions de Genève de 1949 une clause d'interprétation privilégiant la version linguistique la plus favorable aux victimes, finalement retirée lors des travaux préparatoires (*Final Record*, Vol. II, Section B, p. 71 ; DISTEFANO GIOVANNI/HENRY ETIENNE, in Clapham/Gaeta/Sassòli (éds), The 1949 Geneva Conventions, A Commentary, Oxford 2015, Final Provisions N 15). *Droits fondamentaux* : art. 29 let. a de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; ARLETTAZ JORDANE et al., Chronique de Droit constitutionnel comparé des droits et libertés 2022-2023, Revue des droits et libertés fondamentaux 2024 chron. n° 11 ; MAGISTRO, p. 192 et 263. *Droit des étrangers* : FRICK CLAUDIA/GAFNER MAGALIE, Migrantes et violences conjugales : récents jugements, Plaidoyer 1/2023 26 ss, p. 29 ; LE FORT OLIVIA, La preuve et le principe de non-refoulement, thèse Genève 2019, N 475 et 693. *Droits populaires* : ATF 149 I 291 c. 3.3 ; 143 I 129 c. 2.2.

[496] Cette approche se retrouve surtout chez des auteurs hispanophones : BERISTAIN ANTONIO, Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana, Valence 2005 ; DE LA CUESTA JOSÉ LUIS, Le principe d'humanité en droit pénal, Revue de droit pénal et de criminologie 2013 911 ss, p. 926 ; JULIO-ESTRADA ALEXEI, Transnational Investigation in Criminal Procedure and the Protection of Victims of Serious Human Rights Violations in Latin American Constitutional Jurisprudence, in Ruggeri (éd.), Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings, Berlin 2013, 125 ss, p. 130.

[497] Selon nous à tort : cf. aussi JAQUIER VÉRONIQUE/MONTAVON CAMILLE, Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ? RPS 141/2023 178 ss, p. 184 ss. Le débat dépasse largement le cadre juridique : cf. par ex. MASSIN OLIVIER, Présumer coupable ? Le Temps, 22.1.2024, et la réponse de MUDRY LÉNA, Agressions sexuelles et présomption d'innocence : qui déraisonne ? Le Temps, 5.2.2024. En France, des discussions existent sur l'introduction d'un « crédit de véracité » pour les victimes d'infractions sexuelles.

[498] KÜPPER, p. 283 ; cf. ég. HELMKEN, Opfer, p. 182 s., à propos du rang du bien juridique individuel dont le lésé est titulaire.

[499] Ainsi, HILF (Rechtsgut, p. 459), tout en plaidant pour la prise en compte la plus large possible des intérêts de la victime, reconnaît néanmoins que cette approche trouve ses limites dans le respect des intérêts du prévenu.

in dubio pro reo (cf. art. 10 al. 3 CPP)[500], renversé pour l'occasion en *in dubio pro victima* –, qui relève des faits et de leur appréciation, et une règle sur l'interprétation extensive de la loi, qui relève du droit[501]. Ces règles renvoient chacune à une étape distincte du processus d'application du droit (syllogisme judiciaire). Même si nous avons vu que le passage de l'une à l'autre de ces étapes se faisait souvent de manière fluide[502], une interprétation plus ou moins extensive du droit ne saurait se justifier par une règle sur l'établissement et l'appréciation des faits. Si la situation juridique est confuse, si un terme légal est ambigu, le tribunal doit prendre position, selon les règles sur l'interprétation et sans qu'un doute ne puisse subsister à cet égard; l'adage *in dubio* (qu'il soit *pro reo* ou *pro victima*) ne trouve donc pas application en matière d'interprétation[503].

205 En matière d'interprétation, l'approche *in dubio pro victima* ne signifie donc pas que le doute doit profiter au lésé, mais que la notion de lésé en procédure pénale doit être définie de façon *extensive*, et non restrictive. En référence au modèle des trois candidats présenté ci-dessus, les tribunaux devraient ainsi interpréter la notion de lésé de manière à y inclure non seulement des candidats positifs, mais également des candidats neutres, voire – si l'on devait considérer que l'interdiction de l'analogie et la limite du sens littéral possible ne s'appliquent pas en la matière – des candidats négatifs[504]. Pour le dire plus trivialement: certaines personnes ne remplissant pas exactement ou pas strictement les conditions de l'art. 115 CPP – du moins telles qu'elles sont généralement admises – devraient malgré tout se voir reconnaître la qualité de lésé.

206 Une telle conception néglige toutefois la position du sujet principal du procès pénal. En procédure pénale plus que dans toute autre branche du droit, la personne directement concernée par la procédure et ses contraintes, celle sur qui pèse le risque le plus important en cas d'issue défavorable, n'est pas le lésé, mais le prévenu. Contrairement aux autres domaines du droit dans lesquels le principe *in dubio pro victima* a pu prospérer, la procédure pénale ne conçoit le lésé que par rapport à une infraction reprochée à une personne particulière qui, si elle peut être encore inconnue, se trouve néanmoins au cœur du litige: le prévenu. Cette composante relationnelle fait qu'une interprétation plus ou moins large de la notion de lésé est susceptible de se répercuter sur la si-

500 Cf. aussi art. 6 § 2 CEDH et art. 32 al. 1 Cst. Sur la portée et le sens précis de la règle sous cet angle, cf. ATF 144 IV 345 c. 2.2.3; CR CPP-VERNIORY, Art. 10 N 46.

501 ATF 139 I 72 c. 8.3.1; cf. aussi ATF 144 II 246 c. 6.4.3.

502 Cf. N 25 *supra*.

503 Pour *in dubio pro reo*: ATF 139 I 72 c. 8.3.1; 83 IV 203 c. 2; BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 76; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 5; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 56a; CR CPP-VERNIORY, Art. 10 N 48; Message CPP, p. 1108; cf. aussi VEST, Systematische Einleitung, N 66 s., sur l'art. 22 § 2, 2e phr. StCPI.

504 Pour rappel, les candidats neutres sont ceux qui, sans être indubitablement compris dans la définition légale (candidats positifs), n'en sont pas pour autant indubitablement exclus (candidats négatifs). Cf. N 104 ss *supra*.

tuation procédurale du prévenu. C'est d'ailleurs ce qui justifie une seconde approche interprétative, nettement plus restrictive que la première.

III. Pour une interprétation limitée par le principe de la légalité

La seconde orientation possible consiste à privilégier une interprétation stricte de l'art. 115 CPP, limitée par le principe de la légalité du droit de procédure pénale, de même que par l'interdiction de l'analogie, à la manière de ce que nous avons vu ci-dessus pour les dispositions de nature coercitive ou les règles de validité en matière d'exploitation des preuves. Cette position est supportée par plusieurs éléments. 207

A. Le lésé, entre procédure pénale et droit pénal matériel

Tout d'abord, et contrairement à certaines notions ou à certains principes qui relèvent typiquement (voire exclusivement) du droit de procédure pénale[505], la notion de lésé apparaît aussi en lien avec certaines institutions de droit pénal matériel ou qui sont à tout le moins prévues dans le Code pénal : 208

> On pense notamment à la *plainte pénale* (art. 30 ss CP ; cf. aussi le renvoi de l'art. 115 al. 2 CPP), à la *restitution* et à l'*allocation au lésé* (art. 70 al. 1 et 73 CP), au motif justificatif du *consentement du lésé*, à la *réparation du dommage* (art. 53 CP), voire à la *publication du jugement* (art. 68 CP) dans l'intérêt du lésé.

Nous verrons par la suite si le lésé au sens de ces dispositions, notamment en matière de plainte pénale et de confiscation, doit s'entendre de la même manière qu'à l'art. 115 CPP[506]. À ce stade toutefois, il importe de relever que la notion de lésé joue un rôle important pour un certain nombre de règles de droit matériel, pour lesquelles les garanties tirées du principe de la légalité criminelle (art. 1 CP), notamment l'interdiction de l'analogie *in malam partem*, trouvent à s'appliquer. 209

Cela vaut également lorsque l'institution en cause, bien qu'appartenant formellement au Code pénal, relève en réalité du droit processuel. Ainsi, en cas d'infraction poursuivie sur plainte (art. 30 ss CP), il est admis que l'existence d'une *plainte pénale* valable constitue une condition à l'exercice de l'action pénale (*Prozessvoraussetzung* ; cf. art. 303 al. 1 CPP) et non une condition (objective) de punissabilité[507]. Pourtant, cet élément reste soumis aux garanties du principe de la légalité, dont l'interdiction de la rétroactivité, ainsi que le prévoit expressément l'art. 390 al. 3 CP lorsqu'une infraction 210

[505] Cf. par ex. le principe *nemo tenetur* (art. 113 CPP), la maxime d'accusation (art. 9 CPP) ou le principe *ne bis in idem* (art. 11 CPP ; cf. BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 20).

[506] Cf. N 424 ss *infra* (art. 115 al. 2 CPP) et N 1298 ss *infra* (droit de la confiscation).

[507] ATF 151 IV 98 c. 1.2.3 ; 145 IV 190 c. 1.5.2 ; 129 IV 305 c. 4.2.4 ; 69 IV 69 c. 5 ; MUSKENS, Statut, N 5217 ; CR CP I-STOLL, Art. 30 N 4 ; PK StGB-TRECHSEL/GETH, Vor Art. 30 N 4 ; BSK StGB-RIEDO, Vor Art. 30 N 21 ss, tous avec des références à cette (ancienne) controverse. Le lien entre droit de plainte et procédure pénale ressort aussi des art. 303a al. 2 et 316 al. 1 CPP, qui prévoient des fictions du retrait de la plainte pénale (cf. art. 33 CP pour le surplus).

poursuivie sur plainte est transformée en infraction poursuivie d'office[508]. La doctrine étend cette interdiction à tous les cas dans lesquels le nouveau droit facilite les conditions du dépôt de plainte, par exemple en définissant plus largement le cercle des titulaires[509]. Il ne devrait pas en aller autrement de la définition du lésé, premier titulaire du droit de porter plainte (art. 30 al. 1 CP). Par ailleurs, si l'interdiction de la rétroactivité est applicable en la matière, cela doit également être le cas des autres facettes du principe de la légalité, dont l'exigence de précision de la base légale et, surtout, l'interdiction de l'analogie. Enfin, on ne voit pas pourquoi ce qui vaut pour le lésé en tant que titulaire du droit de porter plainte pénale selon les art. 115 al. 2 CPP et 30 al. 1 CP ne doit pas également valoir pour le lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP.

211 À noter toutefois que telle ne semble pas être la position du *Tribunal fédéral*, à tout le moins pour l'interdiction de la rétroactivité : dans un arrêt récent, rendu dans un cas d'escroquerie aux crédits Covid-19, notre Haute Cour a rappelé que cette interdiction ne s'étendait pas au droit de procédure pénale, et ne pouvait dès lors pas être invoquée par le prévenu pour contester le statut d'une partie plaignante au motif que la loi sur laquelle elle fondait sa qualité n'existait pas encore à l'époque des faits[510].

212 Mais, au-delà de son caractère transversal, la notion de lésé en procédure pénale renvoie à un élément qui relève par essence du droit pénal matériel : une infraction pénale. Fondamentalement, le lésé n'est lésé que parce qu'une infraction a été commise (ou tentée) à son encontre. Une personne lésée ne se conçoit pas sans une infraction pénale, même si celle-ci reste encore à prouver dans le cas particulier. La définition du lésé en procédure pénale dépend ainsi directement des comportements réprimés par le droit pénal : *« New types of crimes, such as stalking, create new types of victims. Crimes off the books, such as adultery, eliminate a type of victim »*[511]. Ce rapport au droit pénal spécial, lui-même soumis à une interprétation naturellement limitée par le principe de la légalité (art. 1 CP), ne peut pas être ignoré lorsqu'il s'agit d'interpréter la

[508] L'art. 390 al. 2 CP règle la situation inverse (délit poursuivi d'office désormais poursuivi sur plainte) et constitue dès lors un cas d'application de la *lex mitior* (art. 2 al. 2 CP), qui est en réalité une dérogation au principe de la légalité. À noter que, de manière générale, le droit de plainte doit être pris en compte dans l'examen global visant à déterminer la loi la plus favorable au sens de l'art. 2 al. 2 CP (ATF 135 IV 113 c. 2.2 ; 119 IV 145 c. 3c).

[509] BSK StGB-RIEDO, Art. 390 N 24 s. ; AK StGB-JAUN, Art. 390 N 3 ; cf. ég. ATF 119 IV 315 c. 2a, pour la situation inverse (application rétroactive du nouveau droit restreignant le droit de plainte [art. 217 al. 2 CP], plus favorable au prévenu *[lex mitior]*).

[510] TF, 6B_95/2024, 6.5.2025 c. 4.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 201, en référence aux art. 448 s. CPP ; cf. ég. TC VD, CREP 29.9.2023/660, c. 2.2.2 s. (confirmé sans que ce point ne soit apparemment contesté in TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.3 [f]), pour une norme cantonale définissant la qualité de partie au sens de l'art. 104 al. 2 CPP, qualifiée de règle procédurale n'ayant d'effet sur la punissabilité que pour les infractions poursuivies sur plainte. Au vu des droits offensifs reconnus au lésé (et aux autorités de l'art. 104 al. 2 CPP ; cf. N 1125 ss *infra*) et de leurs effets sur la situation du prévenu, il est toutefois permis de douter du bien-fondé d'une telle affirmation. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas toujours cohérente à ce sujet : cf. TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.5.3 [d] (art. 79 al. 3 LPGA).

[511] BELOOF et al., p. 45.

notion de lésé en procédure pénale. À défaut, le risque serait de parvenir à des décisions incohérentes, voire contradictoires, qui analyseraient les éléments constitutifs de l'infraction et ceux propres à la qualité de lésé selon des principes différents.

Ainsi, d'un point de vue systématique, la proximité que la notion de lésé entretient avec certaines institutions de droit pénal matériel, ainsi qu'avec l'existence même d'une infraction pénale, implique une interprétation nécessairement plus restrictive que celle valant pour les règles d'organisation de la procédure en général. 213

B. Une place de choix en procédure pénale

Même en examinant la question uniquement sous l'angle du droit de procédure pénale, un certain nombre d'arguments plaident en faveur d'une interprétation stricte de la notion de lésé, compte tenu du rôle qui lui est dévolu, des prérogatives qui sont les siennes et, surtout, de leur impact sur la position du prévenu. 214

1. Une partie plaignante en devenir

Tout d'abord, une interprétation stricte se justifie lorsqu'on dépasse le cadre d'un examen purement statique des conditions de l'art. 115 CPP et qu'on examine la situation d'un point de vue dynamique et systématique, au regard des implications que la reconnaissance de la qualité de lésé est susceptible d'avoir dans la suite de la procédure. 215

En soi, le lésé est déjà un «autre participant à la procédure» (art. 105 al. 1 let. a CPP), qui jouit à ce titre de tous les droits de partie nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts (art. 105 al. 2 CPP). Mais cette qualité n'est souvent que provisoire, et les droits qu'elle octroie, limités[512]. L'aboutissement de la démarche est l'accès au statut de partie plaignante. La doctrine admet d'ailleurs que le principal droit reconnu au lésé en application de l'art. 105 al. 2 CPP est celui de se constituer partie plaignante (art. 118 CPP)[513]. En agissant en ce sens, le lésé passe alors du statut de simple «participant» à celui de véritable «partie» à la procédure (cf. art. 104 al. 1 let. b CPP), ce qui lui permet d'exercer un nombre nettement plus important de droits au cours de celle-ci. 216

[512] Cf. CR CPP-BENDANI, Art. 105 N 4. Cf. aussi TF, 1B_276/2015, 2.12.2015, c. 2.2 [f]: «dans la mesure où le lésé ne s'est pas constitué partie plaignante (art. 118 ss CPP) et qu'il ne fait pas valoir une atteinte au sens de l'art. 105 al. 2 CPP, il ne bénéficie d'aucun droit de partie et ne peut ainsi participer activement à la procédure».

[513] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 13 *(«vor allem»)*; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, N 17; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 10 *(«wichtigstes Recht»)*; JEANNERET/KUHN, N 7019 (prérogative «la plus significative»); GARBARSKI, RPS 2012, p. 167. Le lésé dispose aussi de droits en lien avec la *confiscation*, qui seront examinés ci-après (cf. N 1298 ss *infra*). Le lésé dispose encore du droit de *consulter le dossier* sur la base de l'art. 105 al. 2 CPP, mais toujours dans l'optique de se constituer partie plaignante (ou en lien avec la confiscation): TF, 1B_581/2012, 27.11.2012, c. 2.5 [d]. En outre, tant qu'il ne s'est pas constitué partie plaignante, le lésé est entendu en qualité de témoin (art. 166 CPP), mais les droits qu'il peut faire valoir dans ce cadre (not. celui de refuser de témoigner) résultent alors de cette dernière qualité (cf. art. 105 al. 1 let. c CPP).

217 Or, dans le système du CPP, la constitution du lésé en qualité de partie plaignante s'opère par une simple déclaration, écrite ou orale, qui doit être faite devant une autorité de poursuite pénale, avant la fin de la procédure préliminaire (art. 118 al. 3 et 119 al. 1 CPP). Le législateur fédéral exige ainsi une manifestation de volonté expresse de la part du lésé (art. 118 al. 1 CPP)[514], contrairement à certains anciens codes cantonaux, à teneur desquels le statut de partie plaignante s'acquérait *ex lege* et pouvait donc être invoqué à n'importe quel stade de la procédure[515]. Il n'en demeure pas moins que les conditions requises à cet égard ne sont pas particulièrement élevées, la constitution de partie plaignante étant souvent une simple formalité – en pratique, une case cochée dans un formulaire suffit[516]. L'enjeu principal devrait régulièrement se situer en amont, au niveau de la qualité du lésé selon l'art. 115 CPP qui, elle, s'acquiert de par la loi[517]. Derrière la plupart des litiges sur la qualité de partie plaignante, c'est en réalité la qualité de lésé qui est contestée.

218 La définition du lésé à l'art. 115 CPP occupe dès lors un rôle charnière dans l'accession au statut de partie plaignante (art. 118 ss CPP), et donc de partie à la procédure, avec tous les droits qui y sont associés. En ce sens, on pourrait dire que la partie plaignante n'est rien d'autre qu'un *« lésé en mouvement »*[518]. Inversement, le lésé serait lui-même une *« partie plaignante en devenir »*[519]. Cette circonstance commande que l'interprétation de la notion de lésé en procédure pénale ne se fasse pas en vase clos, mais qu'elle tienne compte de sa position future (et probable) au cours de la procédure, ainsi que des conséquences qu'elle comporte pour le sujet principal de celle-ci : le prévenu.

2. Un lésé aux droits offensifs

219 Le CPP est venu renforcer la position que le lésé occupe dans le procès pénal, en particulier lorsqu'il décide de se constituer partie plaignante[520]. En effet, notre droit de procédure pénale dote le lésé d'un large arsenal de droits dits « offensifs »[521], qui lui

514 Cf. par ex. TF, 6B_1378/2023, 7.8.2024, c. 3.1 [f].

515 Message CPP, p. 1150 ; Rapport explicatif A-P CPP, p. 90 avec des ex. ; NYDEGGER, p. 68 ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 118 N 3.

516 Cf. NYDEGGER, p. 83, 89. On réservera la question de l'interprétation de la déclaration du lésé, not. quant à sa portée (au pénal et/ou au civil [art. 119 al. 2 CPP]) : cf. PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 199 ; NYDEGGER, Strafantrag, p. 195 ss.

517 Sur ce dernier point, cf. GARBARSKI, RPS 2012, p. 170.

518 Cpr. en droit français DETRAZ, Notion textuelle, p. 70.

519 Dans le Message du CPP, le Conseil fédéral va même jusqu'à affirmer que « [t]out lésé a, de par la loi, le statut de partie plaignante » (p. 1150), ce qui nous paraît aller un peu loin.

520 Cf. not. MACALUSO/GARBARSKI, Recevabilité, p. 195 s ; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 185 ; cf. déjà MACALUSO, Action civile, p. 176 et 193 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 883 ; GARBARSKI, RPS 2012, p. 161 ; JEANNERET, Partie, plaignante, p. 317. Les *travaux préparatoires* sont moins affirmatifs : Rapport explicatif A-P CPP, p. 10 (« un certain renforcement ») ; Message CPP, p. 1084 (renforcement « partiel » du statut de la victime). La révision du CPP de 2024 a notamment eu pour but de renforcer les droits des victimes dans certains domaines : Message CPP 2019, p. 6354.

521 Cf. la thèse d'habilitation éponyme de BOMMER, Verletztenrechte, p. 272.

permettent d'œuvrer à la condamnation (pénale et civile) du prévenu et de prendre une place résolument active dans la procédure. Par opposition, les droits dits «défensifs» du lésé sont ceux qui tendent à éviter sa victimisation secondaire[522].

Nous venons de voir que, par une simple déclaration, le lésé peut se constituer partie plaignante à la procédure, ce qui lui permet de peser sur l'action pénale en demandant *la poursuite et la condamnation du prévenu* (art. 119 al. 2 let. a CPP), mais également d'élever à son encontre des *conclusions civiles* déduites de l'infraction (art. 119 al. 2 let. b et 122 ss CPP). Dans ce dernier cas, le prévenu est attrait en tant que défendeur à une action civile particulière, car intégrée dans un procès pénal, qui sert avant tout l'intérêt du lésé/demandeur et qui déroge sur de nombreux points au régime ordinaire prévu par le CPC, en défaveur du prévenu/défendeur[523]. 220

Nous avons également vu que, par sa constitution de partie plaignante, le lésé acquiert formellement le statut de partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP). Ce statut lui permet d'exercer tous *les droits* que le CPP octroie – indistinctement – aux *parties*, dont le droit d'être entendu (art. 107 CPP), de consulter le dossier (art. 101 CPP), de présenter des requêtes à la direction de la procédure (art. 109 CPP), dont des réquisitions de preuves (art. 318 et 331 al. 2 CPP), de participer à l'administration des preuves et de poser des questions aux comparants (art. 147 CPP), de s'exprimer sur le choix et la liste de questions à l'expert (art. 184 al. 3 CPP), de plaider à l'audience de jugement (art. 346 CPP) et de solliciter du prévenu une juste indemnité pour les dépenses occasionnées par la procédure (art. 433 CPP)[524]. Selon un arrêt récent, la partie plaignante dispose même du droit de demander au tribunal du fond de renvoyer la cause au ministère public pour qu'il modifie ou complète son acte d'accusation (art. 333 al. 1 CPP)[525]. 221

Même s'il ne s'est pas constitué partie plaignante, le lésé dispose encore de moyens offerts spécifiquement par le droit pénal matériel, tels que la *restitution* (art. 70 al. 1 *i.f.* CP) ou *l'allocation* en sa faveur de certaines valeurs patrimoniales (art. 73 CP), dont le produit des confiscations ou les créances compensatrices. En vue de garantir 222

[522] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 12 ; cf. en *Allemagne* WEIGEND, Deliktsopfer, p. 423, qui distingue entre un *status negativus* et *activus* du lésé. Les droits défensifs sont ceux reconnus à la victime selon l'art. 117 CPP. À noter toutefois que la possibilité, introduite avec la révision du CPP de 2024 (Message CPP 2019, p. 6388), d'octroyer l'assistance judiciaire à la victime pour son action pénale (art. 136 al. 1 let. b CPP), vient quelque peu remettre en question cette distinction entre droits offensifs du lésé et droits défensifs de la victime.

[523] Cf. récemment DROESE, Revision, p. 29 ss ; KLINGLER, N 254 et 308 s. ; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 186 s.

[524] Pour un aperçu des droits (offensifs et défensifs) du lésé et de la partie plaignante, cf. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 12 ss ; cf. ég. GARBARSKI, RPS 2012, p. 173.

[525] ATF 148 IV 124 c. 2.6.5 et 2.6.7, qui précise que si le tribunal doit traiter de telles requêtes, il ne peut pas, en cas de renvoi, contraindre le ministère public à modifier son acte d'accusation ; cf. aussi CJ GE, ACPR/261/2022, 21.4.2022, c. 4.2 ; SCHAFFNER, Teilhabe.

lesdites prétentions, le lésé pourra préalablement solliciter des autorités pénales le *séquestre pénal* des biens appartenant au prévenu ou à des tiers (art. 263 al. 1 CPP).

223 Sur l'ensemble de ces points, le lésé, respectivement la partie plaignante, pourra *recourir* – au niveau cantonal puis, la plupart du temps, devant le Tribunal fédéral[526] – contre les décisions qui lui seraient défavorables. Il pourra ainsi faire appel de jugements au fond, par exemple d'un acquittement, mais également recourir contre des ordonnances de classement ou de non-entrée en matière, ou encore contre des décisions qui lui refusent l'accès au dossier de la procédure ou qui lèvent un séquestre de valeurs patrimoniales pouvant lui être allouées ou restituées[527].

224 Par ailleurs, le lésé, une fois constitué partie plaignante, jouit aussi d'un certain nombre de droits que le CPP rattache spécifiquement à cette qualité. Il peut ainsi solliciter de l'État *l'assistance judiciaire* pour faire valoir son action civile ou, depuis la révision de 2024 et à condition qu'il soit aussi une victime, son action pénale contre le prévenu (art. 136 al. 1 let. a et b CPP).

225 La partie plaignante dispose également de pouvoirs importants au sein de certaines procédures spéciales, dont celle de *l'ordonnance pénale*, puisqu'elle dispose du droit – désormais ancré dans la loi (art. 354 al. 1 let. a^{bis} CPP)[528] – de former opposition contre ce prononcé de la même manière qu'elle pourrait faire appel d'un jugement au fond, à savoir tant sur l'aspect pénal que sur l'aspect civil, étant précisé que les possibilités de trancher des conclusions civiles par voie d'ordonnance pénale ont encore été étendues avec la révision de 2024[529]. Dans le cadre de la *procédure simplifiée*, enfin, la partie plaignante peut aussi décider de rejeter (expressément) l'acte d'accusation qui lui a été notifié par le ministère public (art. 360 al. 3 CPP), faculté qui constitue un véritable «droit de veto» permettant de faire obstacle à cette forme de justice négociée[530]. L'opposition de la partie plaignante ne peut toutefois porter que sur les aspects de l'acte d'accusation qui touchent ses propres droits, soit en particulier les prétentions civiles ou les infractions retenues[531].

526 Aux conditions des art. 379 ss CPP, respectivement des art. 78 ss LTF.

527 Et même celles qui refusent d'ordonner un séquestre devant ensuite être exécuté par voie de commission rogatoire : TF, 1B_312/2016, 10.11.2016, c. 2.2 [f].

528 Auparavant : ATF 141 IV 231 c. 2.6, confirmé in ATF 148 IV 124 c. 2.6.4.

529 Cf. art. 353 al. 2 CPP : des conclusions civiles liquides n'excédant pas CHF 30000.– peuvent désormais faire l'objet d'une ordonnance pénale même sans être reconnues par le prévenu, étant précisé que le sens à donner au verbe «pouvoir» (*Kann-* ou *Mussvorschrift*) n'est pas tranché (cf. JEANNERET/JORNOT, p. 706 ; DROESE, Revision, p. 37 s.). Voir sous l'ancien droit TF, 4D_62/2013, 16.12.2013, c. 2 [d] ; 6B_981/2017, 7.2.2018, c. 2 [d].

530 PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 119 ; GALEAZZI, p. 127 ; GIGER, N 243 ; CR CPP-PERRIN/DE PREUX, Art. 360 N 25 ; PITTELOUD, Art. 358-362 N 1038. Cela vaut d'ailleurs également pour l'opposition à *l'ordonnance pénale* (cf. GALEAZZI, p. 112), dès lors que ce mode de clôture est de plus en plus employé comme instrument de justice négociée en Suisse, notamment par le MPC.

531 ATF 151 IV 56 c. 2.6.4 ss.

3. Péjoration de la situation du prévenu

Ces différents droits façonnent et structurent le rôle qui est assigné au lésé au sein de notre système de procédure pénale[532]. Ce rôle est résolument actif et offensif : le lésé est désormais largement intégré dans le procès pénal moderne, au point de remettre en question sa relation triangulaire classique (partie poursuivante – partie poursuivie – juge). Certains vont même jusqu'à affirmer que la position du lésé risquerait de rompre cet équilibre processuel en défaveur du prévenu, en adjoignant à l'accusateur public un accusateur privé, « auxiliaire » ou « bras droit » du procureur[533], lesquels formeraient ensemble une « coalition à deux contre un »[534]. Dans le même ordre d'idées, l'accroissement des droits du lésé est parfois présenté comme un « jeu à somme nulle », en ce sens que ce qui est octroyé au lésé ou à la victime serait nécessairement retiré au prévenu[535]. 226

Sans aller aussi loin, force est toutefois de constater que la position procédurale du lésé et les prérogatives qui lui sont reconnues dans le CPP sont susceptibles de *péjorer* la situation du *prévenu*, en activant des pouvoirs coercitifs d'investigation contre sa personne ou ses biens, en complexifiant et en rallongeant le cours de la procédure menée à son encontre, en l'astreignant au paiement de prétentions civiles et autres indemnités et, surtout, en concourant à sa condamnation pénale. Les enjeux de la procédure sont ainsi autrement plus sérieux pour le prévenu, qui y est impliqué contre son gré, que pour la partie plaignante, qui choisit délibérément d'y participer[536]. Cet impact négatif – ou, pour reprendre l'expression de GARBARSKI, cette *« nuisance value »*[537] – 227

[532] Cf. de manière générale DUFF, p. 308 et 310 s.

[533] MACALUSO/GARBARSKI, Recevabilité, p. 196 ; JEANNERET, Partie plaignante, p. 305 ; CJ GE, ACPR/904/2021, 20.12.2021, c. 5.2 ; cf. ég. PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 112 (« double emploi ») ; PITTELOUD, Art. 1-2 N 11 ; en *France*, cf. CARBONNIER, p. 148 : les victimes sont passées de « sujets passifs du délit aux agents martiaux de la répression ».

[534] SALAS, p. 183, 284, 332 ; PARIZOT, Action pénale partagée, p. 257 ss ; LIWERANT, p. 222 ; en *Suisse*, cf. BOMMER, Verletztenrechte, p. 261 s. (*« Trio »*, voire *« ménage à trois »*) ; en *Allemagne*, cf. AHLFELD, p. 198 ss ; ENDLER, p. 129 ss et 134 ss ; WEIGEND, Deliktsopfer, p. 428 ; en *France*, cf. BONFILS, Partie civile, N 13 ; BEAUVAIS, Rapport conclusif, p. 266 ; MECHIN, p. 122 ; dans une perspective *européenne* (Directive 2012/29/UE), cf. GÖHLER, p. 209 ss, 373 *(« tripolare Verfolgungstruktur »)*.

[535] KUNZ KARL-LUDWIG, Opferschutz und Verteidigungsrechte, Plädoyer (cahier spécial) 5/2022 2 ss, p. 6 ; sur l'image du *Nullsummenspiel* en *Allemagne*, cf. HASSEMER/REEMTSMA, p. 62 s., 86, 106 ; HENRION, p. 45. Cela vaut aussi en sens inverse : GÖHLER, p. 101. *Contra* (ou moins absolus) : BOMMER, Verletztenrechte, p. 262 ss ; VERNIORY JEAN-MARC, Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, thèse Genève, Berne 2005, p. 491 ; DECRAMER KRIS/GYSELAERS LORE, La victime dans la procédure pénale belge : victime de son succès ? in Geneviève Giudicelli-Delage/Christine Lazerges (éds), La victime sur la scène pénale en Europe, Paris 2008, 68 ss, p. 79 ss, dénonçant la « présomption de symétrie » entre auteur et lésé.

[536] BOMMER, Überblick, p. 190 ; BOMMER, Verletztenrechte, p. 218 ; GÖHLER, p. 213.

[537] GARBARSKI, RPS 2012, p. 162.

du lésé ou de la partie plaignante sur la situation du prévenu emporte au moins trois conséquences pratiques.

228 *Premièrement*, il peut avoir pour effet de limiter certains des droits procéduraux du lésé, afin qu'ils n'empiètent pas de manière excessive sur ceux du prévenu[538]. On peut ici mentionner le droit de participer à l'administration des preuves (art. 147 CPP), dont la violation à l'endroit de la partie plaignante ne peut pas avoir pour effet de frapper d'inexploitabilité absolue (art. 147 al. 4 CPP et le renvoi à l'art. 141 al. 1 CPP) des moyens de preuve qui s'avèrent à décharge du prévenu[539].

229 *Deuxièmement*, cette position particulière explique aussi pourquoi le Tribunal fédéral[540], suivi en cela par plusieurs juridictions cantonales[541] et par une partie importante de la doctrine[542], mais pas par le Tribunal pénal fédéral[543], reconnaît au prévenu un intérêt juridiquement protégé (cf. art. 382 al. 1 CPP) à recourir contre l'admission du lésé – ou plutôt: de la personne qui se prétend lésée – en qualité de partie plaignante. En effet, du point de vue du prévenu, l'absence de (toute) partie plaignante est susceptible de considérablement simplifier l'instruction, même en cas d'infraction poursuivie d'office, puisqu'il n'a pas à «affronter une partie de plus»[544], laquelle est autorisée à exercer ses droits procéduraux, à prendre des conclusions, tant civiles que pénales,

538 OEHEN, Strafkläger, p. 44 s.

539 Sur l'ensemble de la question: MACULA, p. 236 ss; cf. aussi GUISAN, Violation du droit de participer, p. 349; TF, 6B_706/2023, 15.4.2024, c. 1.3 [f]: «l'art. 141 CPP vise avant tout – quoique pas exclusivement – à protéger les justiciables de l'utilisation contre eux de moyens de preuves administrés de manière illicite».

540 TF, 7B_931/2023, 24.5.2024, c. 2.2.2 et 2.4 [f]; 1B_304/2020, 3.12.2020, c. 2.1 et 2.2 [f]; 1B_431/2019, 6.1.2020, c. 2.2 [f]; cf. ég. TF, 1B _334/2019, 6.1.2020, c. 2.3.3 et 2.3.4 [f].

541 Not. *Genève*: CJ GE, ACPR/817/2022, 21.11.2022, c. 2.2.2 et 2.4; ACPR/633/2018, 5.11.2018, c. 2.2; ACPR/355/2016, 13.6.20216, c. 1.2.1 et 1.2.2; *Zurich*: OGer ZH, ZR 116/2017 Nr. 72, c. II/3.3; *Berne*: TC BE, BK 2014 325, 17.2.2015, c. 2.2 [f] (art. 393 al. 1 let. b CPP); *Vaud*: TC VD, CREP 28.12.2023/1050, c. 2.2; 23.2.2023/134, c. 1.3.3.

542 MACALUSO/GARBARSKI, Recevabilité, p. 200; ZK StPO-LIEBER, Art. 118 N 2a et Art. 382 N 13c; GARBARSKI, RPS 2017, p. 140 s.; OEHEN, Strafkläger, p. 36; DEMARMELS, p. 112; GARBARSKI, SJ 2013, p. 137; GARBARSKI, RPS 2012, p. 175; *contra*: TANNER, p. 72; *plus réservés*: MAZZUCCHELLI, p. 213; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 118 N 12e; SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 115 N 5a; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13a (n'admettant un droit de recours que dans certaines situations particulières).

543 Qui suit une approche plus restrictive, fondée sur la notion de préjudice irréparable: TPF, BB.2022.132, 21.3.2023, c. 4.1 [f]; BB.2021.159, 20.10.2022, c. 3.3.1 [f]; cf. aussi *Neuchâtel*: TC NE, RJN 2016 406 (art. 393 al. 1 let. b CPP, mais la solution semble générale). Cette notion est toutefois propre à l'art. 93 al. 1 let. a LTF et ne se retrouve pas à l'art. 382 CPP (cf. ATF 143 IV 475 c. 2.9; TF, 1B_485/2021, 26.11.2021, c. 2.4.3 [f]). La pratique du TF sur la recevabilité du recours en matière pénale contre les décisions (incidentes) d'admission de partie plaignante (cf. par ex. TF, 7B_917/2023, 5.12.2023, c. 2 [f]) ne se laisse dès lors pas transposer telle quelle aux recours selon le CPP. Sur l'ensemble de la question, cf. MACALUSO/GARBARSKI, Recevabilité, p. 199 ss.

544 Sous-entendu: de plus que le ministère public. Cf., parmi beaucoup d'autres, TF, 6B_267/2022, 1.2.2023, c. 2.6 [f] (art. 93 al. 1 let. a LTF).

contre lui et à faire appel d'un éventuel acquittement[545]. À noter toutefois que, selon la jurisprudence récente, le prévenu est tenu de démontrer (art. 385 al. 1 CPP) son intérêt au recours, en expliquant en quoi la présence de la partie plaignante est, dans le cas concret, susceptible de porter atteinte à ses intérêts juridiques, à défaut de quoi son acte risque d'être déclaré irrecevable[546].

Troisièmement, ce rôle procédural fort et ces larges prérogatives commandent selon nous une interprétation d'autant plus stricte de la notion de lésé elle-même[547], à la manière de ce qui vaut déjà pour les dispositions de procédure de nature coercitive et les règles de validité en matière de preuve. Une telle approche doit permettre de limiter la qualité de lésé aux seules personnes qui entrent véritablement dans les termes de la définition prévue à l'art. 115 CPP, conformément au «principe de la légalité du droit de la procédure pénale». Certes, la péjoration de la situation du prévenu n'interviendra que dans un second temps, lorsque le lésé, une fois reconnu comme tel, exercera contre lui ses droits en procédure. Cependant, cette circonstance ne suffit pas à qualifier (ou à rétrograder) l'art. 115 CPP en simple règle d'organisation de la procédure, soumise à des exigences moindres en termes d'interprétation[548]. Nous avons vu que cette disposition, qui fondait la notion de lésé en procédure pénale, revêtait une fonction charnière dans son accession à la qualité de partie (plaignante) à la procédure, avec tous les droits qui y sont – souvent automatiquement – associés. Cela justifie une interprétation rigoureuse de la notion de lésé. 230

Bien qu'il ne la déduise pas du principe de la légalité ni de l'atteinte aux droits du prévenu, le *Tribunal fédéral* semble lui aussi privilégier une interprétation stricte des art. 115 ss CPP. Il a par exemple relevé que la systématique interne du 3ème Chapitre 231

[545] TF, 7B_931/2023, 24.5.2024, c. 2.2.2 et 2.4 [f]; 1B_304/2020, 3.12.2020, c. 2.1 et 2.2 [f]; CJ GE, ACPR/633/2018, 5.11.2018, c. 2.2; cf. ég. OGer ZH, ZR 116/2017 Nr. 72, c. II/3.3.

[546] TF, 7B_51/2024, 25.4.2024, c. 2.3.2 s. [f], dont le raisonnement nous semble excessivement rigoriste et s'éloigne, sans que les explications données ne soient convaincantes, de celui tenu in TF, 1B_304/2020, 3.12.2020, c. 2.2 [f], ce qui semble présager un durcissement de la pratique, à tout le moins au sein de la 2e Cour de droit pénal. À *Genève*, la Chambre pénale de recours se montre elle aussi exigeante et prend en compte dans son examen *(i)* le risque d'accès à des secrets d'affaires, *(ii)* le rôle plus ou moins actif occupé par la partie plaignante dans la procédure jusqu'alors, *(iii)* son éventuel statut étatique ou quasi-étatique, *(iv)* le mode de poursuite des infractions en cause et *(v)* la présence d'autres parties plaignantes dont le statut n'est pas ou plus remis en cause. En revanche, de simples inconvénients de fait, tels que l'allongement de la procédure et/ou l'augmentation de son degré de complexité, ne suffisent en principe pas: CJ GE, ACPR/143/2024, 23.2.2024, c. 2.3.2 et 2.4; ACPR/258/2021, 20.4.2021, c. 1.2.2 et 1.3; ACPR/265/2020, 29.4.2020, c. 1.2.3 et 1.3; dans ce sens ég. TF, 1B_317/2018, 12.12.2018, c. 2.3 et 2.4 [f]; *contra* pour la durée de la procédure: JENAL, Strafklage, p. 136, 141, 258. Dans un contexte proche: ATF 150 IV 409 c. 2.5.2: pas d'intérêt juridiquement protégé du prévenu à recourir contre un refus de suspension (art. 55a CP).

[547] Sur le lien inversement proportionnel entre le cercle des lésés et les droits qui leur sont accordés par le législateur en *Allemagne*, cf. WEIGEND, Deliktsopfer, p. 414 s.

[548] Cpr. EGLI, N 471 s., qui retient que les obligations de dénoncer (cf. art. 302 CPP) n'affectent pas à elles seules la situation ou les droits du prévenu, de sorte qu'elles ne font que régler les modalités de la procédure et peuvent ainsi faire l'objet d'une interprétation large.

du CPP (Lésé, victime et partie plaignante [art. 115-126 CPP]), placé sous le Titre 3 (Parties et autres participants à la procédure [art. 104-138 CPP]), parlait en faveur d'une réglementation exhaustive et restrictive de la notion de partie plaignante, ce qui ne laissait pas de place pour une éventuelle lacune (proprement dite) de la loi[549]. Ce raisonnement se laisse aisément transposer au lésé (art. 115 CPP), ce d'autant plus que la jurisprudence relative à cette disposition tend elle aussi à se montrer restrictive[550] ou, à tout le moins, à accorder un poids particulier à l'élément d'interprétation littéral[551]. Dans un arrêt de principe récent, le Tribunal fédéral a clairement affirmé « le caractère restrictif du droit suisse en matière de reconnaissance de la qualité de partie à des personnes qui ne sont ni le prévenu, ni l'accusation »[552]. Pour peu qu'elle se prononce sur le sujet, la doctrine retient elle aussi que l'interprétation de la notion de lésé se doit d'être restrictive[553].

232 Enfin, notons qu'une telle approche n'est pas isolée, mais se retrouve aussi chez nos voisins : en *France*, la Cour de cassation retient, dans une jurisprudence constante, que l'exercice de l'action civile devant les juridictions pénales est un « droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement renfermé dans les limites fixées par le code de procédure pénale »[554] ; cette interprétation stricte s'étend à la notion de partie civile ou de victime elle-même[555]. Si une telle conception ne se retrouve pas à l'identique en *Allemagne* – dont le *Strafprozessordnung* ne prévoyait aucune définition légale du lésé il y a peu de temps encore[556] –, la doctrine reconnaît néanmoins que la présence d'un lésé à la procédure est susceptible de porter atteinte aux droits de la défense et qu'en cas de conflit, il faut privilégier une interprétation favorable aux intérêts du prévenu[557]. La même approche prévaut au niveau de l'*Union européenne*[558].

---

549 ATF 140 IV 162 c. 4.7.2 et 4.9.6, confirmé in ATF 148 IV 256 c. 3.5 et 3.7, relatifs à l'art. 121 CPP ; pour une critique de cet argument systématique, qui confond les catégories légales et leur contenu : MUSKENS, Statut, N 5494.

550 Cf. par ex. ATF 147 IV 269 c. 3.2 et 3.4, sur la qualité de lésé d'une association (Asloca) en vertu de l'art. 115 al. 2 CPP. Cf. aussi l'approche du TF sur la qualité de lésé en lien avec les infractions protégeant des biens juridiques collectifs : ATF 147 IV 269 c. 3.1 et 3.3 ; 145 IV 491 c. 2.3.1 et 2.4 (cf. N 947 *infra*).

551 Cf. par ex. ATF 140 IV 155 c. 3.4.5 *in fine*, sur la qualité de lésé du créancier cessionnaire *(« Der Wortlaut von Art. 115 Abs. 1 StPO verlangt ausdrücklich […] »)* ; cf. aussi ATF 139 IV 89 c. 2.2, sur les proches de la victimes (art. 116 al. 2 CPP) qui fait prévaloir les versions allemande et italienne de l'art. 117 al. 3 CPP, plus restrictives que la version française (cf. à ce sujet JEANNERET, Voyage, p. 79).

552 ATF 152 IV 27 c. 4.4.5.

553 NYDEGGER, p. 89 ; cf. aussi KLINGLER, N 755 ss, pour l'action civile adhésive.

554 Crim., 7.9.2021, n° 19-87.031 ; Crim., 21.4.2020, n° 18-86.652 ; Crim. 25.9.2007, n° 05-88.324, Bull. crim. 2007, n° 220.

555 AMBROISE-CASTÉROT, N 108 s. ; cf. ég. le rapport de la Conseillère référendaire à l'appui de Crim., 15.2.2022, n° 21-80.264, Bull. crim. 2022, n° 2 (p. 4).

556 Cf. N 807 ss *infra*.

557 LR StPO-KÜHNE, Einl. J, N 118 ; HOPPE, p. 150 ; cf. aussi NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 60a, qui retiennent une interdiction de l'analogie pour toutes les normes ayant pour conséquence que *« der Status des Beschuldigten als Prozesssubjekt grundlegend in Mitleidenschaft gezogen wird »* ; plus nuancés : LR StPO-LÜDERSSEN/JAHN, Einl. M, N 67.

4. Qualité de lésé et procès équitable (art. 6 CEDH)

Il nous faut encore nous demander si les droits consacrés par la CEDH exercent une influence quelconque sur la qualité de lésé en procédure pénale et, dans l'affirmative, si l'on peut en tirer certains enseignements sur l'interprétation de ladite qualité. C'est essentiellement en lien avec le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH) que la question s'est posée. Seul le volet civil de cette garantie entre d'ailleurs en considération car, à rigueur de texte, le volet pénal ne s'applique qu'à la personne qui fait face à une «accusation en matière pénale» (art. 6 § 1 CEDH) ou qui est «accusée» (art. 6 § 2 et 3 CEDH), ce qui exclut le lésé ou la victime d'une infraction[559]. 233

Dans son volet civil, le droit à un procès équitable vaut pour toute contestation portant sur des «droits et obligations de caractère civil» (art. 6 § 1 CEDH). Dans son arrêt *Perez c. France*, la Grande Chambre de la CourEDH a précisé les contours de l'application de cette disposition à l'égard du lésé en procédure pénale[560]. Tout en rappelant que la Convention ne garantissait aucun droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers – ce qui reviendrait à consacrer un droit à la «vengeance privée» –, la Cour a retenu qu'en droit français, une plainte avec constitution de partie civile représentait une action civile tendant à la réparation du préjudice résultant de l'infraction, de sorte qu'elle devait être qualifiée de contestation à caractère civil au sens de l'art. 6 § 1 CEDH[561]. Le critère déterminant est donc de savoir si le système juridique interne offre à la victime un droit d'intenter une action civile dans le cadre du procès pénal, ne serait-ce qu'en vue de l'obtention d'une réparation symbolique ou de la protection d'un droit à caractère civil, à l'instar du droit de jouir d'une «bonne réputation»[562]. 234

Les principes établis par cet arrêt en 2004 sont toujours valables aujourd'hui. Ils ont entretemps été appliqués à plusieurs États parties dont l'ordre juridique connaît une institution similaire à la plainte avec constitution de partie civile de droit français[563]. Ils ont été précisés par la Grande Chambre dans un arrêt de 2024, qui retient que l'intéressé doit avoir explicitement invoqué et/ou agi pour faire valoir son droit à caractère civil par le canal approprié et conformément aux principes du cadre juridique interne[564]. Même si la CourEDH n'a semble-t-il pas encore eu à trancher la question 235

558 Directive 2012/29/UE c. 12; CJUE, 16.6.2005, C-105/03 (Pupino), N 59 s.; GÖHLER, p. 91.

559 VILLIGER, § 16 N 472; CS CEDH-BIGLER-DE MOOIJ, Art. 6 (pénal) N 4; OEHEN, Strafkläger, p. 20; TRECHSEL, Human Rights, p. 36 s.; cf. aussi LR StPO-ESSER, Art. 6 EMRK N 28 s. et 81.

560 CourEDH (GC), Perez c. France, n° 47287/99, 12.2.2004, qui relève les limites de la jurisprudence antérieure (résumée aux § 47 ss) en termes de sécurité juridique pour les parties (§ 54) et décide d'adopter une nouvelle approche (§ 57 ss). Pour un examen de l'ancienne pratique, cf. TRECHSEL, Human Rights, p. 38 s.

561 CourEDH (GC), Perez c. France, n° 47287/99, 12.2.2004, § 62 et 70.

562 CourEDH (GC), Perez c. France, n° 47287/99, 12.2.2004, § 70 s.

563 CourEDH, Gorou c. Grèce (n° 2) (GC), n° 12686/03, 20.3.2009, § 24; Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie (GC), n° 41720/13, 25.6.2019, § 207; Hussein et autres c. Belgique, n° 45187/12, 16.3.2021, § 37; Gracia Gonzalez c. Espagne, n° 65107/16, 6.10.2021, § 54 s.; Lacerda Gouveia et autres c. Portugal, n° 11868/07, 1.3.2011, § 67.

564 CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 88-93, spéc. 90.

pour la Suisse[565], il ne fait guère de doute que la constitution du lésé en qualité de partie plaignante au civil (art. 119 al. 2 let. b CPP) et l'exercice d'une action civile adhésive à la procédure pénale (art. 122 ss CPP) remplissent les conditions précitées[566]. On peut même se demander si la seule qualité de partie plaignante au pénal (art. 119 al. 2 let. a CPP) ne pourrait pas, à certaines conditions, également relever d'une contestation à caractère civil[567], au vu des exigences particulièrement basses posées par la CourEDH à cet égard. Cette dernière se satisfait en effet de demandes en paiement pour des sommes dérisoires[568] ou même de plaintes pénales pour diffamation qui ne sont assorties d'aucune demande de dédommagement[569].

236 Dans tous les cas, on rappellera que le volet civil de l'art. 6 § 1 CEDH garantit seulement le caractère équitable de la procédure, mais ne fonde pas lui-même le droit matériel faisant l'objet de la procédure au fond, ni de droit d'agir en justice pour le faire respecter, lesquels doivent être reconnus par l'ordre juridique de l'État concerné; la CourEDH examine en premier lieu les dispositions de droit national ainsi que l'interprétation qui en est faite par les juridictions internes[570]. Par exemple, lorsque le droit interne (en l'occurrence italien) reconnaît le statut de personne lésée aux individus touchés par une infraction protégeant la confiance publique, comme le délit de faux en écriture, et que ce statut leur permet de demander la réparation de leur dommage dans la procédure pénale, ceux-ci disposent d'un droit de caractère civil au sens de l'art. 6 § 1 CEDH[571]. À l'inverse, si la qualité de lésé est définie plus restrictivement en droit interne par rapport à l'infraction en cause, la personne à qui cette qualité est niée ne

565 Cpr. TF, 6B_520/2016, 18.5.2017, c. 3.1 [f]: la question de savoir si les parties plaignantes peuvent se prévaloir de l'art. 6 CEDH (droit à une audience publique) est laissée ouverte.

566 Cf. dans ce sens CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), nº 6319/21, 24.9.2024, § 38 s., 84 et 88 ss; OEHEN, Strafkläger, p. 19; ECHLE, Adhäsionsklage, p. 58; GARLAND LORENZ, Waffengleichheit im Vorverfahren, thèse Zurich, Berlin 2019, p. 94. On réservera les cas où la partie plaignante est renvoyée à agir par la voie civile (art. 126 al. 2 CPP); pour l'*Adhäsionsverfahren* en *Allemagne*, cf. HELMKEN, Tatopfer, p. 460 s.

567 Dans ce sens: OEHEN, Strafkläger, p. 19 s.; TRECHSEL, Human rights, p. 42; TRECHSEL, Character, p. 34; en *droit français* pour l'action civile à but purement répressif: LEVY-AMSALLEM, p. 147 ss; en *droit allemand* pour la *Nebenklage*: HELMKEN, Tatopfer, p. 459 s. (critique); cpr. toutefois CourEDH, Mihova c. Italie (déc.), nº 25000/07, 30.3.2010: pas de droit à contester la peine prononcée.

568 CourEDH, Gorou c. Grèce (nº 2) (GC), nº 12686/03, 20.3.2009, § 26 (milles drachmes, soit trois euros); Jarnevic et Profit c. Grèce, nº 28338/02, 7.4.2005, § 20 (cent drachmes, soit… 0.30 euros!).

569 CourEDH, Gorou c. Grèce (nº 3), nº 21845/03, 22.6.2006, § 21.

570 Spécifiquement sur le droit d'agir comme demandeur civil au pénal: CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), nº 6319/21, 24.9.2024, § 84. De manière générale: CourEDH, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse (GC), nº 53600/20, 9.4.2024, § 598; Al-Dulimi c. Suisse (GC), nº 5809/08, 21.6.2016, § 97; CS CEDH-BIGLER-DE MOOIJ, Art. 6 (civil) N 16; GÖHLER, p. 170.

571 CourEDH, Arnoldi c. Italie, nº 35637/04, 7.12.2017, § 34, avec le renvoi au § 18 concernant la jurisprudence de la Cour de cassation italienne sur la pluralité de biens juridiques protégés par les délits portant atteinte à la confiance publique.

saurait, selon nous, se prétendre titulaire d'un droit à caractère civil au sens de ladite disposition[572].

237 Même si l'on devait considérer qu'en refusant la qualité de lésé ou de partie plaignante à l'intéressé, les juridictions internes le privent du droit d'accéder à un tribunal au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, il faudrait rappeler que ce droit n'est pas absolu et qu'il commande, par sa nature même, une réglementation par les États parties, lesquels peuvent prévoir certaines restrictions dans des buts de sécurité juridique et de bonne administration de la justice[573]. La CourEDH retient ainsi que l'absence d'examen au fond de la constitution de partie civile n'entraîne pas *ipso facto* une entrave injustifiée au droit d'accès à un tribunal[574]. Dans des affaires où les poursuites pénales avaient été clôturées sans examen au fond de l'action civile, la CourEDH a attaché de l'importance à l'accessibilité et à l'effectivité des autres voies judiciaires ouvertes aux intéressés pour faire valoir leurs prétentions, notamment des actions disponibles devant les juridictions civiles[575]. Selon un arrêt récent, le fait que l'abandon des poursuites pénales était dû à un grave dysfonctionnement du système interne, dont des retards excessifs ayant entraîné la prescription de l'action pénale, joue un rôle important dans l'examen[576].

238 Compte tenu de ces principes, une décision qui nie à l'intéressé la qualité de lésé et, partant, la qualité pour agir comme partie plaignante en procédure pénale ne constitue pas, en l'absence de faute grave des autorités, une entrave injustifiée à son droit d'accès à un tribunal, à tout le moins si la décision ne procède pas d'une interprétation arbitraire du droit interne, en l'occurrence de l'art. 115 CPP[577]. Il faut considérer que la limitation de la qualité pour agir aux individus qui peuvent être qualifiés de lésés selon cette disposition permet de s'assurer que la procédure pénale ne soit pas dévoyée par

572 Dans ce sens, cf. l'opinion concordante du juge Koskelo dans l'arrêt Arnoldi c. Italie, cité à la npb précédente, § 7-8 (le requérant doit être lésé par l'infraction en cause, et donc titulaire de droits individuels lui permettant de se joindre à la procédure pénale) et § 11-13 (un lien indirect entre la plainte pénale et le droit de caractère civil est insuffisant). Ces conditions limitatives sont très proches de celles que nous examinerons ci-après pour l'art. 115 CPP.

573 CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 126 et 134 ; Zubac c. Croatie (GC), n° 40160/12, 5.4.2018, § 78 et 98 ; cf. aussi ATF 149 IV 9 c. 7.2, qui réserve le formalisme excessif.

574 CourEDH, Guide art. 6 CEDH civil N 135 et la référence à CourEDH, Petrella c. Italie, n° 24340/07, 18.3.2021, § 49-53.

575 CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 136, 138 s. ; Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie (GC), n° 41720/13, 25.6.2019, § 198-202 ; Petrella c. Italie, n° 24340/07, 18.3.2021, § 49.

576 CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 137 ss.

577 Cf. en ce sens CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 137 ; Lamarche c. Roumanie, n° 21472/03, 16.9.2008, § 34 ; Jarnevic et Profit c. Grèce, n° 28338/02, 7.4.2005, § 36 ; cf. ég. CourEDH, Association Burestop 55 et autres c. France, n° 56176/18, 1.7.2021, § 68 ss, pour une application arbitraire du Code de l'environnement français, qui octroie la qualité pour agir (not. en qualité de partie civile dans une procédure pénale) à des associations agrégées ; CourEDH, Ligue du monde islamique et Organisation islamique mondiale du secours islamique c. France, n° 36497/05, 15.1.2009, § 48 ss, sur la qualité de partie civile d'une association étrangère.

des tiers à des fins abusives, ce qui participe d'une saine administration de la justice et protège les droits du prévenu. En outre, les personnes concernées disposeront, en règle générale, de la possibilité d'agir devant les juridictions civiles, voire administratives, ce qui leur assure un accès effectif à un tribunal. Il faut en conclure que le droit à un procès équitable (art. 6 § 1 CEDH) n'empêche pas les États de faire dépendre la notion de lésé de certaines qualités limitativement définies dans leur droit interne.

239 Si, dans son volet civil, l'art. 6 § 1 CEDH ne pose pas d'exigences spécifiques en termes de définition du lésé ou de la partie plaignante, la CourEDH tient néanmoins compte de leur rôle particulier au sein du procès pénal pour apprécier l'étendue de leurs droits. Dans son arrêt *Gorou c. Grèce (n° 4)*, elle a retenu que les deux parties qui s'affrontent dans le cadre d'une procédure pénale sont l'accusé et le procureur. La personne qui se constitue partie civile, tout en tentant d'appuyer l'accusation, cherche avant tout à obtenir la réparation du dommage qu'elle estime avoir subi, de sorte qu'elle ne participe pas au volet pénal de la procédure, mais à son volet civil. Selon la CourEDH, une telle situation peut justifier que ses droits à un procès équitable, notamment quant au principe de l'égalité des armes, ne soient pas les mêmes que ceux de l'accusé par rapport au procureur[578]. En Suisse, ce raisonnement permet par exemple d'expliquer pourquoi les conditions de l'assistance judiciaire pour la partie plaignante (art. 136 CPP) sont différentes de celles de la défense d'office pour le prévenu (art. 132 CPP)[579]. Mais, au-delà d'un aménagement de certains[580] droits procéduraux, on pourrait se demander si ces rôles fondamentalement différents ne commandent pas une interprétation plus stricte des notions de partie plaignante et de lésé. On rappellera que le «principe de la légalité du droit de la procédure pénale» impose, selon la CourEDH, certaines exigences relatives au déroulement de la procédure, en vue d'assurer son caractère équitable (art. 6 § 1 CEDH), dont fait justement partie le respect de l'égalité des armes[581]. À notre sens, ce principe de la légalité suppose, du point de vue du prévenu, que les notions de lésé et de partie plaignante soient strictement et précisément définies dans la loi (de procédure pénale), à défaut de quoi la procédure risquerait de perdre son caractère équitable à son égard.

---

578 CourEDH, Gorou c. Grèce (n° 4), n° 9747/04, 11.1.2007, § 26 ; cf. aussi CourEDH, Berger c. France, n° 48221/99, 3.12.2002, § 38 ; cpr. CourEDH, Andrejeva c. Lettonie (GC), n° 55707/00, 18.2.2009, § 101, pour une partie à une procédure administrative.

579 Cf. TF, 1B_605/2020, 16.3.2021, c. 2.6 [d], du point de vue de la partie plaignante. On devrait également pouvoir l'appliquer à l'art. 147 CPP (cf. N 228 *supra*). Cpr. toutefois Message CPP 2019, p. 6388, qui tend vers un régime unitaire.

580 Le TF retient en effet qu'en matière pénale, le principe de l'égalité des armes implique un équilibre non seulement entre le prévenu et le ministère public soutenant l'accusation, mais également entre le prévenu et la partie plaignante, ce qui justifie par exemple un accès identique au dossier de la procédure : TF, 7B_207/2023, 22.2.2024, c. 1.2.4 [f] ; cf. aussi TF, 6B_993/2022, 18.3.2024, c. 2.1 [f], qui parle du reste de «partie civile», terme inconnu dans le CPP) ; *contra* : BOMMER, Verletztenrechte, p. 226, pour qui l'égalité des armes entre le prévenu et le lésé serait *«völlig dysfunktional»*.

581 Cf. N 163 *supra*.

Enfin, en parallèle du droit à un procès équitable, la CourEDH impose aussi aux États parties une *obligation positive de mener une enquête effective* en cas d'allégation défendable de traitement contraire à certains droits garantis par la Convention (art. 2, 3, 4 et, pour certains aspects, 8 CEDH)[582]. Si, dans ce cadre aussi, la Cour rappelle régulièrement qu'il n'existe pas de droit absolu à faire poursuivre ou condamner pénalement une personne donnée, elle retient néanmoins que, selon le type d'atteinte au droit en cause, les autorités pénales doivent ouvrir d'office une enquête pénale apte à établir les faits et, le cas échéant, à sanctionner les responsables[583]. La victime ou ses proches doivent être associés à cette enquête dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts, cela indépendamment de l'existence d'une contestation sur un droit à caractère civil au sens de l'art. 6 § 1 CEDH[584]. On constate donc que cette obligation procédurale fonde un droit autonome de la personne lésée par une infraction à ce qu'une procédure pénale soit ouverte par les autorités et à ce qu'elle puisse y participer. Ce droit est toutefois limité à certains actes particulièrement graves (homicides et traitements inhumains ou dégradants intentionnels, esclavage ou travail forcé, viol et violences sexuelles, graves faits de violence, y compris de violences domestiques et de cyberviolence)[585], pour lesquels la qualité de lésé ne prêtera généralement guère à discussion[586]. 240

[582] Pour un aperçu, cf. CourEDH, Guide art. 2 N 143 ss ; Guide art. 3 N 117 ss ; Guide art. 4 N 69 ss ; Guide art. 8 N 9, 11 s., 117, 124 et 195, tous avec de nombreuses références. Sur la différence avec le droit d'accès au tribunal selon l'art. 6 § 1 CEDH : CourEDH, Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie (GC), n° 41720/13, 25.6.2019, § 193 ; cf. aussi CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 151.

[583] CourEDH, S.M. c. Croatie (GC), n° 60561/14, 25.6.2020, § 308 ss (art. 2, 3 et 4 CEDH) ; Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie (GC), n° 41720/13, 25.6.2019, § 115 (art. 3 CEDH), 126 (art. 8 CEDH) et 157 ss (art. 2 CEDH). Cette obligation procédurale suppose que les États se soient préalablement dotés de dispositions pénales efficaces sanctionnant les comportements en cause : ZIMMERMANN, Vulnérabilité, N 864 ss ; STAFFLER, p. 57 ; GÖHLER, p. 403 s., tous avec des références.

[584] CourEDH, Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni (GC), n° 55721/07, 7.7.2011, § 167 ; Slimani c. France, n° 57671/00, 27.7.2004, § 32 et 47 ; STAFFLER, p. 58 ; GÖHLER, p. 400. En *Suisse*, cela explique l'ouverture d'un droit de recours au TF à la victime et à ses proches même sans prétentions civiles au sens de l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF : ATF 146 IV 76 c. 4 ; 138 IV 86 c. 3.

[585] Cf. CourEDH, Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie (GC), n° 41720/13, 25.6.2019, § 116 ss, 126 s., 137 ss et 158 ss ; Söderman c. Suède (GC), n° 5786/08, 12.11.2013, § 80 ss ; Volodina c. Russie (n° 2), n° 40419/19, 14.9.2021, § 49 et 57 s. (cyberviolence) ; cf. ég. ATF 146 IV 76 c. 4.1 (n.p.) et 4.2 (décès en milieu hospitalier) ; 148 IV 372 c. 3.2 et 3.7.2 (viol) ; 150 IV 48 c. 4.2 et 145 I 308 c. 3.4.3 (traite d'êtres humains) ; CourEDH, P.P. c. Italie, n° 64066/19, 13.2.2025, § 52 ss (violences domestiques) ; ZIMMERMANN, Vulnérabilité, N 864 ss et 891 ss (violences domestiques). Pour une analyse critique des fondements d'un tel droit, cf. GÖHLER, p. 403 ss, qui le justifie par des considérations de pure prévention générale, et non par un quelconque droit de la victime à la condamnation de l'auteur (p. 422) ; cf. aussi STAFFLER, p. 70 ss.

[586] Sous réserve de la situation des proches (cf. N 1196 ss *infra*).

C. Portée de l'approche proposée ici

241 Dans les pages qui précèdent, il a plusieurs fois été question d'une interprétation de la notion de lésé qui se devait d'être «stricte», «restrictive», «rigoureuse», ou encore limitée par le «principe de la légalité du droit de la procédure pénale». Il convient désormais de préciser notre pensée et d'analyser la portée concrète de notre proposition.

1. Faible densité normative de l'art. 115 CPP

242 Un premier écueil apparaît à la lecture de l'art. 115 CPP lui-même. Alors que, dans son Message à l'appui du CPP, le Conseil fédéral affirmait que le Code unifié présentait une densité normative élevée[587], tel n'est manifestement pas le cas de l'art. 115 CPP. La définition générale de l'al. 1er de cette disposition ne brille pas par sa précision ou sa clarté. Le lésé y est décrit en peu de mots, en des termes très généraux («personne», «droits, «touchés») et donc susceptibles de s'appliquer à une multitude de situations. L'al. 2 ne clarifie pas vraiment les choses, puisqu'il renvoie à la qualité pour déposer plainte pénale, réglée dans une disposition de la partie générale du Code pénal (art. 30 CP) qui, si elle parle de «personne lésée» (al. 1), ne la définit pas.

243 Cette définition rudimentaire du lésé contraste avec celles des autres parties et participants à la procédure, notamment du prévenu (art. 111 CPP), de la victime (art. 116 CPP), de la partie plaignante (art. 118 ss CPP) ou même du témoin (art. 162 s. CPP) ou de la personne appelée à donner des renseignements (art. 178 CPP), qui sont toutes sensiblement plus développées ou, à tout le moins, plus détaillées.

244 Le législateur semblait conscient de la faible densité normative de l'art. 115 CPP : toujours dans son Message, le Conseil fédéral déclarait renoncer «à régler dans cette disposition des questions prêtant à doute auxquelles donne lieu la notion de lésé», préférant «continuer de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin de définir, dans les détails, la qualité de lésé»[588]. Ce passage fait directement écho au considérant-type du Tribunal fédéral sur l'exigence de précision de la base légale *(Bestimmtheitsgebot)*, selon lequel le législateur «ne peut pas renoncer à utiliser des définitions générales ou plus ou moins vagues, dont l'interprétation et l'application sont laissées à la pratique»[589].

245 Il est vrai que les dispositions formulées de manière ouverte ou contenant des définitions générales à faible densité normative laissent une plus grande marge de manœuvre à l'interprète[590]. Toutefois, une précision moindre du texte légal complique aussi la tâche de délimitation entre son interprétation extensive et son application par analogie[591]. Cette tâche devient cruciale lorsqu'une règle particulière – par exemple l'art. 1

587 Message CPP, p. 1075.
588 Message CPP, p. 1148.
589 ATF 150 IV 255 c. 3.1 ; 147 IV 274 c. 2.3.2 ; 145 IV 329 c. 2.2 ; 138 I 367 c. 5.4 et 5.5.
590 Cf. ATF 150 IV 255 c. 3.8.1 : «c'est précisément le rôle des autorités judiciaires, et en particulier du Tribunal fédéral à travers sa jurisprudence, de veiller à une application uniforme du droit fédéral, en précisant au besoin les contours de notions juridiquement indéterminées».

CP en droit pénal matériel – autorise la première opération, mais interdit la seconde. Il en va de même du principe de la légalité du droit de procédure pénale, à tout le moins pour les normes qui portent atteinte aux droits fondamentaux, celles qui consacrent des règles de validité en matière de preuves et celles qui péjorent la situation procédurale du prévenu. Les pages précédentes ont montré que l'art. 115 CPP appartenait à cette dernière catégorie de normes. Comment dès lors s'assurer que, malgré – ou à cause de – sa faible densité normative, il ne soit pas appliqué par analogie au détriment du prévenu ?

2. Limite du sens littéral possible ou interprétation restrictive ?

Nous avons vu que le seul critère valable pour distinguer entre interprétation (autorisée) et analogie (prohibée) était celui du *sens littéral possible*[592]. L'interprète ne peut combler les lacunes de la loi par une interprétation tellement extensive de celle-ci qu'elle irait au-delà de son sens littéral possible. Appliqué à l'art. 115 CPP, cela signifie qu'il ne saurait être question d'étendre la définition légale du lésé en procédure pénale à l'aide d'arguments systématique, historique ou téléologique si le résultat de cette interprétation n'est plus couvert par le texte légal lui-même. 246

Cet exercice est rendu délicat par la faible densité normative de la norme[593]. Rappelons que, selon le modèle des trois candidats, l'analogie consiste à appliquer la norme à un candidat négatif, qui est indubitablement exclu de la définition légale, alors que l'interprétation extensive revient à appliquer la norme à un candidat neutre qui, sans être indubitablement exclu de cette définition, n'est pas pour autant indubitablement compris dans celle-ci, ce qui en ferait un candidat positif[594]. Le fait que l'art. 115 CPP soit formulé de manière ouverte, en des termes généraux, démultiplie le nombre de candidats positifs possibles et complique toute tentative de délimitation entre un candidat neutre et un candidat négatif, et donc entre une interprétation seulement extensive et une véritable application par analogie. 247

En ce sens, l'interdiction de l'analogie peut effectivement être vue comme le prolongement de l'exigence de précision de la base légale[595] : moins une loi sera formulée de manière précise par le législateur, plus il sera difficile pour le juge de dire si elle est ou non appliquée par analogie dans le cas particulier. Comme pour l'art. 1 CP[596], le critère décisif dans ce cadre devrait toujours être le caractère prévisible, pour le citoyen – ici : le prévenu –, de l'interprétation qui est faite de l'art. 115 CPP par les autorités. Le prévenu pouvait-il s'attendre, au regard des faits reprochés et de leur (pos- 248

591 CONTE, p. 78 ; cf. ég. ACKERMANN, Lex certa, p. 19 ss ; PROBST, p. 268 s. ; MOOR, Rationalité, p. 331.

592 Cf. N 125 ss *supra*.

593 Voir aussi ACKERMANN, Lex certa, p. 18 ss, pour le droit pénal en général.

594 Cf. N 104 *supra*.

595 Cf. N 135 *supra*.

596 Cf. le considérant-type du Tribunal fédéral sur l'art. 1 CP : ATF 150 IV 255 c. 3.1 ; 147 IV 274 c. 2.3.2 ; 145 IV 329 c. 2.2 ; 138 I 367 c. 5.4 et 5.5.

sible) qualification juridique, à ce qu'une ou plusieurs personnes se disent lésés par ceux-ci et prennent une part active à la procédure menée à son encontre ? Le risque serait qu'il se trouve confronté à une multitude de lésés potentiels, pour des faits dont il ne pouvait pas prévoir qu'ils appelleraient l'intervention de parties supplémentaires.

249 Cette situation pourrait nous amener à privilégier une *interprétation* beaucoup plus *restrictive* de la notion de lésé, en ajoutant à l'art. 115 CPP des conditions qui ne ressortent pas expressément du texte légal, de manière à combler le manque de précision dont souffre cette disposition et contribuer ainsi à une certaine sécurité juridique dans son application. Cela aurait pour conséquence de restreindre sa portée en-deçà de ce que prévoit sa lettre[597]. On retrouve parfois un raisonnement similaire en droit pénal matériel, lorsque les tribunaux, pour tenir compte du caractère imprécis d'une norme, décident de lui réserver une interprétation restrictive[598].

250 Il n'est toutefois pas nécessaire d'en arriver à de telles extrémités. En dépit de sa faible densité normative, nous verrons que le texte de l'art. 115 CPP et, en particulier, la définition générale du lésé à l'al. 1er présentent tout de même un niveau de granularité suffisant pour permettre une interprétation qui tienne compte de la limite du sens littéral possible. Cette disposition se laisse en effet décomposer en plusieurs éléments distincts qui, pris ensemble, s'avèrent suffisamment précis pour stabiliser et donner ses contours à la notion de lésé en procédure pénale, d'une manière qui reste prévisible pour tous les intéressés.

251 Le message (issu du Message) du Conseil fédéral à l'intention de la doctrine et de la jurisprudence a bien été entendu : ceux-ci n'ont pas manqué de « définir, dans les détails, la qualité de lésé »[599] en procédure pénale, parachevant ainsi le travail du législateur. La tâche était lourde, au vu de la très riche jurisprudence fédérale et cantonale ainsi que des nombreuses publications consacrées à la question. Elle était également nécessaire, compte tenu de la définition minimaliste du lésé contenue à l'art. 115 CPP. Un tel effort de concrétisation (la doctrine parle de *Konkretisierungsgebot*) passe par la construction, à mesure des arrêts, de véritables majeures juridiques, exprimées dans des considérants-types, auxquels viennent s'ajouter une casuistique et la formation de groupes de cas d'application typiques[600]. Cet exercice de concrétisation doit permettre de limiter la (très grande) marge de manœuvre laissée par le législateur et de garantir ainsi une certaine sécurité juridique et une égalité de traitement dans l'application de la loi.

---

597 Cf. de manière générale DONATSCH/TAG, p. 37 ; ACKERMANN, Lex certa, p. 19 s. Techniquement, il s'agirait ici d'opérer une *réduction téléologique* de l'art. 115 CPP, et donc de combler une lacune occulte de la loi, de façon à exclure certains candidats positifs de son champ d'application. Sur la réduction téléologique, cf. N 106 et N 137 *supra*.

598 Cf. par ex. TF, 6B_1307/2023, 8.1.2025, c. 1.6 [f] pour l'art. 219 CP ; 6B_20/2024, 17.12.2024, c. 15.1 [f] pour l'art. 181 CP (« de quelque autre manière »).

599 Cf. N 244 *supra* et la référence au Message CPP, p. 1148.

600 ACKERMANN, Lex certa, p. 20 *(« Obersatzbildung über Fallgruppen »)*, avec des exemples de droit pénal matériel.

Toutefois, l'interprétation de l'art. 115 CPP ne saurait selon nous faire abstraction des quelques éléments que le législateur a malgré tout estimés suffisamment importants pour les faire figurer dans la loi. En cela, l'interprétation de la notion de lésé doit être limitée par le sens littéral possible de l'art. 115 CPP. Tout résultat qui ne serait plus couvert par cette limite doit être qualifié d'analogie. Si ce résultat s'avère défavorable au prévenu, notamment parce qu'il octroie à l'intéressé la qualité de lésé, il ne pourra qu'être rejeté. 252

De plus, la doctrine exige que, en présence de dispositions au contenu ouvert, le résultat de l'interprétation retenue par les tribunaux apparaisse manifeste ou évident *(Evidenzgebot)* pour le destinataire, sans être l'aboutissement de constructions juridiques alambiquées ou laborieuses[601]. Il faut garder cette exigence à l'esprit au moment d'interpréter la notion de lésé en procédure pénale, de manière à garantir un résultat qui soit prévisible pour toutes les parties prenantes, et notamment pour le prévenu. 253

En définitive, l'interprétation de la notion de lésé que nous défendons se veut non pas *restrictive*, mais *stricte*, terme qui doit être compris ici dans le sens de «rigoureusement conforme» à l'énoncé de l'art. 115 CPP. 254

3. Préservation d'un «noyau dur» de lésés

À lire les lignes qui précèdent, on pourrait penser que l'approche défendue ici tend vers une éviction pure et simple du lésé, repoussé hors des prétoires, de manière à préserver le prévenu – voire le ministère public, selon la tournure que prend la procédure préliminaire[602] – d'un potentiel adversaire supplémentaire, et à faire ainsi du procès pénal une affaire ne regardant plus que l'État et la personne soupçonnée d'une infraction. 255

Il n'en est rien. Notre proposition consiste seulement à prendre le législateur au mot et à interpréter la notion de lésé qu'il a consacrée à l'art. 115 CPP en respectant le sens des termes qui y figurent. Une telle approche est effectivement «stricte» en ce sens qu'elle examine d'un œil sévère les cas qui se situent aux confins de la définition légale du lésé – les candidats neutres et négatifs. Néanmoins, elle n'a pas pour vocation d'exclure du cercle des lésés les personnes qui entrent manifestement dans le champ de l'art. 115 CPP, soit celles qui appartiennent à son noyau de signification *(Begriffskern)* – les candidats positifs. 256

Comme les chapitres suivants le montreront, ce «noyau dur» recouvre toutes les situations qui viennent instinctivement à l'esprit lorsqu'il s'agit d'imaginer une personne lésée par une infraction pénale[603]. La victime d'un viol, la personne à qui l'on dérobe 257

601 ACKERMANN, Lex certa, p. 21 s.

602 Notamment si un classement est envisagé (cf. NYDEGGER, p. 57 s.).

603 Tout en prenant garde de ne pas tomber dans des constructions rhétoriques et stéréotypées autour de la «victime idéale», présentée comme une personne faible, qui se serait trouvée au mauvais endroit, au mauvais moment, face à un auteur inconnu, grand, fort et méchant; cf. GÖHLER, p. 101; DOAK, p. 22.

son porte-monnaie ou encore celle qui est insultée ou menacée dans des commentaires en ligne sont toutes lésées au sens de l'art. 115 CPP ; le législateur avait manifestement en tête ce type d'atteintes au moment de promulguer la disposition[604]. Ces lésés se recoupent d'ailleurs en grande partie avec ceux qui disposent du droit d'exiger une enquête pénale effective en cas d'allégations d'atteintes à certains droits protégés par la CEDH[605].

258 En revanche, la question est tout de suite beaucoup plus délicate lorsqu'on essaie de construire un lésé par rapport à des infractions édictées dans le but de protéger certaines institutions collectives, comme la santé publique pour les dispositions pénales de la LStup, la sécurité routière pour celles de la LCR, ou encore l'administration de la justice pour l'infraction de faux témoignage. Un individu qui s'estime touché par l'une de ces infractions – le toxicomane qui fait une *overdose*, le piéton qui manque d'être renversé par un chauffard ou le demandeur qui perd toutes ses chances de succès en raison de déclarations mensongères du témoin-clé – peut-il se voir reconnaître la qualité de lésé sur la base de l'art. 115 CPP ?

259 De même, un comportement unique, parfois banal, est susceptible de se répercuter sur plusieurs personnes ou plusieurs groupes de personnes distincts. Prenons l'exemple du vol d'un ingrédient rare au sein d'une usine (de l'encre pour l'impression de billets de banque), qui force la société exploitante à interrompre sa ligne de production, ce qui entraîne des retards de livraison et cause un dommage à ses clients. On pourrait imaginer que ceux-ci se retournent contre la société qui, acculée, est forcée de procéder à des licenciements, puis de se déclarer en faillite. À l'issue de la liquidation forcée, des actes de défaut de biens seraient délivrés aux créanciers et aucun solde distribué aux actionnaires. On pressent bien que, dans une telle situation, toutes les parties concernées ne pourront pas prétendre à la qualité de lésé pour le vol perpétré. À tout le moins, l'art. 115 CPP devrait conduire à « faire le tri » entre les différents intéressés, de manière à déterminer ceux qui méritent vraiment de participer à la procédure pénale menée contre le prévenu.

260 C'est dans ces cas-limites qu'une interprétation rigoureuse de l'art. 115 CPP trouve tout son sens, afin d'éviter une instrumentalisation de la procédure pénale par des tiers qui ne sont pas à proprement parler « lésés » par l'infraction. Dans tous les autres cas de figure, l'art. 115 CPP doit permettre au lésé de participer pleinement à la procédure et de faire valoir dans ce cadre les droits qui lui sont reconnus par le Code de procédure pénale.

604 Cf. Message CPP, p. 1148 : « Les droits touchés sont les biens juridiques individuels tels que la vie et l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc. ».

605 Cf. N 240 *supra*.

Chapitre 2 : La définition générale du lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP

Ce chapitre porte sur l'interprétation de l'art. 115 CPP en procédure pénale, selon la méthode et à la lumière des principes qui ont été développés dans la première partie et dans le chapitre précédent. Nous nous concentrerons sur la définition générale du lésé figurant à l'art. 115 al. 1 CPP, qui constitue le cœur de la notion. Nous avons vu que cette définition était pour le moins rudimentaire, puisqu'elle tient en quelques mots à peine (seize, très exactement, dans la version française) : 261

> On entend par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction.

Le cas visé à l'art. 115 al. 2 CPP, qui assimile au lésé les personnes qui ont qualité pour porter plainte pénale, sera pour sa part examiné dans le chapitre suivant. 262

Il est possible de décomposer la définition générale du lésé en plusieurs éléments distincts et de les présenter dans un ordre différent que celui retenu par la loi, afin de gagner en lisibilité. Nous reprendrons individuellement ces différents éléments au cours de ce chapitre, afin de donner au lecteur une vue d'ensemble de la notion de lésé. L'art. 115 al. 1 CPP suppose d'abord l'existence d'une atteinte *(«… touchés…»)* **(I.)**; celle-ci doit avoir été subie par un certain sujet *(«… toute personne…»)* **(II.)**; cette atteinte doit ensuite avoir une origine particulière *(«… une infraction»)* **(III.)** et porter sur un objet précis *(«… les droits…»)* **(IV.)**; enfin, l'atteinte doit être caractérisée, en ce sens qu'elle doit être à la fois personnelle ou propre au lésé *(«… dont…»)* et directe *(«… directement…»)* **(V.)**. 263

I. Atteinte *(«… touchés…»)*

À la lecture de l'art. 115 al. 1 CPP, on constate que la caractéristique première de la notion de lésé est l'existence d'une atteinte. Cela découle déjà du terme «lésé», soit un nom dérivé[606] du verbe «léser», lui-même issu du latin *laedere*, qui signifie blesser, 264

[606] Techniquement, le nom «lésé» est le résultat d'une nominalisation (ou substantivation), puisqu'il dérive d'un adjectif («lésé») lui-même dérivé d'un participe présent («lésé»).

endommager, offenser. Le lésé a donc subi une lésion, définie comme une atteinte portée aux intérêts de quelqu'un, comme l'action de porter atteinte à un droit, à un intérêt, ou comme le résultat de cette action[607]. Cette exigence résulte également du mot «touchés» de l'al. 1er, qui suppose que le lésé ait été atteint du fait de l'infraction. En d'autres termes, l'infraction, ou plutôt le comportement reproché au prévenu[608], doit avoir entraîné une modification du monde extérieur et causé un effet négatif perceptible par autrui : le lésé.

265 Les versions allemande et italienne de la loi exigent également une telle atteinte, en référence toutefois non pas au verbe «toucher», mais bien à celui de «léser» (*«verletzen»*; *«ledere»*):

> Als geschädigte Person gilt die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist.
>
> Il danneggiato è la persona i cui diritti sono stati direttamente lesi dal reato.

266 D'un côté, on relève que le verbe «léser», outre qu'il apparaît plus cohérent avec le substantif *lésé* en français[609], souligne que l'atteinte ou la lésion n'a pas à être physiquement palpable – contrairement à ce que le verbe «toucher» pourrait laisser entendre –, mais peut aussi être de nature immatérielle.

267 D'un autre côté, on verra que l'atteinte se rapporte aux biens juridiques, et qu'elle ne se limite pas aux cas de lésion, mais qu'elle comprend également les mises en danger et les tentatives[610]. Dans cette mesure, le verbe «léser» (*«verletzen»*; *«ledere»*) des versions allemande et italienne de l'art. 115 al. 1 CPP paraît trop restrictif. La doctrine (alémanique) lui préfère ainsi le verbe «toucher» du texte français[611].

268 À côté des termes lésion ou atteinte, d'autres substantifs peuvent également entrer en considération pour trouver le sens véritable des mots «touchés» ou *«verletzt»* figurant dans le texte légal. En référence à la version allemande, on pourrait d'abord envisager le terme *blessure*, lequel doit toutefois être rejeté, en ce qu'il renvoie à une atteinte corporelle, causée à un organisme vivant, généralement intentionnelle, alors que le lésé, nous le verrons, peut aussi être une personne morale, touchée par exemple dans son patrimoine.

269 On pourrait ensuite penser au terme *attaque*, qu'on retrouve dans la jurisprudence relative au droit de plainte du lésé (art. 30 al. 1 CP)[612]. Cette expression permet d'appréhender aussi bien la lésion que la mise en danger et la tentative[613], mais se concentre sur l'acte et délaisse ses conséquences sur autrui, tout en évoquant un comportement

607 Cf. les définitions du terme «lésion» dans le Petit Robert, le CNRTL ou le CORNU.

608 Nous verrons que la distinction a une importance : cf. N 408 s. *infra*.

609 Qui ne se retrouve toutefois pas dans les noms allemand *(«geschädigte Person»)* et italien *(«danneggiato»)* du lésé.

610 Cf. N 1255 ss *infra* (mise en danger) et N 1284 ss *infra* (tentative).

611 ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 1 ; NYDEGGER, p. 64.

612 ATF 144 IV 49 c. 1.2 ; 121 IV 258 c. 2b ; 118 IV 209 c. 2 ; 86 IV 81 c. 1, tous avec les référence au terme *«Angriff» («Träger des angegriffenen Rechtsgutes»).*

essentiellement actif, voire intentionnel – attaque au sens d'un assaut, d'une offensive –, alors qu'une atteinte peut tout aussi bien être causée par une abstention et/ou une négligence. Par ailleurs, le Code pénal connaît déjà une notion d'«attaque» pour la légitime défense (art. 15 CP), qu'il distingue de celle de «danger» pour l'état de nécessité (art. 17 CP), ce qui a fait dire au Tribunal fédéral que l'imminence de l'atteinte au bien juridique était plus grande dans l'hypothèse d'une attaque que dans celle d'un danger: «une attaque est une agression, un danger est un risque d'agression»[614]. Compris dans ce sens, le terme attaque paraît trop connoté et risquerait d'exclure certaines formes de mises en danger qui, dans l'optique du CPP, suffisent pourtant à fonder la qualité de lésé. Sur un plan purement grammatical, il reste toutefois une bonne alternative aux verbes «toucher» ou «léser».

En définitive, même si elle ne figure dans aucune des trois versions officielles de l'art. 115 al. 1 CPP, c'est bien l'expression *atteinte* (en allemand: *Beeinträchtigung* ou *Betroffenheit*) qui s'est imposée en pratique[615]. Elle est du reste parfaitement compatible avec le sens littéral possible du verbe «toucher» et du nom «lésé». Nous allons voir ci-dessous à quoi se rapporte cette atteinte, puisque la loi décrit son sujet, son origine et son objet, puis la caractérise, en exigeant qu'elle soit à la fois personnelle et directe. 270

II. Sujet de l'atteinte *(«… toute personne…»)*

L'atteinte doit avoir été subie ou ressentie par autrui, le lésé. Ce dernier constitue en quelque sorte le sujet passif de l'atteinte, dont le pendant serait le prévenu, sujet actif de l'atteinte[616]. La loi nous donne sur ce point une première indication générale: pour pouvoir être touché, le lésé doit d'abord exister en tant que *personne* (cf. art. 115 al. 1 CPP *«… toute personne… »*). Cet élément suppose de dire quelques mots sur la notion de personne en droit. 271

A. Personne et personnalité juridique

Étymologiquement, le mot *personne* est issu du latin *persona*, qui désignait à l'origine le masque de théâtre puis, par extension, le rôle ou le personnage[617]. Aujourd'hui, il 272

613 Cf. Synthèse consultation CPP 2003, ch. 7.3 p. 37 (pour la tentative); STRÄULI, Pourvoi, N 88; HURTADO POZO, PG, N 1426 *in fine*, parle quant à lui de «trouble». Cf. aussi N 373 *infra*.

614 ATF 122 IV 1 c. 3a (art. 33 et 34 aCP); confirmé in ATF 147 IV 297 c. 2.4.

615 En *français*, cf. par ex. ATF 147 IV 266 c. 3.1; PIQUEREZ/MACALUSO, N 853; en *allemand*, cf. par ex. NYDEGGER, p. 59 et la référence à l'ATF 143 IV 77 c. 4.4 s.; HILF, FS Donatsch, p. 387 s.; en *Allemagne*, cf. déjà JUNG, Stellung, p. 1148 *(«Betroffensein»)*; en *France*, cf. LIWERANT, p. 214 («le dénominateur commun reste celui d'une atteinte»).

616 En termes procéduraux, le prévenu est d'abord l'objet de la procédure pénale, en tant qu'il est celui contre qui l'action pénale est dirigée. Il en devient le sujet lorsqu'il exerce les droits qui lui sont reconnus.

617 MEIER, N 2; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 4; MUSKENS, Statut, N 89; TSCHUMY, N 129; CHAUMETTE, p. 15.

signifie communément un « individu de l'espèce humaine »[618]. Dans un sens juridique, le mot personne vise un sujet de droit, soit un être capable d'être titulaire de droits et d'obligations[619]. Une personne est donc un personnage ou un acteur de la scène juridique – on retrouve ici l'idée première du masque de théâtre[620]. À ce titre, elle est dotée de la personnalité juridique, qui se comprend comme la capacité ou l'aptitude à être sujet de droits et d'obligations[621]. On parle à cet égard de jouissance des droits civils (cf. art. 11 CC), notion qui comprend l'ensemble des droits reconnus par l'ordre juridique[622], et donc y compris par le droit pénal et la procédure pénale.

273 Concept normatif[623], susceptible de varier dans le temps et dans l'espace[624], la notion de personne vise, en droit suisse, tout d'abord les *personnes physiques* (art. 11 ss CC), soit tout être humain, le sens juridique du mot « personne » rejoignant ici son sens commun. La notion de personne comprend également les *personnes morales* (art. 52 ss CC), soit des entités abstraites, composées d'un ensemble d'individus (corporations) ou d'une masse de biens (établissements) et qui se voient reconnaître la qualité de sujet de droit[625]. Ici, le sens juridique du mot « personne » dépasse son sens courant. Toutefois, qu'elle soit physique ou morale, la personne juridique reste une notion largement abstraite et désincarnée, qui ne peut restituer que partiellement la réalité[626]. Dans son abstraction, une personne, même physique, n'existe ainsi que dans les relations juridiques qu'elle tisse avec autrui[627].

274 C'est cette notion juridique de personne qui est visée à l'art. 115 al. 1 CPP[628]. Le lésé peut ainsi être tant une personne physique qu'une personne morale, comme le retiennent du reste la doctrine[629] et la jurisprudence[630]. En cela, le droit suisse se distingue

618 Cf. les définitions du mot « personne » dans le Petit Robert, le CNRTL ou le Dictionnaire de l'Académie française.

619 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 3; TSCHUMY, N 129; MUSKENS, Statut, N 90; CHAUMETTE, p. 16, dans une perspective historique.

620 MUSKENS, N 91; TSCHUMY, N 129.

621 Et non des « traits de caractères dénotant un penchant pour le droit », comme le rappelle le Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération (GLLOC), sous « Personnalité juridique ».

622 CR CC I-MANAÏ, Art. 11 N 6.

623 Cf. ATF 150 IV 405 c. 3.3.3, en référence à EUGEN UBER : *« Die Rechtsordnung bestimmt, wer Person ist »*.

624 TSCHUMY, N 131, avec des exemples.

625 CR CC I-XOUDIS, Intro Art. 52-59 N 2.

626 MUSKENS, Statut, N 97, et CHAUMETTE, p. 11 s., tous deux en référence à KELSEN.

627 TSCHUMY, N 134.

628 Cf. en ce sens ATF 150 IV 405 c. 3.2 « *Als Rechtsgutsträger kommen Personen im personenrechtlichen Sinne* […] *in Frage* »; cpr. RIEDO/LEHMANN, p. 71, qui distinguent à juste titre entre titularité du bien juridique et personnalité juridique.

629 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 31; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 7; JEANNERET/KUHN, N 7014; PIQUEREZ/MACALUSO, N 850; HILF, Opfer, p. 384; MUSKENS, Statut, N 818; sous l'ancien droit cantonal de procédure, cf. DROESE, Akteneinsicht, p. 6 s.; voir déjà PFENNINGER, Verletzte, p. 182.

de certaines réglementations étrangères ou internationales, notamment la Directive 2012/29/UE de l'Union Européenne ou la CM/Rec(2023)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui limitent expressément leur définition du lésé ou de la victime aux personnes physiques[631].

En revanche, même compris dans son sens juridique, le terme «personne» ne permet pas de reconnaître la qualité de lésé à des êtres qui sont certes vivants, mais qui ne sont toutefois pas des êtres humains, comme les *animaux*. Si ceux-ci ne sont pas des choses (cf. art. 641*a* al. 1 CC), ils ne sont pas pour autant des personnes dotées de la personnalité juridique et ne peuvent donc pas être titulaires de droits et d'obligations[632]. Il s'ensuit qu'ils ne pourront pas prétendre à la qualité de lésé en cas d'infraction à la loi sur la protection des animaux, notamment en cas de mauvais traitement (art. 26 LPA)[633], même si les autres conditions de l'art. 115 al. 1 CPP pourraient, en soi, être réalisées[634]. En l'état actuel du droit suisse, la défense des intérêts des animaux en procédure pénale passe par l'octroi de la qualité de partie à des autorités spécialisées (art. 104 al. 2 CPP)[635]. Des questions similaires pourraient se poser si le législateur suisse devait, sur le modèle de certains ordres juridiques étrangers[636], décider de reconnaître des droits ou même la personnalité juridique à des lieux ou à des *éléments naturels* (fleuves, glaciers, etc.)[637]. 275

630 ATF 150 IV 405 c. 3.2; 141 IV 1 c. 3.3.2; 140 IV 162 c. 4.7.2; 140 IV 155 c. 3.4.4.

631 Cf. art. 2 al. 1 let. a ch. i Directive 2012/29/UE: «Aux fins de la présente directive, on entend par «victime» toute *personne physique* ayant subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique, mentale, ou émotionnelle ou une perte matérielle, qui a été directement causé par une infraction pénale» (nous mettons en évidence); cf. art. 1 al. 1 let. a CM/Rec (2023)2: «Aux fins de la présente réglementation, on entend par «victime» toute *personne physique* ayant subi un préjudice, y compris de nature physique, mentale, émotionnelle ou matérielle, qui a été directement causé par une infraction pénale»; cf. aussi en *droit américain*: BELOOF et al., p. 47; CASSEL/MORRIS, p. 9 ss nbp 46 et 46, avec de nombreux exemples. Pour la notion de victime selon l'art. 116 CPP, cf. N 854 *infra*.

632 Le débat a toutefois été relancé avec l'ATF 147 I 183, qui a validé l'initiative populaire bâloise *«Grundrechte für Primate»* visant à garantir les droits fondamentaux de grands singes, sans toutefois remettre en question le fait que ces animaux ne jouissaient pas des droits civils (art. 11 CC) (c. 8.3). Pour un commentaire, cf. BLATTNER/FASEL, PJA 2021, 61 ss. De manière générale, cf. PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 67 ss.

633 KÜNZLI, p. 68; BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, p. 106 et 271.

634 On peut en effet concevoir qu'un animal soit titulaire de biens juridiques (vie, intégrité corporelle) et que ceux-ci puissent être directement atteints par un comportement constitutif de mauvais traitement au sens de l'art. 26 LPA. Cf. aussi RIEDO/LEHMANN, p. 71.

635 Sur cette disposition, cf. N 1111 ss *infra*. Cette question a fait l'objet de débats nourris devant la CAJ-CN: PV CAJ-CN, 22-23.2.2007, p. 7 ss, 26-27.4.2007, p. 1 ss.

636 Ainsi l'Équateur, qui reconnaît des droits à la Nature *(Pacha Mama)*, ou la Nouvelle-Zélande, qui a octroyé la personnalité juridique au fleuve Whanganui. Sur ces points, cf. PAPAUX/CERUTTI, Vol. 2, p. 75 ss.

637 Récemment, des discussions en ce sens ont été menées au sein de la constituante valaisanne, sans toutefois se retrouver dans le projet finalement rejeté en votation populaire le 5.3.2024. Pour une discussion intéressante des pistes évoquées dans ce cadre, cf. ROCHEL JOHAN, Des invités dans la Constitution cantonale? ZBl 122/2021 p. 67 ss. Cf. aussi le postulat

276 Qu'il soit une personne physique ou une personne morale, le fait que le sujet de l'atteinte soit une «personne» suppose qu'il ait acquis la personnalité juridique et, ainsi, la jouissance des droits civils. Ces éléments doivent être donnés au moment de la commission de l'infraction déjà; ils doivent ensuite se maintenir tout au long de la procédure pénale[638]. Le droit de procédure parle à cet égard de capacité d'être partie.

B. De la capacité d'être partie à la capacité d'être lésé

277 La *capacité d'être partie (Parteifähigkeit)* n'est que le corollaire, au niveau procédural, de la jouissance des droits civils *(Rechtsfähigkeit)*[639]. Elle se définit comme la capacité de participer en son nom propre à un procès et d'être titulaire de droits et d'obligations qui résultent de l'instance[640]. En droit de procédure, notamment civile, la capacité d'être partie constitue une condition de recevabilité de l'action, que le tribunal doit examiner d'office[641]. Si elle est pleinement consacrée en procédure civile (cf. art. 66 CPC), la notion est toutefois source d'incertitudes en procédure pénale.

278 Dans ce domaine, l'usage de l'expression «partie» est déjà problématique en soi. Certes, le CPP prévoit une disposition spécialement consacrée à la question. L'art. 104 al. 1 CPP qualifie de «partie» (*Partei*; *parte*) les principaux acteurs de la procédure: le prévenu, la partie plaignante et, lors des débats ou (*recte*: et)[642] dans la procédure de recours, le ministère public. Toutefois, pour une partie de la doctrine (surtout alémanique), le vocable «partie» relève avant tout de la procédure civile et s'avère inadapté au procès pénal, dans lequel les intéressés ne se trouvent pas sur un pied d'égalité, pas plus qu'ils ne peuvent disposer librement de l'objet du litige; aussi ces auteurs préfèrent-ils parler des «sujets» ou des «participants à la procédure» (*Prozesssubjekten* ou *Verfahrensbeteiligten*)[643]. Si le législateur était conscient de ces critiques au moment de l'unification du droit de procédure pénale, il a néanmoins choisi de conserver le terme «partie» à l'art. 104 CPP (et dans le reste du code), pour des raisons de simplification terminologique et linguistique[644]. Plus qu'une égalité de traitement absolue, l'expression doit surtout souligner le rôle plus important reconnu aux parties à la procédure pénale par rapport aux autres participants à celle-ci[645].

---

nº 17.4312 «Doter les glaciers d'une personnalité juridique et aménager des voies de droit. Une opportunité pour notre pays?» (Mazzone, CN) du 15.12.2017.

638 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 32 s.; ECHLE, Begriff, p. 325 s.; cf. déjà DROESE, Akteneinsicht, p. 21.

639 ATF 138 III 714 c. 3.3.4; 117 II 494 c. 2; CR CPC-JEANDIN, Art. 66 N 1.

640 CR CPP-BENDANI, Art. 106 N 2; BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 1 petit.

641 Cf. art. 59 al. 2 let. c CPC; à ce sujet: CR CPC-JEANDIN, Art. 66 N 11; cf. aussi CR CPP-BENDANI, Art. 106 N 2, qui transpose – un peu vite – la règle en procédure pénale.

642 PIQUEREZ/MACALUSO, N 732; cf. aussi Message CPP, p. 1141.

643 ZK StPO-LIEBER, Art. 104 N 1; BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 1 s.; TANNER, p. 30 s.; voir aussi PIQUEREZ/MACALUSO, N 725 ss, spéc. 730 ss; CR CPP-BENDANI, Art. 104 N 2; MUSKENS, Statut, N 4215 (notion «maladroite car très hétéroclite»).

644 Message CPP, ch. 2.3.1.1 p. 1141, qui précise que ce mot avait cours «dans l'aire romane».

645 TANNER, p. 31.

Mais même avec une disposition spéciale sur les parties à la procédure pénale, le CPP reste silencieux sur la capacité d'être partie[646], alors qu'il règle expressément la capacité d'ester en justice *(Prozessfähigkeit)* – pendant procédural de l'exercice des droits civils *(Handlungsfähigkeit)* – à l'art. 106 CPP. Cette omission est probablement due au fait que la capacité d'être partie en procédure pénale n'est pas une notion uniforme. La seule jouissance des droits civils ne suffit pas toujours; pire, elle n'est parfois même pas exigée. 279

En effet, la capacité d'être partie doit s'analyser séparément pour chaque partie – au sens de l'art. 104 CPP – à la procédure pénale: 280

- le *prévenu* (art. 104 al. 1 let. a CPP) personne physique ne doit pas seulement jouir des droits civils, mais aussi et surtout disposer de la capacité pénale (soit être âgé de plus de dix ans révolus, cf. art. 3 al. 1 DPMin) et de la capacité de prendre part aux débats (art. 114 CPP)[647]. Quant au prévenu personne morale, il doit relever d'une des catégories visées par les normes fondant sa responsabilité pénale (en particulier l'art. 102 CP), étant précisé que certaines d'entre elles n'exigent pas la personnalité juridique[648];
- le *ministère public* (art. 104 al. 1 let. c CPP) se voit reconnaître la qualité de partie en vertu de son rôle de demandeur à l'action pénale lors des débats (cf. art. 12 let. b et 16 al. 2 CPP) ou d'autorité intimée en cas de recours, mais pas en ce qu'il disposerait de la personnalité morale ou qu'il jouirait des droits civils[649]. En ce sens, sa situation se rapproche de celle des entités dont la capacité d'être partie en procédure résulte directement du droit fédéral (cf. art. 66 *in fine* CPC en procédure civile), ce qui est d'ailleurs le cas des «autres autorités» visées à l'art. 104 al. 2 CPP[650];
- la *partie plaignante* (art. 104 al. 1 let. b CPP), se définit comme le lésé (art. 115 CPP) qui déclare vouloir participer à la procédure pénale en tant que demandeur au pénal ou au civil (art. 118 al. 1 CPP). Cette déclaration, aussi appelée constitution de partie plaignante, est un acte de procédure qui suppose l'exercice des droits civils *(Handlungsfähigkeit)* ou, à tout le moins, la capacité de discernement[651], ce

646 SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 114 N 1; BSK StPO-ENGLER, Art. 114 N 1.

647 ZK StPO-LIEBER, Art. 104 N 5; CR CPP-BENDANI, Art. 104 N 5 et Art. 106 N 3 ss.

648 Par ex. les «sociétés» (art. 102 al. 4 let. c CP), notion qui vise la société simple, la société en nom collectif et la société en commandite (CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 13 ss); cpr. l'art. 7 DPA en droit pénal administratif (BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI, Art. 7 N 10 ss). Sur ces questions, cf. ég. MUSKENS, N 1368 ss (art. 7 DPA) et N 1632 ss (art. 102 CP).

649 Sur la possibilité pour le ministère public de conclure des accords avec des particuliers, cf. ATF 136 II 415 c. 1.1 et 2.6 (assistance au suicide); CARNICÉ/GRODECKI, p. 138 (accord avec l'ordre des avocats genevois).

650 À ce sujet, cf. N 1111 ss *infra*.

651 Pour la constitution en qualité de partie plaignante au pénal et celle en qualité de partie plaignante au civil pour des prétentions en réparation du tort moral (art. 47 et 49 CO), qui sont des droits procéduraux strictement personnels au sens de l'art. 106 al. 3 CPP: SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 106 N 5; CR CPP-BENDANI, Art. 106 N 16; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 118 N 10 (par analogie avec l'art. 30 al. 3 CP).

qui ne relève plus de la capacité d'être partie, mais déjà de la capacité d'ester en justice (*Prozessfähigkeit*; art. 106 CPP).

281 Nous pourrions continuer cette liste au-delà des parties de l'art. 104 CPP et nous intéresser à celle des *autres participants* à la procédure de l'art. 105 CPP, qui suit la même (absence de) logique. La «capacité d'être un autre participant» doit en effet s'examiner séparément pour chacun d'entre eux, avec parfois certaines règles spéciales, par exemple sur la capacité de témoigner (art. 163 al. 1 CPP)[652] ou sur la capacité d'être expert (art. 183 al. 1 CPP)[653].

282 Le *lésé* est également un autre participant à la procédure (art. 105 al. 1 let. a CPP), mais un autre participant un peu particulier, notamment au regard du statut de partie plaignante auquel il peut prétendre. Si toute partie plaignante est forcément lésée, tout lésé n'est pas (ou pas encore) partie plaignante. Il lui faut pour cela signifier sa volonté de participer à la procédure. Le lésé n'est ainsi qu'une partie plaignante «en devenir»[654]; il n'est pas un acteur de la procédure pénale à proprement parler. Certes, le statut d'autre participant à la procédure lui permet de se voir reconnaître la qualité de partie lorsqu'il est directement touché dans ses droits, dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts (cf. art. 105 al. 2 CPP), mais nous avons vu qu'il s'agissait d'une qualité limitée à certaines situations ou certains actes particuliers, le principal étant précisément celui de se constituer partie plaignante[655].

283 Pour toutes ces raisons, il nous apparaît que la dénomination *capacité d'être partie* n'est pas véritablement adaptée à la situation procédurale du lésé (ni même d'ailleurs à celle des autres parties et participants à la procédure). Pour éviter toute confusion avec la capacité d'être partie plaignante, nous proposons de parler de *capacité d'être lésé*, expression qui souligne que le lésé n'est pas véritablement une partie et que cette *capacité* doit, en procédure pénale, s'examiner par rapport à chaque acteur pris individuellement.

284 S'agissant du lésé, cette capacité ne pose pas des exigences particulièrement élevées : le lésé doit simplement exister en tant que personne (cf. art. 115 al. 1 CPP : *«… toute personne… »*). Il doit ainsi avoir acquis la personnalité juridique et donc la jouissance

652 Qui échoit à toute personne physique âgée de plus de quinze ans et capable de discernement quant à l'objet de l'audition (art. 163 al. 1 CPP), à défaut de quoi elle doit être entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements (cf. art. 178 let. b ou c CPP).

653 Qui ne peut être qu'une personne physique (et non morale, cf. CR CPP-VUILLE, Art. 183 N 1) possédant, dans le domaine concerné, des connaissances et des compétences nécessaires pour juger un état de fait (cf. art. 183 al. 1 *cum* 182 CPP).

654 Et la partie plaignante, un «lésé en mouvement» : cf. N 218 *supra*.

655 Cf. N 216 *supra*. Hormis le lésé, les autres participants peuvent prétendre à un droit d'accéder au dossier lorsqu'ils font l'objet d'un séquestre (TF, 7B_603/2023, 23.2.2024, c. 3.2 [f]) ou qu'ils sont recherchés par une partie à la procédure pénale dans une procédure civile parallèle (TF, 1B_74/2020, 5.8.2020, c. 2.4 et 2.5 [f] : accès aux seuls actes de la procédure incidente [recours, déterminations, etc.] relative à l'accès au dossier complet sur la base de l'art. 101 al. 3 CPP).

des droits civils. Comme le relève le Tribunal fédéral: *«Die Geschädigteneigenschaft setzt Rechtsfähigkeit voraus»*[656]. Nous allons le voir, la qualité de lésé peut échoir tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

C. Personnes physiques

Les personnes physiques *acquièrent* la personnalité juridique, la jouissance des droits civils et donc la capacité d'être partie (ici: la capacité d'être lésé) par la naissance accomplie de l'enfant vivant (cf. art. 11 et 31 al. 1 CC). 285

Ainsi, à condition de naître vivant, *l'enfant conçu* (*nasciturus*; cf. art. 31 al. 2 CC) peut également prétendre à la qualité de lésé, même pour une infraction commise avant sa naissance. On pense ici notamment à l'interruption de grossesse punissable (art. 118 CP), qui protège la vie de l'embryon, respectivement du fœtus[657], lequel pourrait, en cas de tentative (art. 22 al. 1 CP), acquérir rétroactivement la qualité de lésé, à sa naissance[658]. On pense aussi à des infractions contre le patrimoine commises avant la naissance du *nasciturus*, mais après le décès de son père, auquel il succèdera rétroactivement s'il naît vivant (cf. art. 544 al. 1 CC). Il est enfin possible que l'enfant conçu acquière rétroactivement la qualité de proche de la victime (art. 116 al. 2 CPP) et qu'il se constitue «partie civile» (art. 117 al. 3 et 122 al. 2 CPP)[659], voire qu'il exerce les droits de son père ou de sa mère, lésé ou lésée par l'infraction, qui décéderait avant sa naissance (art. 121 al. 1 CPP)[660]. En revanche, selon un arrêt de principe du Tribunal fédéral, si l'embryon ou le fœtus décède *in utero* ou si l'enfant est mort-né, il n'acquiert pas la personnalité juridique et n'a pas la qualité de lésé, ni celle de victime[661]. En cas d'interruption de grossesse sans le consentement de la femme enceinte (art. 118 al. 2 CP), celle-ci peut toutefois prétendre à la qualité de lésé en son nom propre[662]. 286

656 TF, 1B_348/2012, 3.10.2012, c. 1.2.6 [d].

657 ATF 150 IV 405 c. 3.3.2; BSK StGB-Schwarzenegger/Heimgartner, Vor Art. 118 N 1; CR CP II-Queloz/Munyankindi, Intro Art. 118-120 N 7; sur la distinction entre embryon et fœtus: TF, 4A_648/2024, 30.1.2026, destiné à la publication, c. 6.1.5 [f].

658 L'exemple n'est pas qu'académique: cf. CJ GE, ACPR/264/2021, 23.4.2021, c. 1 et 3.2; cf. aussi TF, 6S.6/2004, 27.4.2004, c. 4.6 [d].

659 L'enfant conçu qui perd son parent du fait d'une infraction a droit à une indemnité pour perte de soutien (art. 45 al. 3 CO): CR CC I-Manaï, Art. 31 N 16. On pourrait même envisager qu'il agisse avant sa naissance, par son représentant légal (cpr. art. 544 al. 1bis CC). Sur la notion de proche de la victime, cf. N 1196 ss *infra*.

660 Le décès de la mère peut en effet survenir avant la naissance accomplie de l'enfant.

661 Et ses «parents» ne sont donc pas des proches de la victime (art. 116 al. 2 CPP), cf. ATF 150 IV 405 c. 3.3 et 3.4: plainte du «père» pour violation de l'art. 118 CP contre son ex-compagne ayant avorté et contre le médecin ayant pratiqué l'acte; pour un commentaire critique: Riedo/Lehmann, p. 70 s.

662 L'infraction ayant dans ce cas aussi pour but de protéger son intégrité corporelle et son droit à l'autodétermination: BSK StGB-Schwarzenegger/Heimgartner, Vor Art. 118 N 1; TC FR, 502 2023 193, 29.11.2023 c. 1.5.3 [d]; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 50, qui admettent même la qualité de lésé du géniteur dans un tel cas.

287 On rappellera encore que la *protection pénale de la vie* intervient dès les premières douleurs de l'accouchement[663], soit à un moment où l'enfant n'est pas encore né au sens du droit civil, qui suppose sa naissance « accomplie » (cf. art. 31 al. 1 CC), ce qui est le cas lorsqu'il est complètement sorti du corps de sa mère[664]. Il est dès lors théoriquement possible qu'un infanticide (art. 116 CP) ou qu'un homicide par négligence (art. 117 CP) soient commis contre un enfant qui n'aura jamais existé en tant que personne sur le plan civil. Faute de personnalité, il n'aura pas la qualité de lésé (ni de victime) et, partant, ses parents (non prévenus) n'auront pas non plus celle de proches (art. 116 al. 2 CPP) dans la procédure pénale[665]. Cette situation – qui devrait être rare en pratique – n'est pas pleinement satisfaisante en termes d'effectivité de la protection pénale de la vie. C'est toutefois la seule interprétation compatible avec le sens littéral possible de l'art. 115 al. 1 CPP[666]. Une solution pourrait consister à préciser, dans une disposition spéciale et sur le modèle de l'Union européenne, qui peut prétendre à la qualité de lésé en cas d'infraction contre la vie[667].

288 Ce qui vaut pour la protection pénale de la vie vaut également pour celle de *l'intégrité corporelle* : dans un arrêt de principe récent, rendu après une procédure d'échanges de vues au sens de l'art. 23 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral a pris acte de la dichotomie existant entre droit pénal et droit civil pour affirmer qu'en l'état actuel du droit, les lésions dites prénatales, commises sur un embryon ou un fœtus, ne sont pas punissables par les art. 122 ss CP, même si l'enfant naît vivant et dispose dès lors, sur le plan civil, d'une prétention en dommages-intérêts contre l'auteur du dommage (par ex. un médecin ayant prescrit un médicament à la femme enceinte)[668].

289 Une fois la personnalité juridique acquise, le domicile et la nationalité n'importent pas[669], de sorte qu'un ressortissant étranger peut parfaitement être lésé par une infraction, pour autant que celle-ci puisse être poursuivie en Suisse.

---

663 Ce qui ressort du texte de l'art. 116 CP (infanticide), qui punit la mère qui aura « tué » son enfant « pendant l'accouchement ». Sur l'ensemble de la question : WYSS CLAUDIA, Lebensanfang – Lebensende, thèse Zurich 2020, p. 23 ss ; cf. aussi ATF 119 IV 207 c. 2.

664 ATF 150 IV 405 c. 3.3.3 ; CR CC I-MANAÏ, Art. 31 N 3.

665 Ils ne devraient d'ailleurs pas disposer de prétentions civiles propres (cf. art. 117 al. 3 et 122 al. 2 CPP), dès lors que les bases légales envisageables (art. 45 et 47 CO) supposent toutes le décès d'une personne ayant préalablement acquis la personnalité juridique au sens de l'art. 31 CC ; cf. SAVIOZ-VIACCOZ VALÉRIE, L'embryon in vitro : émergence d'un nouvel objet de droit, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2021, N 411 (pour l'art. 47 CO).

666 Cf. aussi l'art. 121 al. 1 CPP, qui parle de « décès » et de « succession », notions qui supposent que le lésé personne physique ait préalablement acquis la personnalité juridique.

667 Cf. art. 2 al. 1 let. a ch. ii Directive 2012/29/UE, qui étend la qualité de victime aux « membres de la famille d'une personne dont le décès résulte directement d'une infraction pénale et qui ont subi un préjudice du fait du décès de cette personne », et let. b, qui définit les « membres de la famille » ; cf. ég. au niveau du *Conseil de l'Europe* art. 1 al. 1 et 2 CM/Rec(2023)2.

668 TF, 4A_648/2024, 30. 1. 2026, destiné à la publication, c. 6.2 à 6.6.9 (cas de l'art. 60 al. 2 CO).

669 DEMARMELS, p. 45 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 31 ; DROESE, Akteneinsicht, p. 6, en référence à l'ATF 120 Ia 218 ; HAURI, p. 47 s. Cf. aussi art. 34 LDIP.

L'*exercice des droits civils* (*Handlungsfähigkeit*; art. 12 ss CC) ainsi que son pendant procédural[670], la capacité d'ester en justice (*Prozessfähigkeit*; art. 106 CPP), ne sont pas pertinents à ce stade, de sorte qu'un mineur ou une personne incapable de discernement seront quand même considérés comme lésés au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[671]. Nous avons toutefois vu que l'exercice des droits civils et la capacité d'ester en justice seront indispensables dès lors que le lésé entend intervenir en procédure, notamment en se constituant partie plaignante (art. 118 CPP)[672]. Le lésé mineur et incapable de discernement agira alors en son nom propre, mais par son représentant légal (cf. art. 106 al. 2 CPP), soit en principe ses parents (art. 304 CC), sauf si un curateur de représentation a été nommé en raison d'un conflit d'intérêts (art. 306 al. 2 CC), ce qui sera typiquement le cas lorsque l'un des parents accuse l'autre d'avoir commis des infractions sur leur enfant[673]. 290

La personnalité des personnes physiques *prend fin* avec la mort (cf. art. 31 al. 1 CC), ce qui entraîne la perte de leur qualité de lésé[674]. Cette qualité étant inaliénable, elle ne peut être cédée ou transmise à autrui[675]. En cas de décès du lésé, l'art. 121 al. 1 CPP permet toutefois une transmission des droits procéduraux liés à la qualité de lésé (mais non cette qualité elle-même) à certains de ses (proches) héritiers. Nous examinerons cette situation au moment d'analyser le caractère direct de l'atteinte[676]. 291

D. Personnes morales de droit privé

1. En général

Les formes de *personnes morales de droit privé* sont exhaustivement prévues par la loi, à tout le moins au niveau fédéral[677]: il s'agit de l'association (art. 60 ss CC), de la fondation (art. 80 ss CC), de la société anonyme (art. 620 ss CO), de la société en commandite par actions (art. 764 ss CO), de la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO), de la société coopérative (art. 828 ss CO) et de la société d'investissement à capital variable (art. 36 ss LPCC). 292

---

670 Cf. TF, 4A_527/2020, 22.4.2021, c. 5.2 [d]; *contra*: BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 116 N 4.

671 Demarmels, p. 44 ss; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 31.

672 CR CPP-Perrier Depeursinge, Art. 115 N 7; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 31; TF, 7B_21/2023, 1.10.2024, c. 3.2.1 [f]; cf. nbp 651 *supra* pour l'exercice de droits strictement personnels par le lésé mineur, mais capable de discernement.

673 TF, 7B_780/2024, 18.10.2024, c. 5.5 [d]; 7B_931/2023, 24.5.2024, c. 2.4 [f]; 7B_43/2022 et 7B_44/2022, 15.11.2023, c. 2 et 3.5 [f], qui retient un formalisme excessif; cpr. TF, 6B_707/2014, 18.12.2014, c. 1.3 [f]; cf. aussi Oberholzer, Grundzüge, N 488.

674 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 33; Droese, Akteneinsicht, p. 7.

675 Muskens, Statut, N 814: «[l]e statut de lésé ne se cède ni ne se transmet»; cf. aussi BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 26 s.; Graf, Gesellschaftsorgane, N 422.

676 Cf. N 1206 ss *infra*.

677 L'art. 59 al. 3 CC réserve encore les personnes morales de *droit privé cantonal*, comme les sociétés d'allmends et autres semblables. Cf CR CC I-Xoudis, Art. 59 N 16 ss.

293 Ces dispositions règlent *l'acquisition de la personnalité juridique*, et donc de la capacité d'être partie (et lésée) de la personne morale en question. En principe, la personnalité s'acquiert par l'inscription au registre du commerce, qui a ainsi un effet constitutif (cf. art. 52 al. 1 CC). Dès ce moment, la personne morale existe en tant que «personne» dans le monde juridique et peut prétendre à la qualité de lésé pour une infraction commise (postérieurement) à son encontre[678]. Une exception existe pour les associations (art. 52 al. 2 CC), qui acquièrent la personnalité dès qu'elles se sont dotées de statuts conformes à l'art. 60 CC. Le fait que les associations soient parfois tenues de s'inscrire au registre du commerce (cf. art. 61 al. 2 CC) n'y change rien, cette inscription ayant seulement un effet déclaratif[679].

294 Les *sociétés de droit étranger* (cf. art. 150 LDIP) sont en principe soumises au droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées (théorie de l'incorporation, cf. art. 154 al. 1 LDIP); ce droit régit notamment la constitution et la jouissance des droits civils (art. 155 let. b et c LDIP)[680]. Ainsi, à condition d'avoir acquis la personnalité juridique selon le droit étranger applicable, une société étrangère peut parfaitement se voir reconnaître la qualité de lésé dans une procédure pénale menée en Suisse[681].

295 Comme pour les personnes physiques, l'exercice des droits civils et *la capacité d'ester en justice* ne sont pas pertinents pour la qualité de lésé, qui peut dès lors très bien revenir à une personne morale ne possédant pas (ou plus) tous les organes prescrits par la loi (cf. art. 54 CC)[682]. Celle-ci ne pourra toutefois pas intervenir en procédure au travers de l'organe déficient, notamment pas se constituer partie plaignante (art. 106 et 118 CPP)[683]. Elle ne pourra pas non plus agir au travers de ses succursales. Une situation similaire peut se présenter lorsqu'un *conflit d'intérêts* survient au sein d'un organe, par exemple lorsque l'administrateur unique d'une société anonyme est soupçonné d'avoir commis une infraction au préjudice de cette dernière. La société est bien lésée, mais le conflit d'intérêts qui frappe son organe est susceptible de lui faire

678 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 32; DEMARMELS, p. 45.

679 TF, 4A_576/2019, 3.2.2020, c. 6.2 [f]; CR CC I-XOUDIS, Art. 52 N 8 et 61 N 23; MEIER, N 999 ss; pour la qualité de lésé: BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 32.

680 ATF 138 III 714 c. 3.3.3 s.; 135 III 614 c. 4.1.2 s.

681 Récemment: ATF 147 IV 361 c. 8.1.2 et 8.2, sur la validité de la constitution de partie plaignante d'une société étatique vénézuélienne; cf. déjà TF, 1B_554/2018, 7.9.2019, c. 2 [f], dans la même affaire. Cf. en général BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 32; DEMARMELS, p. 46; en entraide: LUDWICZAK GLASSEY/BONZANIGO, Qualité, p. 148.

682 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 31. En pratique, cela concerne essentiellement les associations, qui ne sont pas tenues à inscription, ainsi que les carences qui surviennent au cours de l'existence de la société: cf. CR CC I-XOUDIS, Art. 54/55 N 13 ss.

683 TF, 7B_21/2023, 1.10.2024, c. 3.2.1 [f]; cpr. TF, 7B_50/2024, 21.3.2024, c. 3.2 [d]: une plainte pénale émanant du président et du membre du conseil d'administration d'une société anonyme, tous deux inscrits au RC avec pouvoir de signature collective à deux, reste valable en dépit du fait que le règlement interne exigeait une décision unanime du conseil d'administration, limitation que le ministère public ignorait (cf. art. 718a al. 2 CO). Pour une analyse approfondie de la représentation de la personne morale en qualité de partie plaignante, cf. MUSKENS, Statut, N 5156 ss.

perdre sa capacité d'ester en justice. Cela fonde un cas de carence dans l'organisation de la société (art. 731*b* CO), ce qui permet à tout actionnaire ou créancier de saisir le juge pour nommer un remplaçant à l'organe défaillant[684].

296 La *fin de la personnalité* correspond, pour les personnes morales inscrites au registre du commerce, à leur radiation de celui-ci, à l'issue de leur dissolution puis, en principe[685], de leur liquidation (volontaire ou forcée)[686]. Il découle de ce qui précède que, tant que dure la phase de liquidation, cas échéant par voie de faillite, la société conserve sa personnalité juridique, et donc sa qualité de lésée[687].

297 La question de savoir si la radiation d'une personne morale du registre du commerce lui fait véritablement perdre sa personnalité juridique est toutefois controversée en doctrine et n'a pas été définitivement tranchée par le Tribunal fédéral[688]. Une partie de la doctrine soutient en effet que la radiation ne fait que présumer la disparition de la personne morale, qui n'intervient véritablement que lorsque celle-ci n'a plus aucun actif à liquider[689]. Contrairement à l'inscription au registre du commerce, qui a en principe un effet constitutif, la radiation n'aurait ici qu'une valeur déclarative[690]. Il peut en effet arriver qu'une radiation intervienne alors qu'il existe encore certains actifs à liquider – par exemple des prétentions civiles adhésives encore litigieuses. Dans un tel cas de figure, la personne morale lésée conserverait sa personnalité juridique et la jouissance des droits civils, malgré sa radiation du registre du commerce. La doctrine qui défend cette position admet toutefois que la radiation entraîne de toute manière la perte de l'exercice des droits civils, et donc de la capacité d'ester en justice (art. 106 al. 1 CPP) de la personne morale lésée, qui ne pourra plus intervenir dans la procédure, que ce soit en qualité de partie plaignante au pénal ou au civil[691]. L'enjeu de cette controverse sur la capacité d'être lésé est donc au final assez limité[692].

---

684 Cf. TF, 7B_21/2023, 1.10.2024, c. 3.2.3 et 3.4.2 [f].

685 Des cas de dissolution sans liquidation peuvent se présenter, notamment pour certaines restructurations selon la LFus. Sur ces questions, cf. MUSKENS, Statut, N 462 ss.

686 La dissolution et la liquidation font l'objet de dispositions spéciales pour chaque forme de personne morale. Cpr. avec l'association (art. 60 ss CC), dont l'inscription n'a qu'un effet déclaratif: TF, 4A_576/2019, 3.2.2020, c. 6.2 [f] (parallèle avec la société en nom collectif).

687 ATF 140 IV 155 c. 3.4.4; TF, 1B_350/2020, c. 5.2 [d] n.p. in ATF 147 IV 544; 6B_255/2022, 22.3.2022, c. 2.2 [i]; 1B_191/2014, 14.8.2014, c. 3.1 [f]; cf. déjà TF, 6B_557/2010, 9.3.2011, c. 5.1 [d] pour le StPO/ZH; MUSKENS, Statut, N 5513; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 33; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 23; PC CPP, Art. 115 N 10; GARBARSKI, GesKR 2014, p. 538.

688 Cf. ATF 146 III 441, qui mentionne cette controverse (c. 2.2) et sa jurisprudence antérieure (c. 2.4), mais ne tranche pas la question (c. 2.7), tout en retenant que la radiation n'emporte aucun effet sur la légitimation active des créanciers cessionnaires de la masse en faillite (art. 260 LP) (c. 2.8), ce qui plaide clairement en faveur d'un effet seulement déclaratif.

689 MUSKENS, Statut, N 446 (avec des références) et 449.

690 Cf. pour la société anonyme CR CO II-RAYROUX, Art. 746 N 6. Le régime se rapprocherait alors de celui qui prévaut pour les personnes morales dont l'inscription n'est que déclarative, comme les associations (art. 60 ss CC): TF, 4A_576/2019, 3.2.2020, c. 6.2 [f].

691 MUSKENS, Statut, N 5561.

692 Cf. nbp 697 *infra*, s'agissant de la réinscription de la société radiée du registre du commerce.

298 Sous cette dernière réserve, il faut retenir que la perte de la personnalité juridique de la personne morale ensuite de sa radiation du registre du commerce entraîne aussi la perte de sa qualité de lésé[693]. Cette dernière étant inaliénable, elle n'échoit pas aux ayants droit économiques (actionnaires) de la personne morale radiée, contrairement à ce qui prévaut pour la qualité pour recourir en matière d'entraide pénale internationale[694]. Leur éventuelle qualité de partie (dérivée) doit, ici aussi, s'examiner exclusivement à l'aune de l'art. 121 CPP, situation qui sera abordée ci-après en lien avec le caractère direct de l'atteinte[695].

299 Subsiste toutefois la possibilité d'obtenir la *réinscription au registre du commerce* d'une personne morale radiée de celui-ci. L'art. 935 CO[696] permet en effet à quiconque rend vraisemblable un intérêt digne de protection de requérir la réinscription d'une entité juridique radiée (al. 1); un tel intérêt est notamment retenu lorsqu'après la liquidation, il existe encore des actifs qui n'ont pas été réalisés ou distribués (al. 2 ch. 1) ou lorsque l'entité radiée est partie à une procédure judiciaire (al. 2 ch. 2). La réinscription permet de conférer à nouveau à la personne morale radiée la qualité de lésé en procédure pénale[697], avec tous les droits qui y sont associés, dont ceux de se constituer partie plaignante ou de poursuivre en cette qualité l'action pénale accessoire ou l'action civile adhésive[698]. Elle est reconnue par la doctrine[699] et admise en pratique[700]. Lorsqu'elle est prévue par le droit applicable, la réinscription d'une personne morale étrangère au registre des sociétés du pays dont elle relève emporte les mêmes effets sur sa qualité de lésé dans la procédure domestique[701].

693 Cf. BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 33; Droese, Akteneinsicht, p. 7; cf. aussi TPF, CN. 2023.13, 13.4.2023, c. 2.1 [d].

694 Cf. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, Qualité, p. 147 s.; cf. aussi N 1174 *infra*.

695 Cf. N 1165 ss *infra*.

696 Entré en vigueur au 1.1.2021 (RO 2020 957). Auparavant, l'art. 164 ORC constituait la seule base légale permettant une telle réinscription: cf. TF, 4A_467/2018, 9.5.2019, c. 4 [d].

697 En lien avec la controverse sous N 297 *supra*: si on considère que la radiation a un effet constitutif (ou ici: destructeur) pour la personne morale, alors la réinscription lui fait regagner la personnalité juridique, et donc la capacité d'être partie (et lésée). Si, au contraire, on considère que la radiation a un effet déclaratif seulement, alors la réinscription ne fait que lui reconférer l'exercice des droits civils et la capacité d'ester en justice (art. 106 CPP).

698 Cf. Muskens, Statut, N 5563 ss, pour l'action pénale, lequel considère que la radiation n'a qu'un effet déclaratif et distingue dès lors entre la radiation d'une personne morale pas encore (complètement) liquidée et sa véritable disparition, au terme de la liquidation.

699 Muskens, Statut, N 5563 et 5575; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 33 et 121 N 18; Garbarski, GesKR 2014, p. 539.

700 OGer ZG, BS 2022 63, 27.2.2023, c. 2 (et c. 3 s'agissant de la notification d'une décision); CJ GE, ACPR/594/2022, 25.8.2022, c. 1.4; cf. aussi TF, 1B_490/2020, 9.12.2020, c. 2.4 *in fine* [f], pour la levée d'un séquestre; TPF, SK.2019.70, 4.6.2020, c. 3.2 [f], pour la validité d'une procuration; TF, 4A_467/2018, 9.5.2019, c. 2 ss [d], rendu dans un contexte pénal.

701 Cpr. TPF, BB.2020.204, 29.10.2020, c. 2.4 [f], aussi à propos de l'effet rétroactif; cf. ég. en matière d'entraide pénale TF, 1C_38/2022, 27.1.2022, c. 2.3 [f]; TPF 2016 65 c. 2.

2. En cas de faillite

Nous venons de voir qu'une personne morale ne perdait pas sa qualité de lésé lorsqu'elle était liquidée par voie de faillite. Toutefois, ce régime emporte des changements importants dans l'exercice de ses droits de procédure, notamment de ses droits de partie plaignante, ce qui mérite qu'on y consacre quelques développements. 300

À l'ouverture de la faillite, l'ensemble des biens saisissables du débiteur forme une masse (art. 197 LP), appelée masse en faillite, qui sera affectée au désintéressement de ses créanciers et qui est soustraite à son pouvoir de disposer (art. 204 LP). La personne morale conserve pleinement sa personnalité juridique, et donc la jouissance des droits civils, durant la procédure de faillite[702]. Elle perd toutefois l'exercice des droits civils, et donc la capacité d'ester en justice, pour les biens tombés dans la masse, au profit de l'administration de la faillite, chargée de représenter la masse en justice (art. 240 LP). Les organes de la société faillie conservent cependant leurs pouvoirs de représentation pour les actes qui ne touchent pas aux biens de la masse (cf. art. 740 al. 5 CO). 301

Sur cette base, la jurisprudence rendue en procédure pénale distingue entre la partie plaignante demanderesse au pénal et la partie plaignante demanderesse au civil (cf. art. 119 al. 2 let. a et b CPP). Si une personne morale lésée tombe en faillite, ses organes continueront d'agir en son nom pour ce qui concerne l'action pénale, qui ne concerne pas les biens tombés dans la masse, mais c'est l'administration de la faillite, en tant que représentante de la masse (art. 197 et 240 LP), qui sera désormais chargée de faire valoir ses prétentions civiles et d'exercer les droits y relatifs[703]. À noter que l'action civile adhésive, en tant que procès civil auquel le lésé était partie, est en principe suspendue d'office au moment de l'ouverture de la faillite (art. 207 al. 1 LP)[704]. 302

Le Tribunal fédéral voit dans le droit d'agir de l'administration de la faillite un cas de *transmission des droits* au sens de l'art. 121 al. 2 CPP[705], ce qui se heurte selon nous au sens littéral possible de cette disposition, comme nous le verrons ci-dessous dans le 303

[702] CR LP-ROMY, Art. 204 N 1 et 12; BSK SchKG-WOHLFART/MEYER HONEGGER, Art. 204 N 1, 41 s. et 44. Cette idée est exprimée de manière générale à l'art. 739 al. 1 CO.

[703] ATF 145 IV 351 c. 4.2; TF, 6B_1082/2014, 3.3.2015, c. 1.5 [d]; 6B_557/2010, 9.3.2011, c. 7.2 [d]; MUSKENS, Statut, N 5530; SCHAFFNER, FP 2023, p. 99; SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 121 N 4; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 106 s.; MAURON, Action, p. 537 s.; cpr. ATF 140 IV 155 c. 3.4.4 et TF, 1B_294/2013, 24.9.2013, c. 2.1 [f], ne faisant pas encore cette distinction.

[704] MUSKENS, Statut, N 5519 ss, qui réserve les actions civiles adhésives en cas d'infraction contre l'honneur (cf. art. 207 al. 4 CPP); KLINGLER, N 1152.

[705] ATF 148 IV 170 c. 3.3.2; 145 IV 351 c. 4.2; 140 IV 162 c. 4.9.4; TF, 1B_418/2022, 17.1.2023, c. 3.1 [f]; cf. aussi TF, 7B_32/2023, 6.9.2023, c. 1.2.3 [f], qui semble vouloir appliquer l'art. 121 al. 2 CPP à l'action pénale; TC VD, CREP 23.2.2023/134, c. 2.2.3 s. En doctrine: BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 60a et Art. 121 N 13; ZK StPO-LIEBER, Art. 121 N 8a; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 121 N 13a; *contra*: VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 522 ss, spéc. N 557 ss.

chapitre 7[706]. Il faut bien plus considérer l'administration de la faillite comme la *représentante légale* (au sens de l'art. 106 al. 2 CPP) de la société faillie, qui demeure matériellement titulaire des prétentions civiles tombées dans la masse, mais n'a plus l'exercice des droits civils par rapport à celles-ci[707].

304 Une autre solution consiste à retenir que la masse en faillite agit en son nom propre, mais pour le compte du lésé, en vertu d'un *mandat procédural (Prozessstandschaft)*[708]. Elle suppose toutefois de reconnaître des droits de procédure à une entité – la masse en faillite – dénuée de toute personnalité juridique, en considérant que l'art. 240 LP lui octroie une capacité spéciale d'être partie et d'ester en justice[709]. Or, si l'art. 66 *in fine* CPC prévoit expressément une telle possibilité en procédure civile, en réservant les cas dans lesquels le droit fédéral reconnaît la capacité d'être partie à des entités n'ayant pas la jouissance des droits civils, il n'existe pas de disposition équivalente en procédure pénale. L'art. 115 al. 1 CPP limite la capacité d'être lésé, et donc d'être partie plaignante, à l'existence d'une «personne», sans réserver d'autres règles de droit fédéral. Il en va d'ailleurs de même à l'art. 121 al. 2 CPP qui, dans sa version française[710], évoque la «personne» subrogée aux droits du lésé. En outre, le CPP octroie déjà la capacité d'être partie et la qualité d'ester en justice à des entités qui sont, en soi, dénuées de la jouissance des droits civils, comme le ministère public (art. 104 al. 1 let. b CPP) et, surtout, certaines autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics (art. 104 al. 2 CPP)[711]. Ces éléments plaident en faveur d'une réglementation exhaustive – et restrictive – de la question dans le CPP. Mais cela ne porte pas à conséquence ici[712], puisque les droits de la société faillie liés à son action civile adhésive pourront être exercés par l'administration de la faillite, comme représentante légale (art. 106 al. 2 CPP).

---

706 Cf. N 1216 *infra*.

707 Art. 240 LP: «Elle [l'administration de la faillite] *représente* la masse en justice»; cf. dans ce sens ATF 140 IV 155 c. 3.4.4; TF, 6B_1082/2014, 3.3.2015, c. 1.5 [d]; 1B_350/2020, c. 5.2 [d] n.p. in ATF 147 IV 544; VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 558; de manière générale, cf. LÖTSCHER, N 1170; CR LP-ROMY, Art. 204 N 1; cf. ég. pour l'action en responsabilité fondée sur l'art. 757 CO et les critiques à l'encontre de la jurisprudence *Raschein* (ATF 117 II 432): GARBARSKI, Responsabilité, p. 83 ss, spéc. p. 90 s.; *contra*: MUSKENS, Statut, N 598.

708 MUSKENS, Statut, N 5527 avec renvoi au N 597; cf. ég. GARBARSKI, GesKR 2014, p. 538.

709 La question est controversée en procédure civile, où doctrine et jurisprudence oscillent principalement entre *Prozessstandschaft* et représentation légale: LÖTSCHER, N 1163 ss, qui retient la dernière solution (N 1170); cf. ég. pour l'art. 83 CPC (substitution de partie) PIOTET, Substitution, p. 717 nbp 8 (qui limite le terme *Prozessstandschaft* aux hypothèses de représentations indirectes où le jugement rendu dans l'instance a une autorité matérielle de chose jugée pour le titulaire du droit subjectif litigieux resté hors procès) et p. 725 s. (qui ne parle de *Prozessstandschaft* que pour la cession des droits de la masse selon l'art. 260 LP, où le transfert de l'exercice des droits intervient indirectement, par opposition à l'exercice des droits par la masse en faillite, où ce transfert intervient directement).

710 Les versions allemande et italienne, moins précises, utilisent les pronoms *«Wer»* et *«Chi»*.

711 Cf. N 1111 ss *infra*.

712 Cf. N 307 *infra* pour le cas des sociétés et entités dénuées de la personnalité morale.

Une ultime approche, plus radicale que les autres, consiste à refuser toute possibilité pour la société lésée tombée en faillite d'intervenir dans la procédure pénale et à la renvoyer à agir au civil[713]. Dans cette conception, la survenance de la faillite changerait radicalement la situation de départ, la participation du lésé à la procédure pénale ayant désormais pour but exclusif le désintéressement des créanciers, ce qui pourrait entrer en conflit avec les droits du prévenu à un procès équitable[714]. Si on peut se montrer sensible à cet argument, il est difficile d'ignorer le fait que la société lésée conserve sa personnalité juridique durant toute la procédure de liquidation forcée, de sorte que sa qualité de «personne» lésée (au sens de l'art. 115 al. 1 CPP) demeure intacte en soi. Par ailleurs, la faillite d'une personne morale peut parfaitement trouver sa cause dans les agissements délictueux du prévenu, par exemple en cas de gestion déloyale au préjudice de la personne morale elle-même. Il serait contre-intuitif de la renvoyer à agir au civil dans un tel cas, mais pas lorsque sa santé financière était suffisamment solide pour «absorber le choc» de l'infraction et éviter ainsi le prononcé de la faillite[715]. Enfin et surtout, le CPP envisage déjà explicitement la faillite de la partie plaignante demanderesse au civil, en autorisant le prévenu à demander des sûretés en garantie des dépens dans un tel cas (cf. art. 125 al. 1 let. b CPP). Cette approche doit donc être rejetée[716]. 305

En cas de faillite, les droits relatifs à l'action civile adhésive doivent donc être exercés par l'administration de la faillite, en sa qualité de représentante légale du lésé (cf. art. 106 al. 2 CPP). En pratique, toutefois, les offices des faillites n'agiront que rarement dans ce sens, n'ayant pas les ressources temporelles ou financières nécessaires[717]. Il existe malgré tout des exceptions[718]. Par ailleurs, on peut imaginer que les créanciers avancent à la masse les fonds pour lui permettre de mandater son propre conseil[719]. Cela pose en tout cas la question de savoir si les créanciers cessionnaires des droits de la masse (art. 260 LP) ne devraient pas se voir reconnaître la qualité pour agir en procédure pénale[720]. Nous y reviendrons ci-dessous en lien avec l'atteinte directe[721]. 306

713 KLINGLER, N 1157 ss, qui analyse la situation sous l'angle de l'art. 121 CPP exclusivement et nie toute lacune de la loi à cet égard.

714 KLINGLER, N 1163 s.

715 Cf. GARBARSKI, SJ 2017, p. 138, pour un argument similaire en cas de fusion.

716 Critique également (avec d'autres arguments): MUSKENS, Statut, N 5529.

717 PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 107; SCHAFFNER, FP 2023, p. 100; cf. aussi GSTOEHL MATTHIAS/EXNER CHRISTIAN, Schnittstellen zwischen Strafrecht (StGB/StPO) und SchKG, PCEF 65/2024 42 ss, p. 45.

718 Cf. par ex. TF, 1B_317/2018, 12.12.2018, let. A.c [f]; TC VD, CREP 23.2.2023/134, c. 2.3: des sociétés faillies, représentées par l'administration de la masse, se sont constituées parties plaignantes à la procédure pénale.

719 JEANNERET VINCENT/JEANNERET LIONEL, Crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes, in Miriam Mazou/Yvan Jeanneret (éds), Le procès pénal, Bâle 2025, p. 704.

720 MUSKENS, Statut, N 5590, qui retient la *Prozessstandschaft* de la masse en faillite pour en tirer ensuite un parallèle avec la *Prozessstandschaft* des créanciers cessionnaires.

721 Cf. N 1182 ss *infra*.

3. Entités dépourvues de la personnalité juridique

a. En général

307 Outre les personnes morales, le droit privé connaît également un certain nombre d'entités, de groupements, de communautés ou de constructions juridiques dotées d'une certaine autonomie juridique, mais à qui la loi ne confère pas de personnalité morale et qui ne sont donc pas des sujets de droit à proprement parler. On pense ici à la société simple (art. 530 ss CO), à la société en nom collectif (art. 552 ss CO), à la société en commandite (art. 594 ss CO), à l'entreprise individuelle et à la succursale (art. 931 CO), à la communauté héréditaire ou hoirie (art. 602 CC), à la communauté des copropriétaires d'étage (art. 712*a* ss CC) ou encore au trust.

308 En procédure pénale, la situation ne pose pas de difficultés particulières lorsque l'entité ou la construction juridique en cause est dépourvue de toute personnalité juridique, et donc de la jouissance des droits civils. Cela se traduit, sur le plan processuel, par son *absence de capacité à être lésée* par une infraction. Il en va ainsi de la société simple[722], de l'entreprise individuelle[723], de la succursale[724], de la communauté héréditaire (hoirie)[725] ou encore du trust[726]. Dans ces cas-là, la qualité de lésé reviendra aux personnes (physiques ou morales) derrière ces entités.

b. Société simples et communautés héréditaires

309 Pour les infractions commises à l'encontre d'une *société simple* ou d'une *communauté héréditaire*, il faut encore distinguer entre les aspects pénaux et les aspects civils. Pour exercer les droits de partie plaignante au civil (art. 119 al. 2 let. b CPP), les associés ou les héritiers devront agir en commun (consorité nécessaire), puisqu'ils sont propriétaires en main commune (art. 652 CC) des biens qui sont affectés à la société simple (art. 544 al. 1 CO) ou qui forment la masse successorale (art. 602 al. 2 CC)[727]. La juris-

[722] ATF 141 IV 380 c. 2.3.2 s. ; 142 IV 82 c. 3.3.1 ; TF, 6B_116/2015, 8.10.2015, c. 2.1 [f] ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 34 ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 18a ; voir déjà ATF 117 IV 437 c. 1c (droit de plainte pénale).

[723] TF, 6B_218/2018, 13.6.2018, c. 2 et 4.1 [f], qui retient toutefois un formalisme excessif de la cour cantonale ; cf. ég. TF, 6B_1198/2023, 18.3.2023, c. 4 [f] ; 6B_701/2016, 23.5.2017, c. 1 [f], dans lesquels le TF rectifie d'office la désignation du recourant.

[724] DEMARMELS, p. 46 ; cf. en général ATF 142 II 113 c. 7.3 ; 120 III 11 c. 1 ; 108 II 122 c. 1.

[725] ATF 141 IV 380 c. 2.3.2 s. ; 142 IV 82 c. 3.3.1 ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 18a ; GARBARSKI, SJ 2017, p. 134 ; cf. déjà TF, 1B_194/2012, 3.8.2012, c. 2.3 [f] ; 1B_348/2012, 3.10.2012, c. 1.2.6 [d].

[726] TF, 7B_167/2023, 28.7.2023, c. 4.3.2 [i] ; 1B_319/2022, 17.11.2022, c. 2.2 [f] ; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5b ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 105 ; GARBARSKI, SJ 2017, p. 128 s. Sur l'atteinte directe dans un tel cas, cf. N 1187 ss *infra*.

[727] ATF 141 IV 380 c. 2.3.2 et 2.3.6 ; cf. ég. ATF 142 IV 82 c. 3.3.1 et ATF 148 IV 256 c. 3.6 (pour l'art. 121 al. 1 CPP) ; TF, 6B_9/2017, 2.11.2017, c. 2 [f] (société simple) ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 34 ; WEILENMANN, N 298 ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 18a ; DEMARMELS, p. 52 s. ; GARBARSKI, SJ 2017, p. 134 s. Cela vaut aussi pour les prétentions civiles au sens de l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF : TF, 7B_80/2023, 6.2.2023, c. 1.3.3 s. [f] ; 6B_925/2021, 29.11.2021, c. 1.2.1 [f].

prudence admet une exception lorsque l'associé ou l'héritier qui agit seul est au bénéfice d'une renonciation donnée par ses consorts[728]. Un autre tempérament existe lorsque le prévenu fait lui-même partie de la société simple ou de l'hoirie, auquel cas les autres associés ou héritiers doivent agir ensemble à son encontre, de manière à ce qu'ils se retrouvent tous «d'un côté ou de l'autre de la barre»[729]. Pour exercer les droits de partie plaignante au pénal (art. 119 al. 2 let. a CPP), en revanche, chaque associé ou chaque héritier peut agir seul, étant individuellement lésé par l'infraction[730]. Il en va de même pour le dépôt d'une plainte pénale (art. 30 al. 1 CPP)[731].

310 À noter que les développements qui précèdent sur la communauté héréditaire ne concernent que la situation dans laquelle l'infraction a été commise *après* la mort du *de cujus*, et donc au préjudice de chacun de ses héritiers[732]. Elle doit être distinguée du cas dans lequel l'infraction a été commise *avant* la mort du lésé, dont les héritiers voudraient ensuite participer à la procédure pénale. Cette situation sera examinée ci-dessous en lien avec le caractère direct de l'atteinte et l'art. 121 CPP[733].

c. Quasi-personnes morales et communautés de propriétaires d'étages

311 Enfin, il arrive que l'entité en cause, bien que dépourvue de la personnalité juridique, se voie néanmoins reconnaître par la loi la capacité d'être partie et d'ester en justice. Tel est notamment le cas de la société en nom collectif (art. 562 CO) et de la société en commandite (art. 602 CO), qu'on qualifie pour cette raison de quasi-personnes morales[734], mais aussi de la communauté des propriétaires d'étages (propriété par étages [PPE]; art. 712*l* al. 2 CC)[735]. La question de savoir si ces capacités spéciales emportent celle d'être lésé par une infraction et de participer à ce titre à une procédure pénale est controversée.

728 TF, 6B_824/2020, 10.2.2021, c. 1.3 [f]; cf. aussi TF, 7B_80/2023, 6.2.2023, c. 1.3.4 [f], en référence à l'ATF 142 IV 82 c. 3.3.1, qui ne traitait toutefois pas de cette situation.

729 TF, 6B_925/2021, 29.11.2021, c. 1.2.1 [f]. Cf. ég. ATF 141 IV 380 c. 2.3.2 et 2.3.6, confirmé in ATF 142 IV 82 c. 3.3.1; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 18a. En procédure civile (art. 70 CPC): ATF 145 III 281 c. 3.4.1; 140 III 598 c. 3.2.

730 ATF 141 IV 380 c. 2.3.6; 142 IV 82 c. 2.4.3 (n.p.) et 3.3.2 (pour l'art. 121 al. 1 CPP); cpr. TF, 1B_194/2012, 3.8.2012, c. 2.3 [f] qui retenait que tous les hoirs devaient recourir contre un classement; cpr. ATF 119 Ia 342 c. 2a, qui retenait que les associés d'une société simple n'étaient pas directement lésés par l'infraction commise par leur associé, mais leur reconnaissait quand même le droit de recourir au nom de la société contre un classement; ce raisonnement a été critiqué en doctrine (cf. déjà CR CPP[1]-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 18 [= N 18a de l'édition actuelle]), puis par le TF lui-même (ATF 140 IV 380 c. 2.4.3); cpr. TPF, BB.2023.152, 21.2.2024, c. 2 [f].

731 ATF 141 IV 380 c. 2.3.4; cf. déjà ATF 117 IV 437 c. 1c; PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 30 N 1; CR CP I-STOLL, Art. 30 N 32a; BSK StGB-RIEDO, Art. 30 N 92a.

732 Par ex. une escroquerie (art. 146 CP) lorsqu'un héritier trompe ses co-héritiers: JEANNERET, Voyage, p. 41 ss.

733 Cf. N 1206 ss *infra*.

734 MUSKENS, Statut, N 200; CR CC I-XOUDIS, Intro Art. 52-59 N 11.

735 ATF 145 III 121 c. 4.3.3; 142 III 551 c. 2.2; 125 II 348 c. 2.

312 Pour les *sociétés en nom collectif* et *en commandite*, tout d'abord, une partie importante de la doctrine soutient qu'elles peuvent être lésées par une infraction au même titre que les personnes morales, auxquelles elles sont d'ailleurs assimilées dans leurs rapports externes[736]. Dans un arrêt relativement ancien, le Tribunal fédéral avait retenu qu'une société en nom collectif était *« gleich wie juristische Personen rechts- und prozessfähig »* et qu'elle pouvait ainsi être lésée dans son honneur par une injure (art. 177 CP)[737]. À l'opposé, certains auteurs font prévaloir le défaut de personnalité morale de ces entités et estiment que seuls les associés peuvent être lésés individuellement[738], à la manière de la société simple et de l'hoirie. Les biens acquis par ces sociétés sont d'ailleurs aussi détenus en main commune par leurs associés[739]. Dans un arrêt plus récent, rendu à propos d'une société en nom collectif de droit français, le Tribunal fédéral semble avoir suivi cette dernière approche, en considérant comme déterminant le fait que la société était dotée de la personnalité juridique selon le Code des sociétés français[740].

313 Pour la *communauté de propriétaires d'étages*, ensuite, il est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence que chaque propriétaire d'étage est, en tant que copropriétaire (art. 646 al. 3 CC), individuellement lésé par les infractions qui touchent à ses parties exclusives, mais aussi aux parties communes ; il peut donc agir seul, comme partie plaignante au pénal et/ou au civil[741], et cela également contre un autre propriétaire d'étage[742]. Certains auteurs et arrêts cantonaux vont toutefois plus loin encore et retiennent que la communauté des propriétaires d'étages, représentée par son administrateur (art. 712*t* CC), doit également pouvoir agir en son « nom » propre, en particulier pour les infractions qui touchent aux parties communes de l'immeuble ou aux avoirs sous gestion, tels que les contributions aux frais et charges communs ou le fonds de rénovation (cf. art. 712*l* al. 1 CC)[743].

---

736 Art. 567 al. 1 et 607 CO. Cf. WEILENMANN, N 300 ; JEANNERET/DROZ, N 67 ; voir aussi GODEL/MARGOT, p. 11 nbp 45 ; DEMARMELS, p. 45 ; en matière de plainte pénale, cf. BSK StGB-RIEDO, Art. 30 N 82 ; cf. déjà HAURI, p. 55 (StPO/ZH).

737 ATF 114 IV 14 c. 2a ; cf. aussi ATF 124 IV 262 c. 2a, qui se fonde (plus justement) sur la capacité d'ester en justice de ces entités ; TF, 6B_1020/2018, 1.7.2019, c. 5.1.1 [f] : « toute personne morale ou entité capable d'ester en justice » ; cpr. ATF 96 IV 148, en référence au refus du Parlement en 1950 d'introduire un nouvel art. 177bis CP qui devait octroyer un droit à l'honneur aux autorités et aux groupements de personnes dénués de la personnalité juridique (Message CP 1949, p. 1254 s.), ce qui plaide selon nous pour l'absence de qualité de lésé de ces dernières.

738 SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 685 nbp 92 ; TANNER, p. 50 ; OGer ZH, UE160076, 8.3.2017, c. 6.2.

739 Cf. ATF 134 III 643 c. 5.1 (SNC) ; cf. aussi MUSKENS, Statut, N 198.

740 TF, 6B_116/2015, 8.10.2015, c. 2.2 [f], de sorte que ses associés n'étaient pas lésés.

741 TF, 6B_1427/2019, 13.3.2020, c. 3.2 [i], in SJ 2020 I 281 ; 6B_829/2018, 21.3.2019, c. 2.2 [f] ; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5c ; cf. aussi BSK StGB-RIEDO, Art. 30 N 92b.

742 TF, 6B_959/2018, 24.5.2019, let. A et c. 1.1 [d] ; 6B_880/2013, 27.2.2014, c. 3 [d], en cas de violation d'une mise à ban (art. 258 CPC) ; cf. aussi CR CP I-STOLL, Art. 30 N 32.

743 PICCININ, N 65 ; ZK ZGB-WERMELINGER, Art. 712*l* N 142 ; DEMARMELS, p. 53 ; JEANNERET/DROZ, N 68 ; KG GR, SK2 18 22, 31.8.2018, c. 1.4.1 ss ; TC JU, RJJ 2003 290

Selon nous, le sens littéral possible du terme «personne» à l'art. 115 al. 1 CPP empêche de reconnaître la qualité de lésé en procédure pénale à des entités qui ont certes la capacité d'être partie et d'ester en justice en vertu du droit (privé) fédéral, mais qui sont dépourvues de la jouissance des droits civils et qui n'ont pas de personnalité juridique propre. Comme nous l'avons vu ci-dessus pour la faillite[744], le CPP ne contient pas de norme similaire à l'art. 66 *in fine* CPC et règle la question de la capacité d'être partie en procédure pénale de façon exhaustive. S'agissant du lésé, l'art. 115 al. 1 CPP, tout en étant formulé de manière large («… *toute* personne…»), exige malgré tout la jouissance des droits civils, ce que confirme d'ailleurs le reste du texte légal, qui évoque des droits dont le lésé est titulaire en tant que personne («… *dont* les droits…»). Les entités, groupements et autres communautés de personnes qui ne disposent pas de la personnalité morale ne peuvent donc pas prétendre à la qualité de lésé[745]. Ils agiront par l'intermédiaire de leurs membres, pour autant toutefois que ces derniers puissent eux-mêmes prétendre à cette qualité, et dans les limites imposées par le droit matériel, notamment quant au régime de propriété des biens au sein de l'entité en cause, qui peut fonder un cas de consorité nécessaire. 314

Le cas de la propriété par étages appelle toutefois une remarque particulière: en cas d'infraction commise contre le patrimoine communautaire[746], notre position a pour effet de limiter la qualité pour agir en procédure pénale, en particulier en tant que partie plaignante au civil, aux seuls propriétaires d'étages, à l'exclusion de la communauté elle-même. Celle-ci se voit pourtant reconnaître la qualité pour agir par le droit privé (art. 712*l* al. 2 CC) et dispose surtout de la légitimation active pour certaines actions de droit matériel, dont celle en responsabilité pour actes illicites (art. 41 ss CO)[747]. La communauté doit alors être renvoyée à agir devant les juridictions civiles. Cette situation, qui n'est pas pleinement satisfaisante[748], résulte toutefois du choix opéré par le législateur. Une solution simple consisterait à conférer à la communauté des propriétaires d'étages la qualité de partie plaignante au civil dans une base légale au sens formel, par exemple dans un nouvel article 121bis CPP. *De lege lata* toutefois, les copropriétaires devront agir en commun, quitte à déléguer, par procuration, la faculté 315

(injures et menaces, question laissée ouverte); OGer ZH, UN 010093/U, 15.5.2002, c. II.5 (qui va jusqu'à nier la qualité pour agir des propriétaires d'étages dans ce cas); cpr. RIEDO, Strafantrag, p. 364 ss, qui distingue plusieurs types d'infractions.

744 Cf. N 304 *supra*.

745 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 34; dans le même sens pour les infractions contre l'honneur: MUSKENS, Statut, N 839.

746 Par ex. une escroquerie (art. 146 CP) qui a pour effet de vider le fonds de rénovation. Cf. aussi RIEDO, Strafantrag, p. 370.

747 Cf. PICCININ, N 368 ss, qui relève cependant que chaque propriétaire d'étage peut aussi agir seul en dommages-intérêts pour la part correspondant à sa moins-value (N 372).

748 Et encore: on peut se demander si les intentions du législateur du Code civil, qui voulait faciliter les relations juridiques entre la communauté des propriétaires d'étages et les tiers (BSK ZPO-TENCHIO, Art. 66 N 28a), se laissent transposer à la procédure pénale.

d'exercer leurs droits en procédure pénale à l'administrateur de la propriété d'étages[749].

E. États et autres personnes morales de droit public

316 Outre les personnes morales de droit privé, la qualité de lésé peut également échoir aux personnes morales de droit public et, plus globalement, à l'État lui-même. La problématique est déjà ancienne[750], et a récemment occupé le Tribunal fédéral dans un certain nombre d'arrêts, au point de voir se former un véritable considérant-type sur la qualité de lésé de l'État[751]. Nous examinerons en détail cette question dans la troisième partie de notre thèse, en lien avec le caractère personnel de l'atteinte subie par le lésé[752]. À ce stade, il convient toutefois de se demander si l'État ou les entités étatiques peuvent aussi être les sujets d'une atteinte au sens de l'art. 115 al. 1 CPP et donc s'ils disposent de la capacité d'être lésés en procédure pénale. Cet aspect n'est que peu abordé par la doctrine[753]; il est pourtant central, en tant qu'il vient conditionner la suite de l'examen.

317 Sur un plan strictement littéral, le terme «personne» figurant à l'art. 115 al. 1 CPP ne se limite pas aux sujets de droit privé et ne s'oppose donc pas à ce que la qualité de lésé soit également envisagée par rapport à des entités de droit public, à condition qu'elles jouissent sur le plan juridique d'une personnalité propre[754]. Cette question est toutefois particulièrement délicate s'agissant de l'État, vaste structure à l'architecture complexe, voire tentaculaire, comprenant plusieurs niveaux d'organisation, mais aussi plusieurs modes d'action (centralisation, décentralisation, externalisation, privatisation, etc.)[755].

318 Nous présenterons ci-après la capacité d'être partie des principaux acteurs étatiques en Suisse, d'abord de manière générale, puis au regard de leur capacité d'être lésés en procédure pénale. Nous analyserons ensuite la situation des États et quasi-États étrangers.

---

749 La validité de la procuration donnée dans ce cas dépendra du type de bien juridique protégé par l'infraction, cf. N 504 *infra*. Cf. aussi RIEDO, Strafantrag, p. 370 s.

750 Cf. par ex. ATF 78 IV 213, sur la qualité de lésé de la ville de Zurich pour la violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP).

751 TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.3 [d] n.p. in ATF 151 IV 228; TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.1 [f]; 6B_267/2020, 27.4.2021, c. 2.1.2 [d]; 1B_250/2020, 6.10.2020, c. 3.2 [d]; 1B_450/2019, 14.5.2020, c. 2.2 [d]; 1B_576/2018, 26.7.2019, c. 2.4 [f]; 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.5 s. [d], soit le premier arrêt de la série.

752 Cf. N 1009 ss *infra*.

753 Cf. toutefois OBERHOLZER, Grundzüge, N 661; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 34; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 3d; DEMARMELS, p. 46.

754 Pour une réflexion similaire en *droit américain*: cf. *United States v. Ekanem*, 383 F.3d 40 (2d Cir. 2004), retenant que le terme *«person»* dans la définition de la victime selon le *Mandatory Victims Restitution Act* (18 U.S.C. § 3663A(a)(2)) comprend le gouvernement.

755 Sur ces questions, cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 1 ss, 11 ss, 105 ss; TANQUEREL, N 74 ss et 114 ss.

1. Capacité d'être partie en général

La reconnaissance de la personnalité juridique à l'État – «le plus froid des monstres froids»[756] – est le fruit d'un long et intense processus de réflexion juridique, mais également politique et philosophique, qui a permis «d'imputer à une entité abstraite un patrimoine, un intérêt, une responsabilité, une souveraineté»[757]. Aujourd'hui, on considère généralement l'État comme un sujet de droit autonome, qui dispose de la personnalité juridique – on dit aussi la personnalité morale[758] – et qui peut être titulaire de droits et d'obligations. 319

De la personnalité juridique (ou morale) de l'État, on déduit sa jouissance des droits civils *(Rechtsfähigkeit)* et, partant, sa capacité d'être partie à un procès *(Parteifähigkeit)* en son nom propre. Cette affirmation générale demande toutefois à être affinée en fonction des nombreuses entités auxquelles l'État a recours pour mener à bien ses activités, qui ne seront mentionnées ici que pour mémoire. Rappelons que le Code civil réserve expressément la possibilité pour le droit public de la Confédération ou des cantons de constituer des personnes morales (art. 59 al. 1 CC; cf. aussi art. 52 al. 2 CC). Le droit public régit l'acquisition de la personnalité et la jouissance des droits civils par l'entité en cause; il désigne aussi les organes habilités à exprimer sa volonté et à accomplir des actes juridiques en son nom, y compris sur le plan procédural[759]. 320

Tout d'abord, les *collectivités publiques* (Confédération, cantons et communes), qui sont des corporations territoriales à la base de l'organisation étatique[760], sont toutes dotées de la personnalité juridique et de la capacité d'être partie[761]. Elles sont elles-mêmes titulaires de droits et d'obligations, disposent de leur propre patrimoine et peuvent ester en justice. Leur représentation en procédure revient à leur autorité exécutive suprême, organe directeur collégial (Conseil fédéral pour la Confédération, Conseil d'État pour les cantons, Municipalité ou Conseil administratif pour les communes)[762]. 321

Par opposition, les nombreuses subdivisions (départements, directions, offices, sections, services, etc.) qui composent *l'administration centrale* d'une collectivité publique ne disposent en principe pas de la personnalité juridique. Ces unités administratives agiront en procédure au nom et pour le compte de la collectivité publique dont 322

---

756 Cf. NIETSCHE FRIEDRICH, Ainsi parlait Zarathoustra, trad. française, Paris 1898, p. 61.

757 MAULIN, L'État comme personne, p. 171 ss; cf. aussi MAULIN, Théorie de l'État, p. 143 ss, en référence HOBBES, aux théories allemandes et au juriste français CARRÉ DE MALBERG.

758 Terme qui souligne qu'à l'instar des personnes morales, l'État est une construction, une fiction derrière laquelle se trouvent des personnes physiques, qu'il s'agisse de ses organes ou, en dernière ligne, des citoyens. Cf. DELAGE, p. 54.

759 ATF 124 III 418 c. 1a; 104 Ia 440 c. 4c; cf. déjà ATF 41 II 597 c. 2a; 43 II 358 c. 4; CR CC I-XOUDIS, Art. 59 N 7; TERCIER, Délimitation, p. 707. On réservera toutefois les entités de droit privés chargées de tâches publiques, dont l'organisation relève du droit privé: MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 105 ss et 339.

760 TANQUEREL, N 77, 156 et 161, BSK ZGB-REITZE, Art. 59 N 4.

761 MOOR/POLTIER, p. 71; PFLÜGER, N 109.

762 ATF 141 I 253 c. 3.3; 136 II 383 c. 2.1; TF, 6B_249/2023, 1.5.2023, c. 2.3.3 [f].

elles dépendent[763]. Cela suppose toutefois qu'elles fassent état d'un pouvoir de représentation *(Vertretungsbefugnis)* découlant soit d'une décision individuelle, soit d'une base légale spécifique[764].

323 Ensuite, les *autorités administratives indépendantes* (Commission de la concurrence [ComCo], Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence [PFPDT], etc.), bien que soustraites au pouvoir hiérarchique et dotées d'une autonomie décisionnelle[765], font toutefois toujours formellement partie de l'administration centrale et ne disposent par conséquent pas de la personnalité morale[766]. Leur situation est donc la même que celle des différentes subdivision de l'administration centrale.

324 En revanche, les *établissements de droit public* (FINMA, Swissmedic, écoles polytechniques fédérales, universités, etc.), les *corporations de droit public* autres que les collectivités publiques, soit essentiellement les sociétés anonymes de droit public (la BNS, les CFF, Swisscom SA, La Poste Suisse SA, etc.), et les *fondations de droit public* (Pro Helvetia, Fonds de garantie LPP, Parc national suisse, etc.) sont, en règle générale, dotés de la personnalité morale de par la loi, ce qui marque d'ailleurs leur autonomie par rapport à l'administration centrale[767]. Ils sont donc de véritables sujets de droit: ils en ont le statut, les droits et les obligations «dans la mesure où [ils] agi[ssen]t effectivement comme le ferait n'importe quel particulier ou, plus largement, où [ils sont] atteint[s] comme le serait *tout autre administré*»[768]. Ils interviendront en procédure par leurs organes désignés par les règles de droit public qui les régissent. Certains établissements de droit public, bien que dépourvus de la personnalité juridique, se voient néanmoins reconnaître la capacité d'être partie de par la loi[769].

325 Enfin, les *entités de droit privé chargées de tâches publiques*, qu'il s'agisse d'entreprises publiques de droit privé (RUAG SA, Skyguide, Postfinance SA, etc.) ou de sociétés d'économie mixte (Romande Energie Holding SA, Alpiq Holding SA, etc.), disposent de la personnalité morale sur la base des normes de droit privé selon lesquelles

---

763 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 2, 19 et 46; cf. ég. en matière de protection de la personnalité (art. 28 ss CC): FF 1982 II 661, p. 680; BARRELET/WERLY, N 1611.

764 BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 38; PFLÜGER, N 111; HOFMANN, p. 14.

765 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 37 ss.

766 BELLANGER FRANÇOIS, Le phénomène des autorités administratives indépendantes, in François Bellanger/Thierry Tanquerel (éds), Les autorités administratives indépendantes, Genève 2011, 9 ss, p. 15.

767 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 285 s., 304 et 309 s. Le statut d'établissement de droit public peut aussi dépendre d'autres critères d'autonomie: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1664 ss; TANQUEREL, N 138, avec l'ex. des transports publics zurichois (ZVV).

768 MOOR, Personnes morales, p. 533 s. (la mise en évidence est d'origine); cf. aussi CR Cst.-MARTNENET, Art. 35 N 41 s.

769 Cf. art. 79 al. 2 LACI pour les caisses chômage; cf. art. 72 LPGA pour l'action récursoire de «l'assureur» *(«Versicherungsträger»)*, notion qui s'étend aux caisses de compensation AVS et aux offices AI même s'ils ne sont pas dotés de la personnalité juridique (ATF 143 III 79 c. 3.2 et 3.3).

elles sont organisées[770]. En tant que sujets de droit privé, elles jouissent de toutes les garanties que le droit positif attache à cette qualité[771].

2. Capacité d'être lésé en procédure pénale

326 En théorie, les principes qui précèdent devraient s'appliquer de la même manière en procédure pénale, avec pour conséquence une qualité de lésé réservée aux entités publiques dotées d'une personnalité juridique propre. On trouve effectivement quelques précédents, généralement sans grands développements sur ce point, dans lesquels la qualité de lésé (et de partie plaignante) a été reconnue à des *collectivités publiques*, que ce soit la Confédération[772], des cantons[773] ou des communes[774].

327 Il en va de même des *établissements, corporations* ou *fondations de droit public*: dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a ainsi examiné la qualité de lésé des Chemins de fer fédéraux (CFF) par rapport à la contravention prévue à l'art. 86 al. 1 LCdF[775], relevant expressément leur statut de société anonyme de droit public, dotée de la personnalité juridique et de la capacité d'ester en justice selon l'art. 106 CPP[776]. On retrouve des considérations similaires s'agissant de la qualité de lésé de l'Université de Genève,

770 Les premières sont des sociétés de droit privé dont l'État détient la totalité ou l'immense majorité des parts, sans impliquer de collaboration entre secteur public et secteur privé. Les secondes sont des formes particulières de sociétés anonymes ou coopératives dans lesquelles l'État est en droit de déléguer et de révoquer des représentants au sein du conseil d'administration ou de l'organe de révision, en contrepartie de quoi il assume une responsabilité primaire, à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers, pour les actes de ses représentants (art. 762 al. 4 et 926 al. 3 CO). Cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 347 ss.

771 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 340.

772 TPF, SK.2020.10, 17.9.2021, c. XI./2.1 [d] (corruption d'un employé du SECO); cf. déjà TPF, SK.2004.8, 21.3.2005, c. 1.4 [d] (escroquerie sur des crédits d'impôts; aPPF), cité par MOREILLON/DUPUIS/MAZOU, p. 98; plus récemment TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4 [d] n.p. in ATF 151 IV 228.

773 TF, 6B_496/2012, 18.4.2013, c. 5 [f] (État de Genève, affaire de la BCGe); cf. aussi en matière de plainte pénale (art. 30 CP): TF, 6B_1253/2019, 18.2.2020, c. 5 [f] (État de Vaud); 6B_1297/2017, 26.7.2018, c. 1.2 [f] (État de Fribourg); 6B_551/2020, 24.9.2020, c. 2 [d] (canton d'Argovie); cf. aussi TC VD, CAPE 18.2.2021/8, c. 5 (État de Vaud); cf. déjà TC NE, RJN 2006 125 (État de Neuchâtel).

774 OGer ZH, ZR 121/2022 S. 120 Nr. 32, c. 5.5; cf. aussi en matière de plainte pénale (art. 30 CP): TF, 6B_464/2023, 14.4.2024, c. 7 [f]; 6B_561/2018, 8.8.2018, c. 1 [f]; 6B_666/2017, 11.12.2017, c. 1 [f]; cf. TF, 6B_694/2019, 11.7.2019, c. 2.2 [f], qui envisage qu'une commune puisse être lésée par une infraction contre le patrimoine commise par les membres du conseil communal; cf. déjà RUSCA/SALMINA/VERDA, Art. 69 N 6, pour l'ancien CPP/TI.

775 «Est puni d'une amende quiconque pénètre ou circule intentionnellement dans une zone d'exploitation ferroviaire sans autorisation ou la perturbe d'une quelconque manière».

776 ATF 145 IV 491 c. 2.4.7, en référence à l'art. 25 LCFF. La qualité de lésé des CFF a toutefois été niée faute d'atteinte personnelle causée par l'infraction (c. 2.4.12 et 2.4.13). Cpr. OGer BE, RJB 1974 77, qui avait admis la qualité de partie plaignante des CFF dans une procédure dirigée contre l'un de leurs employés ayant causé un accident mortel dans l'exercice de ses fonctions.

établissement de droit public cantonal, pour l'infraction de violation de domicile (art. 186 CP)[777].

328 Tel est également le cas des *entités de droit privé chargées de tâches publiques* qui, en tant que sujets de droit privé, peuvent se prévaloir de la protection assurée par le droit pénal, dont celle offerte par les art. 173 ss CP[778].

329 Autre conséquence de la transposition de ces principes généraux à la procédure pénale, les différentes subdivisions de *l'administration centrale* (département, service, office, unité etc.), ainsi que les *autorités administratives indépendantes*, ne devraient en principe pas se voir reconnaître la capacité d'être lésées, faute de personnalité juridique propre[779]. Elles devraient tout au plus pouvoir agir au nom et pour le compte de la collectivité publique dont elles relèvent. Sur ce point, la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le *recours en matière de droit public* (art. 89 al. 1 LTF) se montre particulièrement stricte: elle n'hésite pas à déclarer irrecevables les actes déposés par des services étatiques ou des branches de l'administration dépourvus de la personnalité juridique, à moins qu'ils disposent d'une procuration expresse, délivrée par l'autorité exécutive suprême de la collectivité dont ils relèvent[780], ou qu'ils indiquent clairement les dispositions légales leur permettant d'agir au nom de leur collectivité publique[781]. Ainsi, un recours formé par un département cantonal en son nom propre, et non par le canton lui-même, sera en principe irrecevable, et cela même si le département avait lui-même prononcé la décision à l'origine de la procédure[782].

a. Un État à l'apparence efficace

330 Force est toutefois de constater que cette rigueur ne se retrouve pas dans la jurisprudence sur la qualité de lésé en procédure pénale. La personnalité morale de l'entité publique constitue rarement un critère discriminant dans l'examen de sa qualité de partie en général et de lésé en particulier. Bien plus, la matière semble gouvernée par l'idée de l'*apparence efficace*[783] de l'État, qui consiste à admettre la validité d'actes de procédure émanant d'entités dépourvues de la personnalité morale (et d'un quelconque

777 CJ GE, AARP/189/2020, 4.6.2020, c. 2.4; cf. aussi TF, 6B_761/2020, 4.5.2021, c. 7 [f].

778 ATF 108 IV 21 c. 2; cf. aussi MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 340.

779 Cf. OGer ZH, ZR 121/2022 S. 120 Nr. 32, c. 5c pour des services industriels communaux.

780 Comm. LTF-DONZALLAZ, Art. 89 N 65; WIEDERKEHR, p. 82; PFLÜGER, N 113 ss. Auparavant, le TF procédait plus volontiers à une rectification d'office dans la désignation de la partie recourante si cette dernière était manifestement habilitée à représenter la collectivité publique et que tout risque de confusion était exclu: cf. ATF 98 III 24 (chancellerie communale au lieu de la commune elle-même); 93 I 656 c. 1 (caisse d'assurance fédérale au lieu de la Confédération); cf. aussi MOOR/POLTIER, p. 71.

781 ATF 135 II 12 c. 1.3.2; TF, 1C_267/2020, 22.2.2021, c. 1.4 [d]; Comm. LTF-DONZALLAZ, Art. 89 N 65; PFLÜGER, N 112.

782 ATF 141 I 253 c. 3.2 et 3.3 (Département de la sécurité et de l'économie genevois); 134 II 45 c. 2.2.3 (Département de la justice du canton de Nidwald); TF, 2C_206/2023, 14.6.2023, c. 3.3.1 [f] (Office genevois de l'emploi).

783 Notion qu'on retrouve en droit privé et qui découle du principe de la confiance: cf. TF, 4A_342/2023, 5.6.2024, c. 5.2.1.2 [f]; cf. aussi GRODECKI, État des lieux, p. 389.

pouvoir de représentation), mais entretenant un lien suffisamment étroit avec l'infraction en cause. Les tribunaux semblent en effet se satisfaire de recours émanant directement d'unités ou de services administratifs, qui seront parfois présentés, sur la page de garde des arrêts *(rubrum)*, comme des organes de la collectivité publique qui, elle, prétend à la qualité de lésé.

Exemples:

La Confédération a déjà agi au pénal par l'intermédiaire du Secrétariat d'État à l'économie (SECO)[784], soit une unité de l'administration fédérale centrale (cf. Annexe 1 OLOGA); l'État de Vaud en a fait de même au travers de son hôpital cantonal, le CHUV, soit un service du département en charge de la santé (art. 2 al. 1 LHC/VD), dépourvu de la personnalité juridique[785]; l'État de Genève a déjà recouru en procédure pénale en étant représenté par le service des prestations complémentaires[786], soit une unité du département de la cohésion sociale (art. 9 al. 1 let. b ch. 1 ROAC/GE). Dans certains arrêts, l'entité qui prétendait à la qualité de lésé était un département cantonal ou un service communal, qui recourait en son «nom» propre[787].

331 Aucun de ces arrêts ne fait état d'une procuration expresse qui aurait été exigée de la part de l'entité ou du service étatique en cause, ni de l'existence d'une base légale leur permettant d'agir en qualité d'organe de la collectivité publique[788]. La jurisprudence accepte donc de requalifier des recours émanant d'entités en soi dépourvues de la personnalité morale en recours déposés au nom et pour le compte des collectivités publiques dont elles relèvent. Dans le cadre d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, de tels actes auraient probablement été déclarés irrecevables. Il est vrai toutefois que les recours ont, à chaque fois, été rejetés sur le fond, de sorte que l'absence d'examen de la qualité pour recourir du service étatique n'a pas porté à conséquence.

332 On mentionnera tout de même un arrêt dans lequel le Tribunal fédéral s'est demandé qui, de l'office argovien de l'économie et du travail (qui recourait en son nom) ou de la caisse publique de chômage cantonale, pouvait entrer en ligne de compte en tant que lésé pour l'infraction d'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale (art. 148a CP). Après avoir rappelé que les caisses de chômage ne disposaient pas de la personnalité juridique, mais traitaient en leur propre nom avec l'extérieur et avaient

784 TF, 6B_267/2020, 27.4.2021, let. A et D [d].

785 TF, 1B_576/2018, 26.7.2019, c. 1 et 2 [f]; le nom du CHUV ressort de l'arrêt cantonal: TC VD, CREP 11.10.2018/803.

786 CJ GE, ACPR/648/2020, 16.9.2020, c. 1.2, qui retient toutefois une qualité de partie *sui generis* du service des prestations complémentaires fondées sur l'art. 104 al. 2 CPP.

787 TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, let. B [d] (service communal d'aide sociale); 1B_450/2019, 14.5.2020, let. C [d] (office de l'économie et du travail du canton d'Argovie); TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 1.3 [f] (Département de la santé et de l'action sociale du canton de Vaud et Direction générale de la cohésion sociale [cas de l'art. 104 al. 2 CPP]).

788 Cf. toutefois l'arrêt cantonal dans l'affaire du CHUV: TC VD, CREP 11.10.2018/803, c. 1.1 s., qui développe ce point, mais pour présumer «exceptionnellement» de l'existence d'une délégation valable, pourtant absente du dossier.

qualité pour agir en justice (art. 79 al. 2 LACI), la Haute Cour a finalement laissé la question ouverte, le recours devant, ici aussi, de toute manière être rejeté sur le fond[789]. Certains rares arrêts cantonaux ont osé aller plus loin, en refusant la qualité pour recourir en procédure pénale à des entités publiques dépourvues de la personnalité juridique[790].

333 Le critère de l'apparence efficace de l'État se retrouve également en matière de *droit de plainte* (art. 30 CP) : lorsque le lésé est une collectivité publique, le Tribunal fédéral pose comme principe que la compétence pour porter plainte pénale est déterminée par le droit public applicable ; à défaut, elle revient à chaque organe responsable du bien juridique concerné voire, si des incertitudes demeurent, à l'autorité exécutive supérieure[791]. En pratique, et devant l'absence de règles précises de droit public cantonal sur ce point, la jurisprudence admet plutôt largement la validité de plaintes pénales émanant de services administratifs : il suffit que les tâches de l'organe signataire s'étendent à l'administration ou à la gestion du bien juridique concerné[792]. Pour pragmatique qu'elle soit, cette approche s'avère toutefois peu compatible avec celle, plus stricte, qui prévaut en matière de recours de droit public. Le fait que la plainte pénale soit qualifiée de simple manifestation de volonté[793] ne permet pas d'expliquer une telle tolérance des autorités pénales.

334 Lorsqu'on ajoute la possibilité, pour l'État, de *déléguer* à autrui le droit de porter plainte pénale par une procuration générale, donnée à l'avance[794], le nombre des éventuels services ou organes administratifs pouvant engager la collectivité publique par leur signature s'en trouve décuplé[795]. Dès lors que, selon l'art. 115 al. 2 CPP, les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale sont toujours considérées comme des lésés et que, selon l'art. 118 al. 2 CPP, une plainte pénale équivaut à une déclaration de partie plaignante, cette approche généreuse conduit à admettre que des entités

789 TF, 1B_450/2019, 14.5.2020, c. 1 [d].

790 KG BL, 470 18 375, 2.4.2019, c. 3.1, (*Geschäftsprüfungskommission* du parlement cantonal) ; cpr. OGer ZH, ZR 121/2022 S. 120 Nr. 32, c. 5c (services industriels communaux).

791 TF, 6B_1431/2020, 8.7.2021, c. 2.1 [f] (SAPEM valaisan) ; 6B_1297/2017, 26.7.2018, c. 1.2 [f]. En outre, il s'agit généralement de droit cantonal ou communal, dont le TF ne revoit l'application que sous l'angle de l'arbitraire (art. 106 al. 2 LTF) : TF, 6B_666/2017, 11.12.2017, c. 1.4 [f].

792 TF, 6B_1253/2019, 18.2.2020, c. 5 [f] ; 6B_551/2020, 24.2.2020, c. 2 [d], pour les services administratifs chargés de l'entretien des routes cantonales en cas de dommages à la propriété ; cf. déjà ATF 90 IV 74 c. 1 (violation de domicile dans un hôpital cantonal) ; GRODECKI, État des lieux, p. 388 s. D'autres arrêts se montrent plus sévères : TF, 6B_464/2023, 14.4.2024, c. 7.6 [f] (employé municipal) ; CJ GE, AARP/189/2020, 4.6.2020, c. 2.4.2 (service de l'université).

793 ATF 147 IV 199 c. 1.3 ; TF, 6B_666/2017, 11.12.2017, c. 1.1 et 1.4 [f].

794 Une procuration spéciale, donnée dans le cas concret, n'est nécessaire que pour les infractions contre des biens strictement personnels : cf. N 503 *infra*.

795 Cf. dans ce sens TF, 6B_551/2020, 24.2.2020, c. 2.3.1 et 2.5.1 [d] ; cpr. toutefois TF, 6B_561/2018, 8.8.2018, c. 1.4 [f] : des courriers généraux ratifiant une plainte après l'échéance du délai ne suffisent pas.

en soi dépourvues de la personnalité juridique puissent engager dans une procédure pénale les collectivités publiques dont elles relèvent.

b. Appréciation critique

À notre sens, le traitement de faveur réservé à l'État qui prétend à la qualité de lésé en procédure pénale ne se justifie pas. Certes, l'expression «*toute* personne» à l'art. 115 al. 1 CPP tend vers une acception large de la notion, qui ne serait pas limitée aux seules personnes physiques. Toutefois, cette formulation souligne aussi – et surtout – que le lésé doit exister en tant que «personne», et donc jouir des droits civils. Cette condition vaut pour les personnes de droit privé comme pour celles de droit public, la loi ne faisant aucune espèce de distinction à cet égard. 335

La personnalité morale de l'entité publique en cause peut et doit constituer un critère pertinent dans l'examen de sa qualité de lésé, de la même manière qu'elle constitue déjà un critère pertinent dans la situation inverse, lorsqu'une entité publique est *recherchée pénalement*. En effet, selon l'art. 102 al. 4 let. b CP, les personnes morales de droit public, à l'exclusion des corporations territoriales, sont considérées comme des entreprises au sens de l'art. 102 CP et peuvent donc être tenues responsables sur le plan pénal. Certes, le parallèle avec la qualité de lésé n'est pas totalement opérant, puisque les collectivités publiques – Confédération, cantons et communes[796] – sont exclues du champ d'application de la norme, ce qui exprime le principe de l'irresponsabilité pénale de l'État[797]. Hormis cette particularité, le législateur a instauré une véritable responsabilité pénale des (autres) entités de droit public, fondée sur leur personnalité morale[798]. La comparaison avec la notion de lésé, qu'on retrouve pour d'autres questions liées à la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP[799], doit 336

796 CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 12 (et N 11 pour les communes spéciales); MUSKENS, Statut, N 1656; cf. déjà MACALUSO, Responsabilité, N 657 ss.

797 MACALUSO, Responsabilité, N 250 (France) et 631; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 395. Ce principe, qui repose sur la souveraineté étatique, la séparation des pouvoirs et l'impossibilité pour l'État de se punir lui-même, est toutefois critiqué, notamment en France (où il ne s'applique cependant qu'à l'État central), car il conduit à des inégalités de traitement: CORIOLAND SOPHIE, Responsabilité pénale des personnes publiques: infractions non intentionnelles, in Encyclopédie numérique Dalloz, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, juillet 2022, N 60 ss; JOMINI SANDRINE, La responsabilité pénale des collectivités publiques et des fonctionnaires, RPS 120/2002 26 ss, p. 60.

798 Sont ainsi compris les établissements, corporations et fondations de droit public, mais non les administrations centrales ou les autorités administratives indépendantes: CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 12; MACALUSO, Responsabilité, N 642 ss, spéc. N 649; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 390 ss.

799 Cf. CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 87b, s'agissant du transfert de la qualité d'auteur en cas de restructuration d'entreprise, en référence à l'art. 121 CPP; MUSKENS, Statut, N 869 ss, qui en tire argument pour critiquer de manière générale le principe de non-punissabilité des personnes morales.

pouvoir se faire ici également, avec pour conséquence une réhabilitation du critère de la personnalité morale de l'entité publique, qu'elle soit lésée ou prévenue[800].

337 Dès lors, une entité publique, si elle décide d'agir en qualité de lésé devant une autorité pénale, doit, sous réserve d'une réglementation spéciale, s'assurer de disposer de la capacité d'être partie (ou d'être lésé), et donc de la personnalité morale. À défaut, elle doit justifier d'un pouvoir de représentation – procuration *ad hoc* ou base légale suffisamment précise[801] – octroyé par la collectivité qui, elle, dispose de cette capacité et de cette personnalité. Si elle échoue à apporter cette preuve, ses actes de procédure ne déploieront aucun effet[802]. Le fait que l'autorité ou le service administratif en cause dispose d'un pouvoir décisionnel en droit administratif ne saurait suppléer son absence de personnalité morale au regard de l'art. 115 al. 1 CPP[803].

338 Il est intéressant de noter que, s'agissant de la capacité de l'État et des autres personnes de droit public d'être partie civile à un procès pénal, une approche similaire prévaut en *France*, à tout le moins devant la Cour de cassation : en effet, cette juridiction exige que les collectivités agissent au travers de leurs organes désignés par la loi, refuse l'octroi de pouvoirs de représentation trop généraux et généreux (comme une délibération du conseil municipal chargeant le maire « d'intenter, au nom de la commune, des actions en justice ») et limite la régularisation *a posteriori* d'un acte vicié[804]. Ce formalisme est très ancien : en 1898, dans le cadre de l'affaire Dreyfus, la Cour de cassation avait annulé la condamnation d'Émile Zola pour diffamation publique envers le conseil de guerre pour son article « *J'accuse…* ! », au motif que la plainte émanait du ministre de la Guerre et non du conseil de guerre lui-même, de sorte qu'elle avait été déposée « sans qualité comme sans pouvoir »[805].

> En France, cette sévérité est quelque peu contrebalancée par la possibilité donnée au contribuable d'une collectivité territoriale d'exercer l'action civile au nom et à la place de celle-ci, pour autant qu'elle néglige ou refuse d'agir et que l'intéressé ait préalablement obtenu une autorisation de la part d'un tribunal administratif[806].

---

800 Pour l'art. 102 CP, cf. les développements approfondis de MUSKENS, Statut, N 2202 ss, qui critique l'attachement au concept d'entreprise, permettant d'inclure les quasi-personnes morales.

801 Dans ce sens : GRODECKI, État des lieux, p. 389 ; TF, 6B_464/2023, 14.4.2024, c. 7.6 [f].

802 L'examen se situera souvent sur le champ de la capacité d'ester en justice (art. 106 CPP), même si, techniquement, il touche à la capacité d'être partie, et donc à la jouissance des droits civils. Cf. PFLÜGER, N 114, pour le recours en matière de droit public (art. 89 LTF).

803 Cf. aussi CJ GE, AARP/189/2020, 4.6.2020, c. 2.4.2 ; MOOR, Personnes morales, p. 534.

804 BONFILS, Partie civile, N 61. À l'opposé, le Conseil d'État, la plus haute juridiction administrative française, se montre beaucoup plus permissif, puisqu'il se satisfait d'une délégation générale pour ester en justice au nom d'une commune et admet largement la possibilité d'une régularisation en cours d'instance (cf. DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, N 1362). On se retrouve ainsi dans la situation exactement inverse de celle qui prévaut en Suisse.

805 Crim., 2.4.1898, citée et analysée par MÉDARD ROGER, L'action civile exercée par l'Administration en cas d'infraction à la loi pénale, thèse Nancy 1926, p. 80 ss.

806 Cf. DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, N 1363 et les références.

En droit suisse, on réservera toutefois *l'art. 104 al. 2 CPP*, qui permet à la Confédération et aux cantons de reconnaître la qualité de partie à des autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics, même si elles sont, en soi, dépourvues de la personnalité morale[807]. Le législateur (fédéral ou cantonal) octroie dans ce cas la qualité de partie à une autorité spécialisée indépendamment de toute considération liée à sa personnalité, mais pour qu'elle agisse prétendumment «dans l'intérêt de la loi», à la manière du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral ouvert à certaines autorités administratives fédérales et cantonales (art. 89 al. 2 let. a et d LTF)[808]. Ces habilitations spéciales, bien que critiquables[809], ne valent toutefois que pour l'art. 104 al. 2 CPP. Elles ne permettent pas de reconnaître la qualité de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP à des autorités dépourvues de la personnalité morale, cette dernière disposition réglant exhaustivement la question. La situation est ici la même que celle des quasi-personnes morales et autres communautés de propriétaires d'étages en droit privé[810]. 339

Enfin, le critère de la personnalité morale et de la capacité d'être partie est seulement une condition nécessaire, mais pas suffisante, à la reconnaissance de la qualité de lésé de l'État et des autres acteurs publics, qui devront toujours remplir les autres conditions de l'art. 115 al. 1 CPP[811]. Nous y consacrerons des développements détaillés dans la troisième partie de ce travail, dans le chapitre consacré à l'atteinte personnelle au bien juridique[812]. 340

3. Le cas des États et «quasi-États» étrangers

La qualité de lésé en procédure pénale peut également être reconnue à des États étrangers ou à des personnes morales de droit public étranger[813]. Ce constat ressort incidemment de la très riche jurisprudence sur les restrictions du droit d'accéder au dossier imposées à l'*État étranger* qui s'est constitué partie plaignante, afin d'éviter tout risque de contournement des règles de l'entraide internationale en matière pénale[814]. Développée dès 2001 avec le célèbre arrêt *Abacha* qui concernait le Nigéria[815], cette jurisprudence a depuis lors été appliquée à de nombreux autres États, notamment à la 341

807 Cf. dans ce sens TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 1.3.2 [f] (Département cantonal); CR CPP-BENDANI, Art. 106 N 9; plus ambigu: PC CPP, Art. 106 N 5.

808 Comm. LTF-DONZALLAZ, Art. 89 N 73 et 90; PFLÜGER, N 460; cf. déjà MOOR, Qualité pour agir, p. 95 s., pour l'ancien recours prévu par l'art. 103 let. b aOJ.

809 Cf. N 1125 ss *infra*.

810 Cf. N 307 ss *supra*.

811 Cf. aussi TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.4 [f]: «Peu importe à cet égard qu'elle [la recourante] soit une corporation de droit public cantonal dotée de la personnalité morale et d'un patrimoine propre».

812 Cf. N 1009 ss *infra*.

813 Cf. en général ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 3c; JEANNERET/KUHN, N 7016b.

814 Sur cette problématique, qui relève de l'entraide sauvage, cf. LUDWICZAK GLASSEY, Accès au dossier, N 1 ss; cf. ég. LÉCHOT, p. 17 ss; LUDWICZAK GLASSEY, Croisée des chemins, p. 304 ss; MACALUSO/MONOD, N 22.

815 ATF 127 II 198.

Tunisie et à l'Égypte dans le contexte du Printemps arabe[816]. La restriction du droit de consulter le dossier (art. 101 et 108 CPP) pour l'État étranger suppose nécessairement que ce dernier ait été admis à la procédure en qualité de partie plaignante (art. 118 CPP), et donc que son statut de lésé au sens de l'art. 115 CPP ait été reconnu par les autorités pénales.

342 Si certains arrêts abordent effectivement la question[817], ils ne contiennent la plupart du temps aucun développement spécifique sur la capacité d'être lésé de l'État étranger, pas plus que sur sa personnalité morale ou sa jouissance des droits civils[818]. Il est toutefois établi que tout *État au sens du droit international public*, qui présente un territoire, une population et un gouvernement effectif et indépendant[819], dispose de ce fait de la capacité d'être partie et d'ester en justice devant les tribunaux suisses, cela même s'il n'est pas formellement reconnu par la Suisse[820]. À ces conditions, un État étranger jouit des droits civils et peut, en tant que « personne » (art. 115 al. 1 CPP), prétendre à la qualité de lésé en procédure pénale suisse[821].

343 Hormis les États, la capacité juridique des *sociétés de droit public étranger* ressortit, comme pour les sociétés de droit privé étranger, au droit selon lequel elles sont organisées (cf. art. 154 et 155 let. c LDIP)[822]. C'est ce droit qui déterminera si l'entité dispose de la personnalité juridique et quel organe peut intervenir pour elle dans la procédure pénale, étant précisé que la question de savoir si l'entité en cause est lésée par une infraction commise en Suisse ressortit toujours au droit suisse[823].

816 TPF 2012 48 (Tunisie) ; BB.2012.101, 22.1.2013 [f] (Tunisie) ; TPF 2012 155 (Égypte) ; TF, 1B_521/2017, 14.3.2018 (Guinée) ; TPF 2015 55 (Kenya) ; CJ GE, ACPR/174/2019, 6.3.2019 (Gabon, ce qui ressort de l'arrêt suivant : TPF, BG.2018.28, 2.4.2019 [f]).

817 Cf. TF, 1B_261/2017, 17.10.2017, c. 3 [f] (Guinée) ; TPF, SK.2017.77, 28.11.2022, c. 5 [f] (République tchèque) ; TPF 2015 55, c. 3 (Kenya) ; BB.2011.130, 20.3.2012, c. 2 [f] n.p. in TPF 2012 48 (Tunisie) ; cf. déjà sous l'aPPF TF, 6B_908/2009, 3.10.2010, c. 2.3 [f] n.p. in ATF 136 IV 188 (Brésil) ; TPF 2012 12, c. 2 (Brésil).

818 Cf. toutefois TPF 2012 12, confirmé par TF, 6B_834/2011, 11.1.2013 [f], sur le point de savoir si l'État fédéral du Brésil pouvait agir en son nom, mais pour le compte de l'un de ses États fédérés (Rio de Janeiro) dans le cadre d'une action civile adhésive (aPPF) et d'une requête en allocation au lésé (art. 73 CP), situation que le TF qualifie de *Prozessstandschaft*.

819 Sur la théorie des trois éléments en droit international public : ATF 130 II 217 c. 5.2 ; DFAE, Reconnaissance.

820 ATF 147 IV 361 c. 8.4 ; TF, 5A_329/2009, 9.9.2010, c. 2 [f ; 5 juges] ; cf. aussi ATF 130 II 217 c. 5.3, sur l'effet seulement déclaratif de la reconnaissance d'un État.

821 Cf. aussi MONFRINI/KLEIN, p. 131 (avant l'unification de la procédure pénale).

822 Le terme « société » de l'art. 150 LDIP comprend aussi les groupements de personnes ou de biens organisés selon le droit public étranger : ATF 138 III 232 c. 4.2.1 ; TF, 4C.157/2003, 2.11.2004, c. 2.1 [d] ; BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA, Art. 150 N 7 ; CR LDIP-GUILLAUME, Art. 150 N 5. Cf. aussi art. 13 LDIP. En procédure administrative, cf. ATF 145 I 121 c. 1.4 ; 124 II 293 c. 3c.

823 Cf. ATF 147 IV 361 c. 8, sur la faculté, pour une compagnie pétrolière appartenant à l'État vénézuélien, de désigner un conseil juridique (art. 127 CPP) dans la procédure pénale ; cf. déjà TF, 1B_554/2018, 7.6.2019, c. 2 [f], sur la constitution de partie plaignante (art. 118 CPP) de cette même compagnie.

Dans le prolongement de la jurisprudence *Abacha*, les tribunaux ont développé la figure du *«quasi-État»*, définie comme une entité qui, bien que distincte de l'État sur le plan juridique, est toutefois notoirement liée à l'appareil étatique[824]. Ces liens de subordination ou de dépendance peuvent être retenus lorsque l'État détient – directement ou indirectement – la majorité du capital-actions de la société, garantit ses dettes, nomme les membres de son conseil d'administration et y délègue des représentants qui occupent des hautes fonctions politiques[825]. On peut ici faire le rapprochement avec les sociétés anonymes de droit public, les entreprises publiques de droit privé, voire les sociétés d'économie mixte que connaît le droit suisse[826], ainsi qu'avec la notion d'entreprise publique au sens de l'art. 1 ch. 4 let. a de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption[827]. La jurisprudence admet que de tels liens avec l'État peuvent également exister s'agissant de *collectivités territoriales*, comme des villes ou des régions[828]. En revanche, une personne privée, physique ou morale, ne devrait pas pouvoir être assimilée à une personne quasi-étatique[829]. 344

La qualification d'une entité en quasi-État emporte des restrictions importantes de son droit de consulter le dossier de la procédure pénale, pour éviter tout risque de transmission prématurée à l'État dont elle dépend[830]. Pour notre propos, cette qualification doit surtout permettre de souligner que ces entités quasi-étatiques se sont, à chaque fois, vues reconnaître la qualité de lésé et de partie plaignante dans une procédure pénale domestique[831]. Même si la question n'est que rarement posée, ces entités doivent toutes nécessairement disposer de la personnalité juridique selon le droit régissant leur statut personnel[832]. 345

824 En premier lieu: TPF, BB.2012.107, 15.5.2013, c. 1.3 [f] confirmé in ATF 139 IV 294 c. 4.3 (banque russe).

825 Récemment: TPF, BB.2023.40, 6.7.2023, c. 2.1.3 [f] (société étatique brésilienne); BB.2022.132, 21.3.2023, c. 4.2 [f] (fonds souverain malaisien); TF, 1B_601/2021, 6.9.2022, c. 2.4 [f] (compagnie pétrolière vénézuélienne). Pour d'autres ex.: LUDWICZAK GLASSEY, Accès au dossier, N 5 ss; LÉCHOT, p. 23 ss.

826 Cf. N 319 ss *supra*, sur ces entités et leur capacité d'être partie.

827 RS 0.311.21. Cf. ATF 150 IV 86 c. 5.1, et la note de PERRIN in PJA 2024 753 ss, p. 757 s., qui propose de se fonder sur le droit des marchés publics et le droit de la concurrence.

828 TF, 1B_225/2020, 6.8.2020, c. 3.2 [f] (ville d'Almaty au Kazakhstan), qui n'emploie toutefois pas expressément le terme «quasi-État».

829 TPF, BB.2021.40, 16.3.2021, c. 1.4 [f]; cpr. LUDWICZAK GLASSEY, Accès au dossier, N 12 et 80 ss, qui estime la limite ténue et se demande même si la distinction se justifie vraiment.

830 Avec toutefois des aménagements du fait que l'entité ne peut pas fournir de garanties internationales comme le ferait un État: LUDWICZAK GLASSEY, Accès au dossier, N 23 s.; LUDWICZAK GLASSEY, Croisée des chemins, p. 310 ss.

831 Selon la pratique restrictive (et à notre sens erronée: cf. N 229 *supra*) du TPF, le prévenu peut dans ce cas – et dans ce cas seulement – recourir contre l'admission de l'entité en qualité de partie plaignante: TPF, BB.2021.221, 13.2.2023, c. 2.2 [f]. L'accès au dossier est en outre susceptible de lui causer un préjudice irréparable selon l'art. 93 al. 1 let. a LTF: TF, 1B_601/2021, 6.9.2022, c. 2.4 [f].

832 Cpr. TF, 1B_601/2021, 6.9.2022, c. 2.4 [f] qui le mentionne brièvement en passant.

346 À noter enfin que les *organisations internationales* disposent également de la personnalité juridique, que ce soit au plan international, en vertu d'une règle de droit international général et à condition de réunir certains critères, ou au plan interne, ce qui résulte de leurs actes constitutifs et, à l'égard de l'État hôte, de l'accord de siège passé avec ce dernier[833]. En conséquence, elles peuvent également être les sujets d'une atteinte au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. Tel a notamment été le cas de la Banque mondiale dans une affaire de corruption[834].

III. Origine de l'atteinte *(«… une infraction»)*

347 Comme élément constitutif suivant de la notion de lésé, l'art. 115 al. 1 CPP suppose que l'atteinte subie trouve son origine dans «une infraction», terme qui demande à être précisé, notamment quant au déterminant qui l'introduit, au degré de preuve de l'infraction selon le stade de la procédure considéré et, enfin, à une possible atteinte à la présomption d'innocence du prévenu.

A. Une infraction, l'infraction, les infractions?

348 L'art. 115 al. 1 CPP exige que le lésé ait été touché par «*une* infraction», ce qui laisse à première vue entendre que n'importe quelle infraction pénale pourrait entrer en considération. Or, comme cela ressort explicitement des versions allemande et italienne de la loi, le lésé doit en réalité avoir été touché par «*l'*infraction» (*«die Straftat»*; *«dal reato»*), ce par quoi il faut comprendre l'infraction visée par la procédure pénale dans laquelle le lésé est impliqué[835].

349 On rappellera ici que les autorités de poursuite pénale – qui appliquent le droit d'office[836] – sont tenues de qualifier juridiquement les faits qui sont portés à leur connaissance[837]; elles doivent ainsi déterminer s'ils sont constitutifs d'une infraction pénale et, le cas échant, laquelle (cf. art. 6 al. 1 et 308 al. 1 CPP). C'est à cette infraction que l'art. 115 al. 1 CPP fait référence, non pas à «une» infraction quelconque.

350 Toutefois, il arrive souvent que l'instruction (ou même déjà la plainte pénale) porte sur *différents complexes de faits*. Ces faits peuvent relever soit de la même infraction, mais commise à plusieurs reprises, soit d'infractions différentes, commises une seule fois. Dans un tel cas de figure, la qualité de lésé – et les droits qui y sont associés –

833 ATF 118 Ib 562 c. 1a (CERN); 136 III 379 c. 4.1 (BRI); pour des développements: MARRO PIERRE-YVES, Rechtsstellung internationaler Organisationen, Zurich 2021, p. 409 ss.

834 TPF, BB.2013.38, 29.7.2013, c. 1.5 [d], soulignant sa personnalité juridique et sa capacité d'ester en justice; pour d'autres ex.: CJ GE, ACPR/991/2019, 17.12.2019, let. A; ACPR/217/2019, 18.3.2019, let. A.

835 Cf. déjà ATF 125 IV 206 c. 2a: «[…] il s'agit du titulaire du bien juridique protégé par *la disposition légale à laquelle il a été contrevenu*» (nous mettons en évidence).

836 BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N 11.

837 C'est notamment le cas de la plainte pénale (art. 30 CP), qui ne peut porter que sur des faits, dont la qualification juridique incombe ensuite aux autorités de poursuite: ATF 131 IV 97 c. 3.1; 115 IV 1 c. 2a; cf. ég. ATF 147 IV 199 c. 1.3; JEANNERET, Conclusions, p. 185.

doit être examinée pour chaque complexe de faits, et donc pour chaque infraction entrant individuellement en ligne de compte[838]. Il s'ensuit qu'il est parfaitement possible que la qualité de lésé ne soit reconnue que partiellement. Cela vaut même si les faits, bien que distincts, sont connexes, parce qu'ils auraient été commis par un même prévenu ou au préjudice d'un même lésé[839].

Dans certains arrêts récents, le *Tribunal pénal fédéral* retient au contraire «qu'il n'est pas nécessaire d'analyser chacune des infractions reprochées et que la vraisemblance quant à la réalisation d'une seule suffit pour accorder, à ce stade de la procédure, le statut de partie plaignante»[840]. 351

Ce raisonnement ne saurait être suivi de manière aussi absolue. Il entre néanmoins en considération lorsque l'instruction porte sur *un seul complexe de faits*, mais pouvant être appréhendé par plusieurs infractions distinctes, qui entrent en concours idéal (parfait) l'une avec l'autre – par exemple une escroquerie (art. 146 CP) commise au moyen d'un faux dans les titres (art. 251 CP)[841] – ou dont l'une s'applique de façon subsidiaire à l'autre – par exemple une escroquerie (art. 146 CP) qui, faute d'astuce, pourrait être requalifiée en abus de confiance (art. 138 CP) ou en infraction à la LCD[842]. Ici, la reconnaissance de la qualité de lésé par rapport à l'une de ces infractions seulement est en principe suffisante et doit permettre à l'intéressé d'exercer tous les droits de partie (plaignante), faute de pouvoir dire clairement qu'une preuve devant être administrée ou qu'un élément du dossier devant être consulté ne concernerait que l'une ou l'autre des infractions examinées. Le Tribunal fédéral est allé dans ce sens dans une affaire où des courriers à la presse et à des élus pouvaient être qualifiés à la fois d'infractions contre l'honneur (art. 173 ss CP) et de menaces alarmant la population (art. 258 CP)[843]. 352

838 Cf. dans ce sens TF, 1B_374/2017, 13.11.2017, c. 1.2 [f]; 1B_438/2016, 14.3.2017, c. 2.2.2 et 2.4 [f] (défaut partiel de qualité de lésé); 6B_236/2014, 1.9.2014, c. 3.5 [d] n.p. in ATF 140 IV 155 (*«nur teilweise als Geschädigte»*; cf. GARBARSKI, GesKR 2014, p. 539); cf. aussi TF, 1B_344/2019, 16.1.2020, c. 2.2 [f]; CJ GE, ACPR/212/2022, 28.3.2022, c. 2.2; OBERHOLZER, Grundzüge, N 473.

839 TF, 1B_438/2016, 14.3.2017, 2.4 [f], pour des faits qualifiés de gestion déloyale (art. 158 CP), escroquerie (art. 146 CP) et faux dans les titres (art. 251) reprochés à un même employé de banque (laquelle se prétendait lésée); *contra*: TF, 1B_169/2021, 28.4.2022, c. 3.3 [d], in FP 2023 p. 97, qui se satisfait de la simple connexité des faits pour admettre la qualité de lésé (actionnaire) pour ces trois mêmes infractions. Pour une critique, cf. N 1171 ss *infra*.

840 TPF, BB.2022.132, 21.3.2023, c. 5.3.3 [f]; cf. aussi TPF, BB.2023.38-40, 6.7.2023, c. 3.3 [f], en référence à un arrêt (TPF, BB.2017.149, 7.3.2018, c. 4.3 let. b *in fine* [f]) et à des auteurs de doctrine (CR CPP[1]-JEANDIN/MATZ, Art. 119 N 9) qui ne disent pas cela.

841 ATF 129 IV 53 c. 3; CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 37 et 154.

842 Par ex. le fait de donner des indications inexactes ou fallacieuses sur sa marchandise ou ses prestations (art. 3 al. 1 let. b *cum* 23 LCD): cf. TF, 7B_135/2022, 9.1.2024, c. 3.4.2 [d]; cf. aussi CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 156 (LCD) et N 147 (art. 138 CP).

843 TF, 1B_344/2019, 16.1.2020, c. 2.2 [f], en matière d'accès au dossier (art. 101 CPP); cpr. TF, 1B_438/2016, 14.3.2017, c. 2.4 [f], qui envisage l'hypothèse en cas de concours idéal ou d'infractions subsidiaires, mais la nie en l'espèce, les faits étant différents.

353 Ce qui précède vaut pour l'art. 115 CPP et n'empêche pas que d'autres lois de procédure posent des *exigences plus élevées*. Ainsi, dans le cadre du recours en matière pénale au Tribunal fédéral, lorsque la partie plaignante (cf. art. 81 al. 2 let. b ch. 5 LTF) se plaint d'infractions séparées, elle doit mentionner, pour chacune d'entre elles, en quoi consiste son dommage, sous peine d'irrecevabilité[844]. Le Tribunal fédéral ne semble pas distinguer dans ce cadre selon que les infractions en cause procèdent ou non d'un même complexe de faits. Tout au plus accepte-t-il d'entrer en matière s'il peut déduire directement et sans ambiguïté de la nature de l'infraction alléguée quelles sont concrètement les prétentions civiles concernées, par exemple en cas d'infraction portant directement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle, dont la gravité apparaît telle qu'elle ouvrirait incontestablement le droit à des dommages-intérêts ou à une indemnité pour tort moral[845].

B. L'infraction comme hypothèse

1. Un lésé potentiel

354 Aussi longtemps que dure la procédure et que les faits ne sont pas définitivement arrêtés, la qualité de lésé ne peut être que provisoire: en effet, ce n'est qu'avec le jugement au fond[846] que la réalité des faits reprochés au prévenu, potentiellement constitutifs d'une infraction pénale, sera arrêtée. Dès ce moment-là, il sera possible de dire si «une infraction» (cf. art. 115 al. 1 CPP) a été commise et si les droits du lésé ont effectivement été touchés par celle-ci. Auparavant, durant l'instruction, la «vérité est en construction»[847], de sorte que l'atteinte subie par le lésé n'est encore qu'une simple hypothèse[848], et le lésé n'est lui-même qu'un lésé *potentiel*[849].

355 Ce lésé potentiel en procédure pénale ne doit toutefois pas être confondu avec le lésé (ou la victime) *virtuel* ou futur, qui n'a pas été touché par une infraction, mais qui risque ou craint de l'être à l'avenir[850]. Ses intérêts ne portent pas sur sa position dans une procédure pénale déterminée, ouverte pour des faits passés, mais sur sa protection par l'État par rapport à une infraction qui n'est pas encore survenue (et qui ne survien-

844 Cf. parmi beaucoup d'autres TF, 7B_182/2024, 26.3.2024, c. 2.1.2 [f]; 6B_996/2021, 31.5.2022, c. 1.1 [f]; cf. aussi Comm. LTF-DENYS, Art. 81 N 57.

845 ATF 141 IV 1 c. 1.1; 138 IV 186 c. 1.4.1; TF, 7B_182/2024, 26.3.2024, c. 2.1.2 [f].

846 On peut aussi imaginer le cas d'une ordonnance de confiscation indépendante avec allocation ou restitution au lésé (art. 378 CPP), ainsi que d'une ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 CPP) ou de classement (art. 319 CPP), lesquelles bénéficient toutefois d'une autorité de chose jugée limitée (art. 323 CPP; cf. ATF 144 IV 81 c. 2.3.5).

847 Cf. en *France* Cass., Recueil annuel 2024, p. 52, en référence à DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, N 1365.

848 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 20; NYDEGGER, p. 66; cf. déjà DROESE, Akteneinsicht, p. 11.

849 ATF 141 IV 1 c. 3.3.3: «potentiellement lésée»; 125 IV 79 c. 1c (LAVI): «victime potentielle»; en *Allemagne* ROXIN/SCHÜNEMANN, § 65 N 3: *«Verletzten-Prätendenten»*; *contra*: HILF, FS Donatsch, p. 394.

850 En *Allemagne* HASSEMER/REEMTSMA, p. 101; en *France* GIUDICELLI-DELAGE, p. 274 s.

dra peut-être jamais). La figure du lésé ou de la victime virtuelle est régulièrement convoquée dans les discours de politique criminelle, souvent à l'appui de propositions tendant à une plus grande répression pénale, qui font appel à un prétendu besoin de sécurité grandissant au sein de la population[851]. On la retrouve même évoquée par endroits dans le Code de procédure pénale, par exemple lorsqu'il s'agit d'ordonner la mise en détention provisoire d'une personne ayant menacé de commettre un crime grave (cf. art. 221 al. 2 CPP).

Le lésé en procédure pénale est donc, pour la majeure partie de celle-ci, un lésé seule- 356
ment potentiel, en ce sens qu'il n'acquerra définitivement cette qualité qu'avec le jugement se prononçant sur l'infraction reprochée au prévenu. Il n'est toutefois plus un lésé virtuel, dès lors qu'il se plaint précisément de ce qu'une infraction pénale a été commise à son encontre.

2. Un degré de preuve réduit à la (simple) vraisemblance

Conséquence de ce caractère potentiel, la preuve de la qualité de lésé ne peut pas dé- 357
pendre d'exigences trop élevées. En effet, selon la jurisprudence, tant que les faits déterminants ne sont pas définitivement arrêtés, il y a lieu de se fonder sur les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas[852]. Au tout début de la procédure, ces allégués (ou affirmations[853]), contenus par exemple dans une plainte pénale ou dans une première déposition à la police, seront d'ailleurs bien souvent les seuls éléments à disposition des autorités pénales[854]. À ce stade, la question n'est donc pas de savoir si les faits décrits par le «lésé» sont établis ou si les éléments constitutifs des infractions pénales sont réalisés – ce qu'il appartiendra à l'enquête d'éclaircir –, mais de déterminer si, à supposer que le comportement dénoncé soit confirmé et qu'il corresponde aux éléments constitutifs d'une infraction, ils lui confèreraient la qualité de lésé[855]. Le but est de lui permettre de défendre sa position et de participer à la suite de l'instruction[856]. Le Tribunal fédéral avait bien exprimé cette idée dans un arrêt (non publié) en 1988 déjà:

> *«Das Strafverfahren dient gerade erst der Abklärung der Frage, ob eine Straftat begangen wurde, und in diesem Verfahren hat, wie sich aus dem System der Strafprozessordung unzweifelhaft ergibt, derjenige Geschädigtenstellung und als Geschädigter ein*

[851] DOAK, p. 21 s.; HASSEMER/REEMTSMA, p. 101; GIUDICELLI-DELAGE, p. 275; cf. aussi GÖHLER, p. 100 ss, spéc. p. 103, sur le discours politique précédant l'adoption de la Directive 2012/29/UE *(«Anyone can fall victim to crime, at any time»)*.

[852] ATF 141 IV 1 c. 3.1; TF, 1B_317/2018, 12.12.2018, c. 2.4 [f]; 1B_62/2018, 21.6.2018, c. 2.1 [f]. Cf. déjà sous l'aPPF: ATF 123 IV 184 c. 1b; 120 IV 38 c. 2a. Voir aussi pour la victime LAVI: ATF 143 IV 154 c. 2.3.3; 129 IV 216 c. 1.2.1; 126 IV 147 c. 1; 125 II 265 c. 2c/aa.

[853] Le terme «allégués» renvoie en effet au droit de procédure civile, notamment au fardeau de l'allégation, qui ne s'applique pas en procédure pénale (ou pas aussi restrictivement pour l'action civile adhésive): cf. PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 201.

[854] NYDEGGER, p. 66; cf. déjà DROESE, Akteneinsicht, p. 11.

[855] CJ GE, ACPR/393/2021, 11.6.2021, c. 2.4; ACPR/258/2019, 1.4.2019, c. 3.2. Dans ce sens, cf. aussi ATF 143 IV 77 c. 2.4.1.

[856] Cf. TF, 6B_549/2013, 24.2.2014, c. 4.4 [f].

Rekursrecht, der durch die Tat geschädigt ist, die den Inhalt der Strafanzeige bildet, wobei bis zum Abschluss des Verfahrens offensteht, ob diese Handlung eine Straftat darstellt oder nicht »[857].

358 Toutefois, toujours selon la jurisprudence, celui qui se prétend lésé – et entend se constituer partie plaignante (art. 118 CPP) – doit *rendre vraisemblable* le « préjudice » et le « lien de causalité » entre celui-ci et l'infraction dénoncée[858]. Cette formule se retrouve presque à l'identique dans la jurisprudence de la Cour de cassation française sur l'action civile[859]. Elle a vraisemblablement été relayée dans les cantons romands qui s'inspiraient du modèle français, pour être finalement reprise dans le cadre du CPP unifié s'agissant du lésé. Si l'on remplace le terme de « préjudice » par celui, plus précis[860], d'« atteinte au bien juridique », on constate que l'intéressé doit rendre vraisemblable les deux caractéristiques de l'atteinte prévue à l'art. 115 al. 1 CPP, à savoir son caractère personnel et direct, qui feront l'objet de développements ci-après.

359 Ainsi, tant que dure l'instruction, en raison du caractère hypothétique de l'infraction, le degré de preuve requis quant à la qualité de lésé est réduit à la *simple vraisemblance*[861]. Il s'agit d'un degré de preuve moindre que celui requis du juge du fond, qui doit statuer à un niveau de vraisemblance confinant à la certitude, en raison du principe *in dubio pro reo* (art. 10 al. 3 CPP)[862], ou des instances d'indemnisation LAVI, qui doivent apporter la preuve de l'infraction et du statut de victime au sens de la LAVI au degré de la vraisemblance prépondérante[863].

Même si l'exercice peut paraître délicat en procédure pénale, on peut ici s'inspirer de la doctrine de procédure civile, qui explicite – à titre purement indicatif – ces divers degrés de preuve avec des probabilités[864] :

857 TF, arrêt n.p. du 8.1.1988 dans la cause L. B., c. 2b [d], cité in ATF 117 Ia 135 c. 2a.

858 ATF 141 IV 1 c. 3.1 ; TF, 1B_62/2018, 21.6.2018, c. 2.1 [f] ; 6B_913/2014, 24.12.2014, c. 2.3.4 [d] ; 6B_299/2013, 26.8.2013, c. 1.2 [d] ; cf. déjà ATF 129 IV 216 c. 1.2.1 (victime LAVI) ; cpr. TF, 6B_370/2016, 16.3.2017, c. 2.3.3 [d] ; 6B_617/2016, 2.12.2016, c. 1.1 [d] ; MACALUSO/GARBARSKI, Recevabilité, p. 198 ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13a ; NYDEGGER, p. 66 ; OEHEN, Strafkläger, p. 35.

859 « Pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale » (cf. récemment Crim., 15.2.2022, n° 21-80.670, n° 21-80.264 et n° 21-80.265, Bull. crim. 2022, n° 2, mais la formule est classique et existe depuis de nombreuses années : AMBROISE-CASTÉROT, N 110).

860 Cf. N 391 ss *infra*.

861 Cf. déjà AUBERT, p. 615, pour l'aCPP/GE.

862 ATF 144 IV 345 c. 2.2.3.3 ; NUSSBAUMER, Cohabitation, p. 73.

863 ATF 144 II 406 c. 3.1, en référence à la procédure civile et au domaine des assurances sociales. Cet arrêt souligne la différence avec la procédure pénale, ce qui se justifie à notre sens en raison de l'absence de prévenu dans la procédure d'indemnisation LAVI.

864 NUSSBAUMER, Cohabitation, p. 73 ; cf. aussi TF, 4A_424/2020, 19.1.2021, c. 4.1 [d] n.p. in ATF 147 III 73 ; cpr. CR CPP-VERNIORY, Art. 10 N 18, pour la vraisemblance confinant à la certitude en procédure pénale.

- 95% ou 90% pour la vraisemblance confinant à la certitude;
- 75% pour la vraisemblance prépondérante; et
- 51% pour la simple vraisemblance.

Toutefois, même s'il a été reconnu en début de procédure, le statut du lésé n'en reste pas moins *précaire*: il arrive en effet que, au gré de l'avancée de l'instruction, sa qualité soit réexaminée (d'office ou, le plus souvent, à l'initiative de la défense) et qu'elle soit finalement niée par le ministère public ou par l'autorité de recours[865]. Tel est notamment le cas lorsque de nouveaux moyens de preuve viennent ébranler les arguments initiaux du lésé[866] ou que les charges à raison desquelles sa position avait été reconnue sont par la suite abandonnées, en tout ou partie (classement partiel)[867]. En dernier lieu, la question de la qualité de lésé (et *a fortiori* de partie plaignante) sera tranchée par le tribunal du fond, après instruction complète de la cause par le ministère public et une fois le prévenu renvoyé en jugement; ce point pourra d'ailleurs faire l'objet d'une question préjudicielle à l'ouverture des débats (cf. la liste de l'art. 339 al. 2 CPP et le terme «notamment»)[868]. 360

À noter que, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a retenu que le juge du fond pouvait, après avoir déclaré le prévenu coupable des faits qui lui étaient reprochés, prononcer à son encontre une mesure de confiscation (art. 70 CP) en se basant sur un degré de preuve réduit à la vraisemblance prépondérante, notamment afin de prouver le lien de causalité entre l'infraction et les valeurs patrimoniales qui en sont le résultat[869]. Cet arrêt retient que la présomption d'innocence (*recte*: le principe *in dubio pro reo* qui en découle)[870] n'est pas *«unmittelbar anwendbar»* en matière de confiscation, mesure qui ne dépend pas de la punissabilité d'une personne particulière[871]. Le Tribunal fédéral a ensuite précisé que ce degré de preuve édulcoré en matière de confiscation devait également être pris en compte s'agissant de l'action civile adhésive des parties plaignantes[872]. 361

[865] MACALUSO/GARBARSKI, Recevabilité, p. 198; GARBARSKI, RPS 2012, p. 175; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 118 N 12b et Art. 115 N 20, citant TF, 1B_698/2012, 8.3.2013, c. 2.6 [i]. Plus récemment: TF, 1B_253/2019, 11.11.2019, c. 6 [f].

[866] Cf. par ex. TF, 1B_418/2022, 17.1.2023, c. 2.1 [f]; CJ GE, ACPR/393/2021, 11.6.2021, c. 2.3; ACPR/258/2019, 1.4.2019, c. 3.3.

[867] GARBARSKI, RPS 2012, p. 175; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 20.

[868] TF, 1B_431/2019, 6.1.2020, c. 2.2 *in fine* [f]; CJ GE, ACPR/261/2021, 21.4.2022, c. 2.1; cf. aussi ATF 138 IV 193 c. 4.4.

[869] TF, 7B_135/2022, 9.1.2024, c. 3.2, 3.4.2.2 et 3.4.2.3 [d; 5 juges]; cf. BURGENER FABIO, Concurrence déloyale: Les commissions d'un intermédiaire peuvent-elles être confisquées? Commentaire du Centre de droit bancaire et financier, 9.4.2024, ‹https://cdbf.ch/1336/›.

[870] Les exigences quant au *degré* de la preuve à apporter en matière pénale ne doivent en effet pas être rattachées à la présomption d'innocence, qui touche à la *charge* de la preuve: CR CPP-VERNIORY, Art. 10 N 17; KV/KV-SCHOLL, Art. 70 N 521 et 533.

[871] TF, 7B_135/2022, 9.1.2024, c. 3.2, 3.4.2.2 et 3.4.2.3 [d; 5 juges], en référence notamment à l'ATF 147 IV 479 c. 6.5.2.2.

[872] TF, 7B_135/2022, 9.1.2024, c. 3.4.2.2 [d; 5 juges].

362 À notre sens, si on peut éventuellement envisager des exigences moindres en cas de confiscation dans une procédure indépendante ou frappant une personne qui n'est pas elle-même accusée[873], tel ne devrait pas être le cas lorsque cette mesure est prononcée concomitamment à une condamnation pénale[874]. Certes, le cas soumis au Tribunal fédéral était particulier, en ce qu'il portait sur une infraction à la LCD (art. 3 al. 1 let. b *cum* 23 LCD), soit un délit de mise en danger, lequel n'exige pas d'atteinte effective, en particulier au patrimoine d'autrui, et que de multiples lésés étaient par ailleurs concernés[875]. Cette circonstance ne permettait toutefois pas d'abaisser le degré de la preuve par rapport à l'action civile adhésive, qui n'est ouverte qu'au lésé (sauf cas de l'art. 121 CPP). Au stade du jugement au fond, la preuve de cette qualité de lésé dépend directement de la réalisation de l'infraction[876], et doit dès lors être apportée au même degré que celle-ci, soit à la vraisemblance confinant à la certitude, conformément au principe *in dubio pro reo*.

C. Tension avec la présomption d'innocence

1. Un lésé présumé lésé et un prévenu présumé coupable ?

363 Dans la plupart des cas, l'expression «infraction» figurant à l'art. 115 al. 1 CPP doit s'entendre non pas d'une infraction réalisée, mais d'une infraction *hypothétique*, qui est celle devant (encore) faire l'objet de l'instruction. En ce sens, la teneur actuelle de la loi pourrait s'avérer problématique au regard du principe de la présomption d'innocence (art. 10 al. 1 CPP), puisqu'elle sous-entend que l'infraction reprochée au prévenu a été commise («… toute personne dont les droits ont été touchés par une infraction») avant même qu'un jugement condamnatoire ne soit entré en force[877]. En présumant que le lésé a été lésé par l'infraction, on présumerait par la même occasion que le prévenu a commis cette dernière.

364 Une partie de la doctrine rejette tout conflit avec ce principe, estimant que la reconnaissance de la qualité de lésé ne signifie pas encore que le prévenu est coupable des faits qui lui sont concrètement reprochés[878]. Par ailleurs, même en cas d'acquittement du prévenu, le lésé demeurerait lésé par les faits survenus, qui peuvent par ailleurs encore faire l'objet d'une autre procédure, menée contre un autre prévenu ; la qualité de prévenu n'est donc pas nécessairement le miroir de celle de lésé[879].

---

873 Ce qui était d'ailleurs le cas de l'ATF 147 IV 479, sur lequel le TF se base dans son arrêt. Sur ce point, cf. MACALUSO/GARBARSKI, Confiscation, p. 311.

874 Dans le même sens, cf. BSK StGB-BAUMANN, Art. 70/71 N 39 ; KV/KV-SCHOLL, Art. 70 N 540, de manière plus générale encore ; cf. aussi CourEDH, G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie (GC), n° 1828/06, 28.6.2018, § 314-318.

875 TF, 7B_135/2022, 9.1.2024, c. 3.4.2.1 [d ; 5 juges]. Sur la qualité de lésé par rapport aux infractions de mise en danger, cf. N 1259 ss *infra*.

876 Sauf cas de l'art. 126 al. 1 let. b CPP, lequel permet au tribunal de statuer sur les conclusions civiles du lésé lorsqu'il acquitte le prévenu et que l'état de fait est suffisamment établi.

877 BOMMER, Verletztenrechte, p. 258 ; HILF, FS Donatsch, p. 393 s. ; cf. aussi HOPPE, p. 149 s.

878 HILF, FS Donatsch, p. 393 s. ; cf. aussi en droit *anglo-saxon* DOAK, p. 24.

À l'opposé, une autre partie de la doctrine soutient que, dès lors que le procès pénal est dirigé contre un prévenu particulier, la reconnaissance de la qualité de lésé ne vaut que par rapport à ce prévenu-là: le lésé ne peut être que le lésé *du* prévenu[880]. Si la qualité de prévenu tombe, car ce dernier est acquitté ou que la procédure est classée, alors la qualité de lésé tombe aussi. On réservera toutefois les mesures de confiscation indépendantes, qui peuvent être prononcées en dehors de toute condamnation du prévenu, et dans le cadre desquelles la qualité de lésé peut aussi être reconnue[881]. On réservera aussi le cas du maintien de la qualité de lésé sur le plan civil malgré l'acquittement du prévenu (art. 126 al. 1 let. b CPP)[882]. Hormis ces situations particulières, il faut bien reconnaître que la qualité de lésé dépend, en procédure pénale, de la qualité de prévenu, de sorte que le potentiel de conflit avec la présomption d'innocence demeure entier. 365

2. Un lésé conjugué au conditionnel

Ce sont précisément des préoccupations liées à la présomption d'innocence qui ont poussé certains pays voisins à formuler autrement leur définition du lésé (ou de la victime). Il aurait par exemple été envisageable de prévoir, sur le modèle du droit autrichien[883] une définition du lésé à l'art. 115 al. 1 CPP conjuguée au *conditionnel*: 366

> «On entend par lésé toute personne dont les droits *auraient/pourraient avoir* été touchés directement par une infraction»

Si une telle formulation paraît effectivement plus respectueuse de la présomption d'innocence du prévenu[884], elle est toutefois critiquée en ce qu'elle entretiendrait une certaine forme de suspicion à l'égard du lésé (ou de la victime) et qu'elle augmenterait le risque de victimisation secondaire[885]. L'approche française, qui consiste à permettre à toute personne «qui se prétend lésée» par un crime ou par un délit de se constituer partie civile devant le juge d'instruction (art. 85 al. 1 CPP/F), n'évite pas cet écueil[886]. Il en va de même outre-Atlantique, où les lois de procédure pénale de certains États 367

879 WEISHAUPT, p. 22; en *Allemagne*, cf. AHLFELD, p. 33; WEIGEND, Angebliche Opfer, p. 245 s. et nbp 18.

880 BOMMER, Verletztenrechte, p. 259; cf. aussi GÖHLER, p. 124, au niveau *européen*.

881 Cf. art. 378 CPP, lequel permet au lésé de demander l'allocation (art. 73 CP) des valeurs patrimoniales confisquées dans une procédure de confiscation indépendante.

882 Sur cette situation, cf. N 777 ss *infra*.

883 Cf. § 65 ch. 1 let. c StPO/AT: *«Im Sinne dieses Gesetzes ist ‹Opfer› jede andere Person, die durch eine Straftat einen Schaden erlitten haben oder sonst in ihren strafrechtlich geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt worden* sein könnte» (nous mettons en évidence).

884 Cf. aussi GÖHLER, p. 127 et WEIGEND, Angebliche Opfer, p. 247, pour la définition de la victime à l'art. 2 al. 1 let. a ch. i Directive 2012/29/UE au niveau européen.

885 HILF, FS Donatsch, p. 394. A l'opposé, en *Allemagne*, une partie de la doctrine déduit de la présomption d'innocence du prévenu une «présomption de dénonciation calomnieuse» *(«Falschverdächtigungsvermutung»)* pour le lésé (cf. WEIGEND, Angebliche Opfer, p. 246 et la référence citée).

886 Cf. DREYER, EMMANUEL, Quels droits de l'homme au fondement du droit pénal? in Michel Puéchavy/Frédéric Krenc (éds), Liber amicorum Renée Koering-Joulin, Bruxelles 2014, 177 ss, p. 196, par rapport à la présomption d'innocence.

américains incluent expressément le terme *«alleged victim»* dans leur définition de la victime; on trouve même un précédent dans lequel un tribunal du Colorado a fait interdiction aux parties, notamment au ministère public, de désigner la femme qui accusait le prévenu de l'avoir violée comme la *«victim»*, les invitant à utiliser à la place l'expression *«alleged victim»*[887]. Ces divers qualificatifs du lésé («prétendu», «potentiel», «hypothétique», «allégué», «présumé», etc.) ne sont donc jamais parfaitement neutres[888].

368 Une autre solution aurait pu consister à préciser dans la loi que l'infraction en cause ne peut être retenue qu'après avoir été constatée dans un jugement définitif, à l'instar de ce que prévoyait le code zurichois de procédure pénale jusqu'en 2011[889] et de ce que prévoit le *Strafprozessordnung* allemand depuis 2021[890].

369 On ne peut ignorer la *portée symbolique* d'une définition générale du lésé plus compatible avec la présomption d'innocence du prévenu. Toutefois, c'est avant tout dans la mise en œuvre concrète de la notion que d'éventuels problèmes doivent être recherchés. Or, sur ce point, force est de constater que la pratique suisse parvient à trouver un équilibre entre les intérêts du lésé présumé lésé et ceux du prévenu présumé innocent: d'un côté, elle se fonde sur les allégués du lésé pour l'admettre en qualité de partie et lui permettre de participer pleinement à la procédure en se constituant partie plaignante, avec tous les droits qui y sont associés; d'un autre, elle exige malgré tout que l'intéressé rende vraisemblable les conditions qui fondent sa qualité de lésé, et n'hésite pas à réévaluer la situation à mesure de l'avancée de l'instruction, ce qui doit permettre d'exclure les personnes qui ne répondent manifestement pas (ou plus) à cette qualité et de prévenir les abus, ce qui est dans l'intérêt du prévenu.

370 En définitive, même si le texte de l'art. 115 al. 1 CPP part de l'idée que l'infraction (et non «une» infraction) a été commise, celle-ci ne peut être que l'infraction qui est reprochée au prévenu dans le cadre de la procédure pénale menée à son encontre. La réalité de cette infraction ne sera établie qu'au terme de cette procédure, dans un jugement entré en force[891]. Avant, le prévenu est présumé innocent (art. 10 al. 1 CPP) des

887 *People v. Bryant*, Case No. 03-CR-204, Dist. Ct. Eagle County, Colo. 2004, qui concernait le joueur de basketball Kobe Bryant, reproduit par BELOOF et al., p. 79 ss; cf. ég. CASSEL/MORRIS, p. 11 nbp 48.

888 Voir aussi en droit allemand AHLFELD, p. 36.

889 Cf. § 395 al. 1 ch. 2 StPO/ZH, qui n'évoquait même pas l'infraction *(Straftat)*, mais ouvrait la voie du recours aux *«Personen, welchen durch die der gerichtlichen Beurteilung unterstellten Handlungen unmittelbar ein Schaden zugefügt wurde oder zu erwachsen drohte (Geschädigte)»*. Cf. DROESE, Akteneinsicht, p. 10 s.

890 Cf. § 373b al. 1 StPO/D: «*Im Sinne dieses Gesetzes sind Verletzte diejenigen, die durch die Tat*, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, *in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben*» (nous mettons en évidence). Ce sont bien des considérations liées à la présomption d'innocence qui ont guidé le législateur allemand: *Bundestags-Drucksache* 19/27654, 17.3.2021, p. 100. Sur cette disposition, cf. aussi N 809 *infra*.

891 Ou dans une ordonnance pénale non frappée d'opposition (cf. art. 354 al. 3 CPP).

faits qu'il est soupçonné avoir commis. Cela vaut également à l'égard du lésé, dont la qualité de lésé ne sera véritablement reconnue qu'avec ce même jugement entré en force, mais qui doit être traité comme tel dans l'intervalle, à condition toutefois de rendre vraisemblable que les (autres) conditions de l'art. 115 al. 1 CPP sont réalisées.

IV. Objet de l'atteinte *(«… les droits…»)*

Élément suivant, l'art. 115 al. 1 CPP suppose que le lésé ait subi une atteinte dans ses «droits». Si les trois versions linguistiques diffèrent quelque peu sur ce point, nous allons voir que le terme «droits» doit en réalité s'entendre au sens de «biens juridiques». La notion de bien juridique occupe un rôle central dans la définition du lésé en procédure pénale, aussi fera-t-elle l'objet de développements approfondis dans le chapitre suivant. À ce stade, nous nous contenterons d'exposer pourquoi le terme «bien juridique» doit être préféré à celui de «droit», puis nous nous demanderons si cette lecture de l'art. 115 al. 1 CPP est encore couverte par le sens littéral possible de la loi. On examinera aussi si le pluriel utilisé («droit*s*») porte à conséquence. Enfin, nous verrons que le fait que l'objet de l'atteinte soit un bien juridique permet d'exclure toute référence à la notion de dommage au sens du droit privé. 371

A. Des «droits» ou des biens juridiques?

1. Nuances linguistiques

Lorsqu'on examine l'objet de l'atteinte, ce sur quoi elle porte, on constate que la loi vise les «droits» (*«Rechten»*; *«diritti»*) de la personne lésée. Sur ce point, les versions allemande et italienne s'avèrent d'ailleurs plus précises que la version française, puisque, comme il a été vu ci-dessus[892], elles associent le mot «droits» et le verbe «léser» (*«verletzen»*; *«ledere»*), alors que la version française parle de droits ayant été «touchés» par l'infraction. Or, on ne «touche» pas un droit, mais on le viole, on l'atteint, on l'attaque ou, justement, on le lèse. 372

L'Avant-projet de 2001, dans sa version française, retenait que «[l]e lésé est une personne dont les droits ont directement été *lésés* par l'infraction»[893]. Le caractère tautologique de cette définition avait été critiqué lors de la procédure de consultation, et il avait été suggéré de remplacer le terme «lésés» par «attaqués»[894]. C'est finalement le verbe «touchés» qui a été retenu par le Conseil fédéral dans son Projet, puis par les Chambres fédérales dans la loi. 373

Cette problématique ne se retrouve pas en ces termes dans les versions allemande et italienne de l'art. 115 al. 1 CPP, qui peuvent se permettre d'employer le verbe «léser» dans leur définition, car elles ne reprennent pas le même substantif pour nommer la 374

892 Cf. N 265 *supra*.

893 Cf. art. 124 al. 1 A-P CPP (nous mettons en évidence)

894 Synthèse consultation CPP 2003, ch. 7.3 p. 37, et la référence aux prises de position du Ministère public genevois, de la Société suisse de droit pénal, du Ministère public argovien et de l'Université de Genève; cf. aussi N 269 *supra* sur l'atteinte pensée comme une «attaque».

personne lésée: il est en effet question de *«geschädigte Person»* et de *«danneggiato»*, expressions qui renvoient à l'existence d'un dommage, lequel, on le verra, n'est toutefois pas pertinent dans la définition de lésé[895]. La doctrine alémanique suggère dès lors de parler de *«Verletzte»*[896], au risque toutefois d'une nouvelle tautologie avec le verbe *«verletzen»* présent dans la version allemande de l'art. 115 al. 1 CPP.

375 Un regard chez nos voisins permet de constater que l'*Allemagne* n'a pas le même problème, le StPO/D utilisant presque exclusivement le terme *«Verletzte»*, compris comme celui ayant été «atteint» *(«beeinträchtigt»)* dans ses biens juridiques ou ayant «éprouvé un dommage» *(«einen Schaden erlitten»)*[897]. En *France*, si on retrouve les expressions «victime», «partie lésée», «plaignant» ou «partie civile» dans le CPP/F, seule cette dernière y est vraiment définie; elle doit avoir «souffert du dommage» causé par l'infraction[898]. Enfin, l'*Italie* connaît elle aussi une notion de *«danneggiato»*, mais celle-ci désigne, conformément à son nom, la personne ayant subi un dommage du fait de l'infraction et pouvant se constituer partie civile, par opposition à la *«persona offesa»*, qui est à la fois le sujet passif de l'infraction et un participant à la procédure pénale[899].

2. Des droits synonymes de biens juridiques

376 Ces nuances linguistiques ne sont de toute façon pas déterminantes, puisque le terme «droits» doit être compris au sens de «biens juridiques». Nous analyserons en détail cette notion et son influence sur la conception du lésé en procédure pénale dans la troisième partie de cette thèse. À ce stade, il convient uniquement d'examiner en quoi les droits visés à l'art. 115 al. 1 CPP sont synonymes de biens juridiques. Cette conclusion s'appuie sur plusieurs éléments.

a. Élément historique

377 Le fait que l'atteinte aux «droits» du lésé doive se comprendre comme d'une atteinte aux «biens juridiques» de ce dernier ressort tout d'abord clairement des travaux préparatoires du CPP. Dans son rapport «De 29 à l'unité» de 1997, la Commission d'expert se référait déjà explicitement à la notion de «bien juridique» dans sa définition de

895 Cf. N 391 ss *infra*.

896 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 22; KLINGLER, N 57; cf. déjà PFENNINGER, Verletzte, p. 182.

897 Cf. la définition générale au § 373b StPO/D. On retrouve le terme *«Verletzte»* (ou le verbe *«verletzen»* qui s'y rapporte) dans le cadre de la *Klageerzwingungsverfahren* (§§ 172 ss StPO/D), de la *Privatklage* (§§ 374 ss StPO/D), de la *Nebenkläge* (§§ 395 ss StPO/D), de l'*Adhäsionsverfahren* (§§ 403 ss StPO/D) et dans la section intitulée *«Sonstige Befugnisse des Verletzten»* (§§ 406d ss StPO/D). Pour des développements, cf. AHLFELD, p. 28.

898 Cf. art. 2 al. 1 CPP/F. Sur la typologie au sein du CPP/F, cf. PIN, Victimes, p. 54 ss.

899 Cf. art. 74 ss CPP/I (action civile); art. 120 ss CP/I *(persona offesa)*; art. 90 ss CPP/I *(persona offesa)*. Pour des détails: OTTOLINI TERESA, La victime en Italie: histoire d'un difficile équilibre entre les intérêts privés et publics à la réponse au crime, in Geneviève Giudicelli-Delage/Christine Lazerges (éds), La victime sur la scène pénale en Europe, Paris 2008, p. 123 ss.

la partie lésée et de l'action civile ouverte à celle-ci[900]. Plus tard, le rapport explicatif à l'Avant-projet de 2001 précisait que la définition du lésé proposée[901], qui correspondait aux lois cantonales alors en vigueur et à la doctrine dominante, faisait référence à une «*atteinte directe aux intérêts juridiquement protégés* de la personne concernée», ce par quoi il fallait entendre à tout le moins les «biens juridiques individuels»[902].

Cette manière de voir a été reprise par le Conseil fédéral dans son Message de 2005, de façon on ne peut plus explicite: directement après avoir rappelé la teneur de la définition du lésé comme toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction, le Message ajoute que «[l]es droits touchés sont les biens juridiques individuels tels que la vie et l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc.»[903]. Cette définition n'a pas fait l'objet de discussions particulières en commission[904], ni devant les Chambres fédérales. 378

L'affirmation, contenue dans les travaux préparatoires du CPP, selon laquelle la définition proposée du lésé existait déjà dans les lois cantonales de l'époque[905] doit toutefois être relativisée: avant 2011, l'expression «touché [ou lésé] dans ses droits» était en effet inconnue de la plupart des codes cantonaux de procédure pénale, à l'exception notable du canton de Zoug, dont la définition du lésé correspondait presque mot pour mot à celle retenue à l'art. 115 CPP[906]. Il est intéressant de noter que, parmi les autres codes cantonaux, trois faisaient explicitement référence au bien juridique[907] et six utilisaient l'expression voisine d'intérêt juridiquement protégé[908] dans leur définition du lésé ou de la partie plaignante[909]. 379

[900] Rapport «De 29 à l'unité», ch. 5.241.2 p. 149 et ch. 5.243.1 p. 150. Cpr. toutefois ch. 5.251.2 p. 89, qui définissait le lésé ou la victime comme «[c]elui qui a été atteint immédiatement par une infraction dans ses *droits* protégés par la loi».

[901] Cf. art. 124 al. 1 A-P CPP, à la teneur très proche de l'art. 115 al. 1 CPP actuel: «Le lésé est une personne dont les droits ont directement été lésés par l'infraction.»

[902] Rapport explicatif A-P CPP, ch. 233.1 p. 90 (mise en évidence d'origine).

[903] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1148.

[904] La CAJ-CE a simplement repris les explications figurant dans le Rapport explicatif A-P CPP et le Message CPP: PV CAJ-CE, 29.5.2006, Objet 05.092, p. 43.

[905] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1148; cf. aussi Rapport explicatif A-P CPP, ch. 233.1 p. 90.

[906] Cf. § 11 al. 2 StPO/ZG: *«Geschädigter ist, wer in seinen Rechten durch die Straftat unmittelbar verletzt worden ist. Wer zur Stellung eines Strafantrages berechtigt ist, gilt in jedem Fall als Geschädigter»*. Paradoxalement, le StPO/ZG connaissait avant cette disposition, introduite en 2003, l'une des définitions du lésé les plus larges de tout le pays: cf. NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, p. 1058.

[907] Soit le Jura (art. 47 al. 1 CPP/JU), Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 54 al. 1 ch. 1 StPO/AR) et Uri (art. 45 al. 2 StPO/UR).

[908] Soit Fribourg (art. 31 al. 1 CPP/FR), Berne (art. 47 al. 1 CPP/BE; cf. aussi FALB, p. 345, pour une ancienne version qui parlait de «bien juridique»), Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 28 al. 1 StPO/AI), Lucerne (§ 35 al. 2 StPO/LU), Saint-Gall (art. 42 al. 1 StPO/SG) et Schaffhouse (art. 40 al. 1 StPO/SH). Zurich parlait pour sa part de «dommage» (§ 395 al. 1 ch. 2 StPO/ZH). Sur le lien entre bien juridique et intérêt, cf. N 475 *infra*.

[909] Parmi les autres cantons romands, Vaud définissait la partie civile comme celle ayant un «intérêt civil au procès» (art. 93 al. 1 CPP/VD), Genève la partie civile comme «le plaignant et toute personne lésée par une infraction» (art. 25 al. 1 CPP/GE), le Valais le lésé comme «celui qui se

b. Jurisprudence constante

380 Peu de temps après l'entrée en vigueur du CPP, le Tribunal fédéral a rapidement confirmé cette approche, dans son premier arrêt de principe rendu à propos de l'art. 115 al. 1 CPP : *« Insbesondere geht die Umschreibung der unmittelbaren Verletzung in eigenen Rechten vom Begriff des Rechtsgutes aus »*[910]. La très riche jurisprudence rendue depuis lors sur la qualité de lésé fait systématiquement appel à la notion de bien juridique[911]. La doctrine partage également cette conception[912].

381 Le lien établi par la jurisprudence entre les droits et les biens juridiques est toutefois beaucoup plus ancien. Son origine remonte probablement à l'un des premiers arrêts du Tribunal fédéral sur la notion de lésé, rendu en 1947. L'objet du litige était de savoir si le locataire d'une chose – en l'occurrence des bandes de films – pouvait porter plainte pénale pour dommages à la propriété (art. 144 CP). Interprétant l'art. 28 al. 1 aCP (art. 30 al. 1 CP), qui permet à « toute personne lésée » de porter plainte pénale, notre Haute Cour retenait ceci :

> « Par ‹ lésé ›, il faut entendre celui dont un bien juridique est directement atteint par l'infraction, non le tiers (proche, créancier) auquel elle ne cause qu'un dommage indirect […]. La détérioration des films a privé [le locataire] de leur usage. Or, en tant que preneur, il avait le droit d'en user (art. 253 ss CO). *Ce droit personnel, qui constitue un bien juridique, a été directement lésé par le délit*. Aussi son titulaire avait-il qualité pour porter plainte »[913].

382 Par ce raisonnement, resté isolé[914] et au demeurant inexact – le bien juridique protégé par l'art. 144 CP n'est pas un droit personnel, mais le pouvoir de disposition sur une chose, soit une relation de fait qui découle d'un rapport juridique[915] –, le Tribunal fédéral associait, semble-t-il pour la première fois, les droits et les biens juridiques du lésé.

prétend lésé par une infraction » (art. 48 ch. 1 CPP/VS) et Neuchâtel le plaignant comme « toute personne qui se déclare directement lésée par une infraction » (art. 49 al. 1 CPP/NE).

910 ATF 138 IV 258 c. 2.2 ; confirmé in ATF 141 IV 454 c. 2.3.1 ; 143 IV 77 c. 2.2.

911 Pour ne prendre que les arrêts publiés : ATF 139 IV 78 c. 3.3.3 ; 140 IV 155 c. 3.2 ; 140 IV 162 c. 4.5 ; 141 IV 1 c. 3.1 ; 141 IV 380 c. 2.3.1 ; 141 IV 454 c. 2.3.1 ; 143 IV 77 c. 2.2 ; 145 IV 433 c. 3.6 ; 145 IV 491 c. 2.3.1 ; 146 IV 76 c. 2.2.1 ; 147 IV 269 c. 3.1 ; 148 IV 170 c. 3.2 ; 148 IV 256 c. 3.1.

912 Cf. parmi beaucoup d'autres BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 21 ; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 1a ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 6.

913 ATF 74 IV 6 c. 2 (nous mettons en évidence).

914 Les arrêts ultérieurs distinguent entre le titulaire du bien juridique et le tiers touché dans sa sphère juridique par l'infraction (par ex. le locataire), qui n'est donc pas (ou plus) à proprement parler titulaire du bien juridique : ATF 117 IV 437 c. 1b ; 118 IV 209 c. 3b ; 121 IV 258 c. 2b ; en dernier lieu : ATF 144 IV 49 c. 1.2. Cf. ég. N 434 ss *supra* pour l'art. 115 al. 2 CPP.

915 CASSANI, Patrimoine, p. 103 s. et 132, qui qualifie cette décision d'opportune, mais au raisonnement « hardi » et contraire aux principes de l'art. 28 aCP ; cf. aussi BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 144 N 2 ; MONA, p. 168. Cf. aussi N 478 et 647 *infra*, sur les composantes du bien juridique « patrimoine ».

Par la suite, d'autres arrêts ont pu faire un rapprochement similaire, au sujet de problématiques différentes – qualité de lésé pour les infractions contre des biens juridiques collectifs[916], concours d'infractions[917], etc. –, sans toutefois que l'expression «droits» ne puisse être comprise autrement que comme un simple synonyme de «biens juridiques». 383

c. Limite du sens littéral possible

On peut tout de même s'étonner de l'assimilation, dans l'esprit du législateur, de la notion de «droit» à celle de «bien juridique», surtout quand on sait qu'historiquement, la seconde a été développée en Allemagne précisément pour s'opposer à la première[918]. 384

Sans doute faut-il y voir une volonté d'éviter des termes jugés trop techniques ou juridiques[919] pour s'en tenir à une définition générale, laissant pour le surplus «à la jurisprudence et à la doctrine le soin de définir, dans les détails, la qualité de lésé»[920]. L'usage du terme «droits» permet en tout cas au Tribunal fédéral de souligner que l'atteinte doit être de nature juridique, et que de simples désavantages matériels ne suffisent pas[921]. 385

Il n'en demeure pas moins que la formulation finalement adoptée, trop imprécise, est susceptible d'induire le lecteur en erreur quant à l'objet de l'atteinte, en suggérant que toute personne touchée dans un droit protégé par l'ordre juridique peut être lésée, alors que seule une atteinte à un bien juridique doit être prise en considération[922]. Il convient donc de retenir que, par personne dont les «droits» ont été touchés par une infraction, l'art. 115 al. 1 CPP désigne en réalité le titulaire des *biens juridiques* qui ont été touchés par cette infraction. Cette interprétation est confortée par les éléments historique (travaux préparatoires du CPP) et systématique (cohérence avec le droit de plainte de l'art. 30 al. 1 CP). Elle trouve aussi l'appui de la doctrine et de la jurisprudence. 386

916 ATF 117 Ia 135 c. 2 et 2a; 119 Ia 343 c. 2b; 129 IV 95 c. 3.1. La formule a été reprise sous l'égide du CPP: cf. N 948 ss *infra*.

917 Cf. récemment ATF 150 IV 273 c. 3.2, qui parle de «droit», voire de «droit subjectif» pour désigner les biens juridiques protégés par les art. 179^{septies} et 180 CP, soit le domaine secret et privé, respectivement le sentiment de sécurité et la paix intérieure comme facettes de la liberté.

918 SCHUCHMANN, p. 10 ss; PARIZOT, Gravité, p. 104 s., SWOBODA, p. 25 ss; ESER, p. 1010 ss, tous en référence aux travaux de FEUERBACH, BIRNBAUM et BINDING; voir aussi FIOLKA, Rechtsgut, p. 14 ss. Un courant doctrinal récent plaide pour un retour à une notion de bien juridique compris comme un droit: HIRSCH, p. 36, qui évoque même une *«Renaissance»*.

919 Cf. N 149 ss *supra*, sur l'élément d'interprétation littéral en droit de procédure pénale; cf. aussi N 669 *infra* s'agissant du rôle limité (car trop technique) du bien juridique au sein de l'élément d'interprétation historique.

920 Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1148. Cf. aussi BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 19; GARBARSKI, SJ 2013, p. 123; GARBARSKI, SJ 2017, p. 147.

921 Cf. TF, 6B_555/2017, 29.9.2017, c. 3.4 *in fine* [d]; cf. aussi NYDEGGER, p. 61 s.

922 Cf. aussi PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 99.

387 Reste à se demander si cette interprétation est encore couverte par le sens littéral possible de la loi qui, nous l'avons vu, constitue la limite admissible à l'interprétation de la notion de lésé en procédure pénale[923]. Sur un plan strictement littéral, le terme «droits», qui doit être compris ici dans un sens juridique[924], est une notion qui revêt une très faible densité normative et peut donc recouvrir un grand nombre de candidats positifs, allant des droits de propriété aux droits de la personnalité en droit privé, en passant par les droits fondamentaux en droit public.

388 À notre sens, cette notion de «droits» est suffisamment large pour inclure la notion voisine, et plus technique, de biens juridiques, telle qu'elle a été consacrée par le droit pénal. Outre que l'adjectif «juridique» dérive du latin *jus*, qui signifie «droit», il est admis qu'une personne peut aussi être titulaire de biens juridiques, comme elle peut être titulaire de droits subjectifs. Par ailleurs, nous allons voir dans la troisième partie de cette thèse que le concept de bien juridique, s'il fait encore l'objet de nombreuses controverses en droit pénal, a cependant été suffisamment théorisé et balisé par la pratique pour constituer un instrument de travail utile à l'appréhension de la notion de lésé en procédure pénale. C'est d'ailleurs l'un des principaux mérites de la doctrine et de la jurisprudence dans cette matière que d'avoir très tôt su reconnaître le lien existant entre le lésé et le bien juridique, le premier étant le titulaire du second. Une telle conception existait déjà sous l'ancien droit de procédure cantonale[925] ; elle a continué à prévaloir après l'entrée en vigueur du CPP, sans jamais être remise en question par la suite. Le bien juridique constitue donc à la fois le fondement et la limite de la qualité de lésé en procédure pénale[926]. Il fait directement écho à l'«infraction» visée à l'art. 115 al. 1 CPP et confirme que la notion de lésé se situe à cheval entre le droit de procédure pénale et le droit pénal matériel[927]. Les «droits» dont il est question à l'art. 115 al. 1 CPP doivent donc être compris comme les biens juridiques.

B. Un ou plusieurs biens juridiques ?

389 Une autre précision terminologique s'impose ici : bien qu'il soit question du lésé comme de celui dont *les droits* (*recte* : les biens juridiques) ont été touchés par l'infraction, un seul de ces droits (*recte* : de ces biens juridiques) suffit. Nous verrons que ces biens juridiques doivent être protégés par l'infraction en cause, et donc entrer dans son périmètre de protection[928]. Il existe de nombreuses infractions qui ne visent à protéger

923 Cf. N 207 ss *supra*.

924 Il n'est pas question ici de retenir les autres sens (courants) du mot «droit», qui renvoient à des concepts moraux ou philosophiques, ou encore à la science juridique en général. Cf. les nombreuses définitions données par le Petit Robert, le CNRTL, ou encore le dictionnaire de l'Académie française.

925 Cf. par ex. ATF 120 Ia 220 c. 3b (règle partagée dans plusieurs cantons) ; 119 Ia 342 c. 2 (doctrine dominante) ; 117 Ia 135 c. 2a (conception générale en droit de procédure pénale).

926 On peut déjà préciser qu'il se détermine par l'interprétation de l'infraction et qu'il doit lui aussi être couvert par le sens littéral possible de la loi, de manière à limiter toute interprétation trop extensive. Cf. N 594 ss *infra*.

927 Cf. déjà N 208 ss *supra*.

qu'un seul et unique bien juridique. À l'inverse, d'autres infractions protègent plusieurs biens juridiques distincts[929]. Pour qu'une personne soit considérée comme lésée, il est nécessaire qu'elle soit titulaire *d'un seul* de ces biens juridiques. C'est ce qu'exprime très clairement le Tribunal fédéral dans ses arrêts sur la qualité de lésé, en français comme en allemand:

> «Selon la jurisprudence, est atteint directement dans ses droits le titulaire du bien juridique protégé par la norme, *même si ce bien n'est pas unique*»[930].
>
> «*Unmittelbar verletzt und damit in eigenen Rechten betroffen ist, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten* oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts ist»[931].

390 Un même comportement peut certes porter simultanément atteinte aux biens juridiques de plusieurs personnes, qu'il s'agisse d'ailleurs du même bien juridique, touché plusieurs fois – soit un cas de concours idéal homogène[932] –, ou de biens juridiques différents, touchés une seule fois chacun. Cela aura pour conséquence de démultiplier le nombre de lésés potentiels[933], voire d'aggraver la peine de l'auteur (cf. art. 49 al. 1 CP pour le concours), mais pas de changer le principe selon lequel le lésé se définit comme le titulaire du bien juridique (co-)protégé par l'infraction et ayant été directement atteint par celle-ci. Aussi est-il nécessaire, lorsque plusieurs infractions distinctes entrent en ligne de compte, d'examiner le ou les biens juridiques protégés par chacune d'entre elles séparément[934].

Exemples:

Même bien juridique touché plusieurs fois – Des skieurs hors-piste déclenchent une avalanche qui descend jusqu'à une piste balisée située en contrebas, emportant six autres skieurs, qui ont pu être dégagés et n'ont souffert que de légères contusions[935]. Dans la section «commentaires» du site d'un quotidien régional, un paysan s'en prend violemment aux 49 membres du Conseil national ayant voté pour l'interdiction d'un certain

928 Cf. N 800 ss *infra*.

929 Que nous appellerons biens juridiques mixtes: cf. N 556 ss *infra*.

930 ATF 146 IV 76 c. 2.2.1; TF, 6B_615/2015, 29.10.2015, c. 1.1 [f] n.p. in ATF 141 IV 444; cf. ég. les nombreux arrêts non publiés, par ex: TF, 6B_488/2021, 22.12.2021, c. 2.1 [f] (nous mettons à chaque fois en évidence). Le TF utilise aussi un autre considérant-type en français, dans lequel cette phrase ne se retrouve pas: cf. ATF 147 IV 269 c. 3.1.

931 ATF 145 IV 491 c. 2.3; 143 IV 77 c. 2.2; 141 IV 454 c. 2.3.1; 141 IV 380 c. 2.3.1; 140 IV 155 c. 2.3; 138 IV 258 c. 2.2; TF, 6B_1308/2021, 17.3.2022, c. 2.1.1 [d] (nous mettons à chaque fois en évidence).

932 Cf. ATF 124 IV 145 c. 3b, qui précise que l'individualité de chaque bien juridique doit ressortir de la loi, ce qui est le cas pour les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, mais non du vol. Pour une analyse plus fine, en fonction du caractère strictement personnel du bien juridique protégé: BSK StGB-ACKERMANN, Art. 49 N 77 s.

933 Voir à ce sujet ATF 143 IV 77 c. 4.6. Cf. ég. N 1250 *infra*.

934 TF, 6B_761/2016, 16.5.2017, c. 3.3 *in fine* [d]; SCHAFFNER, FP 2023, p. 99; DEMARMELS, p. 43.

935 Cf. TF, 6B_402/2016 et 6B_403/2016, 28.11.2017 [f].

fongicide[936]. Le coffre-fort d'un hôtel, contenant les valeurs de trois clients, est forcé et pillé[937]. Touchés dans un de leurs biens juridiques (vie ou intégrité corporelle, honneur, patrimoine), les skieurs, les conseillers nationaux et les clients de l'hôtel auront tous la qualité de lésé par rapport aux infractions respectives, soit entrave à la circulation publique (art. 237 CP), diffamation (art. 173 CP) et vol (art. 139 CP).

Plusieurs biens juridiques distincts touchés une fois – Un braqueur menace avec une arme les clients d'une banque pour contraindre l'employé au guichet de lui remettre de l'argent. Un individu enlève un riche héritier et demande une rançon à ses parents. Les infractions commises dans ce cadre – soit, selon les circonstances, prise d'otage (art. 185 ch. 1 CP), enlèvement aggravé (art. 184 al. 1 CP), brigandage (art. 140 ch. 1 ou 2 CP) ou extorsion (art. 156 ch. 1 CP), cas échéant en concours – portent atteinte tant à la liberté d'une personne (l'employé, l'otage) qu'au patrimoine d'une autre (la banque, les parents), qui seront toutes lésées.

C. Conséquence : absence de pertinence du dommage civil

391 Dès lors que l'atteinte dont il est question à l'art. 115 al. 1 CPP a trait au bien juridique, l'existence d'un dommage ou d'un préjudice au sens civil du terme (cf. art. 41 ss CO) n'est pas nécessaire dans la qualification de lésé. Les expressions *« geschädigte Person »* en allemand et *« danneggiato »* en italien, qui ont toutes deux pour racine le mot dommage (*Schaden* ; *danno*) et peuvent se traduire par « personne ayant subi un dommage », s'avèrent sur ce point imprécises, voire trompeuses.

392 Le Tribunal fédéral a rapidement écarté la pertinence d'un dommage au sens civil dans la définition du lésé : « Un dommage n'est pas nécessaire pour être lésé au sens de l'art. 115 CPP. L'atteinte directe selon cette disposition se rapporte à la violation du droit pénal et non à un dommage »[938]. La doctrine majoritaire partage elle aussi cette position[939], même si on trouve quelques définitions du lésé qui se fondent sur l'art. 41 CO ou un dommage civil[940].

En ce sens, les références aux termes « dommage », « préjudice », *« Schaden », « Schädigung »* ou encore *« danno »*, qu'on retrouve encore régulièrement en doctrine ou en jurisprudence[941], sont regrettables, car elles renvoient au droit de la responsabilité civile et sont en soi dénuées de pertinence pour décrire la qualité de lésé de l'art. 115 CPP.

936 Cpr. avec ATF 80 IV 159 c. 4 ; cf. aussi CJ GE, ACPR/864/2020, 30.11.2020 (membres avocats de la Commission du barreau genevois).

937 Cf. ATF 124 IV 145 c. 3b.

938 ATF 139 IV 78 c. 3.3.3. En allemand, cf. ATF 145 IV 491 c. 2.4.2, plus explicite encore : *« irrelevant ist daher das Vorliegen eines Schadens im privatrechtlichen Sinne »* ; cf. ég. TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.4.3 [d].

939 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 22 ; Perrier Depeursinge/Garbarski/Muskens, p. 189 ; ZK StPO-Lieber, Art. 115 N 2b ; Weilenmann, N 269, 275 ; CR CPP-Perrier Depeursinge, Art. 115 N 8 ; Nydegger, p. 59.

940 Cf. Echle, Adhäsionsklage, p. 17 ; Schmid/Jositsch, Handbuch, N 683.

941 ATF 147 IV 269 c. 3.1 et 3.3 (préjudice) ; 141 IV 1 c. 3.1 (préjudice) ; TF, 1B_191/2014, 14.8.2014, c. 3.1 [f] (préjudice et dommage) ; 6B_913/2014, 24.12.2014, c. 2.3.4 [d] *(Schaden)* ; ATF 143 IV 154 c. 2.3.3 *(Schädigung)* ; 6B_255/2022, 22.3.2022, c. 2.2 [i] *(danno)*. Cri-

> Ces expressions sont probablement des scories de la définition de la partie civile sous l'ancien droit de procédure pénale cantonal, qui dépendait de l'existence de prétentions en dommages-intérêts[942].

393 La non-pertinence d'un dommage résulte également, sur le plan *systématique*, des dispositions sur la partie plaignante (art. 118 ss CPP), qui n'exigent pas la prise systématique de conclusions civiles, mais permettent au lésé de se constituer partie plaignante sur le plan pénal uniquement (cf. art. 119 al. 2 CPP et l'adverbe «alternativement»)[943]. Plus fondamentalement, le CPP est construit de manière à donner d'abord une définition générale du lésé, dans une optique résolument pénaliste (art. 115 CPP), dont va ensuite dépendre la possibilité de se constituer partie plaignante (art. 118 CPP) et celle de faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction (art. 122 al. 1 CPP)[944]. Il en résulte que la faculté d'exercer une action civile adhésive n'est pas ouverte à toutes les personnes ayant subi un dommage du fait de l'infraction, mais seulement à celles qui sont considérées comme lésées selon l'art. 115 CPP, ce qui justifie une interprétation pénaliste de la notion de «droits», en tant que synonyme de biens juridiques. Cette conception différente du lésé en procédure pénale par rapport au lésé civil s'explique aussi par les *finalités* différentes du droit pénal (répressive et préventive) et du droit de la responsabilité civile (réparatrice)[945]. Il peut certes arriver que lésé pénal soit aussi un lésé civil ayant subi un dommage dont il souhaite obtenir la réparation. Toutefois, il existe aussi des lésés civils qui ne seront pas considérés comme des lésés pénaux, faute de remplir les conditions de l'art. 115 al. 1 CPP (titularité du bien juridique protégé par l'infraction et atteinte directe à celui-ci)[946].

394 Selon la doctrine et la jurisprudence, comme le terme «droits» figurant à l'art. 115 al. 1 CPP ne peut pas être compris dans le sens d'un dommage, le terme «directement» (toujours à l'art. 115 al. 1 CPP) ne peut pas non plus être compris dans le sens d'un *dommage direct* en droit de la responsabilité civile[947]. Dans cette matière, la notion de dommage direct désigne le dommage qui découle directement de l'évènement dommageable, par opposition au dommage indirect, ou subséquent *(Folgeschaden)*, qui est causé par le concours de causes supplémentaires, de telle sorte qu'il n'apparaît plus que comme une conséquence éloignée de l'atteinte initiale[948]. Il est vrai que cette distinction, qui cherche en droit privé à poser une limite raisonnable à l'étendue du

tique ég.: NYDEGGER, p. 66 nbp 52, qui se satisfait toutefois des termes «préjudice» et *«Schädigung»*.

942 Dans le même sens: GARBARSKI, RPS 2012, p. 179 npb 128.

943 ATF 139 IV 78 c. 3.3.3 (qualité pour recourir [art. 382 al. 1 CPP]); TF, 1B_261/2017, 17.10.2017, c. 3 [f]; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 2b; NYDEGGER, p. 59.

944 Sur la conception pénaliste du lésé dans le CPP, cf. N 721 ss *infra*.

945 Pour une comparaison, cf. ETIER/STRÄULI, p. 14 ss.

946 MACALUSO, Action civile, p. 178.

947 ATF 138 IV 258 c. 3.1.1; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 42; WEILENMANN, N 274.

948 CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 13; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 7; GARBARSKI/MUSKENS, p. 125.

dommage réparable – et encore: pour certains chefs de responsabilité seulement[949] –, est dénuée de pertinence pour la définition du lésé en procédure pénale, fondée sur la seule atteinte à un bien juridique protégé par le droit pénal[950]. Nous verrons toutefois que la réflexion sous-jacente, fondée sur l'intensité du lien de causalité entre l'acte et ses conséquences sur autrui, doit à notre sens être transposée dans l'examen de l'atteinte directe au bien juridique au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[951].

395 Notons enfin que l'existence d'un préjudice civil – qu'il s'agisse du reste de dommage ou de tort moral – conserve toute son importance pour d'autres questions de procédure pénale: l'action civile adhésive (art. 122 ss CPP) ou encore la qualité pour recourir en matière pénale au Tribunal fédéral (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF).

V. Caractéristiques de l'atteinte *(«… dont… directement…»)*

A. Deux conditions cumulatives: atteinte personnelle et directe

396 Nous avons vu que la définition du lésé contenue à l'art. 115 al. 1 CPP était basée sur l'existence d'une atteinte causée à un bien juridique en raison d'une infraction. La loi exige toutefois une atteinte *caractérisée*, en ce sens que le lésé doit avoir subi, du fait de l'infraction, une atteinte dans ses biens juridiques propres («*dont* les droits ont été touchés…») et ce, de façon directe («… *directement* par une infraction»). Le lésé est donc celui qui est *personnellement* et *directement* touché par l'infraction. Les textes allemand et italien de la loi vont également dans le sens d'une atteinte qui est à la fois personnelle («*in* ihren *Rechten*»; «*i* cui *diritti*») et directe («*unmittelbar*»; «*direttamente*»).

397 Ces caractéristiques de l'atteinte sont essentielles dans la définition du lésé en procédure pénale. Nous proposons de les distinguer et d'en faire les deux conditions – cumulatives – de l'atteinte au bien juridique:

- en exigeant une atteinte *personnelle* (ou propre), l'art. 115 al. 1 CPP limite d'abord la qualité de lésé au titulaire d'un bien juridique protégé par l'infraction, qui doit en principe être un bien juridique individuel, de manière à exclure les infractions protégeant exclusivement des biens juridiques collectifs;
- en exigeant une atteinte *directe* (ou immédiate), l'art. 115 al. 1 CPP souligne ensuite que ledit bien juridique doit avoir été immédiatement atteint (ou mis en danger) par le comportement reproché à l'auteur, ce qui permet d'exclure les tiers qui n'ont pas (suffisamment) été touchés par l'infraction, ou alors par ricochet ou

949 Ainsi à l'art. 208 al. 2 CO pour la vente mobilière (cf. ATF 133 III 257 [perroquets]), mais pas pour la responsabilité délictuelle (art. 41 CO): CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 13; GARBARSKI/MUSKENS, p. 125; TF, 5C.125/2003, 31.10.2003, c. 3.3 et 4.3 [f; 5 juges].

950 ATF 138 IV 258 c. 3.1.1; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 42, qui évoquent la possibilité du lésé (au sens de l'art. 115 CPP) de faire valoir un dommage direct *et* indirect dans le cadre de l'action civile adhésive (art. 122 ss CPP); WEILENMANN, N 274.

951 Cf. N 1144 ss *infra*.

contrecoup seulement. On parle ici d'une atteinte se trouvant en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie.

Nous examinerons en détails ces deux caractéristiques dans la troisième partie de cette thèse, chacune dans un chapitre spécifique. À ce stade, on peut déjà relever que la *terminologie* en la matière est loin d'être uniforme: doctrine et jurisprudence ne distinguent en effet pas toujours clairement le caractère personnel et direct de l'atteinte et ont même parfois tendance à les confondre. Quelques précisions s'imposent. 398

1. Confusion en pratique

Dans certains des premiers arrêts rendus sur la notion de lésé de l'art. 115 CPP, le Tribunal fédéral distinguait très clairement entre le caractère personnel de l'atteinte subie par le lésé, d'une part, et son caractère direct, d'autre part: 399

> «Pour être *personnellement* lésé au sens de l'art. 115 CPP, l'intéressé doit être titulaire du bien juridiquement protégé touché par l'infraction […].
>
> Pour être *directement* touché, il doit en outre subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet […]»[952].

Cette distinction s'est progressivement estompée[953], au point que le premier passage, sur le caractère *personnel* de l'atteinte, ne se retrouve plus dans la jurisprudence récente de notre Haute Cour, qui associe désormais la question de la titularité du bien juridique protégé par l'infraction au caractère *direct* de l'atteinte, au travers des formules suivantes: 400

> «En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte»[954].
>
> *«Unmittelbar verletzt und damit in eigenen Rechten betroffen ist, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts ist»*[955].

[952] TF, 1B_294/2013, 24.9.2013, c. 2.1 [f] (les mises en évidence sont d'origine); TF, 1B_191/2014, 14.8.2014, c. 3.1 [f]; 1B_104/2013, 13.5.2013, c. 2.2 [f]; 1B_678/2011, 30.1.2012, c. 2.1 [f]. Tous font référence à CR CPP[1]-PERRIER, Art. 115 N 8, pour le caractère personnel de l'atteinte (cpr. avec la 2[e] édition, dont la formulation est légèrement différente: CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 8).

[953] Cf. par ex. ATF 146 IV 76 c. 2.3, qui utilise successivement (et indistinctement) les termes «directement lésé» et «personnellement lésé». Cf. toutefois TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.4.2 [f]: «atteinte personnelle et directe».

[954] ATF 148 IV 256 c. 3.1; 141 IV 1 c. 3.1; TF, 7B_60/2022, 21.1.2025, c. 3.2.1 [f; 5 juges]; 6B_794/2021, 21.3.2022, c. 1.1 [f]. Cf. aussi le Regeste français de l'ATF 138 IV 258, plus explicite encore: «Est considéré comme personne lésée le détenteur d'un bien juridique que la disposition pénale en question *protège directement* d'une atteinte ou d'une mise en danger» (nous mettons en évidence). À noter toutefois que le mot «directement» *(«unmittelbar»)* ne se retrouve pas dans la phrase correspondante dans le corps de l'arrêt (c. 2.3). Cette formule a encore été reprise dans quelques arrêts subséquents en français (TF, 6B_1207/2013, 14.5.2014, c. 3.1.2 [f]; 6B_675/2013, 9.1.2014, c. 5.2 [f]), avant d'être abandonnée.

[955] ATF 145 IV 491 c. 2.3. Cf. ég. ATF 148 IV 170 c. 3.2; 141 IV 454 c. 2.3.1; 138 IV 258 c. 2.2, pour des formules presque identiques.

«Di principio, soltanto il titolare del bene giuridico che la norma penale in questione protegge direttamente da una lesione o da una minaccia può prevalersi di una simile violazione diretta»[956].

401 Pourtant, le second passage, sur le rapport de *causalité directe*, est encore régulièrement cité dans les considérants-types du Tribunal fédéral sur le lésé, à tout le moins dans ses arrêts en français et en italien[957]. Par ailleurs, la jurisprudence raisonne souvent à l'aide du caractère direct de l'atteinte pour exclure du cercle des lésés les personnes qui, bien que formellement titulaires du bien juridique protégé par l'infraction, n'ont toutefois pas été directement touchées par le comportement reproché à l'auteur[958].

402 Il en résulte une importante incertitude sur la signification de l'adverbe «directement» à l'art. 115 al. 1 CPP: fait-il référence à la titularité d'un bien juridique *directement* protégé par l'infraction ou au lien de causalité *directe* devant exister entre l'atteinte au bien juridique et l'infraction? En d'autres termes, le lésé est-il titulaire du bien juridique directement *protégé* ou du bien juridique directement *touché* par l'infraction en cause, voire des deux? Symptomatiques à cet égard, certains arrêts reprennent le terme «direct» pour désigner, à tour de rôle, chacune de ces deux caractéristiques[959].

403 Cette incertitude n'est pas levée par la *doctrine*. Pour une partie importante de celle-ci (surtout alémanique), la question de la titularité du bien juridique protégé par l'infraction doit s'examiner en lien avec le caractère direct *(unmittelbar)* de l'atteinte, et non avec son caractère personnel, lequel n'est pas érigé en condition à part entière de la notion de lésé[960]. Pour ces auteurs, il n'y a pas d'exigence supplémentaire liée à un éventuel rapport de causalité directe entre l'atteinte et l'infraction[961]. Le Message du

[956] TF, 6B_79/2022, 3.2.2022, c. 4.4 [i]; 6B_306/2019, 22.5.2019, c. 3.1 [i], tous deux en référence à ATF 141 IV 1, qui ne contient pourtant pas cette phrase.

[957] Pour les arrêts en *français*: ATF 147 IV 269 c. 3.1 et de très nombreux arrêts non publiés, dont TF, 7B_60/2022, 21.1.2025, c. 3.2.1 [f; 5 juges]; 7B_134/2024, 11.10.2024, c. 3.2.2 [f]; 1B_537/2021, 13.1.2022, c. 2.1 [f]; cf. ég. ATF 141 IV 1 c. 3.1. Pour la même formule dans les arrêts en *italien*: TF, 6B_255/2022, 22.3.2022, c. 2.2 [i]; 1B_108/2021, 17.2.2022, c. 2.2 [i]; 1B_560/2021, 10.12.2021, c. 2.4 [i] in SJ 2022 304. On ne trouve pas de formule équivalente dans les arrêts en *allemand* (cf. toutefois TF, 6B_913/2014, 24.12.2014, c. 2.3.4 [d] et 6B_299/2013, 26.8.2013, c. 1.2 [d], exigeant du lésé qu'il rende vraisemblable son préjudice et le lien de causalité entre celui-ci et l'infraction).

[958] Cf. par ex. ATF 148 IV 170 c. 3.3 (actionnaires et créanciers de la société lésée); 147 IV 269 c. 3.3 (démarches ultérieures à l'infraction dénoncée); 143 IV 77 c. 4.4 (discrimination d'un groupe de personnes); 140 IV 162 c. 4.4, 4.5 et 4.9.5 (société issue d'une fusion); 140 IV 155 c. 3.4 (créancier cessionnaire des droits de la masse [art. 260 LP]); 139 IV 310 c. 1.2 (fondation LPP ayant repris les prestations dues par le lésé). Cf. ég. PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 103 ss.

[959] TF, 6B_1346/2017, 20.9.2017, c. 3 et 3.3 [f] (faux témoignage [art. 307 CP]); plus récemment: TF, 6B_421/2022, 13.2.2023, c. 5.3.2 [f] (enlèvement de mineur [art. 220 CP]).

[960] WEILENMANN, N 274; NYDEGGER, p. 61 s.; ECHLE, Adhäsionsklage, p. 18 ss; BOMMER, Überblick, p. 185 s.; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 22 nbp 55 et N 42 (cpr. toutefois N 26 et 28); cf. aussi Comm. LTF-DENYS, Art. 81 N 47; BSK BGG-THOMMEN, Art. 81 N 48; DONGOIS/LUBISHTANI, p. 172.

Conseil fédéral semble aussi aller dans ce sens puisqu'il évoque le caractère direct ou indirect uniquement en lien avec les biens juridiques protégés par la norme, sans faire état d'un quelconque rapport de causalité directe pour le surplus[962]. À l'opposé, une autre partie de la doctrine (essentiellement romande) continue d'exiger ce lien de causalité directe[963], même si, en parallèle, elle estime que l'adverbe «directement» se rapporte aussi aux biens juridiques protégés par l'infraction[964].

La confusion est encore exacerbée par l'expression «atteinte directe» dans la définition de la *victime* figurant aux art. 116 al. 1 CPP et 1 al. 1 LAVI. En effet, cette expression est utilisée aussi bien pour décrire le lien de causalité directe entre l'infraction et l'atteinte[965] – à juste titre selon nous – que certains types de biens juridiques devant être protégés par l'infraction, de manière à exclure la qualité de victime pour les autres délits[966]. À notre sens, la notion de victime ne dépend pas de la qualification de l'infraction (et donc de son bien juridique protégé), mais exclusivement de ses effets sur l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de la personne qui prétend à cette qualité, étant précisé que l'atteinte doit aussi être d'une certaine gravité[967]. Toutefois, dès lors que la victime est une catégorie qualifiée de lésé au sens de l'art. 115 CPP (cf. art. 116 al. 1 CPP: «On entend par victime *le lésé…*»), elle doit aussi remplir les conditions de cette disposition, et donc être titulaire du bien juridique protégé par l'infraction[968]. La victime doit donc subir une double atteinte: une atteinte au bien juridique protégé par l'infraction (composante «lésé») et une atteinte à son intégrité physique, psychique ou 404

961 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 22 nbp 55; NYDEGGER, p. 61 nbp 23.

962 Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1149, à propos de la discrimination raciale (art. 261bis CP).

963 PC CPP, Art. 115 N 2; CAPUS/MBIYAVANGA, p. 47; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 12 ss; GARBARSKI, SJ 2017, p. 126; GARBARSKI, RPS 2012, p. 164; cf. ég. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 686; GRAF, Gesellschaftsorgane, N 329, 346 et 352.

964 MAZZUCCHELLI, p. 215; CAPUS/MBIYAVANGA, p. 51 s.; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 99 s.; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 11; GARBARSKI, SJ 2017, p. 126.

965 CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 116 N 4; BOMMER, Verletztenrechte, p. 21 s.; PIQUEREZ/MACALUSO, N 875; cf. déjà CORBOZ, LAVI, p. 57; TF, 1B_259/2021, 19.8.2021, c. 2.1 [f] (atteinte directe possible en cas d'infractions de mise en danger); cf. toutefois TF, 6B_143/2020, 1.4.2020, c. 1.3 [f] (pas d'atteinte directe pour les art. 127 et 128 CP); GIROUD/ROTH, p. 386 (pas d'atteinte directe pour les infractions de mise en danger).

966 Message LAVI 1990, p. 925; SHK OHG-GOMM/ZEHNTNER, Art. 1 N 42; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, p. 115; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 116 N 8 et le renvoi à Art. 115 N 21 ss; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 506; MIZEL, p. 43 s.; ATF 129 IV 197 c. 1.6; 128 IV 95 c. 3.1, 3.4.2, 3.5 et 3.6; 122 IV 71 c. 3a; 120 Ia 157 c. 2d/aa. *Critique*: BOMMER, Verletztenrechte, p. 23.

967 BOMMER, Verletztenrechte, p. 19 s.: «*Opfer ist […] nicht, wer durch eine Straftat* ***gegen*** *die körperliche, sexuelle oder psychische Integrität unmittelbar beeinträchtigt wird, sondern durch eine Straftat* ***in*** *seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität beeinträchtigt wird*»; voir aussi CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 116 N 6 s.; ATF 129 IV 216 c. 1.2.1; 128 I 218 c. 1.2; 125 II 265 c. 4a/aa; HILF, FS Donatsch, p. 390 s.

968 SHK OHG-SCHEIDEGGER, Art. 116 StPO N 4; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 116 N 2; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 114; pour un ex.: TF, 1B_500/2017, 9.3.2018, c. 3 [f] (art. 219 CP).

sexuelle (composante «victime»), étant précisé que ces atteintes peuvent parfois coïncider, mais pas toujours (et même jamais pour l'intégrité psychique, qui n'est spécifiquement protégée par aucune infraction de droit suisse).

405 Notons enfin que cette incertitude ne se limite pas à la procédure pénale: lors de la révision de la partie générale du Code pénal de 2007, la Commission d'experts avait déjà proposé de limiter la *qualité pour porter plainte pénale* (art. 30 al. 1 CP) à celui qui était «directement» *(«unmittelbar»)* lésé par l'infraction. Le Conseil fédéral avait toutefois renoncé à cette adjonction, qui risquait de «semer la confusion plutôt que de clarifier les choses»[969].

2. Approche personnelle

406 À notre sens, il convient de traiter séparément la question de la titularité du bien juridique protégé par l'infraction et celle du caractère direct de l'atteinte causée par l'infraction à ce même bien juridique. Dès lors, il se justifie, à la manière du Tribunal fédéral dans ses tout premiers arrêts sur l'art. 115 CPP, de parler d'atteinte «personnelle» dans le premier cas, et d'atteinte «directe» dans le second. Cette position est supportée par trois arguments.

407 Premièrement, elle a le mérite de s'inscrire dans une certaine continuité avec la notion de lésé qui prévalait avant l'entrée en vigueur du CPP. L'exigence d'une atteinte à la fois *personnelle* et *directe* était déjà mise en avant par la doctrine – surtout romande – et la jurisprudence de l'époque. Rarement définies, ces deux notions étaient néanmoins présentées l'une à côté de l'autre[970], laissant penser qu'elles ne se recoupaient pas. Elles étaient parfois regroupées sous le terme *immédiat*, dans des formules du type: «La lésion est immédiate lorsque la victime subit l'atteinte *directement* et *personnellement*»[971]. D'autres définitions laissaient de côté le caractère direct: «Par lésé, il faut entendre la personne qui prétend être atteinte, *immédiatement* et *personnellement*, dans ses droits protégés par la loi, par la commission d'une infraction»[972]. Certains auteurs ont importé cette ancienne terminologie dans leur interprétation de l'art. 115 CPP et continuent ainsi à parler d'atteinte personnelle, directe et/ou immé-

[969] Message CP 1998, p. 1821, en référence à l'ATF 118 IV 209 c. 2, il est vrai à la formulation peu limpide: *«Derjenige, dessen Interessen durch die strafbare Handlung bloss irgendwie beeinträchtigt werden, der also durch die strafbare Handlung nur mittelbar betroffen wird, gilt nicht als verletzt und ist folglich auch nicht antragsberechtigt»*.

[970] PIQUEREZ, p. 328 s.; BAUER/CORNU, Art. 4 N 2 et 49 N 1; DUCROT, p. 334; REHBERG, Adhäsionsprozess, p. 631 *(«Ausserdem»)*; cf. déjà AUBERT, p. 616; FALB, p. 341 ss; HARTMANN, p. 458 s. En jurisprudence, cf. ATF 117 Ia 135 c. 2b *(«einen persönlichen und unmittelbaren Nachteil»)*; TF, 6P.78/2000, 10.8.2000, 3c [f] in Mémorial Grand Conseil GE 2001 p. 4337 ss («directement et personnellement»); 6S.719/1999, 22.3.2000, c. 7a [d]; TF, arrêt non publié du 6.1.1998 dans la cause W. J. et coprévenus, c. 2 [d]. L'origine de ces qualificatifs remonte probablement à l'action civile exercée au pénal, qui s'inspirait, à tout le moins dans les cantons romands, du modèle français, lequel pose comme condition que le préjudice dont la réparation est demandée soit à la fois personnel et direct (art. 2 CPP/F; cf. AUBERT, p. 614, pour le CPP/GE).

[971] PIQUEREZ, p. 329; TF, 1P.620/2001, 21.12.2001, c. 2.1 [f].

diate, souvent sans expliquer clairement à quoi chacun de ces éléments fait référence[973]. Ce traitement séparé permet cependant d'affirmer qu'il s'agit bien de conditions distinctes.

> Ces divers qualificatifs – direct, immédiat, personnel – ne sont pas propres à la notion de lésé, mais sont des notions générales qui traversent tout le droit de procédure pénale (et de procédure en général); on les retrouve ainsi dans l'analyse de la qualité pour recourir, au niveau du CPP (art. 382 al. 1 CPP), de l'EIMP (art. 21 al. 3 et 80*h* let. b EIMP) et de la LTF (art. 81 LTF), mais aussi dans celle de la qualité de partie des autres participants à la procédure (art. 105 al. 2 CPP)[974]. En dehors du droit pénal, ces éléments sont également présents dans l'examen de la qualité pour recourir au Tribunal fédéral dans le recours en matière de droit public (cf. art. 89 al. 1 let. b et c LTF)[975].

Deuxièmement, la distinction se justifie car l'examen à effectuer n'est pas le même dans chaque cas. Ainsi, l'atteinte *personnelle* suppose une analyse essentiellement normative et abstraite: il s'agit de déterminer, par l'interprétation de l'infraction en cause, le ou les biens juridiques qu'elle tend à protéger, pour ensuite dire si la personne qui se prétend lésé peut en être titulaire. À l'opposé, l'examen de l'atteinte *directe* est d'ordre beaucoup plus concret et pratique, puisqu'il faudra vérifier, dans un premier temps sur la base des seuls allégués de l'éventuel lésé[976], si le comportement concrètement reproché au prévenu l'a directement atteint dans un bien juridique propre (qui aura préalablement été arrêté au stade de l'atteinte personnelle). La jurisprudence sur le droit de plainte du lésé (art. 30 CP) offre quelques bons exemples de cet examen en deux temps, consistant d'abord à déterminer si le lésé est titulaire du bien juridique protégé par l'infraction, puis si ce bien a été directement atteint par les agissements dénoncés[977]. Une partie de la doctrine continue à présenter la notion de lésé en deux étapes, distinguant clairement entre les biens juridiques protégés par l'infraction, d'une part, et l'atteinte directe causée à ces biens, d'autre part[978]. 408

---

[972] ATF 129 II 453 c. 2.2.1 (nous mettons en évidence); TF, 6B_908/2009, 3.11.2010, c. 2.3.1 [f] n.p. in ATF 136 IV 188. La formule a été reprise une seule fois dans le cadre de l'art. 115 CPP: TF, 1B_201/2011, 9.6.2011, c. 2.1 [f].

[973] PC CPP, Art. 115 N 6 s.; JEANNERET/KUHN, N 7014; PERRIER DEPEURSINGE, CPP Annoté, Art. 115 p. 179, 182; PIQUEREZ/MACALUSO, N 850 et 853 (lésé) et N 1618 et 1621 (action civile).

[974] *Pour l'art. 382 al. 1 CPP:* ATF 145 IV 161 c. 3.1. *Pour les art. 21 al. 3 et 80h EIMP*: ATF 137 IV 134 c. 5.1 et 5.2; PC EIMP-LUDWICZAK GLASSEY, Art. 21 N 19 et 80h N 8. *Pour l'art. 81 LTF*: Comm. LTF-DENYS, Art. 81 N 23; ATF 133 IV 121 c. 1.2; TF, 1B_52/2022, 19.5.2022, c. 2.1.1 [f]. *Pour l'art. 105 al. 2 CPP*: ATF 145 IV 161 c. 3.1; 143 IV 40 c. 3.6; 137 IV 280 c. 2.2.1.

[975] Cf. par ex. ATF 135 II 145 c. 6.1. Voir aussi POLTIER, p. 160, avec une distinction entre le caractère personnel et direct qui se rapproche de celle adoptée ici.

[976] Cf. N 357 ss *supra*, sur la notion d'«infraction» de l'art. 115 al. 1 CPP.

[977] Cf. ATF 111 IV 63 c. 2 et 3 (art. 179ter CP); 101 IV 402 c. 3 (art. 179 CP). Cf. aussi en matière de LCD: ATF 83 IV 105, confirmé in ATF 102 IV 145 c. 3a. Cpr. ATF 141 IV 454 c. 2.3.2 (art. 133 CP), où l'examen est inversé (d'abord l'atteinte directe, puis le champ de protection de l'infraction); cf. dans ce dernier sens MAZZUCCHELLI, p. 215.

[978] MAZZUCCHELLI, p. 215; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 188 s.; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 99 ss; cf. aussi PIQUEREZ/MACALUSO,

409 Le texte de l'art. 115 al. 1 CPP lui-même permet une lecture à deux niveaux qui illustre bien la différence entre ces deux conditions. La clé se situe au niveau du mot «infraction», qui peut être compris dans le sens de l'infraction abstraite, prévue par une disposition légale *(Straftatbestand)*, ou de l'infraction concrète, soit le comportement punissable reproché au prévenu dans le cas d'espèce *(strafbare Handlung)*. Dans le premier cas, l'art. 115 al. 1 CPP se lit en référence au *périmètre* ou au *champ de protection* de l'infraction: est lésé «toute personne dont les [biens juridiques] ont été touchés directement par [la norme pénale]». Il faut donc que l'infraction en cause protège (certains ajoutent: directement) un bien juridique dont le lésé est titulaire[979]; c'est ce que nous désignons ici par l'atteinte personnelle. Dans le second cas, l'art. 115 al. 1 CPP se lit en référence aux *conséquences de l'acte* sur les biens juridiques du lésé: est lésé «toute personne dont les [biens juridiques] ont été touchés directement par [le comportement reproché au prévenu]». On vise ici l'intensité du lien de causalité entre les agissements dénoncés et l'atteinte aux biens juridiques du lésé; c'est ce que nous appelons l'atteinte directe.

410 Troisièmement, sur un plan plus sémantique, le couple «direct/indirect» se rapporte généralement à une problématique de causalité, alors que le terme «personnel» est souvent utilisé pour désigner le champ d'application *ratione personae* de la loi, expression qui, transposée en droit pénal matériel, pourrait être renommée en champ de protection *ratione personae* de l'infraction. L'adjectif «personnel» paraît aussi cohérent du fait que, à rigueur de texte, il caractérise une atteinte portée aux propres droits du lésé («… dont les droits…»), qui en est titulaire précisément en raison du fait qu'il existe en tant que personne («… toute personne…»).

411 Plutôt que d'exiger une atteinte *directe*, il serait préférable de parler d'atteinte *immédiate*, adjectif qui s'avère plus fidèle au terme *«unmittelbar»* de la version allemande de l'art. 115 al. 1 CPP et qui restitue à notre sens mieux l'idée de proximité (spatio-temporelle) devant exister entre l'infraction et l'atteinte subie par le lésé[980]. Certains auteurs parlent ainsi du lésé comme de la «victime immédiate» de l'infraction[981].

N 853 s.; CONVERSET, p. 21 ss. Pour une distinction similaire en *droit français*, cf. MARTINELLE, N 290; cf. déjà AUBERT, p. 616 s.

979 Cf. dans ce sens TF, 6B_680/2013, 6.11.2013, c. 3 [f]: «est considérée comme personne lésée le détenteur d'un bien juridique que la disposition pénale en question protège directement d'une atteinte ou d'une mise en danger»; cf. ég. MAZZUCCHELLI, p. 215; BOMMER, Überblick, p. 185.

980 Dans le même sens en *droit français*: RABUT-BONALDI, p. 390 s. Cf. aussi l'approche similaire en *droit allemand* de la responsabilité civile: HONSELL, p. 155 et les références citées. En *droit suisse*, voir aussi les auteurs faisant le lien entre l'adjectif «immédiat» et le lien de causalité: GODET/MARGOT, p. 7; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13. En *droit américain*, le *Crime Victims' Rights Act* (CVRA) de 2004, codifié au niveau fédéral dans le Code de procédure criminelle *(U.S. Code, Title 18)*, définit la victime comme une personne ayant été *«directly and proximately harmed»* par une infraction (18 U.S.C. § 3771(e)(2)); ces éléments sont interprétés plus ou moins largement par les tribunaux: cf. BELOOF et al., p. 48 ss; CASSEL/MORRIS, p. 24 ss.

981 PIQUEREZ/MACALUSO, p. 554 (pour l'action civile); MACALUSO, Action civile, p. 177.

Cette idée de proximité se retrouve dans la définition du terme «immédiat» *(«unmittelbar»)* qui apparaît dans d'autres dispositions de droit pénal et de procédure pénale: dans un arrêt de 2021, rendu à propos de l'état de nécessité (art. 17 CP) en matière climatique, le Tribunal fédéral a ainsi relevé que le terme *«unmittelbar»* dans la version allemande de la loi se traduisait en français par «immédiat» ou «imminent», ce qui impliquait une grande proximité temporelle[982]. Il en va de même du danger de mort «imminent» *(«unmittelbare Lebensgefahr»)* visé par l'art. 129 CP: selon la jurisprudence, cette notion implique un élément d'immédiateté, défini moins par l'enchaînement chronologique des circonstances que par le lien de connexité direct unissant le danger et le comportement de l'auteur[983]. En procédure pénale, l'art. 221 al. 1bis let. b CPP, qui fonde un cas (exceptionnel) de détention provisoire en cas de risque de récidive qualifié, exige un danger «imminent» *(«unmittelbar»)* que le prévenu commette une infraction grave, notion qui renvoie à un avenir proche et à une idée d'urgence[984]. Même si l'interprétation du caractère immédiat (ou imminent) dépendra de chaque disposition en cause, l'horizon de temps pouvant varier selon le but et les effets de celle-ci, ces éléments expriment tous une idée de proximité qui se retrouve aussi à l'art. 115 al. 1 CPP pour le caractère direct de l'atteinte. Dans la suite de ce travail, nous utiliserons donc indistinctement les adjectifs direct et immédiat pour qualifier cette seconde caractéristique de l'atteinte subie par le lésé.

3. Portée de la distinction

Une des conséquences principales de ce traitement différencié est que toute atteinte personnelle (1^{e} condition) ne sera pas forcément directe (2^{e} condition)[985]. Une personne pourra parfaitement être titulaire d'un bien juridique protégé par l'infraction en cause (et donc être personnellement touchée par celle-ci) sans pour autant être lésée au sens du droit de procédure pénale, son bien juridique n'ayant pas été directement (ou immédiatement) atteint par le comportement reproché au prévenu. 412

Exemples:

L'actionnaire d'une société anonyme dont l'organe dirigeant a commis des actes de gestion déloyale (art. 158 CP) est personnellement touché par ces actes, puisqu'il est, de ce fait, atteint dans son patrimoine (ses actions), bien juridique protégé par l'infraction. *Toutefois*, le comportement typique touche d'abord le patrimoine de la société elle-même, atteinte qui se répercute (ou se réfléchit) sur le patrimoine de l'actionnaire, au

[982] ATF 147 IV 297 c. 2.3.2. On peut du reste faire un parallèle entre la notion d'atteinte directe au sens de l'art. 115 CPP et celle d'«attaque imminente» au sens de l'art. 15 CP (légitime défense; cf. ATF 122 IV 1 c. 3a), étant précisé que le terme «attaque» peut s'employer comme synonyme d'atteinte au bien juridique (cf. N 269 *supra*).

[983] ATF 121 IV 67 c. 2b/aa; 106 IV 12 c. 2a; TF, 6B_876/2015, 2.5.2016, c. 2.1 [f] n.p. in ATF 142 IV 245; 6B_418/2021, 7.4.2022, c. 5.1 [f]. Certains de ces arrêts sont repris par l'ATF 147 IV 297 précité sur l'état de nécessité en matière climatique (c. 2.4).

[984] ATF 150 IV 360 c. 3.2.3 et 3.4.4, qui relève toutefois qu'un risque pouvant survenir dans «quelques mois» n'est pas trop lointain.

[985] Et inversement: toute atteinte directe n'est pas forcément personnelle (cf. N 962 *infra*).

travers de la perte de valeur de ses actions. Ce dernier ne subit qu'un préjudice par ricochet, ou indirect, et n'est pas lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[986].

Un individu se plaint de faux dans les titres (art. 251 CP) et invoque une atteinte à son patrimoine et à son honneur, soit des biens juridiques potentiellement protégés par cette infraction. *Toutefois*, il ne démontre pas que le faux aurait été créé ou utilisé pour lui nuire directement, mais invoque un préjudice résultant de démarches ultérieures, ce qui ne permet pas de dire qu'il est directement lésé par les agissements dénoncés[987].

Le membre d'un groupe de personnes discriminées en raison de leur race est bien titulaire du bien juridique protégé par la discrimination raciale (art. 261bis al. 4, 1ère partie CP), soit la dignité humaine. *Toutefois*, en raison du fait que la discrimination était en l'occurrence dirigée à l'encontre du groupe pris dans son ensemble, ce membre individuel ne subit pas d'atteinte directe et ne revêt dès lors pas la qualité de lésé[988].

413 Comme les exemples ci-dessus le laissent pressentir, la condition de l'atteinte directe (ou immédiate) permet d'exclure du cercle des lésés des personnes dont on considère qu'elles n'ont pas suffisamment «souffert» de l'infraction, en raison de leur éloignement – dans le temps ou dans l'espace – par rapport à celle-ci. L'atteinte qu'elles subissent n'est pas immédiate, mais découle d'autres causes (actes subséquents, relations personnelles ou économiques, appartenance à un groupe, etc.) que le seul comportement reproché à l'auteur. On se trouve bien dans une problématique de causalité, ou plutôt *d'intensité* du lien de causalité.

414 Depuis longtemps[989], cette catégorie de lésés, dits indirects[990], regroupe les tiers qui, à l'instar des actionnaires, ne sont touchés qu'en raison de leurs liens avec le lésé immédiat : créanciers, héritiers, cessionnaires, assureurs, ayants droit économiques ainsi que les personnes qui succèdent au lésé, de par la loi ou en vertu d'un contrat. Dans toutes ces situations, les tiers ne sont touchés que de façon indirecte, médiate (*«mittelbar betroffen»*[991]), par ricochet ou effet réflexe, ce qui ne suffit en principe pas à fonder leur qualité de lésé[992].

415 Cela étant dit, la portée de la distinction entre le caractère direct et le caractère personnel de l'atteinte ne doit *pas être surestimée*. En effet, ces critères ne sont pas parfaitement indépendants l'un de l'autre et peuvent parfois se recouper[993]. Il est par exemple possible de dire que les lésés indirects décrits ci-dessus (actionnaires, cessionnaires, etc.) ne sont pas *personnellement* touchés car, au moment des faits, ils n'étaient pas –

986 Cf. ATF 141 IV 380 c. 2.3.3 ; 140 IV 155 c. 3.3.1.
987 Cf. ATF 147 IV 269 (Asloca).
988 Cf. ATF 143 IV 77.
989 Cf. déjà ATF 74 IV 6 c. 2.
990 Cf. ATF 148 IV 256 c. 3.1 ; TF, 1B_537/2021, 13.1.2022, c. 2.1 [f] ; cf. ég. ATF 145 IV 237 c. 5.1.1, pour l'art. 73 CP et dans une perspective plus civiliste.
991 ATF 148 IV 170 c. 3.3.2 ; 141 IV 380 c. 2.3.3 ; CJ GE, ACPR/554/2020, 21.8.2020, c. 3.2.
992 Pour des développements, cf. N 1161 ss *infra*.
993 Dans le même sens en droit de la responsabilité civile : HEIERLI, N 591 ; VERDE, N 389.

ou pas encore – titulaires du bien juridique protégé par l'infraction[994]. En d'autres termes, l'atteinte a été subie par un autre sujet de droit. Dès lors, ce que nous regroupons sous l'atteinte directe (causalité directe) peut également s'analyser sous l'angle de l'atteinte personnelle (titularité du bien juridique). À l'inverse, on ne peut ignorer que l'examen du caractère personnel de l'atteinte fait aussi appel à des problématiques de causalité: le fait de se demander si le périmètre ou le champ de protection d'une infraction s'étend dans l'abstrait à des biens juridiques individuels suppose en effet de déterminer si le comportement typique porte *directement* atteinte à de tels biens. On retrouve alors la notion de proximité, de causalité directe entre l'infraction – comprise dans un sens abstrait – et l'atteinte au bien juridique. Dès lors, ce que nous appelons atteinte personnelle (titularité du bien juridique) s'étend en réalité aussi à des problématiques causales, qui relèvent de l'atteinte directe.

> Dans cette perspective, l'examen de la qualité de lésé se rapprocherait d'un cercle, voire d'une *spirale herméneutique*[995]: déterminer si l'infraction protège un bien juridique individuel dont le lésé est titulaire (atteinte personnelle) va permettre de dire si ce bien a été directement atteint par le comportement reproché au prévenu (atteinte directe), ce qui va à son tour permettre de s'assurer que l'infraction en cause protège effectivement un bien juridique individuel, et ainsi de suite.

En conclusion, l'approche proposée ici, qui consiste à distinguer le caractère personnel du caractère direct de l'atteinte, n'est pas infaillible et a une vocation essentiellement *analytique* et *didactique*: en décomposant l'atteinte subie par le lésé en deux conditions distinctes, qui trouvent chacune une assise dans le texte de l'art. 115 al. 1 CPP, elle permet de présenter plus clairement les différentes configurations envisageables et vise une meilleure compréhension de la notion de lésé en procédure pénale. Nous présenterons ces deux caractéristiques plus en détail dans la troisième partie de ce travail, chacune dans un chapitre spécifique[996]. 416

B. Atteinte d'une certaine gravité?

La dernière question qui se pose ici est celle de savoir si, en plus d'être personnelle et directe, l'atteinte subie par le lésé doit présenter d'autres caractéristiques encore pour satisfaire aux exigences de l'art. 115 al. 1 CPP. En particulier, on peut se demander si elle doit revêtir une gravité particulière. 417

Pour la notion de victime au sens de la LAVI et de l'art. 116 CPP, la jurisprudence exige que l'atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle dont il est question soit *d'une certaine gravité*, afin d'exclure ce qu'elle appelle les cas bagatelle[997]. Cette 418

994 Cf. dans ce sens ATF 140 IV 162 c. 4.5; TF, 1B_537/2021, 13.1.2022, c. 2.2 [f].

995 Sur le cercle herméneutique, cf. N 25 nbp 28 *supra*; cf. ég. N 687 *infra*.

996 Chapitre 5 pour l'atteinte personne et chapitre 7 pour l'atteinte directe.

997 ATF 131 IV 78 c. 1.2; 129 IV 216 c. 1.2.1; 125 II 265 c. 2a/aa; 121 I 218 c. 1.2 *(«gewissen Gewicht»)*; PIQUEREZ/MACALUSO, N 876; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 116 N 13; SHK OHG-ZEHNTER, Art. 1 N 7, 38 s.; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 116 N 7 s.; BOMMER, Verletztenrechte, p. 31; MIZEL, p. 42; CORBOZ, LAVI, p. 56 s.

gravité ne dépend pas de la qualification abstraite de l'infraction, mais exclusivement de ses effets sur la victime, étant précisé qu'il ne suffit pas «qu'elle ait subi des désagréments, qu'elle ait éprouvé de la peur ou qu'elle ait souffert de quelque mal»[998]. Des voies de fait (art. 126 CP) peuvent ainsi suffire à fonder la qualité de victime si elles causent une atteinte notable à l'intégrité psychique du lésé, mais il est aussi possible que des lésions corporelles simples (art. 123 CP) n'entraînent, au contraire, qu'une altération insignifiante de l'intégrité physique et psychique[999]. Pour le Tribunal fédéral, les effets de l'infraction sur la personne concernée doivent être appréciés de manière objective, et non en fonction de la sensibilité personnelle et subjective de celle-ci[1000]. Cette position est toutefois critiquée par une partie de la doctrine, qui relève qu'elle n'est pas cohérente avec la pratique de la Haute Cour dans certains de ses arrêts et qui estime au contraire qu'une sensibilité particulière de la victime, pour autant qu'elle puisse être constatée ou au moins rendue vraisemblable sur la base d'éléments objectifs, devrait toujours être prise en considération[1001].

419 Dans l'un des premiers arrêts rendus après l'entrée en vigueur du CPP, le Tribunal fédéral a repris ces considérations propres à la victime dans le cadre de l'analyse de la notion de lésé sens de l'art. 115 al. 1 CPP[1002]. Il a été suivi par une partie de la doctrine francophone, qui exige dès lors que l'atteinte subie par le lésé revête une certaine gravité[1003].

420 Cette position n'emporte pas notre conviction. Contrairement à la qualité de victime, celle de lésé n'est pas limitée aux atteintes portées à certains biens juridiques essentiels comme l'intégrité physique, psychique ou sexuelle. Selon la lettre de l'art. 115 al. 1 CPP, seule importe que le lésé soit touché dans ses propres droits et ce, de façon directe. À ces conditions, même une atteinte de moindre importance, qui entraîne – pour reprendre la formulation du Tribunal fédéral sur la victime – certains «désagréments» ou «quelque mal», suffit déjà à admettre la qualité de lésé. La jurisprudence en livre d'ailleurs quelques excellents exemples, en reconnaissant la qualité de lésé au voisin réveillé par du tapage nocturne[1004] ou gêné par un édifice contraire aux prescrip-

998 ATF 129 IV 216 c. 1.2.1; cf. déjà CORBOZ, LAVI, p. 56 s.

999 ATF 131 IV 78 c. 1.4 (refus de servir une bière à un raëlien: pas de victime); 129 IV 216 c. 1.2.1 (coups du compagnon à de jeunes enfants: victimes); 128 I 218 c. 1.5 s. (discrimination raciale par voie de presse: pas de victime); 127 IV 236 c. 2b/bb (dent cassée: victime); 125 II 265 c. 2a/aa (bagarre entre enfants: pas de victime).

1000 ATF 131 IV 78 c. 1.2; 120 Ia 157 c. 2d/cc; TF, 6B_462/2010, 11.1.2011, c. 4.2.1 [f]; 1A.272/2004, 31.3.2005, c. 4.1 [f].

1001 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 116 N 13; BOMMER, Verletztenrechte, p. 36.

1002 TF, 1B_201/2011, 9.6.2011, c. 2.1 [f], en référence à l'ATF 129 IV 216 c. 1.2.1.

1003 PC CPP, Art. 115 N 2; OVERNEY, p. 337; GARBARSKI, SJ 2013, p. 125; GARBARSKI, RPS 2012, p. 186.

1004 ATF 118 Ia 14; cf. aussi FALB, p. 346 et l'arrêt cité (promeneurs du dimanche incommodés par le bruit d'un karting); plus récemment: CJ GE, ACPR/275/2022, du 26 avril 2022, c. 3: «souillure» au sens de l'art. 11C LPG/GE – *in casu* le fait d'uriner sur une haie appartenant au lésé.

tions cantonales en matière de permis de construire[1005]. Par conséquent, l'atteinte subie par le lésé doit être seulement personnelle et directe et n'a pas à revêtir de gravité particulière[1006].

[1005] TF, 6B_761/2016, 16.5.2017, c. 3.4.5 [d] in FP 1/2018 14 ss.
[1006] Dans le même sens: NYDEGGER, p. 63 nbp 33.

Chapitre 3 : **Le lésé plaignant (art. 115 al. 2 CPP)**

Après avoir consacré le chapitre précédent à la notion générale de lésé, définie à l'art. 115 al. 1 CPP, il nous reste désormais à présenter celle, plus spécifique, prévue à l'art. 115 al. 2 CPP. 421

Une fois la définition générale du lésé donnée à l'art. 115 al. 1 CPP, le second alinéa de cette même disposition contient la précision suivante : 422

> Sont toujours considérées comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale.

En faisant référence à la « qualité pour déposer plainte pénale », l'art. 115 al. 2 CPP renvoie implicitement à l'art. 30 CP qui, sous la note marginale « droit de plainte », règle cette question pour toutes les infractions poursuivies sur plainte.

L'analyse de cette forme particulière de lésé sera plus brève. Nous allons en effet voir que le renvoi de l'art. 115 al. 2 CPP aboutit, dans la majorité des cas, à une notion de lésé qui correspond déjà à la définition générale de l'art. 115 al. 1 CPP **(I.)**. Reste que, dans certaines situations particulières, l'art. 115 al. 2 CPP permet d'étendre la qualité de lésé à des personnes qui ne seraient pas considérées comme lésées dans le sens que nous avons exposé précédemment **(II.)**. Nous terminerons par une synthèse générale de la deuxième partie **(III.)**. 423

I. Un renvoi tautologique à l'art. 30 al. 1 CP

Si l'on considère, à l'instar du Conseil fédéral dans les travaux préparatoires[1007], que l'art. 115 al. 2 CPP renvoie avant tout à l'art. 30 al. 1 CP, on aboutit alors à une définition tautologique du lésé[1008], et ce, à un double niveau. 424

Tout d'abord, au niveau du texte légal lui-même : on rappellera que, selon l'art. 30 al. 1 CP, si une infraction n'est punie que sur plainte, toute personne lésée peut porter 425

[1007] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1148 ; cf. aussi Rapport explicatif A-P CPP, ch. 233.1 p. 90 ; cf. aussi PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 107.

[1008] Cf. aussi CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 14 ; GARBARSKI, RPS 2012, p. 166.

plainte contre l'auteur. En transposant cette formulation à l'art. 115 al. 2 CPP, on en arrive à retenir que *«sont toujours considérées comme des lésés… les personnes lésées»*. Le fait que, dans ses versions allemande et italienne, l'art. 30 CP parle de *«Verletzte Person»* ou de *«persona lesa»* plutôt que de *«geschädigte Person»* ou de *«danneggiato»* à l'art. 115 CPP, n'enlève rien au caractère tautologique du raisonnement.

426 Ensuite, au niveau de la définition de la notion de lésé de l'art. 30 al. 1 CP donnée par la doctrine et la jurisprudence, qui est fonction de la titularité du bien juridique protégé par l'infraction ainsi que de l'existence d'une atteinte directe *(«unmittelbar»)* audit bien[1009]. Cette définition se recoupe donc avec celle du lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP, ce qui ressortait déjà des travaux préparatoires du CPP[1010] et a depuis lors été confirmé par le Tribunal fédéral[1011], avec l'appui de la doctrine[1012]. Or, si le lésé selon l'art. 30 al. 1 CP correspond au lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP, alors l'art. 115 al. 2 CPP doit se comprendre en ce sens que *«sont toujours considérées comme des lésés… les personnes lésées»* ce qui, une fois de plus, relève du truisme.

427 Partant, on peine à expliquer en quoi la «précision»[1013] que le législateur entendait apporter avec l'art. 115 al. 2 CPP modifie le régime général tiré de l'art. 115 al. 1 CPP, de sorte que cette réglementation apparaît à première vue superflue.

428 Pourtant, il existe bien quelques situations dans lesquelles la qualité pour porter plainte pénale revient à des personnes qui ne sont pas titulaires du bien juridique directement atteint par l'infraction, pour lesquelles on peut dès lors parler de «plaignant non lésé»[1014].

II. Une extension limitée de la qualité de lésé

429 En précisant que les personnes ayant qualité pour porter plainte pénale sont «toujours» considérées comme des lésés, l'art. 115 al. 2 CPP laisse en effet entendre que certaines d'entre elles ne répondent pas à la définition classique du lésé en procédure pénale et ne sont donc pas personnellement et directement touchées par l'infraction[1015]. Il est vrai que la disposition étend, sur certains aspects, la qualité de lésé en matière d'infractions poursuivies sur plainte. Trois situations peuvent entrer en ligne de compte.

[1009] Jurisprudence constante: ATF 146 IV 320 c. 2.3; 144 IV 49 c. 1.2; 128 IV 81 c. 3a; 118 IV 209 c. 2; 111 IV 63 c. 2 et 3; 102 IV 145 c. 3a; 101 IV 402 c. 3; 83 IV 105. En doctrine, cf. PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 30 N 1; CR CP I-STOLL, Art. 30 N 19; PC CP, Art. 30 N 11; cpr. BSK StGB-RIEDO, Art. 30 N 9 ss.

[1010] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1148; Rapport explicatif A-P CPP, ch. 233.1 p. 90.

[1011] ATF 141 IV 380 c. 2.3.4: notions identiques *(«identisch»)*; TF, 6B_776/2016, 8.11.2016, c. 1.4.3 [d]; 6B_1338/2015, 11.10.2016, c. 1.3.1 [d].

[1012] PIQUEREZ/MACALUSO, N 858; OBERHOLZER, Grundzüge, N 659; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 94; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 6; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 14; GARBARSKI, RPS 2012, p. 166.

[1013] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1148.

[1014] Expression empruntée à STRÄULI BERNHARD, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de procédure pénale – Thèmes choisis, RPS 114/1996 60 ss, p. 71.

A. Représentants légaux et proches du lésé

Premièrement, même si l'art. 30 CP définit le lésé de la même manière que l'art. 115 al. 1 CPP, il étend aussi cette qualité au représentant légal du lésé et à l'autorité de protection de l'adulte (al. 2) ainsi qu'à chacun des proches du lésé en cas de décès de ce dernier (al. 4). Ces personnes ou autorités ne sont pas elles-mêmes personnellement et directement touchées par l'infraction[1016], mais se voient quand même reconnaître, de par la loi, la qualité de plaignant, et donc celle de lésé (cf. art. 115 al. 2 CPP)[1017]. 430

Cette reconnaissance ne va pas sans poser certains problèmes de délimitation par rapport au régime général prévu par le Code de procédure pénale, notamment en cas de décès du lésé : les proches de l'art. 30 al. 4 CP peuvent chacun porter plainte indépendamment de leur ordre de succession, alors que l'art. 121 al. 1 CPP – que nous examinerons ci-dessous par rapport à l'atteinte directe[1018] – réserve l'exercice des (autres ?) droits de procédure du lésé décédé à ses proches qui sont également ses héritiers. Avec PERRIER DEPEURSINGE, nous considérons que cette contradiction doit se régler par une lecture la plus cohérente possible de ces deux dispositions, en ce sens que le droit de porter plainte du proche non héritier, s'il déclenche l'action publique, n'entraîne pas *ex lege* le transfert du statut de lésé selon l'art. 121 al. 1 CPP, qui constitue sur ce point une *lex specialis* à l'art. 115 al. 2 CPP[1019]. À défaut, on permettrait à des proches non héritiers du lésé décédé de se constituer partie plaignante au pénal et au civil, alors que le texte de l'art. 121 al. 1 CPP limite expressément cette possibilité aux proches qui sont également héritiers. 431

B. Droit de plainte spécial

Deuxièmement, il existe des infractions poursuivies sur plainte qui ne se contentent pas de renvoyer – au travers de l'expression habituelle « sur plainte » – à l'art. 30 CP, mais qui précisent expressément à qui revient la qualité pour porter plainte. Certaines de ces infractions dérogent au régime général, en octroyant la qualité pour porter plainte – et, par extension, celle de lésé – à des personnes ou des autorités qui ne sont pas nécessairement personnellement et directement touchées au sens de l'art. 30 al. 1 CP. Les exemples fréquemment cités sont les autorités et services désignés par les cantons en cas de violation de l'obligation d'entretien (art. 217 al. 2 CP), qui n'ont pas be- 432

[1015] PC CPP, Art. 115 N 15 ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 15 ; NYDEGGER, p. 62 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 94 ; GARBARSKI, RPS 2012, p. 166 ; JEANNERET, Partie plaignante, p. 298.

[1016] Nous avons vu que les proches et les successeurs du lésé décédé devaient être qualifiés de lésés indirects : cf. N 1196 ss (proches) et N 1201 ss (successeurs) *supra*.

[1017] TF, 1B_191/2014, 14.8.2014, c. 3.1 [f] ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 108 ; NYDEGGER, p. 63 ; *contra*, pour l'art. 30 al. 4 CP : BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 103, pour qui les proches n'agissent qu'en tant que représentants du lésé décédé.

[1018] Cf. N 1207 *infra*.

[1019] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 109 et nbp 43.

soin d'avoir subi d'atteinte patrimoniale[1020], les organisations professionnelles ou de protection des consommateurs en cas de concurrence déloyale (art. 10 al. 2 *cum* 23 al. 2 LCD)[1021]. Toujours en cas de concurrence déloyale, la Confédération, représentée par le SECO[1022], dispose également d'un droit de plainte pénale spécial (art. 10 al. 3 let. a et b *cum* 23 al. 2 LCD), en sa qualité d'autorité de surveillance (art. 20 al. 1 LCD), pour autant toutefois que les faits dénoncés ne concernent pas seulement un lésé individuel, mais comprennent un aspect collectif[1023]. On peut aussi penser au droit de plainte des proches de la personne décédée ou déclarée absente et visée par une diffamation ou une calomnie (art. 175 CP)[1024].

433 Selon le Tribunal fédéral, il devrait en aller de même du créancier ayant obtenu un acte de défaut de biens pour la gestion fautive (art. 165 ch. 2 al. 1 CP)[1025], ce qui est selon nous inexact, car ledit créancier est bel et bien lésé au sens de l'art. 30 al. 1 CP, la loi exigeant seulement qu'il soit, en plus, au bénéfice d'un acte de défaut de biens. Le bien juridique co-protégé par les art. 163 ss CP étant le patrimoine des créanciers du débiteur, on peut dire que l'acte de défaut de biens matérialise l'atteinte patrimoniale subie par le créancier lésé[1026].

C. Autres ayants droit sur la chose ?

434 Troisièmement, en lien avec les infractions protégeant des biens juridiques non strictement personnels[1027], la jurisprudence a développé une notion de lésé au sens de l'art. 30 al. 1 CP qui ne se limite pas au titulaire du bien juridique, mais qui comprend également toute personne « directement touchée dans sa sphère juridique par l'infraction ou à qui incombe la responsabilité de conserver la chose »[1028]. Cette extension de

[1020] ATF 119 IV 315 c. 1b, dans lequel le prévenu prétendait que le service n'avait pas versé d'avances de contribution d'entretien pendant deux ans, de sorte qu'il n'était pas subrogé au débiteur et n'avait pas subi de dommage pour cette période ; TF, 6S.299/2006, 17.10.2006, c. 5 [f].

[1021] ATF 147 IV 269 c. 3.2 ; CJ GE, ACPR/265/2020, 29.4.2020, c. 2.2 ss (association des médecins genevois) ; cf. sous l'ancien droit (aPPF) ATF 120 IV 154 c. 3c/cc ; cpr. TF, 6B_437/2019, 8.8.2019, c. 1.3 [f] (association de lutte contre l'obsolescence programmée) ; cpr. déjà RJB 1931 274 (association des maîtres-tailleurs de la ville de Berne).

[1022] Art. 1 al. 1 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 12 octobre 2011 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale (RS 241.3).

[1023] Cf. ATF 149 IV 1 c. 2.5.

[1024] Sur le débat autour du bien juridique protégé et de son du titulaire dans un tel cas (l'honneur de la personne décédée *vs*. le sentiment de piété de ses proches), cf. CR CP II-RIEBEN/MAZOU, Art. 175 N 7 ss.

[1025] TF, 6B_507/2018, 24.9.2018, c. 2.1 et 2.3 [f].

[1026] ATF 148 IV 170 c. 3.4.1 ; pour le point de vue d'une Procureure sur la spécificité de la poursuite pénale en ce cas, cf. GIANNATTASIO MARIA, Droit pénal et LP, JdT 2015 II 55 ss.

[1027] Sur ce type de biens juridiques, cf. N 499 ss *infra*.

[1028] Trad. libre de l'ATF 144 IV 49 c. 1.2 : *« derjenige […], in dessen Rechtskreis die Tat unmittelbar eingreift, sowie derjenige, dem eine besondere Verantwortung für die Erhaltung des Gegenstandes obliegt »* ; cpr. avec les arrêts en français, légèrement différents : « toute personne at-

la qualité de lésé a d'abord permis de reconnaître à l'emprunteur de la chose détruite le droit de porter plainte pénale pour dommages à la propriété (art. 144 CP)[1029], puis au locataire le droit de porter plainte pour violation de domicile (art. 186 CP)[1030]. Elle a aussi été appliquée à l'ayant droit – autre que le propriétaire – privé de l'usage de la chose par un délit d'appropriation (*Aneignungsdelikt*; art. 137 à 140 CP)[1031]. Récemment, elle a même été étendue au-delà des infractions poursuivies sur plainte seulement, dans un arrêt portant sur le vol (art. 139 CP) d'une voiture prise en leasing[1032]. La doctrine majoritaire semble se satisfaire de cette extension jurisprudentielle de la qualité pour porter plainte pénale, quitte à proposer d'autres formules, au contenu similaire[1033].

Nous verrons, dans la troisième partie de cette thèse, plus particulièrement dans le chapitre consacré à l'atteinte personnelle au bien juridique[1034], que cette extension de la qualité pour porter plainte, et donc de la qualité de lésé, est souvent inutile. En effet, une analyse rigoureuse du texte des infractions en question permet déjà de qualifier l'emprunteur d'une chose détruite (art. 144 CP) ou le locataire chez qui l'auteur s'est introduit (art. 186 CP) de lésés au sens de la définition générale prévue à l'art. 115 al. 1 CPP. Nous verrons aussi que, pour les délits d'appropriation, cette extension doit être rejetée, car elle ne trouve aucun appui dans la loi et procède d'une interprétation excessive, car analogique, de celle-ci. 435

La définition du lésé comme titulaire du bien juridique protégé par l'infraction se suffit donc à elle-même ; il n'y a pas besoin de passer par des formules juridiques alambiquées, étant précisé que celles ayant été développées en doctrine dans le but de préciser les intentions du Tribunal fédéral ne sont pas beaucoup plus claires[1035]. 436

teinte dans son droit d'user de la chose ou […] celui à qui incombe la responsabilité de conserver la chose» (TF, 6B_1431/2020, 8.7.2021, c. 2.1 [f]).

1029 ATF 74 IV 6 c. 2, confirmé in ATF 102 II 85 c. 4a ; 117 IV 437 c. 1b. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque le dommage n'a pas entravé l'emprunteur dans l'utilisation de la chose : ATF 144 IV 49 c. 1.3 (simple bosse sur le capot de la voiture louée).

1030 TF, 6B_295/2020, 22.7.2020, c. 1.4 et 1.5 [d] ; OFK StGB-DONATSCH/HEIMGARTNER, Art. 30 N 7 ; AK StGB-NYDEGGER, Art. 30 N 14.

1031 ATF 118 IV 209 c. 3b (larcin [art. 138 aCP] ; désormais vol d'importance mineure [art. 139 *cum* 172ter CP]) ; 121 IV 258 c. 2b et c (art. 141 et 141bis CP).

1032 TF, 7B_11/2023, 27.9.2023, c. 3.2.3 et 3.3 [f] ; sur cet arrêt, cf. N 868 *infra*.

1033 Cf. surtout RIEDO (Strafantrag, p. 146 ss ; BSK StGB, Art. 30 N 12), qui préconise la formule de «personne disposant d'un intérêt juridique similaire à celui du titulaire du bien juridique, tendant à la préservation de ce même bien» (trad. libre) ; cf. ég. ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 6a ; WEILENMANN, N 280 ; DEMARMELS, p. 50 s. ; NYDEGGER, p. 62 nbp 30, qui reconnaît toutefois les difficultés pratiques d'une telle solution (nbp 32) ; voir déjà STRÄULI, Pourvoi, N 90.

1034 Cf. N 870 ss *infra*.

1035 Cf. les références à la nbp 1033 *supra*.

III. Synthèse de la deuxième partie

437 Cette deuxième partie a porté sur l'interprétation de la notion de lésé en procédure pénale, sur la base des principes généraux exposés dans la première partie.

438 Dans un *premier chapitre*, nous nous sommes demandé à quel régime interprétatif ou à quelle méthode interprétative était soumise la notion de lésé prévue à l'art. 115 CPP. Bien qu'elle ne constitue ni une norme coercitive, ni une règle de validité, cette disposition est toutefois beaucoup plus qu'une simple règle d'organisation de la procédure. Elle définit un (autre) participant essentiel de celle-ci, qui jouit potentiellement de nombreuses prérogatives. Contrairement à l'approche voulant que l'interprétation se fasse, dans le doute, en faveur du lésé *(in dubio pro victima)*, la position privilégiée reconnue au lésé dans le CPP commande selon nous une interprétation stricte de la notion, limitée par le sens littéral possible de l'art. 115 CPP. Par une simple déclaration, le lésé peut en effet se constituer partie plaignante et exercer de nombreux droits dits offensifs, qui péjoreront la situation du prévenu. Cette interprétation stricte ne se heurte pas au droit à un procès équitable (art. 6 CEDH), qui ne pose pas de conditions matérielles particulières à la définition du lésé en procédure pénale. Elle s'avère aussi praticable, malgré la faible densité normative de l'art. 115 CPP. Elle permet enfin de préserver un noyau dur de personnes lésées, pour les infractions qui appellent naturellement une telle qualité.

439 Dans un *deuxième chapitre*, nous avons, sur la base des principes arrêtés dans le premier chapitre, interprété la notion générale de lésé prévue à l'art. 115 al. 1 CPP en la décompensant élément par élément : tout d'abord, la loi exige une atteinte, qui doit avoir été subie ou ressentie par autrui, le sujet de l'atteinte, qui peut être « toute personne ». Cette formulation large suppose malgré tout que le lésé soit doté de la personnalité juridique et qu'il jouisse donc des droits civils. Le droit de procédure parle à cet égard de capacité d'être partie, expression qui s'avère toutefois inadaptée aux spécificités de la procédure pénale et que nous proposons de remplacer par celle, plus précise, de capacité d'être lésé. Cette capacité échoit à toute personne physique, et même aux enfants conçus, s'ils naissent vivants. Elle échoit également aux personnes morales, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, suisses ou étrangères (y compris des États), en bonne santé financière ou tombées en faillite. En revanche, faute d'assise dans le texte légal, les entités dénuées de la personnalité juridique, comme les sociétés simples ou les communautés de propriétaires d'étages, n'ont pas la qualité de lésé en procédure pénale. Seules les personnes (physiques ou morales) qui les composent pourront agir comme lésés, à condition de remplir individuellement les autres conditions de l'art. 115 al. 1 CPP et de respecter les contraintes imposées par le droit matériel, qui peut fonder un cas de consorité nécessaire.

440 Ensuite, l'art. 115 al. 1 CPP suppose que l'origine de l'atteinte soit « une infraction », c'est-à-dire l'infraction faisant l'objet de la procédure pénale. Lorsqu'un même complexe de faits peut réaliser plusieurs infractions, l'octroi de la qualité de lésé pour l'une d'elles suffit en principe. Tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'un jugement au

fond, l'infraction ne fait que l'objet de soupçons, et le lésé n'est donc qu'un lésé potentiel. Il doit toutefois pouvoir participer à la procédure s'il rend sa qualité au moins vraisemblable. Le potentiel de conflit existant avec la présomption d'innocence du prévenu aurait pu être réduit avec une définition du lésé à l'art. 115 al. 1 CPP conjuguée au conditionnel, sur le modèle de certaines réglementations étrangères. En pratique toutefois, le fait que les autorités pénales n'hésitent pas à réévaluer la qualité de lésé à mesure de l'avancée de l'instruction constitue probablement une bien meilleure garantie pour le prévenu.

441 S'agissant de l'objet de l'atteinte, que l'art. 115 al. 1 CPP désigne comme devant être des «droits», il s'avère en réalité que ce sont les biens juridiques qui sont visés. Cela ressort sans ambiguïté des travaux préparatoires du CPP, mais également d'une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, qui assimile les biens juridiques à des droits. Même si elle s'éloigne quelque peu du texte de l'art. 115 al. 1 CPP, cette interprétation reste selon nous couverte par le sens littéral possible du mot «droits», qui est suffisamment large pour comprendre la notion voisine, mais plus technique et mieux délimitée, de bien juridique. Il est toutefois regrettable que le législateur fédéral n'ait pas pris la peine de faire figurer dans la loi le terme «bien juridique», qui est connu de longue date en droit pénal et qui avait déjà été amplement consacré pour la qualité de lésé en procédure pénale cantonale. Le fait que l'atteinte subie doive se rapporter à un bien juridique permet enfin d'affirmer que l'existence d'un dommage au sens civil du terme est dénuée de pertinence dans la définition du lésé.

442 Enfin, l'art. 115 al. 1 CPP exige une atteinte doublement caractérisée : elle doit d'abord être personnelle, en ce sens que lésé doit être titulaire des droits touchés par l'infraction *(«dont»)*. Elle doit ensuite être directe, en ce sens que l'atteinte subie par le lésé doit être la conséquence immédiate de l'infraction *(«directement»)*. Ces deux critères, parfois confondus, doivent être selon nous clairement distingués. L'atteinte personnelle interroge le périmètre de protection de l'infraction, afin de déterminer s'il s'étend dans l'abstrait à un bien juridique dont le lésé est titulaire ; l'atteinte directe se concentre sur le comportement concrètement reproché au prévenu et suppose une certaine proximité entre ce dernier et l'atteinte au bien juridique du lésé. Ces deux conditions cumulatives permettent de présenter le plus clairement possible toute la diversité des situations entrant en ligne de compte. Hormis son caractère personnel et direct, l'atteinte subie par le lésé n'a pas à revêtir de gravité particulière, exigence qui ne ressort pas du texte légal.

443 Dans un *troisième chapitre*, nous avons examiné la situation particulière du lésé plaignant, décrite à l'art. 115 al. 2 CPP. Nous avons vu que le renvoi à l'art. 30 CP qui y figure, au-delà de son caractère largement tautologique, permettait effectivement d'étendre, dans certains cas particuliers, la qualité de lésé à certaines personnes ne répondant pas à la définition générale de l'art. 115 al. 1 CPP. Il s'agit d'une part du représentant légal du lésé et de ses proches en cas de décès, d'autre part de certaines personnes ou organisations qui disposent d'un droit de porter plainte pénale en vertu d'une disposition de la partie spéciale du Code pénal ou de droit pénal accessoire.

Quant à la formule du Tribunal fédéral sur l'extension de la qualité pour porter plainte pénale, nous allons voir dans la troisième partie de cette thèse qu'elle ne s'avère pas nécessaire, la plupart des situations problématiques pouvant déjà être réglées à l'aide de la définition générale du lésé.

Troisième partie :

Bien juridique et qualité de lésé

Chapitre 1 : **Concept de bien juridique**

Le bien juridique a été brièvement évoqué dans la deuxième partie de ce travail, où nous avons vu qu'il constituait l'objet de l'atteinte subie par le lésé (en lieu et place des «droits» visés à l'art. 115 al. 1 CPP). Le bien juridique joue pourtant un rôle absolument fondamental dans la définition du lésé en procédure pénale suisse, dont il constitue en quelque sorte la «clé de voute». Cette troisième partie se propose d'approfondir la notion, en exposant, au fil des chapitres, le concept de bien juridique lui-même, les différentes catégories de bien juridique, la manière de le déterminer, puis son impact sur la qualité de lésé, d'abord de manière générale, puis en relation avec les deux grandes caractéristiques de l'atteinte portée au bien juridique, à savoir son caractère personnel et son caractère direct. 444

Dans ce premier chapitre, nous soulignerons d'abord l'importance du bien juridique, tout particulièrement dans la définition de l'infraction, mais aussi son caractère controversé **(I.)**. Nous présenterons ensuite les différentes fonctions qui sont reconnues aujourd'hui au bien juridique **(II.)**, avant d'en proposer une définition **(III.)**. Nous terminerons par une brève synthèse **(IV.)**. 445

I. Une notion aussi essentielle que controversée

Le concept de bien juridique remonte aux fondements même de la conception moderne de l'infraction pénale. Le bien juridique est en effet une notion primordiale de la théorie générale du droit pénal, à tout le moins dans les pays de tradition germanique[1036]. Il a même été explicitement reconnu par la CourEDH en tant que composante essentielle de la notion d'infraction pénale continue (ou continuée), issue d'une longue tradition européenne et faisant l'objet d'un large consensus au sein des ordres 446

[1036] Le concept est aussi consacré en *Italie* et en *Espagne*, mais n'est que peu connu en *France* ou aux *États-Unis*: ROXIN, Goods-in-law, p. 3 s. Pour la *France* spécifiquement: BEAUSSONIE, Valeur, p. 5; DARSONVILLE, p. 36 ss; critique: DREYER, Droit pénal général, N 164 ss; DREYER, Droit pénal spécial, N 1 ss; pour une proposition d'intégration dans la théorie française de l'infraction: LACAZE, Bien juridique, N 167, 254 et 434 ss; FERNANDEZ, p. 136 ss.

juridiques des États membres[1037]. Aussi importante qu'elle soit, la notion de bien juridique n'en demeure pas moins hautement indéterminée. Selon certains, elle serait même parfaitement indéterminable[1038]. Depuis sa première apparition en 1834 dans les travaux de BIRNBAUM en Allemagne, la notion de bien juridique n'a cessé d'occuper – et de diviser – des générations entières de juristes, sans qu'une définition unique ne se soit véritablement imposée au fil du temps[1039].

447 La réflexion générale autour du bien juridique part de la définition matérielle de l'infraction, qui s'interroge sur les motifs poussant le législateur à punir un certain comportement, par opposition à la définition formelle de l'infraction, qui suppose un comportement typique, illicite et coupable[1040]. Dans la conception qui prévaut en Suisse, issue du droit allemand[1041], l'infraction au sens matériel du terme dépend de deux grands éléments: une atteinte (lésion ou mise en danger) portée à un bien juridique et la violation d'un devoir ou d'une norme de comportement consacré par l'ordre juridique. Ces deux éléments font écho à l'approche dualiste de la notion d'illicéité ou d'illégalisme *(dualistische Unrechtslehre)*, majoritaire aujourd'hui, qui distingue entre antijuridicité de résultat *(Erfolgsunwert)*, soit le jugement de valeur négatif porté sur la lésion ou la mise en danger d'un bien juridique, et antijuridicité de comportement *(Handlungsunwert)*, soit le jugement de valeur négatif porté à l'endroit du comportement (action ou omission) adopté par l'auteur[1042].

448 La fonction première du droit pénal est donc de protéger certains objets consacrés par l'ordre juridique, les biens juridiques, contre certains comportements déterminés[1043]. On parle ici de fonction protectrice ou «tutélaire»[1044] du droit pénal. En ce sens, le bien juridique – aussi nommé bien juridique protégé ou bien juridiquement protégé[1045] – permet de *légitimer* l'intervention du droit pénal: si le législateur décide

[1037] CourEDH, Rohlena c. République tchèque (GC), n° 59552/08, 27.1.2015, § 30 ss, citant à plusieurs reprises la notion de bien juridique *(legally protected interest, Rechtsgut, bene giuridico)*.

[1038] Cf. par ex. STRATENWERTH, Rechtsgut, p. 101; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 3 N 8.

[1039] Pour une analyse historique et l'évolution de la notion, voir parmi beaucoup d'autres FIOLKA, Rechtsgut, p. 5 ss; PARIZOT, Gravité, p. 104 ss; SWOBODA, p. 25 ss.

[1040] HURTADO POZO/GODEL, N 304, 351 ss; ROXIN/GRECO, § 2 N 1; DYENS, N 339 et 341.

[1041] Pour une présentation des théories de l'infraction en droit pénal *allemand, français* et *suisse*: HURTADO POZO/GODEL, N 306 ss.

[1042] Sur ces questions, cf. STRÄULI, Résultat, p. 380; CR CP I-STRÄULI, Intro Art. 24-27 N 35; HURTADO POZO/GODEL, N 334; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 23 ss; DYENS, N 342 ss; VERDE, N 100 ss; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 8 N 9, 14 s.; HURTADO POZO, PG, N 665; GRAVEN/STRÄULI, p. 99 s.; cf. déjà ZÜRCHER, AP-CP 1908, p. 8; en *Allemagne*: ROXIN/GRECO, § 10 N 88; JESCHECK/WEIGEND, p. 7 s. et 239.

[1043] STRATENTWERTH, AT I, § 3 N 6; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 23 s.; VERDE, N 142; HURTADO POZO/GODEL, N 27 et 333; HURTADO POZO, PG, N 18 ss; GODENZI, p. 239 s.; NIGGLI/MAEDER, Strafrecht, p. 447; NIGGLI, Ultima Ratio, p. 240; ROXIN/GRECO, § 2 N 1, 7.

[1044] GRAVEN/STRÄULI, p. 99.

d'ériger un comportement en infraction pénale, c'est qu'il porte atteinte à un bien juridique jugé digne de protection[1046]. Partant de ce constat, la doctrine a développé une multitude de théories sur les biens juridiques, avec pour résultat que règne aujourd'hui une certaine confusion – certains parlent de *« verworrene Diskussionslage »*[1047] – autour d'une notion qui se veut pourtant fondamentale dans la définition de l'infraction au sens matériel du terme.

Il s'agit ici de présenter les éléments de la doctrine des biens juridiques (*Rechtsgütertheorie* ou *Rechtsgutslehre*) qui permettent d'éclairer la notion de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. La victime ou le lésé se situe d'ailleurs au centre du droit pénal compris dans sa fonction protectrice des biens juridiques[1048]. Le danger existe toutefois qu'en voulant raisonner *à l'aide* du bien juridique, on bascule dans une étude des nombreuses théories *sur* le bien juridique lui-même[1049]. On se contentera dès lors d'en présenter les grandes lignes, utiles pour énoncer ce qu'est un bien juridique, comment on le détermine, puis qui peut en être titulaire et donc être lésé par une infraction. La théorie ayant été développée en Allemagne, nous nous fonderons également sur la doctrine de ce pays, toujours dans l'optique de parvenir à une meilleure compréhension de la notion de lésé en procédure pénale. 449

II. Conceptions et fonctions du bien juridique

A. Conception systématique *vs.* conception critique

Une des principales difficultés liées à la définition du bien juridique tient au fait qu'en amont, deux grandes conceptions s'opposent sur le rôle qui doit lui revenir[1050]. 450

Selon une première conception, dite *systématique* ou *immanente au système* (*systematische* ou *systemimmanente Rechtsgutslehre*), les biens juridiques se déduisent du seul droit pénal en vigueur, sans égard à des considérations extra-juridiques[1051]. Dans cette 451

[1045] Cf. art. 98b let. b PPM, explicite : « biens juridiquement protégés ». Sur le lien historique entre les termes « biens juridiques » et « protection » : KARGL, p. 83.

[1046] JESCHECK/WEIGEND, p. 7 ; WOHLERS, Binding, p. 141 ; BERNHARD, p. 2.

[1047] HASSEMER, Theorie, p. 18, ce qui se traduit par un débat confus, déconcertant – on serait même tenté de dire décourageant… ; cf. ég. BERNHARD, p. 94 ; GODENZI, p. 241.

[1048] GETH, N 3 ; SCHWANDER, p. 22 s. ; GODENZI, p. 240 ; voir aussi HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 7. Il ne peut toutefois s'agir ici que du lésé *virtuel* dès lors que le lésé *réel* ne peut plus prétendre à être protégé contre une infraction qui a été commise à son encontre. Sur la distinction, cf. N 355 *supra*. Cf. aussi NIGGLI/MUSKENS, Unerlaubte Handlung, p. 500.

[1049] GODENZI, p. 241 ; PARIZOT, Gravité, p. 104 ; FIOLKA, Rechtsgut, p. 51 s. : *« Die Forschung hat bislang nicht zu einer Vereinheitlichung des Rechtsgutsbegriffes geführt, sondern ist zur Forschung über Rechtsgütertheorien geworden, welche die verschiedenen Rechtsgütertheorien katalogisiert, sortiert und verwaltet »*.

[1050] FIOLKA, Verschulden, p. 141 ss, nbp 46 ss, sur l'état de la question, not. en Allemagne ; plus récemment : SCHUCHMANN, p. 7 ss.

[1051] STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 3 N 7 ; FIOLKA, Verschulden, p. 141 ; BERNHARD, p. 95.

approche, qui se réclame de l'école du positivisme juridique[1052], les divers biens juridiques protégés résultent du système légal édicté par le législateur et sont donc arrêtés et valorisés par ce dernier, sans que ce choix ne puisse ensuite être remis en question[1053]. Ici, les biens juridiques sont immanents, intrinsèques à un système légal donné.

452 Selon une seconde conception, dite *critique* ou *transcendante au système* (*systemkritische* ou *systemtranszendente Rechtsgutslehre*), les biens juridiques sont au contraire considérés comme un instrument critique, permettant de remettre en question la validité d'une norme et, en définitive, de limiter l'application du droit pénal[1054]. L'examen consiste à déterminer si l'infraction en cause tend bien à protéger un bien juridique, avec pour conséquence que si tel n'est pas le cas, ce n'est pas la théorie des biens juridiques qui sera remise en question, mais la norme pénale qui sera déclarée illégitime[1055]. Dans une perspective constitutionnelle, la restriction aux libertés individuelles entrainée par l'incrimination et la condamnation pénales ne répondrait alors à aucun intérêt public prépondérant (cf. art. 36 al. 2 Cst.)[1056]. Le but est ici de s'interroger sur les choix du législateur en matière de politique criminelle, en dénonçant les normes incriminant des comportements qui, bien que peut-être contraires à une certaine morale, ne lèsent toutefois aucun bien juridique[1057]. Dans cette approche, les biens juridiques trouvent leur origine en dehors du système légal, dans des considérations d'ordre rationnel, philosophique ou sociétal[1058]. Ils transcendent le système légal et servent donc également à examiner celui-ci d'un œil critique.

453 Pour illustrer le propos, on peut dire que les partisans de la conception systématique ne découvrent véritablement les biens juridiques qu'au moment de feuilleter les pages du Code pénal, alors que les partisans de la conception critique s'adonnent à cet exercice en ayant déjà bien en tête les biens juridiques existants[1059]. Pour les premiers, le bien juridique a de la valeur car il est protégé par le droit, alors que pour les seconds, le bien juridique est protégé par le droit car il a de la valeur. Au fond, le débat entre conception systématique et conception critique du bien juridique ne fait que concréti-

[1052] WOHLERS, Binding, p. 146, 151 ss, 164; voir aussi PARIZOT, Gravité, p. 105.

[1053] TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 24; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 6; HURTADO POZO, PG, N 18 p. 7; BERNHARD, p. 95; GODENZI, p. 244; en *France*, cf. FERNANDEZ, p. 140: «valorisation normative» du bien juridique par le législateur; voir aussi BEAUSSONIE, Valeur, p. 11.

[1054] BERNHARD, p. 97.

[1055] NIGGLI/MAEDER, Strafrecht, p. 447; GODENZI, p. 242; BERNHARD, p. 97; pour *l'Allemagne*: ROXIN, Goods-in-law, p. 6, 22 ss; HASSEMER, Mitleidenschaft, p. 64: toute autre solution devrait être qualifiée de *«Staatsterror»*.

[1056] Cf. CR CPI-STRÄULI, Intro Art. 22-27 N 35; cpr. WYSS, N 236; en *Allemagne*, cf. SCHUCHMANN, p. 22 ss.

[1057] TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 24; BERNHARD, p. 98; HURTADO POZO/GODEL, N 30.

[1058] STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 3 N 7; GODENZI, p. 242; HURTADO POZO, PG, N 18 p. 7; BERNHARD, p. 97.

[1059] Cf. BERNHARD, p. 99, en référence à WANDRES, Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens, Berlin 2000, p. 166.

ser la grande interrogation derrière le concept même d'infraction pénale, que résume la formule suivante : «*Est-ce interdit parce que c'est mal ou est-ce mal parce que c'est interdit* ?»[1060]

B. Critiques en doctrine

Aucune de ces deux conceptions n'échappe à la critique. On reproche ainsi à l'approche *systématique* ou immanente de n'être qu'un prête-nom pour l'interprétation téléologique, laquelle tend à dégager le but de la norme, but qu'on obtient, en matière pénale, précisément à l'aide du bien juridique, comme nous le verrons ci-dessous[1061]. En ce sens, le terme «immanent» est du reste malheureux, car il semble suggérer que les biens juridiques découlent naturellement du système légal en place, que l'exercice est purement descriptif[1062], alors qu'en réalité, il passe nécessairement par un processus interprétatif et normatif[1063]. Cela est d'autant plus vrai en présence d'infractions qui protègent non pas un seul, mais plusieurs biens juridiques distincts[1064], voire d'infractions dont le bien juridique ne peut être directement déduit de leur objet[1065] ni de leur emplacement au sein du Code[1066]. 454

Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que les critiques habituellement formulées à l'encontre de l'élément d'interprétation téléologique[1067] soient transposées à la conception systématique ou immanente du bien juridique : la démarche est présentée comme dépendante de la personne chargée d'interpréter la norme en cause, qui se décidera, parmi les biens juridiques à sa disposition, en faveur de celui qui lui paraîtra le plus «plausible» selon son propre système de valeurs[1068]. Ainsi, selon GODENZI : *«Jede Argumentation mit dem Rechtsgut enthält daher eine konkludente, kriminalpolitische Aussage zur Funktion und legitimen Reichweite des Strafrechts»*[1069]. Dans ces conditions, une approche purement positiviste, selon laquelle les biens juridiques seraient simplement tirés de la loi et d'elle seule, n'apparaît plus soutenable. 455

D'un autre côté, la conception *critique* ou transcendante au système est attaquée du fait qu'elle introduit, au moyen des biens juridiques, des valeurs dont on ne peut 456

[1060] Cf. en *droit français* LACAZE, Bien juridique, N 4 ; MARTINELLE, N 134.
[1061] Cf. N 672 ss *infra* ; GODENZI, p. 244 s. ; FIOLKA, Verschulden, p. 142 ; BERNHARD, p. 99.
[1062] FORTSTER, p. 50 : recherche «cérémonielle» du bien juridique.
[1063] GODENZI, p. 244 ; NIGGLI, Ultima ratio, p. 242 : *«Güter werden nicht vorgefunden, sie werden zu solchen gemacht»*.
[1064] Par ex. le blanchiment d'argent (art. 305bis CP) ; cf. à cet égard MUSKENS, PJA 2021, p. 132.
[1065] Par ex. le faux dans les titres (art. 251 CP). Sur la distinction entre objet de l'infraction et bien juridique, cf. N 478 *infra*.
[1066] Par ex. la discrimination raciale (art. 261bis CP). Cf. GODENZI, p. 245.
[1067] Cf. N 61 *supra*.
[1068] GODENZI, p. 246 ; dans le même sens : GFELLER, p. 82 nbp 309. FIOLKA, Rechtsgut, p. 252 et 255, reconnaît cette réalité, mais propose d'en atténuer les effets par le révélation des valeurs propres à l'interprète, ce qu'une conception systématique permet bien mieux qu'une conception critique.
[1069] GODENZI, p. 246 ; dans le même sens : HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 19 s.

contrôler si elles sont véritablement compatibles avec notre ordre juridique, faute de pouvoir les définir de manière transparente[1070]. En se fondant sur des considérations extra-légales, soit des valeurs supérieures ou « naturelles » que les biens juridiques sont supposés incarner, on se garde bien de préciser comment celles-ci doivent être arrêtées, selon quels critères (culturels, sociaux, éthiques) et, surtout, par qui[1071]. Un tel exercice serait d'ailleurs voué à l'échec, dans nos sociétés modernes plurielles, marquées par l'absence de système de valeurs universel et reconnu par tous[1072].

457 À ceux qui proposent de déduire les biens juridiques des relations sociales existantes, du modèle de société actuel, on oppose que la fonction critique desdits biens serait alors vidée de sa substance : comment en effet espérer que les biens juridiques puissent poser un regard critique sur les décisions du législateur en matière de politique criminelle s'ils sont issus du modèle sociétal dominant, qui imprègne également les choix dudit législateur ?[1073]

458 Enfin, certains auteurs reprochent à la conception critique d'exagérer l'importance à donner aux biens juridiques. Une norme, adoptée conformément au processus législatif et donc supposée l'expression du peuple souverain, ne saurait être qualifiée d'illégitime, ou même carrément abrogée, du seul fait qu'elle ne lèse aucun bien juridique[1074]. Au moment de voter une loi incriminant un nouveau comportement, le législateur ne se soucie que trop peu de l'existence d'un bien juridique, concept dogmatique qui lui est généralement obscur, mais se laisse souvent guider par des considérations plus matérielles de politique criminelle[1075]. Les révisions récentes du Code pénal, notamment en matière sexuelle, viennent toutefois relativiser cette vision des choses : le bien juridique a en effet occupé un rôle de premier plan au cours du processus législatif, que ce soit dans les projets et avis du Conseil fédéral et des commissions[1076], mais aussi lors des débats devant les Chambres fédérales[1077].

[1070] FIOLKA, Verschulden, p. 145 ; SWOBODA, p. 34 ss ; cpr. ROXIN, Goods-in-law, p. 7 ss.

[1071] SWOBODA, p. 35 ; WOHLERS, Binding, p. 156 s. ; cpr. ROXIN/GRECO, § 2 N 94e ss.

[1072] SWOBODA, p. 35 ; GODENZI, p. 251.

[1073] SWOBODA, p. 35 s. Une telle fonction critique se conçoit toutefois face à des choix législatifs passés et – désormais – dépassés ; cf. SCHUCHMANN, p. 27.

[1074] GODENZI, p. 243, qui voit dans le discours autour des biens juridiques *« ein mehr oder weniger gewichtiger Argumentationstopos der kriminalpolitischen Auseinandersetzung »* ; cf. ég. GETH, N 3 ; WOHLERS/HENEGAN/PETERS, p. 108 ; WOHLERS, Binding, p. 158.

[1075] FIOLKA, Rechtsgut, p. 75 ss, 150, 440 ; FIOLKA, Verschulden, p. 135 (art. 47 al. 2 CP) ; FORSTER, p. 148, qui relève l'influence de la politique économique et extérieure de la Suisse sur des infractions comme le blanchiment d'argent (art. 305bis CP) et le délit d'initié (art. 161 aCP) ; GODENZI, p. 243 s., qui prend l'exemple de l'organisation criminelle (art. 260ter CP), infraction pour laquelle le Message originel du Conseil fédéral ne mentionne pas une seule fois le terme bien juridique. La dernière révision de la norme en lien avec la menace terroriste ne fait pas beaucoup mieux : le Message du 14 septembre 2018 ne contient qu'une seule (timide) mention du bien juridique : FF 2018 6469, p. 6547 ; les débats parlementaires s'y réfèrent à deux reprises seulement : BO CN 2020 p. 991 (en lien avec les mesures policières) et p. 999.

[1076] Message Convention Lanzarote 2012, p. 7105 : « le droit pénal ne peut ni ne doit punir un comportement que s'il y a lésion ou mise en danger concrète d'un bien juridique protégé » ; cf. ég.

Conscients des nombreuses critiques adressées à l'encontre du bien juridique, une partie de la doctrine propose de compléter, voire de remplacer la théorie des biens juridiques par d'autres concepts (principe de proportionnalité, *Harm and Offense Principle, Sozialschädlichkeit*, théorie de l'expectative ou *Normgeltungsschaden*), toujours dans le but avoué de tracer la limite de l'intervention légitime du droit pénal[1078]. 459

En *Allemagne*, les partisans d'une approche critique semblent aujourd'hui majoritaires[1079], même si, dans un arrêt très remarqué de 2008 sur l'infraction d'inceste (§ 173 StGB/D), le *Bundesverfassungsgericht* s'est refusé à trancher la controverse[1080]. 460

En *Suisse*, la doctrine (essentiellement alémanique) s'est peu à peu emparée du débat entre conceptions systématique et critique du bien juridique, sans toutefois donner de préférence claire à l'une ou à l'autre[1081]. Dans sa thèse consacrée à la question, FIOLKA défend pour sa part une approche résolument systématique du bien juridique, qui permet de préserver sa fonction pratique en tant qu'instrument de travail utile à l'élucidation de questions de droit pénal matériel (notamment en matière de concours d'infractions), tout en évitant de tomber dans des réflexions de pure politique criminelle[1082]. 461

C. Perspective dans le cadre de l'art. 115 CPP

En définitive, le choix entre l'une ou l'autre de ces conceptions dépend de la perspective adoptée, du cadre général dans lequel s'inscrit la réflexion sur le bien juridique et des questions concrètes auxquelles elle est supposée répondre. Ainsi, une approche *critique* fera sens lorsqu'il s'agira d'examiner une infraction particulière, dont le caractère légitime est contesté[1083], ou de dénoncer certaines tendances actuelles de poli- 462

Rapport CAJ-CE 2022, qui contient de nombreuses références à la notion de bien juridique, dont celle-ci : « Toute norme de droit pénal se fonde sur le bien juridique à protéger » (p. 65).

1077 Cf. les nombreuses allusions à la notion de bien juridique lors des délibérations parlementaires sur la dernière révision du droit pénal en matière sexuelle (Objet 18.043, Projet 3). Sur le rôle du bien juridique au sein de l'élément d'interprétation historique, cf. N 667 ss *infra*.

1078 Pour un aperçu : HURTADO POZO/GODEL, N 32 s. ; BERNHARD, p. 174 ss ; en *Allemagne* : ROXIN/GRECO, § 2 N 103 ss ; SCHUCHMANN, p. 33 ss ; SWOBODA, p. 37 ss.

1079 ROXIN/GRECO, § 2 N 120 ; SWOBODA, p. 33 ; FIOLKA, Verschulden, p. 141 ss, nbp 46 ss ; plus nuancée : BERNHARD, p. 95.

1080 BVerfGE 120, 224, 241. Certains passages de l'arrêt semblent toutefois indiquer une conception systématique : ENGLÄNDER, p. 618 ; VOGEL, p. 149 ; ROXIN, Goods-in-law, p. 9.

1081 Suivent une conception *systématique* : HURTADO POZO/GODEL, N 28 ; WOHLERS/HENEGAN/PETERS, p. 112 ss ; MAEDER, Gefährdung, N 81 nbp 87 ; JENAL, Religiöser, N 67 ; BAZZI, N 52 ; GFELLER, p. 82 s. ; VERDE, N 36 s. ; DYENS, N 343 s. ; ACKERMANN et al., p. 6 ; ACKERMANN/EGLI, p. 12. Suivent une conception *critique* : VASELLA, N 13.18 ; BERHARD, p. 99 ; IVANOV, p. 42, 53 s. ; FORSTER, p. 45 s., 48 ; SINA, p. 91 s. ; cf. aussi HUMBEL FABIAN, Subventionsbetrug, thèse Zurich 2008, p. 35. Ne prennent pas (ou pas clairement) position : PIETH/SIMMLER, p. 1 ss ; GODENZI, p. 246 ; NIGGLI/MAEDER, Strafrecht, p. 447.

1082 FIOLKA, Rechtsgut, p. 149, ss, 388 ss, 467 ss, et 933.

1083 Par ex. le *négationnisme* (art. 261bis al. 4, 2ème phrase CP ; cf. BERNHARD, p. 99, 218 et FORSTER, p. 50, 134 ss), *l'atteinte à la liberté de croyance et des cultes* (art. 261 CP ; cf.

tique criminelle, par exemple l'inflation législative en matière de droit pénal matériel[1084].

463 Dans l'optique de la présente étude, toutefois, seule une approche *systématique* des biens juridiques est susceptible d'éclairer utilement la notion de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[1085]. La définition du lésé en tant que titulaire du bien juridique protégé par l'infraction implique en effet une démarche inductive, ou descriptive, qui part de l'infraction en cause pour en tirer le bien juridique. La jurisprudence en livre d'ailleurs un excellent exemple : dans de nombreux arrêts relatifs à la qualité de lésé, le Tribunal fédéral, au terme d'une analyse plus ou moins rigoureuse de la disposition de droit pénal matériel litigieuse, arrête le ou les biens juridiques qu'elle tend à protéger, avant de décider si celui qui se prétend lésé peut en être titulaire[1086]. La disposition légale sert de base à l'examen, et l'existence d'(au moins) un bien juridique derrière chaque infraction n'est pas remise en question. Bien au contraire, on considère comme acquis que l'infraction en cause tend à protéger un bien juridique, seul reste à déterminer lequel. Cette prémisse se revendique d'une conception systématique ou immanente du bien juridique[1087].

464 La doctrine parle à cet égard d'*Abbildungsthese*, terme qui traduit bien l'idée de projection – derrière chaque norme, un bien juridique – propre à une conception systématique[1088]. Une approche critique, outre qu'elle néglige bien souvent le rôle (procédural) du lésé[1089], voudrait qu'avant toute chose, on examine le caractère légitime de la norme au regard de biens juridiques extérieurs à celle-ci et, plus généralement, au système légal dans son ensemble. Si – et seulement si – l'infraction devait effectivement protéger un tel bien, alors un lésé pourrait éventuellement entrer en ligne de compte. Dans le cas contraire, la norme serait taxée d'illégitime et, indépendamment de la question de savoir si elle doit malgré tout être appliquée par les tribunaux[1090], aucune personne ne pourrait prétendre à la qualité de lésé, à défaut d'un quelconque bien juridique digne de ce nom[1091].

JENAL, Religiöser, N 2 ss) ou *les délits contre l'honneur* (art. 173 ss CP ; cf. POULIKAKOS GEORGE/GAMBINO LUCA, Abschied vom strafrechtlichen Schutz der Ehre, Jusletter 9 mars 2026). Pour la France, cf. RABUT-BONALDI, p. 48 ss.

1084 Pour porter le discours, il est alors naturel d'associer les biens juridiques (et le droit pénal en général) à la protection de valeurs élémentaires de la société. Cf. OBERHOLZER, Renaissance, p. 93 ; en *droit français*, cf. LACAZE, Bien juridique, N 754.

1085 Cf. ég. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 2. Parvenant à la même conclusion pour le droit du lésé de porter plainte pénale (art. 30 al. 1 CP) : FIOLKA, Rechtsgut, p. 601 s.

1086 Cf. par ex. ATF 145 IV 433 ; 145 IV 491 c. 2.4.2 ; 138 IV 258 c. 3.

1087 Sur la jurisprudence du TF sur le bien juridique en général : IVANOV, p. 107.

1088 FIOLKA, Rechtsgut, p. 210 ss, spéc. 218, et 491.

1089 Pour se concentrer sur l'auteur : cf. ESER, p. 1018 ss ; plus récemment : HIRSCH, p. 33 ss.

1090 Cf. art. 190 Cst. pour la Suisse. Pour un cas d'application en matière pénale, cf. TF, 6B_836/2019, 14.5.2020, c. 2.2.2 [d], relatif à l'art. 6 aLAO (correspondant en substance à l'art. 7 de la nouvelle LAO, entrée en vigueur le 1.1.2020 [RO 2017 6559]).

1091 Cf. VERDE, N 146, sous l'angle du droit de la responsabilité civile.

Même en adoptant une telle conception systématique, on ne peut toutefois ignorer que certaines questions devant être tranchées à l'aide du bien juridique supposent certains jugements de valeurs ; tel est en particulier le cas au moment de déterminer le ou les biens juridiques protégés par une infraction particulière ou de décider si une personne déterminée doit se voir reconnaître la qualité de lésé[1092]. Il suffit d'en être conscient, afin de pouvoir repérer les situations en cause et de ne pas tenter de justifier les choix opérés par des constructions trop théoriques ou dogmatiques[1093]. 465

D. Fonctions restantes du bien juridique

Dans la conception systématique qui est suivie ici, le bien juridique ne peut pas servir d'étalon ou de point de référence pour l'examen critique des normes pénales existantes. Il reste toutefois une institution juridique fondamentale, utile à la résolution de nombreuses questions de droit pénal matériel et formel. 466

En *droit pénal matériel*, le bien juridique intervient en lien avec les notions ou les problématiques suivantes : 467

L'élément d'interprétation téléologique[1094] ; la notion de résultat comme critère de rattachement territorial de la juridiction internationale de la Suisse (art. 8 CP)[1095] ; l'étendue de l'obligation d'agir à la base d'un délit de commission par omission (art. 11 al. 2 CP)[1096] ; les notions d'intention et de négligence (art. 12 CP)[1097] ; le motif justificatif (non écrit) du consentement du lésé[1098] ; la comparaison entre bien sacrifié et bien préservé pour la légitime défense (art. 15 s. CP) et l'état de nécessité (art. 17 s. CP)[1099] ; l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP)[1100] ; les différentes théories fondant la punissabilité de la tentative (art. 22 CP) et de la participation principale et accessoire (art. 24-27 CP)[1101] ; la punissabilité de la tentative (achevée ou délit impossible ; art. 22 al. 1 CP) d'une infraction qualifiée lorsque celle de base est réalisée[1102] ; le repentir actif (art. 23 CP)[1103] ; la qualité de lésé pour les infractions poursuivies sur plainte (art. 30 CP)[1104] ; la fixation

[1092] FIOLKA, Rechtsgut, p. 603, explicite : *« Die Anerkennung der Verletzteneigenschaft setzt Wertungen voraus »* ; voir aussi, en *droit français*, LACAZE, Bien juridique, p. 247 s.
[1093] Sur ces questions, voir en général WIPRÄCHTIGER, p. 150 ; cf. aussi N 24 *supra*.
[1094] Cf. N 672 ss *infra*.
[1095] Cf. N 615 *infra*.
[1096] FIOLKA, Rechtsgut, p. 581 s.
[1097] CR CP I-VILLARD/CORBOZ, Art. 12 N 26, 48, 134 et 170.
[1098] Cf. N 505 ss *infra*.
[1099] FIOLKA, Rechtsgut, p. 585 ss ; CR CP I-MONNIER, Art. 15 N 19 et Art. 17 N 15.
[1100] CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/GAUDERON, Art. 21 N 19.
[1101] CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 22 N 12 ss ; CR CP I-STRÄULI, Intro Art. 24-27 N 18 ss et 120 ss ; cf. aussi FIOLKA, Rechtsgut, p. 597 s.
[1102] Cf. par ex. ATF 129 IV 188 c. 3.3 ; 124 IV 97 c. 2.
[1103] CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 23 N 11.
[1104] Cf. N 424 ss *supra*.

de la peine (art. 47 al. 2 CP)[1105]; l'existence d'un motif honorable (art. 48 let. a ch. 1 CP)[1106]; le concours réel, idéal ou imparfait (art. 49 CP)[1107]; la notion d'intérêt public et privé peu important en cas de réparation du dommage (art. 53 let. b CP)[1108]; le risque de récidive en matière de mesures thérapeutiques (art. 59 ss CP) et d'internement (art. 64 ss CP)[1109]; le risque de récidive en matière d'expulsion pénale (art. 66a ss CP)[1110] ou de libération conditionnelle (art. 86 al. 1 CP)[1111]; et la possibilité de se référer à des pièces (jugements ou expertises) relatives à des inscriptions radiées du casier judiciaire (art. 30 de la loi sur le casier judiciaire [RS 330])[1112].

468 En *procédure pénale*, hormis dans la définition du lésé (art. 115 CPP), le bien juridique joue un rôle s'agissant des points suivants:

L'interdiction de la double poursuite (art. 11 CPP)[1113]; la divulgation de données dans le cadre d'une procédure pendante (art. 96 CPP)[1114]; la restriction du droit d'être entendu d'une partie (art. 108 al. 1 let. b CPP) ou l'octroi de mesures de protection (art. 149 al. 1 CPP) en cas de danger[1115]; les difficultés de la cause justifiant la mise en œuvre d'une défense d'office (art. 132 al. 2 CPP)[1116]; la qualification en «infraction grave» permettant l'exploitation des preuves obtenues de façon illicite par les autorités (art. 141 al. 2 CPP)[1117] ou par des privés[1118]; le caractère disproportionné des démarches en vue de faire comparaître une personne en cas d'audition par vidéoconférence (art. 144 al. 1 CPP)[1119]; la gravité de l'infraction permettant de justifier le prononcé d'une mesure de contrainte (art. 197 al. 1 let. d CPP), critère concrétisé en matière de *(i)* détention provisoire ou pour motifs de sûretés en cas de risque de récidive (art. 221 al. 1 let. c et al. 1bis CPP; cf. ég. art. 364a al. 1 let. b ch. 2 CPP)[1120], *(ii)* quotité des sûretés (art. 238 al. 2

[1105] FIOLKA, Verschulden, p. 135 ss, 149 ss; FIOLKA, Rechtsgut, p. 604 ss; TF, 6B_1197/2015, 1.7.2016, c. 3.3.1 [f], sur la valeur et le rang des biens juridiques en jeu comme facteur de fixation de la peine.

[1106] En dernier lieu: ATF 149 IV 217 c. 1.3.2 *in fine* et 1.3.3.

[1107] Cf. par ex. ATF 122 IV 211 c. 4; plus récemment: ATF 150 IV 273 c. 3; 147 IV 253 c. 2.3; en doctrine: FIOLKA, Rechtsgut, p. 619 ss; cf. aussi N 646 *infra* et les arrêts cités.

[1108] ATF 135 IV 12 c. 3.4.3; cf. aussi GUISAN/RUTSCHMANN, N 20.20 ss.

[1109] ATF 137 IV 201 c. 1.2; 127 IV 1 c. 2a; TF, 6B_1069/2021, 12.11.2021, c. 1.1 [f].

[1110] ATF 145 IV 364 c. 3.5.3; 145 IV 55 c. 4.4; TF, 6B_798/2022, 29.3.2023, c. 2.3 [f].

[1111] ATF 133 IV 201 c. 2.3; 124 IV 193 c. 3; TF, 7B_412/2023, 31.8.2023, c. 2.2.1 [f].

[1112] ATF 150 IV 103 c. 2.3.2, relatif à l'art. 369 aCP, citant l'intégrité corporelle comme «l'un des biens juridiquement protégés les plus importants».

[1113] PIQUEREZ/MACALUSO, N 589, par opposition à d'autres conceptions qui raisonnent uniquement sur la base du comportement de l'auteur, indépendamment de sa qualification juridique.

[1114] CR CPP-FANTI/ROHMER, Art. 96 N 15.

[1115] Cf. BSK StPO-HANS/WIPRÄCHTIGER/SCHMUTZ, Art. 101 N 19.

[1116] Not. en cas de pluralité d'infractions protégeant des biens juridiques de nature différente, ce qui entraîne l'application des règles sur le concours (art. 49 al. 1 CP), «à propos desquelles le système légal et la jurisprudence ne sont pas simples à comprendre pour une personne non juriste» (cf. TF, 1B_276/2022, 23.9.2022, c. 3.2 [f]; 1B_360/2020, 4.9.2020, c. 2.4 [f]; 1B_210/2019, 29.7.2019, c. 2.3 [f]).

[1117] ATF 147 IV 9 c. 1.4.2.

[1118] ATF 147 IV 16 c. 7.2.

[1119] BSK StPO-HÄRING, Art. 144 N 5; CR CPP-THORMANN/MÉGEVAND/BRECHBÜHL, Art. 144 N 9.

CPP), *(iii)* mesures de surveillance secrète (art. 269 al. 1 let. b CPP)[1121], *(iv)* établissement d'un profil ADN et saisie de données signalétiques (art. 255 et 260 CPP)[1122] et *(v)* investigation secrète (art. 286 al. 1 let. b CPP)[1123]; le consentement à une perquisition donné par l'ayant droit (art. 244 al. 1 CPP)[1124]; enfin, en *procédure pénale militaire*, le bien juridique intervient également au moment de décider de l'anonymat d'un témoignage (art. 95b let. b PPM).

III. Définition du bien juridique

A. Des définitions multiples

La définition de ce qu'est un bien juridique est rendue ardue par les innombrables théories qui entourent la notion, avec la conséquence qu'on trouve presque autant de (tentatives de) définitions que de théories elles-mêmes. Au vu de cette réalité, certains affirment qu'une définition du bien juridique qui *«auf alle Deliktstatbestände passt und trotzdem noch etwas aussagt»* relèverait de la quadrature du cercle[1125]. 469

Les biens juridiques seraient ainsi, pour ne prendre que quelques-unes des définitions célèbres données par la doctrine *allemande*[1126], des «intérêts protégés par la loi»[1127], des «intérêts humains nécessitant une protection pénale»[1128], des «unités fonctionnelles sociales, sans lesquelles notre société étatique ne serait pas viable»[1129], des «états particuliers de la vie quotidienne jugés dignes de valeur»[1130], ou encore des «réalités ou des buts servant au libre épanouissement de l'individu au sein d'un système social fondé sur ce même objectif ou au fonctionnement de ce système lui-même»[1131]. 470

[1120] ATF 151 IV 277 c. 2.3; 146 IV 326 c. 3.1; 146 IV 136 c. 2.2 ss; 143 IV 9 c. 2.3.1, 2.6, 2.7 et 3.1; BSK StPO-HEER/BERNARD/STUDER, Art. 364a N 11 nbp 18.

[1121] ATF 142 IV 289 c. 2.3; 141 IV 459 c. 4.1; TF, 1B_282/2022, c. 4.2 [f] n.p. in ATF 149 IV 35 (découvertes fortuites selon l'art. 278 CPP).

[1122] ATF 147 I 372 c. 4.3.1; TF, 1B_409/2021, 3.1.2022, c. 5.2.2 [f].

[1123] BSK StPO-KNODEL, Art. 286 N 20.

[1124] BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL, Art. 244 N 13.

[1125] STRATENWERTH, Begriff, p. 101; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 3 N 8; GODENZI, p. 251.

[1126] Voir les longues listes dressées par STRATENWERTH, Begriff, p. 92; ENGLÄNDER, p. 620; NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 143; IVANOV, p. 39 s.

[1127] *«rechtlich geschütztes Interesse»*, cf. VON LISZT FRANZ, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 (1886) 663 ss, p. 672 s.

[1128] *«strafrechtlich schutzbedürftige menschliche Interessen»*, HASSEMER, Grundlinien, p. 91.

[1129] *«sozialen Funktionseinheiten, ohne die unsere staatliche Gesellschaft in ihrer konkreten Ausprägung nicht lebensfähig wäre»*, cf. RUDOLPHI HANS-JOACHIM, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in Festschrift Richard Honig, Göttingen 1970, 151 ss, p. 163.

[1130] *«besonderer werthafter Zustand der äußeren Lebenswirklichkeit»*, cf. MAYER HELLMUTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953, p. 53.

[1131] *«Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind»*, cf. ROXIN/GRECO, § 2 N 7; le Conseil fédéral a repris cette définition dans le Message harmonisation, p. 2898.

471 On trouve des définitions semblables chez les auteurs *suisses*, allant des «objets protégés par les lois pénales»[1132] à des «valeurs ou des intérêts dignes de protection [car] essentiels à l'épanouissement des personnes (au bien-être personnel et collectif) au sein d'une société déterminée et au bon fonctionnement des entreprises et institutions qui s'y développent»[1133], en passant par des «intérêt[s] pénalement protégé[s]»[1134], «l'intérêt auquel la norme pénale se rapporte ou la valeur qu'elle permet de stabiliser»[1135], ou encore des «états ou processus généraux, reconnus juridiquement»[1136].

472 Le *Tribunal fédéral*, d'ordinaire peu enclin à proposer de définition du bien juridique, s'est toutefois récemment risqué à l'exercice: citant des auteurs allemands[1137], notre Haute Cour a décrit le bien juridique comme la «valeur protégée par la norme pénale» *(«Rechtsgut ist der durch die Strafvorschrift geschützte Wert»)*[1138]. On retrouve également la notion en droit de la responsabilité civile, plus précisément en lien avec la condition de l'illicéité de l'acte; dans ce cadre, la jurisprudence qualifie – laconiquement – le bien juridique de «bien protégé par l'ordre juridique» *(«eines von der Rechtsordnung geschützten Gutes»)*[1139].

B. Une proposition

473 En reprenant à la base les termes *bien juridique*, il faut selon nous distinguer entre un élément substantiel, le *bien* (*Gut* en allemand), et un élément *juridique* ou normatif, une relation au droit (*Recht* en allemand). Ces deux composantes se retrouvent d'ailleurs dans la plupart des définitions présentées ci-dessus. Toutefois, en fonction de l'orientation systématique ou critique du bien juridique, les contours de ces composantes ainsi que leur poids respectif varieront considérablement.

[1132] *«durch Strafgesetze geschützte Objekte»*, cf. FIOLKA, Rechtsgut, p. 478, qui complète cette définition par une autre, plus «narrative», du type de biens juridiques en tant que *«typisierter, im Hinblick auf strafgesetzliche Tatbestände ausdifferenziert formulierter und als sozial funktional angesehener menschlicher Interessen»* (p. 480).

[1133] HURTADO POZO/GODEL, N 26 et 28 pour les biens juridiquement protégés, qui sont les «intérêts évalués juridiquement de manière positive au regard de leur concrétisation dans la réalité»; cf. aussi DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 6.

[1134] GRAVEN/STRÄULI, p. 84.

[1135] *«Das Rechtsgut beantwortet die Frage nach dem Interesse, auf welches sich die Strafnorm bezieht, bzw. nach der Wertvorstellung, die durch die Strafbestimmungen stabilisiert wird»*, cf. MUSKENS, PJA 2021, p. 139.

[1136] *«im Sinne eines allgemeinen, rechtlich gebilligten Zustandes oder Prozesses»*, cf. BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 41.

[1137] JESCHECK/WEIGEND, p. 7 s. et 256 ss, qui défendent d'ailleurs une conception strictement systématique du bien juridique, rejetant explicitement toute exploitation de celui-ci comme outil de politique criminelle; cf. à cet égard FIOLKA, Rechtsgut, p. 210.

[1138] ATF 145 IV 492 c. 2.4.2.

[1139] ATF 118 Ib 473 c. 2a; plus récemment: ATF 135 V 373 c. 2.4; TF, 2C_1059/2014, 25.5.2016, c. 6.2 (d); cf. ég. VERDE, N 32 et les arrêts cités.

1. L'élément « bien »

L'élément *bien* souligne l'aspect qualitatif de la notion, qui doit ainsi avoir une certaine valeur, une substance[1140]. L'enjeu est ici de trouver un qualificatif qui convienne au plus grand nombre d'infractions pénales[1141], tout en conservant une certaine utilité dogmatique et pratique, afin d'éviter de tomber dans des considérations trop triviales. 474

Parmi les définitions déjà citées, on peut d'emblée exclure le terme « intérêt » qui, méthodologiquement, ne désigne pas le bien juridique en tant que tel, mais en est plutôt le reflet. Contrairement au bien juridique, un intérêt ne peut être lésé ou même mis en danger[1142] ; il aura même tendance à se renforcer en cas d'atteinte au bien concerné[1143]. En réalité, le bien juridique n'est pas un intérêt, mais bien l'objet de cet intérêt, ce vers quoi cet intérêt tend[1144]. On pourrait dire que si le bien juridique est certes *digne d'intérêt*, il est toutefois autre chose encore[1145]. Par ailleurs, la notion d'intérêt, conçue à l'origine pour se rapporter à des individus, et donc à des intérêts individuels, se concilie mal avec la figure des biens juridiques collectifs, puisqu'il sera toujours possible d'imaginer une personne « standard » partageant les intérêts (collectifs, donc) en cause, de telle sorte que la notion, et sa relation à une personne déterminée, s'en trouveront édulcorées[1146]. 475

Malgré ces réserves, le bien juridique est encore très souvent assimilé à la notion d'intérêt, en particulier dans la jurisprudence, qui emploie ces expressions comme des synonymes[1147]. À y regarder de plus près, on s'aperçoit que le terme intérêt est régulièrement repris dans une formule du type « *[infraction]* protège l'intérêt *[public ou privé]* à *[bien juridique]* »[1148], qui exprime en définitive assez bien l'idée selon laquelle l'intérêt doit toujours avoir pour point de référence un bien juridique[1149], ce qui n'est pas critiquable en soi. En sociologie, BOURDIEU a montré l'intimité existant entre la no- 476

[1140] VERDE, N 40 : *« Die Werthaftigkeit ist ein Wesensmerkmal des Gutes »*.

[1141] FIOLKA, Rechtsgut, p. 479 ; STRATENWERTH, Begriff, p. 93.

[1142] Cpr. toutefois ATF 147 IV 269 c. 3.1 : « celui dont les intérêts privés ne sont *atteints* qu'indirectement par une infraction qui ne *lèse* que des intérêts publics » (nous mettons en évidence).

[1143] STRATENWERTH, Begriff, p. 94 ; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 30 ; VERDE, N 44.

[1144] FIOLKA, Rechtsgut, p. 174 s. et 482 s. ; VASELLA, N 13.28 ; KASPAR, p. 206 ; en général, voir DUBEY, N 3 : intérêt comme la « représentation (ou l'anticipation) d'un bien (futur) ».

[1145] Cf. dans ce sens STRATENWERTH, Begriff, p. 94 : « *Interessen richten sich auf Etwas, das Interesse erregt oder verdient – sie sind nicht dieses Etwas, sondern nur der Reflex seiner Werthaftigkeit* ».

[1146] Cf. FIOLKA, Rechtsgut, p. 177 ss ; voir ég. HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 31.

[1147] Par ex. TF, 6B_1279/2018, 26.3.2019, c. 1.2.2 (f) : l'art. 146 CP vise à protéger les « intérêts pécuniaires du lésé » ; cf. aussi ATF 145 IV 491 c. 2.3.1 ; 145 IV 335 c. 3.1 et 4.5.1 ; 141 IV 444 c. 3.7 ; 135 IV 12 c. 3.4.3 ; 129 IV 322 c. 2.2.4 ; 118 Ia 14 c. 2b ; en doctrine, cf. PC CP, Art. 10 N 9 : « […] lèse un bien juridique ou un intérêt juridiquement protégé ».

[1148] Voir par ex. ATF 145 IV 433 c. 3.5.3 et 3.5.4 ; 141 IV 444 c. 3.2 ; cf. déjà ATF 85 IV 24, c. 3a : *« Rechtsgüter, zu denen auch das Interesse der Allgemeinheit an der Unversehrtheit des Tieres gehört »*.

[1149] Cf. aussi HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 31.

tion d'intérêt et celle de valeur, qui est un autre synonyme de bien juridique: «la valeur est une manière de transfigurer, voire de travestir, un intérêt pour le rendre plus séduisant. En fait, il n'y a que des *valeurs intéressées*»[1150].

477 Ensuite, les expressions «unités fonctionnelles» ou «valeurs essentielles» doivent également être abandonnés: la première, car elle renvoie à des conceptions sociétales évolutives et imprécises[1151], la seconde, car elle a tendance à se rapporter à des réflexions morales ou à des valeurs sociétales idéales, lesquelles ne se laissent pas observer de manière empirique[1152] et ne sont pas en elles-mêmes susceptibles d'être lésées *(«Verletzbarkeit»)*[1153].

478 Ces éléments («intérêts», «unités fonctionnelles», «valeurs essentielles») montrent toutefois que le bien juridique se situe à un certain niveau d'abstraction, qu'il s'agit d'un élément conceptuel et largement dématérialisé. En cela, il se distingue de *l'objet de l'infraction* (*Tat-, Handlungs-* ou *Angriffsobjekt*), par lequel on entend la personne ou la chose (matérielle ou non)[1154] sur laquelle porte l'exécution du comportement délictueux, et qui désigne donc un élément concret, tangible ou à tout le moins suffisamment perceptible dans le monde réel[1155]. Par exemple, si l'objet d'un vol (art. 139 CP) est une chose mobilière appartenant à autrui, cette infraction protège, en tant que bien juridique, le patrimoine[1156] ou, plus exactement, le libre pouvoir de disposition de l'ayant droit sur cette chose[1157]. Parfois, le bien juridique coïncide pourtant avec l'objet de l'infraction: ainsi, la vie humaine, bien juridique protégé par l'infraction de meurtre (art. 111 CP), ne se distingue pas fondamentalement d'une personne vivante (autre que l'auteur) en tant qu'objet de cette infraction[1158]. Reste que même dans ces cas, le bien juridique ne fait en réalité que s'incarner ou se matérialiser dans l'objet de l'infraction[1159]; ce dernier est un «représentant»[1160] du bien juridique, lequel demeure

[1150] BOURDIEU PIERRE, Genèse et structure du champ religieux, 1971, cité par FOUCHARD ISABELLE, Crimes internationaux – Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international, thèse Paris/Genève, Bruxelles 2014, p. 407.

[1151] STRATENWERTH, Begriff, p. 95 s., qui souligne que «l'unité» d'une fonction telle que l'administration de la justice peut être définie sur plusieurs niveaux (la justice en général, une de ses branches ou une procédure particulière), alors que d'autres biens tels que la vie, la propriété ou la liberté sont certes des unités, mais ne se laissent pas fonctionnaliser; critiques ég. SWOBODA, p. 34; FIOLKA, Rechtsgut, p. 179 s.

[1152] FIOLKA, Rechtsgut, p. 169 s.

[1153] STRATENWERTH, Begriff, p. 96 s.; BERNHARD, p. 106; VERDE, N 41; en *Allemagne*: HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 28 s.; MOELLER, p. 134 ss (pour la *«Verletzbarkeit»*).

[1154] DYENS, N 377; VERDE, N 48; *contra*: STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 13.

[1155] ATF 145 IV 492 c. 2.4.2: *«Rechtsgut und Handlungsobjekt sind zu unterscheiden»*. Voir aussi HURTADO POZO/GODEL, N 28 et 381; GRAVEN/STRÄULI, p. 87; DYENS, N 345.

[1156] TF, 6B_786/2014, 10.4.2015, c. 1.5.3 [d]; 6B_1075/2013, 17.2.2014, c. 2.3 [d].

[1157] BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 27 ss; FIOLKA, Rechtsgut, p. 189.

[1158] VERDE, N 48; cf. aussi BSK StGB-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 1 s.

[1159] STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 14; GRAVEN/STRÄULI, p. 87; DYENS, N 345 et la référence (nbp 591) à JESCHECK/WEIGEND, p. 260: bien juridique et objet de l'infraction liés *«wie Idee und Erscheinung»*.

[1160] HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 40; DYENS, N 382; MONA, p. 111.

un concept essentiellement abstrait, un nom générique[1161]. Le bien juridique n'est donc pas l'objet de l'infraction, mais plutôt l'objet de protection de l'infraction, ce que souligne d'ailleurs l'emploi des termes *«Schutzgut»* ou *«Schutzobjekt»* en tant que synonymes de bien juridique[1162].

Parmi les définitions de l'élément «bien» encore en lice, on trouve les termes «objets» ou «états», qui doivent être privilégiés en ce qu'ils permettent d'appréhender toute la diversité des biens entrant en ligne de compte : à la fois ceux qui s'imposent naturellement à l'esprit, tels que la vie, l'intégrité corporelle, le patrimoine, mais également ceux qui recoupent des concepts plus abstraits, tels que l'honneur, la sphère privée ou encore l'administration de la justice. Le terme «état» exprime d'ailleurs mieux le côté immatériel, parfois dynamique, des biens juridiques, contrairement à celui d'«objet», qu'on associe plutôt à l'objet de l'infraction et donc à quelque chose de solide et de statique[1163]. Il en va de même lorsqu'on garde à l'esprit qu'un bien juridique doit pouvoir être lésé ou mis en danger : alors qu'un «état» se détériore, un «objet» s'endommage ou se détruit, ce qui renvoie, ici aussi, à quelque chose de tangible. 479

Quoi qu'il en soit, les termes «objets» et «états» doivent être compris dans leur dimension *relationnelle*, prônée par une très large majorité de la doctrine : un bien n'est ce qu'il est qu'au travers de sa relation à une personne ou à un ensemble de personnes[1164], voire à des êtres qui ne peuvent pas ou pas encore être qualifiés de personnes (les animaux, les embryons ou même les générations futures)[1165]. On a vu que le bien juridique, compris en tant qu'«objet», était en réalité l'objet de l'intérêt d'autrui. En tant qu'«état», le bien juridique est ainsi l'état d'une relation qu'une personne (ou un autre être) entretient avec un certain objet. Ces deux éléments se laissent d'ailleurs combiner en une seule et même formule, selon laquelle un bien serait *l'état de la relation qu'une personne entretient avec un objet jugé digne d'intérêt*[1166]. 480

2. L'élément «juridique»

Le second élément, l'adjectif *juridique (Recht)*, est là pour rattacher la notion au droit *positif*, à tout le moins dans la conception systématique ou immanente au système qui est défendue ici. 481

[1161] FIOLKA, Rechtsgut, p. 200 ; BERNHARD, p. 105 ; DYENS, N 345 («élément de nature intellectuelle») ; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 32 ; cf. déjà GERMANN, Grundfragen, p. 126.

[1162] Voir par ex. ATF 145 IV 355 c. 4.5.1 ; 138 IV 258 c. 3.3 ; 108 IV 65 c. 3 ; en *Allemagne* : HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 31 s. ; MOELLER, p. 133.

[1163] Dans ce sens : VERDE, N 46 ; cf. ég. HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 80, qui définit les biens juridiques comme des *«Verwirklichungspotentiale»*, et donc *«nicht als statische Zustände, sondern als dynamische, auf Entfaltung angelegen Potentiale»*.

[1164] FIOLKA, Rechtsgut, p. 167, 200, 481 ss ; NIGGLI, Ultima Ratio, p. 243 s. ; MONA, p. 167 s. ; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 14 ; en *Allemagne* : JESCHECK/WEIGEND, p. 258 ; cf. ég. NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 131 ss, pour la *personale Rechtsgutslehre*.

[1165] Sur l'état de la discussion en *Allemagne* : ROXIN/GRECO, § 2 N 51 ss.

[1166] Cf. aussi FIOLKA, Rechtsgut, p. 167, pour une définition similaire.

482 Par opposition, les conceptions critiques ou transcendantes auront tendance à relativiser cet élément, en le couplant à des valeurs extra-légales, difficilement conciliables avec cette composante juridique, ou en considérant que les biens juridiques ont un ancrage constitutionnel – généralement dans le catalogue des droits fondamentaux – et font donc bien partie de l'ordre juridique, ce qui n'enlève toutefois en rien à leur potentiel critique à l'égard des lois pénales en vigueur[1167]. Ce dernier courant sur le lien entre bien juridique et droit constitutionnel a surtout été développé en Allemagne et ne semble pas avoir été véritablement relayé en Suisse, où l'ordre et la justice constitutionnels sont, pour des raisons historiques, sensiblement moins développés[1168].

483 Au niveau international, rappelons toutefois que la *CourEDH* déduit de plusieurs droits consacrés par la CEDH (notamment les art. 2, 3, 4 et 8 CEDH) une obligation positive, pour les États parties, d'adopter des dispositions pénales afin d'assurer une protection efficace de certaines « valeurs fondamentales »[1169], expression que le Tribunal fédéral traduit par *« hochwertige Rechtsgüter »*[1170].

484 Par droit positif, il faut néanmoins entendre droit *pénal* positif[1171]. Le bien juridique, en tant qu'il sert à définir la personne du lésé, est nécessairement protégé par une norme pénale déterminée, dont la violation entraîne la commission d'une infraction, au détriment du lésé, précisément. « C'est la loi pénale qui dégage de l'expérience sociale une série d'intérêts de premier rang et en fait des ‹biens juridiques› »[1172].

485 Cela n'empêche évidemment pas d'autres domaines du droit de connaître une notion similaire de bien juridique. Ainsi, en droit de la responsabilité civile, la jurisprudence retient qu'une norme de comportement *(Schutznorm)*, destinée à protéger les biens juridiques du lésé – et dont la violation est constitutive d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO – peut résulter de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse du droit privé, administratif ou pénal, de normes écrites ou non écrites, de droit fédéral ou de droit cantonal[1173]. Le droit administratif connaît lui aussi une notion de bien juridique, notamment en matière de droit de police, sous le vocable « biens de police »[1174].

[1167] Sur ces différentes approches doctrinales, cf. FIOLKA, Rechtsgut, p. 208 ss. Sur le fondement constitutionnel comme relevant d'une conception critique, cf. ENGLÄNDER, p. 624 ; SWOBODA, p. 44 ; FIOLKA, Rechtsgut, p. 227 ss ; *contra* : BERNHARD, p. 180, qui le place dans la conception systématique.

[1168] Cf. CR Cst.-DUBEY, Art. 5 N 10. Sur les liens entre biens juridiques et droit constitutionnel en *Allemagne*, cf. BVerfGE 120, 224 ; SCHUCHMANN, p. 27 ss ; Schönke/Schröder-EISELE, Vor §§ 13 ff. N 10a ; ENGLÄNDER, p. 624 ss ; SWOBODA, p. 44 ss ; cf. déjà HASSEMER, Mitleidenschaft, p. 59. Pour l'*Italie*, voir LACAZE, Bien juridique, N 145 ss. Sur les mécanismes de justice constitutionnelle en *Suisse* : CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 80 ss ; MALINVERNI et al., Vol. I, N 1903 ss.

[1169] CourEDH, X. et Y. c. Pays-Bas, n° 8978/80, 26.3.1985, § 27 ; plus récemment : CourEDH, Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie (GC), n° 41720/13, 25.6.2019, § 127 ; cf. ég. ATF 148 IV 234 c. 3.2 et 3.7.2 ; WEIGEND, Genugtuungsgedanken, p. 47 s.

[1170] ATF 134 IV 297 c. 4.3.5 ; voir aussi STAFFLER, p. 54 ss. Cf. déjà N 240 *supra*.

[1171] FIOLKA, Rechtsgut, p. 480 ; KASPAR, p. 209 *(« Strafrechtsgut »)* ; *contra* : VERDE, N 38, 142 : les biens juridiques sont une notion commune à l'ensemble de l'ordre juridique.

[1172] DONGOIS/LUBISHTANI, p. 65.

Par droit pénal positif, il faut enfin entendre droit pénal *matériel*, et plus particulièrement les normes érigeant certains comportements en infractions, qu'elles soient contenues dans la partie spéciale du Code pénal (droit pénal spécial) ou dans d'autres lois fédérales ou cantonales (droit pénal accessoire)[1175]. 486

En reprenant chacune de ces composantes (l'élément *bien* et l'élément *juridique*), il nous est désormais possible de définir le bien juridique comme *l'état de la relation qu'une personne entretient avec un objet jugé digne d'intérêt et protégé à ce titre par le droit pénal matériel positif*. 487

IV. Synthèse

Dans ce chapitre, nous avons présenté la notion de bien juridique, qui constitue le fondement de la qualité de lésé, comme objet de l'atteinte subie par ce dernier. Il s'agit d'une notion absolument essentielle, qui reviendra à de très nombreuses reprises dans la suite de ce travail, notamment dans l'examen des caractéristiques personnelle et directe de l'atteinte du lésé. 488

Le bien juridique est au cœur de la définition matérielle de l'infraction, comprise comme une atteinte portée à un bien juridique par un acte contraire à une norme de comportement. Malgré son importance, le bien juridique reste une notion controversée et difficile à appréhender, en raison du fait qu'il peut être compris soit dans une *conception systématique*, qui considère que les biens juridiques sont arrêtés par le législateur et se déduisent du système légal en vigueur, soit dans une *conception critique*, qui estime au contraire que les biens juridiques sont extérieurs au droit en vigueur et servent précisément à examiner d'un œil critique les choix du législateur. Si aucune de ces approches n'échappe à la critique, seule une conception systématique du bien juridique est susceptible d'éclairer utilement la notion de lésé au sens de l'art. 115 CPP, laquelle suppose que l'infraction en cause protège (au moins) un bien juridique dont le lésé est titulaire. 489

Sur cette base, nous avons défini le bien juridique comme étant l'état de la relation qu'une personne entretient avec un objet digne d'intérêt et protégé à ce titre par le droit pénal matériel positif. Tout en restant suffisamment large pour pouvoir recouvrir toute la diversité des biens juridiques protégés par notre ordre juridique, cette définition permet néanmoins de donner ses contours à la notion. Elle demande toutefois à être concrétisée, ce qui passe, comme souvent, par un exercice de catégorisation et de classification des biens juridiques. C'est l'objet du chapitre suivant. 490

[1173] ATF 133 III 323 c. 5.1 ; TF, 4A_603/2020, 16.11.2022, c. 4.3 [f] ; cf. ég. ATF 144 I 318 c. 5.3.2, explicite quant au lien entre *Schutznorm* et bien juridique. Cpr. les arrêts qui retiennent que le patrimoine n'est pas un bien juridique en tant que tel, et que l'atteinte qui y est portée n'est pas illicite à elle seule : ATF 118 Ib 163 ; 118 Ib 473 c. 2a ; 135 V 373 c. 2.4 ; 9C_735/2015, 14.9.2016, c. 6.2 [d] ; cf. aussi ATF 146 IV 211 c. 3.2 (art. 41 CO) : *« Da das Vermögen kein absolutes subjektives Rechtsgut darstellt […] »*.

[1174] FAVRE, Cent ans, p. 258 s. et 267 ss ; WYSS, p. 279 ss ; plus récemment : LOVIAT, N 26 ss.

[1175] Sur ces distinctions, cf. parmi beaucoup d'autres HURTADO POZO/GODEL, N 13.

Chapitre 2 : **Catégories de biens juridiques**

La définition du bien juridique retenue ici – tout comme les nombreuses autres propo- 491
sées par la doctrine – se veut volontairement vague, afin de pouvoir s'appliquer à toute la diversité des infractions du droit pénal positif[1176]. Il existe cependant une typologie des biens juridiques, qui vise à les classer en différentes familles. Cet effort de classification, outre qu'il permet de concrétiser la notion de bien juridique et de lui faire gagner en lisibilité, a également une importance pour la résolution de certaines questions de droit matériel ou procédural, dont va dépendre le type de bien juridique en cause.

Classiquement, les biens juridiques se répartissent en deux grandes catégories, qui 492
font figure de *summa divisio*[1177] : les biens juridiques individuels, d'une part, et les biens juridiques collectifs, d'autre part. Bien que réductrice[1178], cette opposition, qui est fonction du *titulaire (Träger)* du bien juridique, est cependant absolument centrale dans la notion de lésé en procédure pénale[1179]. Dans ce chapitre, nous nous contenterons d'exposer, de façon générale, ces deux catégories de biens juridiques, avec leurs subdivisions respectives. Nous reviendrons ensuite plus en détails sur celles-ci dans le chapitre 5, consacré au caractère personnel de l'atteinte subie par le lésé. Nous commencerons par présenter les biens juridiques individuels **(I.)**, puis les biens juridiques collectifs **(II.)**, avant d'exposer la notion de biens juridiques mixtes **(III.)**. Nous dirons ensuite un mot de la «nationalité» de ces divers biens juridiques **(IV.)**, avant de finir par une synthèse **(V.)**.

[1176] Et encore, la référence à une «personne» dans la définition retenue s'avère peu adéquate dès qu'il s'agit d'infractions commises à l'encontre d'autres êtres vivants, comme les animaux.
[1177] Cf. déjà ZÜRCHER, AP-CP 1908, p. 11 ; en *France*, cf. FERNANDEZ, p. 143.
[1178] De la même manière que l'opposition entre intérêt public et intérêt privé en droit public : CR Cst.-DUBEY, Art. 5 N 84 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 785 ss.
[1179] Pour l'*Allemagne*, cpr. HEFENDEHL, Verletzten, p. 591, pour qui cette dichotomie est d'ordre technique et n'est pas décisive pour le recours du lésé contre le classement de la procédure (*Klageerzwingungsverfahren*, § 172 D/StPO).

I. Les biens juridiques individuels

A. Généralités

493 La première grande catégorie de biens juridiques est celle des biens juridiques individuels (*Individualrechtsgüter* ou, plus rarement, *private Rechtsgüter*[1180]). Les biens juridiques individuels sont ceux dont le titulaire est une personne (physique ou, cas échéant, morale) particulière: la vie humaine et embryonnaire[1181], l'intégrité corporelle, l'intégrité sexuelle et le libre développement de la sexualité, la liberté, l'honneur, le domaine secret ou privé, le patrimoine et la propriété, le développement physique et psychique des mineurs, etc.

494 Les infractions prévues dans les six premiers titres de la Partie spécial du Code pénal protègent typiquement de tels biens juridiques individuels[1182].

B. Classification des biens juridiques individuels

495 Doctrine et jurisprudence opèrent d'autres distinctions encore au sein de cette catégorie, qui sont principalement fondées sur deux critères: le caractère strictement personnel du bien juridique, d'abord, et son caractère librement disponible, ensuite.

1. Les biens juridiques strictement personnels

496 Les biens juridiques strictement personnels *(höchstpersönliche Rechtsgüter)*[1183], aussi dits personnalissimes[1184], immatériels[1185] ou hautement personnels[1186], sont ceux qui se rapportent à une personne en tant que telle: sa vie, son intégrité corporelle, sa liberté de mouvement ou de décision, son intégrité sexuelle, son honneur, son domaine secret ou privé, son autodétermination en matière informationnelle, etc. Ils sont intrinsèquement liés à la personne de leur titulaire et lui appartiennent du seul fait de son existence. Selon le Tribunal fédéral, cette catégorie comprend aussi les biens juridiques qui procèdent de l'état ou du statut (mariage, filiation) de l'ayant droit, comme la relation qu'il entretient avec ses enfants[1187].

[1180] RJB 1960 p. 332, 336; cf. aussi ATF 117 Ia 135 c. 2a; FALB, p. 343.

[1181] Pour la capacité de l'embryon ou du fœtus d'être lésé dans ce cas, cf. N 286 *supra*.

[1182] RUCKSTUHL, p. 9. Soit la vie et l'intégrité corporelle (Titre 1), le patrimoine (Titre 2), l'honneur et le domaine secret ou le domaine privé (Titre 3), la liberté (Titre 4), l'intégrité sexuelle (Titre 5) et la famille (Titre 6).

[1183] STRATENWERTH/BOMMER, BT I, Intro § 1 N 1; JESCHECK/WEIGEND, p. 259; ATF 144 IV 49 c. 1.2; 121 IV 258 c. 2b; 118 IV 209 c. 3b; 103 IV 71 c. 4c; 99 IV 1 c. d/aa.

[1184] KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 728.

[1185] ATF 122 IV 207 c. 1c: *«höchstpersönlicher immaterieller Rechtsgüter»*; TF, 6B_139/2021, 9.6.2021, c. 3.1 et 3.2 [f]: «biens immatériels strictement personnels»; en doctrine, cf. CR CP I-STOLL, Art. 30 N 35; BSK StGB-RIEDO, Art. 30 N 87; PC CP, Art. 30 N 13. Cette expression est toutefois malheureuse, tout bien juridique étant par essence immatériel: cf. N 478 *supra*.

[1186] HURTADO POZO/GODEL, N 29; GODEL/MARGOT, p. 7 (pour les biens strictement personnels non librement disponibles).

Ce type de biens juridiques n'est pas sans rappeler les *biens de la personnalité* et les droits qui y sont attachés en matière civile (art. 28 ss CC)[1188]. Cependant, si le droit civil et le droit pénal concourent ensemble à une protection efficace des divers biens de la personnalité[1189], ils le font chacun avec des moyens qui leur sont propres: le premier, au travers d'une clause générale ouverte (art. 28 al. 1 CC), qui ne définit pas la personnalité en tant que telle, afin justement de permettre à la notion d'évoluer au fil du temps[1190]; le second, au travers d'infractions distinctes, qui sanctionnent certains comportements limités portant atteinte à des biens juridiques précis, le tout strictement encadré par le principe de la légalité (art. 1 CP)[1191]. Il est dès lors possible que les contours des biens de la personnalité varient selon le domaine du droit considéré; ainsi, la notion d'«honneur» se conçoit plus largement en droit civil qu'en droit pénal[1192]. 497

Nonobstant ces différences, les biens juridiques strictement personnels au sens pénal du terme partagent certaines caractéristiques avec leurs homologues de droit civil, notamment quant à leur caractère extra-patrimonial et au fait qu'ils ne sont soumis ni à acquisition, ni à disposition: la personne en bénéficie du seul fait de son existence et ne peut pas y renoncer (ce qui ne l'empêche pas de consentir à certaines atteintes qui y seraient portées)[1193]. 498

Par opposition, certains autres biens juridiques – dits non strictement personnels, simplement personnels[1194] voire matériels *(materielle Rechtsgüter)*[1195] – ne dépendent pas directement de la personne même de leur titulaire, mais du seul contenu d'un rapport 499

[1187] ATF 118 IV 167 c. 1c; cf. aussi ATF 122 IV 207 c. 3c, qui retient plus loin (c. 3d) que tel n'est pas le cas de l'art. 217 CP (violation d'une obligation d'entretien), alors que cette disposition protège les droits du créancier à une assistance matérielle fondée sur le droit de la famille, lesquels dépendent bien, selon nous, du statut matrimonial ou filial dudit créancier.

[1188] Cf. aussi le terme «strictement personnel» *(«höchstpersönlich»)*, qui évoque les droits strictement personnels au sens de l'art. 19*c* CC.

[1189] TERCIER, Droit de la personnalité, N 124 et 203.

[1190] MEIER, Personnes p. 304 s.; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 513 s.; ATF 95 II 481 c. 6.

[1191] VERDE, N 69. Sur le rôle du principe de la légalité dans la détermination du bien juridique, cf. N 604 ss et N 630 ss *infra*.

[1192] STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 535a; TERCIER, Droit de la personnalité, N 204 (aussi pour la vie privée). De même, les collectivités publiques, à tout le moins les communes, jouissent de la protection civile de leur honneur (TF, 5A_758/2020, 3.8.2021, c. 2.3.2 [d]), mais pas de la protection pénale (TF, 6B_1020/2018, 1.7.2019, c. 5.1.1 [f]).

[1193] MEIER, p. 304 et nbp 1172. En droit civil, les droits de la personnalité sont aussi dits *absolus* et *inaliénables*, notion qui comprend l'incessibilité, l'intransmissibilité et l'imprescriptibilité: MEIER, N 572 ss; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 504 ss; voir aussi VERDE, N 64. En droit pénal, cf. STRATENWERTH/BOMMER, BT I, Intro § 1 N 1.

[1194] ATF 118 IV 167 c. 1c.

[1195] Cf. les références citées sous nbp 1185 *supra*, avec notre critique, qui vaut aussi pour le terme «matériel», pensé avant tout pour désigner le patrimoine, cas échéant commercial (cf. ATF 99 IV 1 c. d et d/aa; 73 IV 68 c. 4), mais qui s'avère impropre à qualifier d'autres biens juridiques non strictement personnels tels que le pouvoir de disposition ou la liberté de domicile (cf. toutefois sur ce dernier point ATF 118 IV 167 c. 1c et TF, 6B_7/2018, 17.10.2018, c. 2.3 [d], qui associent liberté de domicile et intérêts patrimoniaux).

de droit déterminé, de nature réelle ou personnelle/contractuelle, relevant du droit privé ou public[1196]. Il s'agit toujours de biens juridiques individuels, dont le titulaire est nécessairement une personne déterminée, laquelle est toutefois susceptible de changer *(«austauschbar»)* puisqu'elle peut parfaitement décider de céder ses biens à autrui[1197]. C'est le cas du patrimoine en général, de la propriété – plus exactement, du pouvoir de disposition de l'ayant droit sur une chose (pour les art. 139 ou 144 CP)[1198] – en particulier, de la liberté de domicile (pour l'art. 186 CP) ou encore de certaines prérogatives en matière de propriété intellectuelle (par ex. pour les infractions à la LDA)[1199].

500 La distinction entre biens juridiques strictement personnels et non strictement personnels n'est pas seulement théorique, mais comporte aussi certaines implications pratiques. En droit pénal, elle a d'ailleurs été développée en lien avec le droit de plainte du lésé (art. 30 al. 1 CP), afin de permettre à d'autres personnes que le lésé au sens strict – compris comme le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction – de déposer plainte pénale[1200].

501 Les principales conséquences de cette distinction sont les suivantes:

502 – pour les biens juridiques strictement personnels, seul leur titulaire peut porter plainte pénale; pour les biens juridiques non strictement personnels, ce droit appartient en outre à la personne directement touchée dans sa sphère juridique par l'infraction ou à qui incombe la responsabilité de conserver la chose, par exemple le locataire en cas de dommages à la propriété (art. 144 CP)[1201];

503 – de façon similaire, la jurisprudence retient qu'une procuration générale, donnée à l'avance, suffit pour déléguer à autrui l'exercice du droit (strictement personnel)[1202] de porter plainte pénale, mais uniquement pour des infractions contre des biens juridiques non strictement personnels; en revanche, une procuration spéciale, donnée

[1196] ATF 118 IV 167 c. 1c.

[1197] STRATENWERTH/BOMMER, BT I, Intro § 1 N 1; voir aussi VERDE, N 63.

[1198] Pouvoir qui relève du bien juridique «patrimoine» au sens large: cf. BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 16 et 28; PC CP, Rem. prel. art. 137 ss N 6.

[1199] À ce sujet: RIEDO CHRISTOF, in Denis Barrelet/Willi Egloff (éds), Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 4e éd., Berne 2021, Rem. prél. art. 67-73 N 15 et 44; LE MÊME, Zur Strafantragsberechtigung bei Eingriffen in Immaterialgüterrechte, insbesondere bei Patentrechtsverletzungen, sic! 2004 549 ss; LE MÊME, Strafantrag, p. 223 ss.

[1200] MUSKENS, Statut, N 5521 et 5239.

[1201] Cf. N 434 s. *supra* et N 866 *infra*.

[1202] Si le droit de plainte est strictement personnel (ATF 151 IV 98 c. 1.2.3; 141 IV 380 c. 2.3.4; 130 IV 97 c. 2.1), son exercice, en revanche, ne l'est pas, de sorte qu'une plainte peut être déposée par un tiers pour l'ayant droit (MUSKENS, N 5183 et 5195). Par ailleurs, même qualifié de strictement personnel, le droit de plainte présente quand même certaines particularités par rapport aux droits de l'art. 19*c* CC, puisque le droit de plainte du lésé, de son représentant légal et de l'autorité de protection de l'adulte (cf. art. 30 al. 2 et 3 CP) sont tous indépendants l'un de l'autre (ATF 127 IV 193 c. 5b/ee).

dans le cas concret (expresse ou par actes concluants), sera toujours nécessaire pour porter plainte à raison d'infractions contre des biens juridiques strictement personnels[1203];

– la question du caractère strictement personnel du bien juridique est enfin pertinente pour résoudre certaines questions de droit pénal général, notamment pour le consentement à l'atteinte donné par le représentant légal du lésé[1204] et pour certains cas de concours d'infractions (art. 49 CP)[1205]. 504

2. Les biens juridiques librement disponibles

Comme leur nom l'indique, les biens juridiques librement disponibles désignent les biens juridiques qui sont à la libre disposition de leur titulaire (*«disponibles Rechtsgut»*[1206]), lequel peut dès lors valablement consentir à leur lésion ou à leur mise en danger. On touche ici à l'un des principaux motifs justificatifs du droit pénal, bien que non écrit en droit suisse[1207]: le consentement (ou l'assentiment) du lésé, exprimé par l'adage latin *volenti non fit iniuria*[1208]. 505

Selon les cas de figure ou la conception défendue, ce fait justificatif extra-légal permet soit d'exclure la typicité de l'acte *(tatbestandsmässig)*, soit de lui enlever tout caractère illicite *(rechtswidrig)*. 506

***Excursus* sur le consentement du lésé:** 507

Pour la doctrine majoritaire[1209], le consentement – ou plutôt l'accord *(Einverständnis)* – exclut la typicité de l'acte lorsque, justement, l'absence d'accord du lésé est érigée en élément constitutif de l'infraction, soit de façon explicite, comme pour la violation de domicile (art. 186 CP) ou l'enregistrement non autorisé de conversations (art. 179ter

[1203] ATF 122 IV 207 c. 3c; 118 IV 167 c. 1b et 1c; 103 IV 71 c. 4c; 99 IV 1 c. d; TF, 6B_139/2021, 9.6.2021, c. 3.1 [f]; 6B_295/2020, 22.7.2020, c. 1.4.3 et 1.4.5 [d]; CJ GE, ACPR/239/2024, 11.4.2024, c. 2.5 et s., in SJ 2024 p. 579. En doctrine: REHBERG, Strafantrag, p. 258; *contra*: RIEDO, Strafantrag, p. 377 s. et BSK StGB-RIEDO, Art. 30 N 89, qui juge cette distinction trop éloignée des réalités de la vie économique et plaide pour une délégation plus large; *contra* aussi MUSKENS, Statut, N 5242 ss pour qui la preuve de la volonté de l'ayant droit relève du formalisme excessif *de lege lata*, mais devrait être exigée *de lege ferenda*.

[1204] ETIER/STRÄULI, p. 37 et KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 728: que les biens non strictement personnels; moins affirmatifs: BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 49 et GRAVEN/STRÄULI, p. 68 et 154. Cf. N 505 ss *infra* pour le consentement du lésé.

[1205] Concours idéal homogène *(gleichartige Idealkonkurrenz)* possible que pour des infractions contre des biens juridiques strictement personnels: BSK StGB-ACKERMANN, Art. 49 N 78; cf. déjà CARDINAUX FRANCE FRANÇOISE, Faut-il réviser le concours, art. 68 du Code pénal suisse? JdT 1988 IV 136 ss, p. 140. Cf. aussi N 390 *supra*.

[1206] PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 14 N 11.

[1207] Le CF a renoncé à le codifier lors de la révision de la partie générale du CP de 2007, estimant que son champ d'application était «mal délimité» (Message CP 1998, p. 1809). Il a toutefois acquis une valeur coutumière avec le temps: HK StGB-WOHLERS, Vor Art. 14 ss N 3.

[1208] *… quia nulla iniuria est quae in volentem fiat* (D.47.10.1.5).

[1209] DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 262 ss; PERRIER DEPEURSINGE/PITTET, p. 803 ss; GRAVEN/STRÄULI, p. 67 s., 150 s.; STATENWERTH, AT I, § 10 N 3, 8 (cpr. toutefois N 10); TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 138 s.; CR CP I-MONNIER, Art. 14 N 67.

CP), soit de façon implicite, comme pour l'escroquerie (art. 146 CP) ou le viol (art. 190 CP). En revanche, lorsque le texte de l'infraction se désintéresse de la volonté du lésé, le fait que ce dernier consente malgré tout à l'atteinte – on parle alors de véritable consentement *(Einwilligung)* – aura pour conséquence que l'acte, bien que typique, ne sera pas illicite.

Un (fort) courant minoritaire[1210] conteste cette distinction et soutient que le consentement du lésé ne lève jamais l'illicéité de l'acte, mais agit toujours en amont, au niveau de la typicité. Il justifie son point de vue par une approche libérale de la notion de bien juridique, comprenant tant le substrat matériel auquel il se rapporte (corps humain, patrimoine, etc.) que l'intérêt que lui voue son titulaire[1211], intérêt dont il peut librement disposer. Par son consentement, le titulaire renonce à cet intérêt, de sorte qu'en définitive, l'acte ne porte pas atteinte à un bien juridique et ne répond pas à l'énoncé de fait légal[1212]. En ce sens, le consentement du lésé ne serait pas un motif *justificatif*, qui suppose un acte déjà typique en soi, mais bien un motif *exclusif*, qui supprime la typicité même de l'acte et le rend *a*typique.

Au-delà de son intérêt dogmatique, le débat n'aurait de véritable portée pratique que si l'on posait des exigences de validité différentes au consentement (ou à l'accord) donné pour neutraliser la typicité, d'une part, et à celui donné pour lever l'illicéité, d'autre part. Or, la doctrine s'y refuse, préférant *(i)* retenir que le consentement est soumis aux mêmes conditions dans un cas comme dans l'autre[1213] ou *(ii)* adopter une approche différenciée, qui serait fonction de chaque énoncé légal particulier, et notamment du bien juridique protégé[1214]. Le Tribunal fédéral, s'il s'est longtemps refusé à trancher la controverse[1215], semble avoir désormais validé l'approche majoritaire[1216].

508 Indépendamment des controverses autour de sa nature juridique, il est admis de façon unanime que le consentement ne peut être donné que pour des infractions protégeant des *biens juridiques individuels*, à l'exclusion des biens juridiques collectifs, lesquels ne sont pas à la disposition des particuliers[1217]. La doctrine (allemande) opère d'autres

[1210] PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 14 N 11; GETH, N 118; HURTADO POZO/GODEL, N 687; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 9 ss, spéc. 18; MONA, p. 95; SCHEIDEGGER, N 45 ss, spéc. 48; en droit allemand: ROXIN/GRECO, § 13 N 12 ss.

[1211] Cf. N 476 *supra* sur l'importance de l'intérêt dans la définition du bien juridique.

[1212] Pour les développements, voir MONA, p. 145 ss; en droit allemand: HIRSCH, p. 37 ss.

[1213] GRAVEN/STRÄULI, p. 68 et 154; ETIER/STRÄULI, p. 37; MERIBOUTE, N 672.

[1214] STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 10 N 10; HURTADO POZO/GODEL, N 687; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 138; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 39; SCHEIDEGGER, N 50 ss, spéc. 52.

[1215] Cf. ATF 150 II 300 c. 5.7; en matière sportive ATF 134 IV 26 c. 3.2.5; TF, 6B_208/2021, c. 3.5 [d] n.p. in ATF 149 IV 116; voir aussi TF, 6B_239/2022, 22.3.2023, c. 6.4.3 [d].

[1216] ATF 152 IV 1 c. 4.1.7.

[1217] ATF 150 IV 255 c. 3.2.4 (art. 20 LStup); 131 IV 1 c. 4 (art. 231 CP); 78 IV 170 (art. 234 CP); TF, 6B_75/2012, 26.10.2012, c. 3.6 [d] (tabagisme passif); cf. aussi ATF 100 IV 155 c. 4; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 10 N 13; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 264; GETH, N 120a; CR CP I-MONNIER, Art. 14 N 69; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 18 et 24; HURTADO POZO/GODEL, N 690; MONA, p. 262 s.; HILF, Rechtsgut, p. 466.

distinctions encore, selon que l'énoncé légal protège alternativement ou cumulativement un bien juridique individuel et un bien juridique collectif[1218]. Nous reviendrons plus loin sur ces nuances, dans l'examen du caractère personnel de l'atteinte[1219].

509 À ce stade, retenons déjà que les biens juridiques librement disponibles sont forcément individuels. Cette affirmation appelle toutefois certaines précisions, compte tenu de la distinction, opérée ci-dessus, entre biens juridiques strictement personnels et biens juridiques non strictement personnels.

510 On peut d'abord affirmer que les biens juridiques *non strictement personnels* (patrimoine, liberté de domicile, propriété intellectuelle, etc.) sont tous à la libre disposition de leur titulaire, qui peut consentir à l'atteinte et lever ainsi son caractère typique ou illicite.

511 La question des biens juridiques *strictement personnels* (ou personnalissimes) est autrement plus délicate. Il faut partir du principe que leur titulaire est fondamentalement libre d'en disposer comme bon lui semble, sauf restrictions particulières prévues par la loi ou consacrées par la doctrine et la jurisprudence[1220]. Ainsi, un grand nombre de ces biens (honneur, sphère privée ou intime, libre détermination en matière sexuelle, liberté de mouvement, certains aspects de l'intégrité corporelle [voies de fait et lésions corporelles simples][1221]) sont compris comme étant librement disponibles, de sorte que le lésé pourra valablement consentir à une atteinte.

Exemples:

Injures (art. 177 CP) ou voies de fait (art. 126 CP) au cours de rapports sexuels[1222]; enregistrement d'un entretien par un journaliste sur un appareil porteur de son (art. 179ter CP)[1223]; certificat médical établi par le médecin-conseil désigné par l'employeur, puis remis à ce dernier (art. 321 CP) avec l'accord de l'employé[1224]; simulation d'enlèvement (art. 183 CP) lors d'un enterrement de vie de garçon.

512 Encore faut-il que, dans le cas précis, le consentement ait véritablement été *donné librement*, étant rappelé que plusieurs infractions consacrent précisément cette absence

[1218] ROXIN/GRECO, § 13 N 34 s.; voir aussi HASSEMER, Theorie, p. 82 s. La pratique suisse ne va pas aussi loin: tout au plus retient-elle que la norme doit protéger «exclusivement» des biens juridiques individuels (HK StGB-WOHLERS, Vor Art. 14 ff N 5; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 10 N 13) ou ne pas protéger «exclusivement» des biens juridiques collectifs (ATF 131 IV 1 c. 4), voire que le lésé doit être «seul» titulaire du bien juridique protégé (PERRIER DEPEURSINGE/PITTET, p. 802).

[1219] Cf. N 973 ss *infra*.

[1220] Voir la présentation proposée par BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 24 ss.

[1221] TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 139; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 266.

[1222] Cf. PERRIER DEPEURSINGE/PITTET, p. 804 nbp 20.

[1223] Cpr. TF, 6B_1241/2020, 3.5.2022, c. 4 [f].

[1224] ATF 143 IV 209 c. 2.1 et 2.3.

de caractère libre du consentement dans leurs éléments constitutifs[1225]. Ces situations touchent toutefois à l'une des conditions de validité du consentement – à savoir son caractère libre, exempt d'un vice de la volonté –, mais non à la disponibilité de principe du bien juridique[1226].

513 À l'inverse, d'autres biens juridiques strictement personnels sont protégés de façon beaucoup plus complète par l'ordre juridique, qui restreint la possibilité du lésé de consentir aux atteintes qui y seraient portées. C'est d'abord le cas de *la vie*, bien intangible bénéficiant d'une protection absolue au sein du Code pénal, le meurtre sur demande de la victime étant réprimé à l'art. 114 CP. C'est ensuite le cas de *l'intégrité corporelle*, à tout le moins s'agissant des lésions corporelles graves (art. 122 CP), pour lesquelles doctrine majoritaire et jurisprudence s'accordent à dire qu'un consentement du lésé n'entre pas en ligne de compte, ou alors dans des domaines bien précis (médical, sportif) et à des conditions particulières (but poursuivi, importance du danger et réalisation du risque)[1227]. C'est enfin le cas d'infractions dirigées contre les biens juridiques de *personnes mineures* (développement sexuel et/ou libre détermination sexuelle [art. 187 s., 196, 197 al. 3 CP]; liberté [art. 182, 183 ch. 2 CP]), pour lesquelles un consentement n'est – en dehors de certaines limites d'âge fixées par la loi – tout simplement pas concevable, faute de maturité nécessaire et compte tenu de l'importance des biens juridiques en jeu[1228].

514 Dans ces trois situations, les biens juridiques individuels, même strictement personnels, ne sont pas librement disponibles; ils échappent en quelque sorte au pouvoir de disposition de leur titulaire, dans l'optique de le protéger non seulement contre les tiers, mais aussi contre lui-même[1229].

[1225] Ainsi les infractions qui supposent que l'auteur impose sa volonté au lésé (art. 181 CP), brise ou passe outre sa résistance (art. 156, 190 CP), trompe sa vigilance (art. 146 CP) ou exploite sa situation de faiblesse, de vulnérabilité ou de dépendance (art. 157, 182, 191 à 193 CP).

[1226] Cf. BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 25; ATF 148 IV 57 c. 3.5.3, 3.5.5 et 3.5.6 (art. 192 CP); MERIBOUTE, N 688 (art. 182 CP).

[1227] DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 266; PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 14 N 11; GETH, N 120a; CR CP I-MONNIER, Art. 14 N 77; HURTADO POZO/GODEL, N 692; PC CP, Art. 14 N 32; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 10 N 17 s. *Contra* (paternalisme): BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Vor art. 14 N 28 ss; GRAVEN/STRÄULI, p. 151 s. Cpr. ATF 114 IV 100 c. 4 (consentement nié) et 125 IV 189 c. 3 (consentement admis). *En matière médicale*: ATF 124 IV 258; 99 IV 208; PERRIER DEPEURSINGE/PITTET, *passim*; HURTADO POZO/GODEL, N 716 ss; DONZALLAZ, Traité de droit médical, Vol. II., Berne 2021, p. 1725 ss. *En matière sportive*: ATF 145 IV 154; 121 IV 249; 109 IV 102; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 728 nbp 67; GRAVEN/STRÄULI, p. 155 s.

[1228] Pour les *art. 187 s.*: ATF 148 IV 57 c. 3.5.5; 120 IV 6 c. 2c/aa; BSK StGB-MAIER, Art. 187 N 2 et 47; PERRIER DEPEURSINGE/PITTET, p. 802 s., en référence à TF, 6B_215/2013, 27.1.2014, c. 2.5 [d]; cf. ég. Message CP 1985, p. 1080; cpr. avec SCHEIDEGGER, N 229 ss; *art. 182 CP*: TF, 6B_277/2007, 8.1.2008, c. 5.2 [d]; MERIBOUTE, N 729 ss; *art. 183 ch. 2 CP*: ATF 141 IV 10 c. 4.5.2; 83 IV 152; cpr. avec l'*art. 181 CP*: TF, 6B_873/2021, 28.4.2022, c. 1.2.1 [f].

[1229] MERIBOUTE, N 684; ETIER/STRÄULI, p. 37; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 266; IVANOV, p. 51; critique sur l'aspect paternaliste de l'approche: MONA, p. 141.

II. Les biens juridiques collectifs

A. Généralités

L'autre grande catégorie de biens juridiques est celle des *biens juridiques collectifs* (*kollektive, öffentliche* ou *überindividuelle Rechtsgüter*, ou aussi *Allgemein-, Gemein-* ou *Universalrechtsgüter*[1230]), qu'on appelle parfois en français «biens juridiques publics»[1231], «intérêts collectifs» ou encore «intérêts publics»[1232]. Ils peuvent être définis de façon négative ou positive. 515

Négativement, il s'agit de tous les biens juridiques qui ne sont pas individuels, en ce sens qu'ils n'appartiennent à aucune personne déterminée et qu'ils n'admettent en principe pas de titulaire individuel. Dans cette optique, une de leurs caractéristiques principales est leur «non-distributivité»: il n'est conceptuellement ou juridiquement pas possible de les diviser et de les assigner à certains individus en particulier[1233]. Ainsi, contrairement aux biens juridiques individuels, les biens juridiques collectifs ne sont pas librement disponibles, ce qui exclut notamment tout consentement du lésé aux atteintes qui leur seraient portées[1234]. 516

Positivement, les biens juridiques collectifs s'entendent comme des biens qui profitent à tout un chacun au sein d'une collectivité, d'une communauté ou d'une organisation étatique donnée. Par définition, ils servent les intérêts d'un nombre important, indéterminé, ou potentiellement illimité de personnes: tout individu doit pouvoir en bénéficier et personne ne saurait être exclu de leur usage[1235]. Leur titulaire est donc l'État ou la société tout entière[1236]. Les biens juridiques collectifs tendent à préserver l'existence d'un système étatique et social donné et sont, dans cette mesure, tournés vers l'avenir. En ce sens, on peut dire que les biens juridiques collectifs visent à garantir les conditions nécessaires à la vie en société dans un État de droit démocratique. 517

[1230] Voir par ex. ATF 149 IV 116 c. 5.2.4; 145 IV 491 c. 2.4.2; 145 IV 433 c. 3.6; 143 IV 316 c. 4.3; VERDE, N 83; sur les différentes terminologies en *Allemagne*: BOGUSCH, p. 31; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 19; cf. aussi FIOLKA, Rechtsgut, p. 192.

[1231] Par ex. CR CP II-KINZER, Art. 251 N 136; CR CP II-QUELOZ/SADIK, Art. 322^{octies} N 17.

[1232] Par opposition aux «intérêts privés»: ATF 147 IV 269 c. 3.1; 145 IV 491 c. 2.3.1; cf. aussi ATF 147 IV 297 c. 2.1, 2.3.3 et 2.5 (art. 14 CP). Sur le caractère imprécis du terme *intérêt* pour décrire le bien juridique, cf. N 475 *supra*.

[1233] HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 111 ss, qui ajoute les critères (subsidiaires) de la *«Nicht-Ausschliessbarkeit von der Nutzung»* et de la *«Nicht-Rivalität des Konsums»*; VERDE, N 83; GRECO, Postulierung, p. 203. Pour l'ex. des ressources naturelles, cf. MAHAIM, p. 24. En économie, les *«public goods»* se qualifient par leur *«non-rivalry»* et leur *«non-excludability»*: REISS, Public Goods, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2021.

[1234] Cf. N 508 *supra*, pour les biens juridiques librement disponibles.

[1235] BERNHARD, p. 100; BOGUSCH, p. 31; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 19. Les ressources naturelles présentent sur ce point une spécificité, puisque sans restriction d'accès, le comportement rationnel des individus conduit inexorablement à leur surexploitation: cf. MAHAIM, p. 24 s., qui parle de «tragédie des biens communs».

[1236] NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 137; LEHMKUHL/WENK, p. 6; LÜTTGER, p. 121 s.; DONGOIS/LUBISHTANI, p. 172; cf. aussi HURTADO POZO/GODEL, N 29.

Exemples :

La confiance placée dans un titre ayant valeur probante dans les rapports juridiques ainsi que la loyauté dans les relations commerciales[1237], la fluidité ou la sécurité du trafic routier[1238], le sentiment de sécurité de la population[1239], la paix ou la sécurité publique[1240], la santé publique[1241], la confiance du public dans l'authenticité des moyens de paiements et donc la sécurité des transactions[1242], l'administration de la justice[1243], le maintien de bonnes relations entre la Suisse et les États étrangers[1244], le monopole étatique de la puissance publique et la souveraineté de la Suisse[1245], la prétention fiscale de la collectivité publique[1246], la fourniture de services publics de transport ou de communication[1247], etc.

B. Rapport avec les biens juridiques individuels

518 Nous avons vu ci-dessus que la distinction entre biens juridiques individuels et biens juridiques collectifs était directement fonction de leur titulaire. Les premiers appartiennent à une ou plusieurs personnes déterminées. Les seconds, à la communauté ou à la société tout entière, à un nombre potentiellement infini d'individus, voire à l'État lui-même.

519 Ramenée à la personne de leur titulaire, cette dernière affirmation peut se comprendre de différentes manières : les biens juridiques collectifs sont-ils protégés pour eux-mêmes, pour ce qu'ils apportent à la société ou à l'État directement, qui en sont les titulaires, ou ne se conçoivent-ils qu'en tant qu'ils visent, en définitive, à protéger les différents membres individuels de cette même société ? Cela pose la question du *rapport* que les biens juridiques collectifs entretiennent avec les biens juridiques individuels[1248]. Deux grandes théories s'opposent ici : les théories monistes, d'une part, et la théorie dualiste, d'autre part.

[1237] Pour le faux dans les titres (art. 251 CP) : cf. ATF 142 IV 119 c. 2.2 ; 140 IV 155 c. 3.3.

[1238] Pour la violation simple des règles de la circulation routière (art. 90 al. 1 LCR) : cf. ATF 138 IV 258 c. 3.1 et 4.1 ; cf. aussi ATF 137 IV 326 c. 3.6.

[1239] Pour les menaces alarmant la population (art. 258 CP) : cf. ATF 145 IV 433 c. 3.5.1.

[1240] Pour l'émeute (art. 260 CP) : cf. ATF 145 IV 433 c. 3.5.1. Ce bien juridique fait toutefois l'objet de vives critiques en doctrine : cf. N 651 *infra*.

[1241] Pour les infractions à la LStup et à la LDAl : cf. ATF 127 IV 178 c. 3b.

[1242] Pour la fabrication de fausse monnaie (art. 240 CP) : cf. ATF 133 IV 256 c. 4.4.3 ; CR CP II-CHAPUIS/BACHER, Art. 240 N 1.

[1243] Pour les infractions du Titre 17 (art. 303 ss CP), lesquelles prennent toutefois des orientations différentes et admettent pour certaines des biens juridiques individuels.

[1244] Pour les infractions du Titre 16 (art. 296 ss CP) : cf. ATF 145 IV 433 c. 3.5.4.

[1245] Pour les actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP) : cf. ATF 148 IV 66 c. 1.4.1.

[1246] Pour la soustraction fiscale (art. 56 LHID ; art. 175 LIFD) : ATF 121 II 257 c. 4b et 5b ; cf. aussi ATF 121 II 273 c. 3b ; 119 Ib 311 c. 2e.

[1247] Pour l'entrave aux services d'intérêt général (art. 239 CP) : cf. TF, 6B_710/2023, 25.4.2024, c. 5.1.2 [f].

[1248] Cf. dans ce sens IVANOV, p. 62, sous le titre *« Rechtsgüter als System »*.

1. Les théories monistes

Les théories monistes n'admettent qu'une seule catégorie de biens juridiques ou, plus exactement, conçoivent l'entier des biens juridiques à partir d'une seule et même catégorie de biens juridiques, qui sert en quelque sorte de point de référence. Il en existe de deux sortes, selon que l'accent est mis sur les biens juridiques collectifs ou, au contraire, sur les biens juridiques individuels. 520

Dans une *théorie moniste étatique*[1249], les biens juridiques sont pensés du point de vue de l'État ou de la collectivité et sont donc avant toute chose des biens collectifs[1250]. Dans ce cadre, les biens juridiques individuels sont protégés de manière tout au plus indirecte, par effet réflexe de la protection conférée aux biens juridiques collectifs[1251]. Concrètement, une telle approche n'appréhendera des biens comme la vie ou l'intégrité corporelle que pour autant qu'ils puissent être rattachés à des fonctions sociales ou à des institutions étatiques[1252]. Cette théorie, qui pouvait encore se justifier dans les sociétés de la fin du XIX^e^ ou du début du XX^e^ siècle[1253], ne se concilie toutefois plus avec les conceptions de l'État démocratique moderne, dont la tâche première est de permettre le libre épanouissement et l'autonomie des individus[1254], au travers notamment de la protection pénale de leurs biens juridiques individuels. La théorie moniste étatique, aujourd'hui dépassée, doit donc être rejetée[1255]. 521

Autrement plus répandue est la *théorie moniste personnelle*, aussi appelée *personale Rechtsgutslehre*, qui a été développée en Allemagne dans les années 1970 et qui pose le postulat inverse: au centre de la protection pénale se trouve la personne humaine, l'individu, dont les biens doivent être protégés contre les atteintes de l'extérieur[1256]. La théorie moniste personnelle raisonne donc par l'entremise des biens juridiques individuels. Dans cette approche, les biens juridiques collectifs sont de simples intermédiaires (ou des *«Zwischen-rechtsgüter»*)[1257], ils ne sont reconnus qu'en tant qu'ils servent, en dernier lieu, les intérêts des particuliers[1258]. La doctrine parle à cet égard de *relation dérivée («Ableitungsverhältnis»)*, en ce sens qu'un bien juridique collectif 522

[1249] Aussi dite sociale, cf. NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 132 et 137; FIOLKA, Rechtsgut, p. 202, qui va jusqu'à la qualifier de «totalitaire».

[1250] FIOLKA, Rechtsgut, p. 193 s.; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 67; NEUMANN, p. 86.

[1251] FIOLKA, Rechtsgut, p. 194 et 202; voir aussi MONA, p. 122 s., 143.

[1252] NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 128; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 67.

[1253] Cf. SINA, p. 57 et les références de la doctrine allemande de l'époque, qui qualifiait les intérêts individuels de «quantité négligeable» (en français dans le texte).

[1254] Cf. Préambule Cst. *in fine*: «sachant que […] la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres»; voir aussi l'art. 2 al. 1 Cst.: «La Confédération suisse protège la liberté et les droits du peuple […]»; CR Cst.-PAPAUX/MARTENET, Art. 2 N 30.

[1255] Cf. HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 67 ss, qui va jusqu'à parler de *«Chimäre, die von niemandem ernsthaft vertreten wird»* (p. 73); KARGL, p. 73; NEUMANN, p. 86; IVANOV, p. 64.

[1256] Cf. HASSEMER, Theorie, p. 76 ss, spéc. 85; HASSEMER, Grundlinien, p. 90; NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 131 ss; BERNHARD, p. 98 s.

[1257] IVANOV, p. 65, 75, par opposition aux biens juridiques de base *(«Basisrechtsgüter»)* que sont les biens juridiques individuels.

[1258] GÜNTHER, p. 39; voir les ex. chez NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 134 ss.

n'est digne de protection que s'il est possible de le relier à un bien juridique individuel concret[1259]. Certains auteurs vont plus loin encore, en exigeant de tout bien juridique collectif qu'il protège directement *(«unmittelbar»)* un bien juridique individuel, lequel doit donc avoir été lésé ou mis en danger par le comportement réprimé par la norme pénale[1260]. Selon cette théorie, les biens juridiques collectifs ne sont rien de plus que la somme ou l'agrégat des différents biens juridiques individuels[1261].

523 La *personale Rechtsgutslehre* se réclame d'une acception résolument libérale de l'État, lequel est là pour garantir le bien des individus, et non l'inverse, en ce sens que les individus devraient garantir le bien de l'État[1262]. Cette théorie comporte aussi certaines implications pratiques: pensées comme devant protéger avant tout des biens juridiques individuels, les infractions du droit pénal de l'environnement ne peuvent plus être qualifiées d'infractions de lésion (l'environnement serait touché en tant que tel), mais d'infractions de mise en danger (au travers d'une atteinte à l'environnement, c'est en réalité la vie ou la santé des particuliers qui est mise en danger)[1263].

Exemples:

La *personale Rechtsgutslehre* considère ainsi le bien juridique «environnement» dans une approche nécessairement *anthropo-centrée*, n'admettant une protection pénale de l'environnement qu'en tant qu'il sert les conditions d'existence des êtres humains, par opposition à une approche *éco-centrée*, revendiquant une protection de l'environnement pour lui-même[1264]. Des questions similaires se posent s'agissant de la protection pénale des animaux[1265].

524 Plébiscitée par une majorité de la doctrine en Allemagne[1266] et relayée dans de nombreux pays[1267], dont la Suisse[1268], la *personale Rechtsgutslehre* ne fait cependant sens

[1259] Variante modérée: HEDENFEHL, Rechtsgüter, p. 65 ss; NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 132; HASSEMER, Theorie, p. 82 s.; IVANOV, p. 65 s.

[1260] Variante extrême: cf. HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 62 et les références; BERNHARD, p. 100.

[1261] PIETH/SIMMLER, p. 3; LEHMKUHL/WENK, p. 7; HASSEMER, Theorie, p. 82; MOELLER, p. 143 ss (critique).

[1262] NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 133; HASSEMER, Grundlinien, p. 91; VERDE, N 63; FIOLKA, Rechtsgut, p. 194; BERNHARD, p. 101 ss, parle d'«individualisme normatif».

[1263] NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 137; BERNHARD, p. 100 s.; HEFENDEHL, Verletzten, p. 591 s.; voir aussi ACKERMANN/EGLI, p. 16 et nbp 31; IVANOV, p. 73. Pour une analyse similaire avec la LStup, cf. WOHLERS, Rechtsgutstheorie, p. 19.

[1264] LEHMKUHL/WENK, p. 9 s.; ACKERMANN/EGLI, p. 16 s. Sur le rôle des générations futures dans ce cadre, cpr. PRITTWITZ, p. 101 ss avec STRATENWERTH, Zukunftssicherung, p. 687.

[1265] KÜNZLI, p. 23 ss; BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, p. 115; GOETSCHEL, Der Zürcher Rechtsanwalt in Tierschutzstrafsachen, RPS 112/1994 64 ss, p. 67; en *Allemagne*: ROXIN/GRECO, § 2 N 55 s.

[1266] ROXIN/GRECO, § 2 N 11; NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 131 ss; BOGUSCH, p. 32; GÜNTHER, p. 15; KARGL, p. 58 s., 73; NEUMANN, p. 86; PRITTWITZ, p. 99 s.

[1267] NEUMANN, p. 90, qui parle de modèle de réussite à l'international.

qu'au sein d'une conception critique des biens juridiques[1269]: elle vise en effet à soumettre les différentes infractions à un examen critique, pouvant aboutir, dans un cas extrême, à ce qu'une norme soit qualifiée d'illégitime, car ne protégeant aucun véritable bien juridique individuel[1270]. Tel serait notamment le cas des infractions récentes, caractérisées par une protection toujours plus abstraite et en amont de biens juridiques collectifs diffus ou dématérialisés (environnement, sécurité ou santé publique, économie). De même, une infraction protégeant un bien juridique collectif devrait être appliquée et interprétée restrictivement (quotité de la peine plus faible, pas de punissabilité de la tentative, forme intentionnelle et non par négligence), ce d'autant plus lorsqu'un grand nombre d'étapes est nécessaire afin de la relier à des intérêts humains[1271].

2. La théorie dualiste

Par opposition, la théorie dualiste ne raisonne pas en fonction d'une seule catégorie de biens juridiques, mais admet la coexistence de biens juridiques individuels et de biens juridiques collectifs, les premiers ayant pour titulaires les particuliers et les seconds, la collectivité ou l'État[1272]. 525

Dans cette approche, les biens juridiques collectifs ont leur existence propre, sans avoir à être forcément construits en référence ou par rapport à des biens juridiques individuels. Certains sont certes issus d'une institutionnalisation de biens juridiques individuels (famille, santé ou sécurité publiques, etc.); d'autres, en revanche, sont créés de toutes pièces (notamment en droit pénal accessoire)[1273]. Dans tous les cas, ils tirent leur raison d'être d'une conception moderne de l'État de droit, qui ne peut plus se contenter de laisser aux individus certains espaces de liberté en s'abstenant de porter atteinte à leurs droits fondamentaux, mais se doit de prendre des mesures positives, dans le but de garantir les conditions-cadres nécessaires à la vie en société et, au final, de réaliser pleinement ces mêmes droits fondamentaux[1274]. Cette attitude active, et 526

[1268] BERNHARD, p. 99; IVANOV, p. 78 s; moins clairs: LEHMKUHL/WENK, p. 9 s.; VERDE, N 63.

[1269] Explicite: HASSEMER, Grundlinien, p. 86; cf. ég. ROXIN/GRECO, § 2 N 12; BERNHARD, p. 99; SWOBODA, p. 33; FIOLKA, Rechtsgut, p. 195, 199.

[1270] NEUMANN, p. 91; moins affirmatifs: NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 146, qui y voient seulement un «solide topos argumentatif» (critique: FIOLKA, Rechtsgut, p. 241).

[1271] HASSEMER, Grundlinien, p. 92; HASSEMER, Theorie, p. 85 s.; KARGL, p. 78 s., pour l'acceptation d'un avantage en droit allemand (§ 331 StGB/D).

[1272] HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 75; HEFENDEHL, Materialisierung, p. 24.

[1273] FIOLKA, Rechtsgut, p. 196; HASSEMER, Theorie, p. 72 ss.

[1274] Voir la terminologie de l'art. 35 Cst; cf. aussi ATF 140 I 201 c. 6.7.3; Message Cst. 1999, p. 193. D'un État libéral (ou policier), on est ainsi progressivement passé, au cours du XX^e^ siècle, à un État social, puis durable (cf. DUBEY, N 57 et 690 ss). Le rôle d'abord passif, puis actif de l'État renvoie aux générations successives de droits fondamentaux (cf. MALINVERNI et al., Vol. II, N 68) ainsi qu'aux obligations négatives, puis positives, qui en découlent (sur l'ensemble du sujet, cf. PÉTERMANN NATHANAËL, Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, thèse Lausanne 2014).

non plus seulement passive, passe par l'accomplissent de tâches étatiques, qui supposent la mise en place et le maintien de multiples institutions (justice, fonction publique, prévoyance, assurances, libre concurrence, éducation, famille, etc.) utiles à la vie en société[1275]. Lorsque le droit pénal sanctionne certaines atteintes portées à ces institutions, il consacre des biens juridiques de nature collective.

527 Cela ne signifie toutefois pas que cette catégorie de biens juridiques existe en faisant totalement abstraction des intérêts des particuliers. Nous venons de voir qu'en accomplissant ses diverses tâches étatiques, l'État vise en définitive à garantir les conditions nécessaires au libre épanouissement des individus[1276]. Cette composante personnelle se retrouve dans chaque bien juridique collectif, mais de manière plus ou moins prononcée[1277]. Certains biens juridiques collectifs tendent ainsi à préserver directement des espaces de liberté pour les individus, à l'instar de la sécurité des transactions commerciales ou de la loyauté dans celles-ci[1278]. Dans ce cas, d'ailleurs, la proximité avec les intérêts de particuliers favorisera souvent l'émergence, à côté du bien collectif, d'un second bien juridique protégé, de nature individuelle. En revanche, pour d'autres biens juridiques collectifs, cette composante personnelle est beaucoup moins marquée, à l'instar de ceux qui touchent au bon fonctionnement de l'appareil étatique lui-même ou aux relations de la Suisse avec l'étranger[1279]. De tels biens seraient désavoués dans une théorie strictement moniste, mais sont pleinement admis dans une théorie dualiste[1280]. Il existe dès lors une gradation, au sein des biens juridiques collectifs, dans l'intensité du rapport qu'ils entretiennent avec les biens juridiques individuels.

528 Au final, l'apport de la théorie dualiste est avant tout d'offrir deux catégories à part entière qui, si elles ne sont pas totalement indépendantes l'une de l'autre, présentent néanmoins des points de rattachement suffisamment spécifiques pour permettre la localisation et la systématisation des différents biens juridiques[1281]. Dès lors, cette théorie se concilie particulièrement bien avec la conception systématique défendue ici[1282].

[1275] HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 77; HEFENDEHL, Verletzten, p. 591; en général: MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 756 ss, 775, 778 ss.

[1276] Cf. DUBEY, N 680. En droit public, voir aussi la définition des mesures dites sociales ou de politique sociale comme des «mesures qui tendent à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs» (ATF 143 I 403 c. 5.2).

[1277] L'inverse est aussi vrai: les biens juridiques individuels revêtent nécessairement une fonction sociale et collective. Cf. FIOLKA, Rechtsgut, p. 196; CASSANI, FS Schmid, p. 397; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 60.

[1278] Pour les art. 240 (fabrication de fausse monnaie) et 251 CP (faux dans les titres).

[1279] Pour les art. 296 ss CP (crimes ou délits de nature à compromettre les relations avec l'étranger).

[1280] Cf. HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 81 s., qui va jusqu'à affirmer que la théorie dualiste devrait en définitive distinguer entre ce type de biens purement étatiques, d'une part, et tous les autres, d'autre part (soit les biens individuels et les biens collectifs visant à créer des espaces de liberté ou d'épanouissement pour les individus).

[1281] FIOLKA, Rechtsgut, p. 196 s.

Contrairement aux théories monistes et à la conception critique, elle n'a pas pour ambition de dénier à certains objets la qualité de biens juridiques, mais part au contraire du principe que chaque infraction protège nécessairement un ou plusieurs biens juridiques, séparés en deux catégories distinctes, selon que leur titulaire est une personne particulière (biens juridiques individuels) ou la collectivité tout entière, respectivement l'État (biens juridiques collectifs).

529 Notons toutefois que, même parmi les partisans d'une théorie dualiste, certains défendent une conception *critique* du bien juridique, ce qui leur permet de soumettre les biens juridiques collectifs les plus controversés (la santé ou la sécurité publique, la sécurité routière, etc.) à un «test qualitatif» afin de déterminer s'ils méritent vraiment leur qualificatif. En Allemagne, GRECO a ainsi développé trois critères pour s'assurer du bien-fondé d'un bien juridique collectif: (1) le *«Zirkularitäts-Test»*: le fait que l'infraction ne serait pas légitime sans protéger un certain bien juridique collectif n'est pas une raison pour retenir qu'elle protège effectivement ledit bien; (2) le *«Distributivitäts-Test»*: le fait que de nombreuses personnes ont un intérêt pour un certain bien n'est pas une raison pour en faire un bien collectif; et (3) le *«Unselbständigkeits-Test»*: il n'est pas permis de dire qu'une infraction protège un certain bien juridique collectif si l'atteinte à ce bien suppose une atteinte simultanée à un bien juridique individuel[1283].

3. Appréciation personnelle et appuis dans la jurisprudence

530 La *théorie dualiste* emporte notre conviction. Elle seule offre une base théorique suffisamment robuste pour appréhender toute la diversité du droit pénal positif, qui consacre des infractions de nature tant individuelle que collective[1284]. Par opposition, la théorie moniste personnelle se trouve (trop) souvent confrontée à des normes protégeant des biens juridiques collectifs qu'elle ne peut expliquer, et donc qu'elle ne peut que rejeter, ce qui s'avère incompatible avec la conception systématique du bien juridique privilégiée ici[1285].

531 Si le Tribunal fédéral n'a pas eu à trancher cette question spécifique – et en soi très dogmatique –, plusieurs éléments issus de sa jurisprudence laissent toutefois penser qu'il tend également vers la théorie dualiste: tout d'abord, nous pouvons citer les arrêts sur la qualité de lésé (art. 115 al. 1 CPP) qui retiennent que certaines infractions protègent exclusivement un bien juridique collectif, sans léser – même secondairement ou accessoirement – le moindre bien juridique individuel[1286]. Le Tribunal fédéral reconnaît ainsi l'existence autonome de biens juridiques collectifs, sans se demander s'ils se rapportent bien à des intérêts individuels, ou alors en ajoutant que ces derniers

[1282] Cf. N 463 *supra*. Dans ce sens, voir aussi FIOLKA, Rechtsgut, p. 199.
[1283] GRECO, Postulierung, p. 206 ss, repris (et affiné) in ROXIN/GRECO, § 2 N 45c ss.
[1284] Comme le reconnaissent NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 130.
[1285] Cf. N 463 *supra*. Cf. aussi FIOLKA, Rechtsgut, p. 195.
[1286] ATF 145 IV 433 (art. 258-260 et 296 CP); 145 IV 491 (art. 86 al. 1 LCdF); 138 IV 258 (art. 90 al. 1 LCR); cf. aussi le considérant-type du TF sur la qualité de lésé en cas d'infractions protégeant des biens juridiques collectifs: cf N 948 ss *infra*.

ne sont dans ce cas atteints qu'indirectement[1287]. Une théorie moniste (personnelle) chercherait au contraire à relier *directement* le bien juridique collectif à un bien juridique individuel ; on voit mal qu'elle puisse se contenter d'une infraction qui ne protège aucun bien juridique individuel, pas même de façon secondaire ou accessoire.

532 Toutefois, certains autres arrêts établissent un lien beaucoup plus concret entre un bien juridique individuel et un bien juridique collectif. Par exemple, le Tribunal fédéral a retenu que l'art. 261 CP (atteinte à la liberté de croyance et des cultes) protégeait les convictions religieuses d'autrui (bien juridique individuel), mais pour autant que l'atteinte qui leur était portée apparaisse suffisamment grave pour troubler simultanément la paix publique ou religieuse (bien juridique collectif)[1288]. Un raisonnement similaire a été tenu pour l'art. 261bis al. 4, 1ère partie CP (discrimination raciale), s'agissant de la dignité humaine (bien juridique individuel) et la paix publique (bien juridique collectif)[1289]. Ces arrêts mettent en exergue le lien existant entre les biens collectifs et les intérêts des particuliers, ce qui se rapproche du point de vue moniste[1290]. Surtout, ces arrêts expriment l'idée d'une relation dérivée *(« Ableitungsverhältnis »)* existant, dans la théorie moniste, entre les biens juridiques collectifs et les biens juridiques individuels : prenant comme point de départ un bien individuel, elle cherche à le rattacher à un bien collectif situé en amont. Dans cette optique, l'atteinte au second est la conséquence de l'atteinte au premier[1291].

533 Cependant, on observe que ces derniers arrêts concernaient tous la paix publique, dont la qualification en tant que bien juridique est, nous le verrons, controversée[1292], et que les mêmes considérations ne se retrouvent pas pour d'autres biens juridiques collectifs. Par ailleurs, le raisonnement à la base de ces arrêts ne consistait pas à remettre en question l'existence même d'un bien collectif, mais à n'appréhender que les atteintes à des biens individuels qui étaient suffisamment graves pour pouvoir se répercuter sur un bien collectif. Une telle démarche n'est pas incompatible avec la théorie dualiste, dont on a vu qu'elle admettait également un lien entre les biens juridiques collectifs et les intérêts des particuliers, à tout le moins pour certains types de biens juridiques collectifs[1293].

534 Un autre indice important qui plaide en faveur d'un attachement du Tribunal fédéral à la théorie dualiste peut être trouvé dans l'ATF 147 IV 297, sur l'état de nécessité (art. 17 CP) en matière climatique (affaire de la partie de tennis dans les locaux de Crédit Suisse), qui retient ce qui suit :

[1287] ATF 147 IV 269 c. 3.1 ; cf. aussi ATF 129 IV 95 c. 3.5 (négationnisme).
[1288] ATF 120 Ia 220 c. 3c.
[1289] À la différence près que la protection de la paix publique est alors qualifiée d'indirecte *(« mittelbar »)* : cf. ATF 123 IV 202 c. 2 ; plus récemment : ATF 148 IV 188 c. 1.3 ; 143 IV 77 c. 2.3.
[1290] Dans ce sens, cf. IVANOV, p. 105 s., qui relève toutefois (p. 109) que la jurisprudence n'est pas conséquente sur ce point et qu'elle est avant tout être guidée par des considérations pragmatiques.
[1291] Cf. ATF 120 Ia 220 c. 3c ; 123 IV 202 c. 2, qui utilisent tous deux le terme *« Folge »*.
[1292] Cf. N 651 *infra*.
[1293] Cf. N 527 *supra*.

> «On peut d'ailleurs relever qu'en entendant parer des dangers pouvant frapper toute personne sur le globe, les recourants ne sauraient prétendre avoir cherché à protéger un bien juridique individuel, *sauf à considérer – de manière inadmissible – qu'un bien collectif serait une simple addition de biens individuels*. En l'occurrence, les recourants ont, de façon évidente, cherché à défendre un intérêt collectif, soit l'environnement, la santé ou le bien-être de la population dans son ensemble»[1294].

Bien que cet arrêt concernait la notion de bien juridique prévue à l'art. 17 CP, qui s'entend de façon générale et non comme d'un bien juridique nécessairement protégé par la loi pénale[1295], la réflexion se laisse aisément transposer à la situation que nous examinons: en reconnaissant qu'un bien juridique collectif est autre chose encore que la simple somme ou le simple agrégat de biens juridiques individuels[1296], le Tribunal fédéral s'éloigne d'une théorie moniste personnelle, qui soutient précisément le contraire[1297]. L'arrêt réaffirme aussi la séparation fondamentale existant entre biens juridiques individuels et collectifs[1298], qui ont chacun leur raison d'être, ce qui ne se conçoit que dans une théorie dualiste. 535

C'est donc la théorie dualiste qui sera privilégiée ici. Elle suppose de reconnaître que les biens juridiques collectifs ont leur existence propre, sans devoir dépendre ou dériver de biens juridiques individuels. Chaque catégorie de biens juridiques – individuels et collectifs – coexiste l'une à côté de l'autre, étant précisé que l'attribution d'un bien à telle ou telle catégorie dépendra toujours, dans une certaine mesure, d'un exercice interprétatif, et donc des valeurs personnelles de l'interprète. 536

C. Classification des biens juridiques collectifs

La doctrine – essentiellement allemande[1299] – s'est livrée à un exercice de classification des biens juridiques collectifs en plusieurs sous-catégories. Pour ce faire, elle s'est essentiellement basée sur la fonction que revêt le bien juridique collectif pour son titulaire, reprenant dans ce cadre la distinction, classique, entre État et société[1300]. 537

[1294] ATF 147 IV 297 c. 2.5 (nous mettons en évidence).

[1295] La question est toutefois *controversée*: cf. BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 17 N 5 et Art. 15 N 11; CR CP I-MONNIER, Art. 15 N 5 et Intro Art. 14-18 N 1. En suivant la doctrine minoritaire, pour laquelle seuls les biens juridiques protégés pénalement entrent en ligne de compte, l'extrait cité n'en serait que d'autant plus pertinent.

[1296] Dans le même sens, voir MAHAIM, p. 25.

[1297] Cf. N 522 *supra*.

[1298] ATF 147 IV 297 c. 2.5; cf. aussi NIGGLI/MUSKENS, Recht und Moral, N 27. Le TF relève d'ailleurs que l'état de nécessité (art. 17 CP) ne se conçoit que pour la protection de biens juridiques individuels (ATF 147 IV 297 c. 2.3.3 et 2.5). En ce sens, le droit suisse diffère du *droit allemand*, qui admet une protection de biens juridiques collectifs: LENK, p. 67 ss.

[1299] BOGUSCH, p. 32 ss; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 113 ss; pour la *Suisse*, cf. VERDE, N 85 ss; VASELLA, N 13.10; cf. pour la *France*: DETRAZ, Infractions d'intérêt général, N 9.

[1300] *«Staat und Gesellschaft»*, cf. HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 114 et HEFENDEHL, Materialisierung, p. 25; cf. aussi VERDE, N 85 et nbp 319; OBERMÜLLER JENS, Der Schutz ausländischer Rechtsgüter im deutschen Strafrecht im Rahmen des Territorialitätsprinzips, Tübingen

538 Nous avons vu ci-dessus que ces deux termes étaient souvent utilisés ensemble pour désigner les biens juridiques collectifs en général. Or, il est possible de décomposer les biens juridiques collectifs en des biens qui ont pour objet le bon fonctionnement de l'appareil étatique, d'une part, et en des biens qui visent à garantir des espaces de liberté utiles à la vie en société, d'autre part[1301]. Alors que les premiers protègent l'État lui-même, les seconds s'adressent à la société tout entière. Nous traiterons d'abord de ces derniers biens juridiques, qu'on dira sociaux, avant de présenter ceux qui se rapportent à l'État, qu'on dira étatiques.

539 Cette distinction entre les biens juridiques de la société ou de la communauté et les biens juridiques de l'État se retrouvait déjà dans les travaux préparatoires du Code pénal suisse, qui parlaient de *« Delikte gegen die Allgemeinheit »* dans le premier cas et de *« Delikte gegen den Staat »* dans le second[1302]. Plus récemment, ces notions ont été évoquées par le Conseil fédéral dans son rapport explicatif sur l'avant-projet de révision de la DPA[1303]. Le Tribunal fédéral a parfois fait référence à cette distinction, notamment dans ses arrêts sur l'état de nécessité (art. 17 CP), sans toutefois en tirer de conclusion particulière[1304]. La doctrine, pour sa part, a procédé à ces subdivisions afin de soumettre chaque sous-groupe à des exigences propres en termes de légitimité[1305]. Loin d'une telle ambition, nous présentons tout de même ces catégories car, en proposant une analyse plus fine de la question de la titularité des biens juridiques collectifs, elles s'avèrent utiles pour résoudre la problématique qui nous occupe, qui est celle de la qualité de lésé en procédure pénale.

540 Précisons enfin que, dans les pages qui suivent, nous nous limiterons à reprendre les biens juridiques protégés tels qu'ils ressortent de la doctrine et de la jurisprudence. Nous examinerons dans le chapitre suivant la manière dont le bien juridique doit, concrètement, être déterminé, ce qui sera l'occasion de revenir sur certains des exemples abordés ici.

1999, p. 68. En *droit français*, cf. MERLE/VITU, Droit pénal spécial, p. 30. Sur la distinction en général, cf. MALINVERNI et al., Vol. I, N 1 ss.

[1301] Cf. N 527 *supra*. Voir aussi HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 115 ; VERDE, N 85 ; cf. déjà Message CP 1918, p. 65, qui distinguait entre biens juridiques de la communauté et biens juridiques de l'État (voir aussi ZÜRCHER, AP-CP 1908, p. 115).

[1302] Message CP 1918, p. 65 ; STOOS, p. 82 s. ; PV-CP, Vol. II, p. 143 ; ZÜRCHER, AP-CP 1908, p. 116 ; cf. aussi CLERC, Introduction, p. 13 ; LOGOZ, PS, Intro N 2.

[1303] Rapport explicatif A-P DPA 2024, p. 10 : « Le maintien de l'ordre étatique peut […] très bien constituer un bien juridique protégé. En outre, le droit pénal ordinaire protège également des biens juridiques collectifs ».

[1304] ATF 147 IV 297 c. 2.1 *in fine* : « [L'art. 17 CP] ne vise que la protection des biens juridiques individuels. Celle des intérêts collectifs, respectivement des intérêts de l'Etat, relève de l'art. 14 CP » ; voir aussi TF, 6B_1061/2021, 9.5.2022, c. 2.1.2 [f].

[1305] HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 116 et 238 ss, ce qui s'explique avant tout dans une conception critique du bien juridique.

1. Les biens juridiques sociaux

Les biens juridiques collectifs sociaux[1306] ou sociétaux (*gesellschaftsbezogene Gemeinrechtsgüter*[1307], *kollektive Allgemeinrechtsgüter*[1308] ou encore *Netzwerkgüter*[1309]) appartiennent à la société, c'est-à-dire à un groupe d'individus vivant en communauté[1310]. Ils visent à créer et à préserver certains espaces de liberté permettant aux membres de cette communauté de vivre en harmonie et de se réaliser en tant qu'individus[1311]. Ils relèvent de la catégorie des biens collectifs car ils se rapportent – indistinctement – à tous les membres de la société. Ils transcendent les intérêts particuliers de chacun de ses membres; dans cette optique, leur caractère «collectif» peut s'entendre au sens de «supra-individuel» *(überindividuell)*[1312]. Les biens juridiques sociaux se retrouvent dans certaines infractions de la partie spéciale du Code pénal, mais aussi en droit pénal accessoire. Nous en donnerons six grands exemples: 541

(1) On peut d'abord citer la confiance placée dans un titre ayant valeur probante dans les relations juridiques *(publica fides)* et la loyauté en affaires pour le faux dans les titres (art. 251 CP)[1313]. De façon similaire, la répression de la fabrication de fausse monnaie (art. 240 CP), en tant qu'elle protège la confiance placée dans l'authenticité des moyens de paiement et donc la sécurité des transactions, consacre également un bien juridique social, qui sert de base à l'activité économique[1314]. 542

(2) Toujours dans le Code pénal, on peut ensuite citer les infractions contre la paix publique prévues au Titre 12 (art. 258-263 CP). Bien que ce point soit vivement critiqué en doctrine[1315], la jurisprudence reconnaît que, pour certaines de ces infractions au moins, le bien juridique directement protégé est la paix publique, parfois aussi l'ordre public ou la sécurité publique, qui sont toutes des notions similaires[1316]. C'est notam- 543

[1306] «Social» comme relatif à la vie des êtres humains en société (cf. Le Petit Robert).

[1307] VERDE, N 85.

[1308] BOGUSCH, p. 37.

[1309] HEFENDEHL, Verletzten, p. 594.

[1310] BOGUSCH, p. 37; cf. déjà Message CP 1918, p. 65: biens juridiques «de la communauté».

[1311] *«Verwirklichungspotentiale»* (HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 80 s., qui sépare ensuite [p. 116 ss] les biens qui encadrent en permanence la vie des individus [ex.: la sécurité des transactions en argent] de ceux qui existent de façon latente et se manifestent seulement en cas de besoin ou en présence d'un trouble); HEFENDEHL, Verletzten, p. 592; VERDE, N 85; voir aussi WOHLERS, Rechtsgutstheorie, p. 16.

[1312] Cf. STRATENWERTH/BOMMER, BT II, Intro N 1; WOHLERS, Rechtsgutstheorie, p. 16 et 19; cf. aussi ATF 149 IV 116 c. 5.2.4; en *France*: MERLE/VITU, Droit pénal spécial, p. 30; DETRAZ, Infractions d'intérêt général, N 9.

[1313] Sur le bien juridique: ATF 142 IV 119 c. 2.2; 140 IV 155 c. 3.3; CR CP II-KINZER, Art. 251 N 3; VERDE, N 669 ss. Sur le caractère «social» de ce bien: BOGUSCH, p. 38; VERDE, N 453; HEFENDEHL, Begriff, p. 10; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 117.

[1314] Sur le bien juridique: ATF 133 IV 256 c. 4.4.3; CR CP II-CHAPUIS/BACHER, Art. 240 N 1. Sur le caractère «social» de ce bien: BOGUSCH, p. 37; VERDE, N 453; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 113, 117.

[1315] Cf. N 651 *infra*, sur les critiques du bien juridique «paix publique».

[1316] GODENZI, p. 252 s. Le terme «sécurité publique» se retrouvait déjà dans le Message CP 1918 pour désigner les délits placés entre les infractions contre les biens juridiques individuels et

ment le cas de la provocation public au crime ou à la violence (art. 259 CP), de l'émeute (art. 260 CP), du négationnisme (art. 261bis al. 4, 2ème partie CP), des organisations criminelles et terroristes (art. 260ter CP; art. 2 LAQEI) ou, comme son nom l'indique, de la mise en danger de la sécurité publique au moyen d'armes (art. 260^{quater} CP)[1317]. La sécurité et l'ordre publics sont aussi protégés par certaines infractions de droit pénal accessoire, notamment celles prévues par la loi sur les armes (art. 33 ss LArm) ou en droit des étrangers (art. 119 al. 1 *cum* 74 al. 1 let. a LEI)[1318]. En outre, selon le Tribunal fédéral, les cantons restent libres d'édicter des contraventions de droit cantonal (art. 335 CP) destinées à protéger l'ordre et la sécurité publics, les art. 258 ss CP n'offrant pas une protection exhaustive desdits biens juridiques[1319]. Or, si la paix (ou la sécurité) publique doit être maintenue en tant que bien juridique à part entière, malgré les critiques de la doctrine, et qu'elle se définit comme la cohabitation pacifique de la population ou, plus exactement, comme le sentiment général de sécurité qui résulte de la confiance placée dans cet état de cohabitation pacifique[1320], alors elle appartient nécessairement à la catégorie des biens juridiques sociaux. Elle se rapporte en effet directement à la vie des individus en société. Toutefois, on ne peut ignorer la dimension étatique, voire démocratique de la paix ou de la sécurité publique, qui sert de socle nécessaire au bon fonctionnement de l'État, de ses institutions et du processus décisionnel[1321]. Cela dénote le caractère flou de ce bien juridique et permet d'expliquer les critiques de la doctrine.

---

celles contre l'État et la défense nationale et qui «dans un sens ou dans l'autre, compromettent la sécurité publique» (p. 34). Pour une analyse de droit constitutionnel, cf. LOVIAT, N 43 ss (art. 185 al. 3 Cst.). Dans ce premier chapitre

1317 Pour l'*art. 259 CP*: ATF 152 IV 14 c. 4.4.3; l'*émeute*: ATF 147 IV 9 c. 1.4.3; 145 IV 433 c. 3.5.3; 108 IV 33 c. 1a; 103 IV 241 c. I.2.a; le *négationnisme*: ATF 129 IV 95 c. 3.3.1 et 3.5; *art. 260ter aCP*: TPF, SK.2020.11, 8.11.2020, c. 8.3 [d]; SK.2019.49, 3.9.2020, c. 18.1 [i]; SK.2012.2, 28.6.2012, c. 13.5.1 [f]; *art. 2 LAQEI*: ATF 151 IV 1 c. 2.2.2 et 2.3; ATF 150 IV 10 c. 5.2.1; 148 IV 298 c. 7.2; 148 IV 398 c. 4.8.3.2; *art. 260^{quater} CP*: ATF 130 IV 20 c. 2.1; CR CP II-DOLIVO-BONVIN/LIVET, Art. 260^{quater} N 1; *contra*: PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 260^{quater} N 1 *(«nur in formeller Hinsicht»)*; AK StGB-UHRMEISTER, Art. 260^{quater} N 1; WEISSENBERGER, p. 169.

1318 Pour la *LArm* (entrée en vigueur simultanément à l'art. 260^{quater} CP): AMSLER BENJAMIN/CALDERARI LUDIVINE, La réglementation des armes à feu par la loi fédérale sur les armes, PJA 2014 309 ss, p. 313 (ordre public); WEISSENBERGER, p. 155 (sécurité publique); cpr. TF, 2C_125/2009, 4.8.2009, c. 6 [d] (vie et intégrité corporelle); pour la *LEI*: ATF 147 IV 253 c. 2.2.2 et 2.3; 143 IV 264 c. 2 et 3.

1319 ATF 144 I 281 c. 4.3; 117 Ia 472 c. 2b (pas de *«geschlossenes System»*); cf. aussi ATF 129 IV 276 c. 2.1 (par rapport aux art. 221 s. CP); TF, 1C_225/2012, 10.7.2013, c. 5.2 [f]; 6B_26/2021, 9.3.2022, c. 3.4 et 3.5 [d]; SCHUBART/VEST, Vor Art. 258 N 8; CR Cst.-GONIN, Art. 185 N 45.

1320 PK StGB-TRECHSEL/VEST, Vor Art. 258-263 N 1; BSK StGB-FIOLKA, Vor Art. 258 N 3; GODENZI, p. 252 s.; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, Vor § 38 N 1; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 287; sur les aspects objectif et subjectif de cette définition: JENAL, Religiöser, p. 10 ss; SCHUBART/VEST, Vor Art. 258 N 5 s.; cpr. ATF 127 IV 1 c. 2c/ee: *«Die öffentliche Sicherheit bedeutet die Unverletzlichkeit unter anderem der Rechtsgüter der Einzelnen»*.

(3) La corruption privée (art. 322^octies et 322^novies CP) fait également partie des infractions protégeant des biens juridiques sociaux, dès lors qu'il est admis que sa répression vise notamment à assurer le bon fonctionnement de l'économie de marché (voire de la société en général), la concurrence loyale et la confiance en un marché libre et non biaisé[1322], soit autant d'éléments nécessaires à l'épanouissement économique des acteurs de ce même marché. À noter que plusieurs autres biens juridiques protégés ont été évoqués par le Message du Conseil fédéral et repris par la doctrine, qui sont de nature tant individuelle que collective[1323], à tel point que certains critiquent l'aspect «épicerie» (ou même «magasin en libre-service») de cette énumération[1324]. 544

(4) En dehors des infractions prévues par le Code pénal, on retrouve de nombreux biens juridiques sociaux en droit pénal accessoire. Tel est par exemple le cas des dispositions pénales de la LCD (art. 23 ss LCD) qui, de manière générale, visent à garantir une «concurrence loyale et qui ne soit pas faussée» (cf. art. 1 LCD)[1325]. Cette concurrence doit être préservée «dans l'intérêt de toutes les parties concernées» (cf. art. 1 LCD), à savoir les concurrents, les consommateurs finaux et les autres participants au marché, mais aussi la collectivité[1326]. Si l'on peut discerner dans ce cadre cer- 545

[1321] Cf. la définition de l'organisation terroriste, qui vise à «intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque» (art. 260^ter al. 1 let. a ch. 2 CP), qui souligne le lien avec le fonctionnement de l'État. Sur cette dimension de la paix publique, cf. CR Cst.-GONIN, Art. 185 N 39, 41; CR Cst.-BLEICKER, Art. 57 N 17.

[1322] Message corruption 2014, p. 3439 s.; PK StGB-BETZ, Art. 322^octies N 7; CASSANI, Évolutions, p. 207; CR CP II-QUELOZ/SADIK/ILLÁNEZ, Art. 322^octies N 17; HILF, Rechtsgut, p. 467; CASSANI/MAY, p. 361 s.; *contra*: ISENRING, p. 350.

[1323] Soit le patrimoine des concurrents évincés ou du tiers pour lequel l'agent corrompu travaille, la confiance de ce même tiers dans la fidélité de son agent, voire cette fidélité elle-même, puis, selon les domaines d'activités concernés, la santé et la sécurité publiques, l'utilisation correcte de subventionnements publics, de même que la réputation de la Suisse sur la scène internationale. Cf. Message corruption 2014, p. 3439 s.; ISENRING, p. 350 s.; AK StGB-HILTI, Art. 322^octies N 2; CASSANI, Évolutions, p. 207; CR CP II-QUELOZ/SADIK/ILLÁNEZ, Art. 322^octies N 16 et 17.

[1324] *«Gemischtwarenladen»* (BSK StGB-PIETH, Art. 322^octies N 2; WStR-PIETH, § 22 N 93).

[1325] Sur le bien juridique: CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Rem. lim. Art. 23-27 N 3 et Art. 23 N 1; cpr. WStR-NIGGLI/MAEDER, § 20 N 8, qui rejettent la concurrence en tant que bien juridique au sens classique du terme et proposent (N 5) d'examiner séparément la norme à laquelle les art. 23 et 24 LCD renvoient; HEIMGARTNER STEFAN, in Jung Peter/Spitz Philippe (éds), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar, 2^e éd., Berne 2016, Art. 23 N 15, qui adopte une approche similaire, mais retient tout de même (N 11) que le bien juridique protégé est la concurrence loyale et non faussée.

[1326] CR LCD-MARTENET, Art. 1 N 30 ss, spéc. 41. Cf. aussi ATF 129 III 426 c. 2.2: collectivité intéressée «indirectement» par une action intentée entre concurrents en vue de faire respecter les règles de la concurrence; dans ce sens Komm. UWG-SCHAFFNER/SPITZ, Art. 23 N 2.

tains biens juridiques individuels[1327], voire étatiques[1328], il ne fait guère de doute qu'une concurrence loyale garantit des espaces de liberté – notamment économique (art. 27 et 94 Cst.) – aux différents acteurs du marché et participe ainsi de la cohésion sociale et du bien-être des membres de la société[1329], ce qui permet de la qualifier de bien juridique social[1330].

546 (5) Toujours en droit pénal accessoire, on peut citer les infractions au droit des marchés financiers, notamment l'exploitation d'informations d'initiés (art. 154 LIMF) et la manipulation de cours (art. 155 LIMF), qui visent à protéger, en tant que biens juridiques, le bon fonctionnement du marché financier suisse ainsi que, pour la première, l'égalité des chances entre investisseurs[1331]. Or, au travers d'un marché financier efficient, transparent et accessible, c'est en définitive la possibilité pour les acteurs de ce marché d'y négocier librement qui est garantie[1332]. Il s'agit donc ici aussi de sauvegarder des espaces de liberté, et donc de garantir un bien juridique de nature sociale[1333]. On précisera encore que, pour l'art. 154 LIMF, des biens juridiques supplémentaires, notamment individuels[1334], ont été envisagés, mais sont désormais rejetés par la jurisprudence et la doctrine majoritaire[1335]. La situation est sensiblement la même pour les infractions à la LFINMA (art. 44 ss LFINMA) et à la LSFin (art. 89 ss LSFin): est

[1327] Cf. le renvoi de l'art. 23 al. 2 LCD aux art. 9 al. 1 et 10 al. 2 LCD, qui parlent d'«intérêts économiques»; CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Art. 23 N 44, 46; WStR-NIGGLI/MAEDER, § 20 N 7; ATF 120 IV 38 c. 2a; TF, 7B_135/2022, 9.1.2024, c. 3.4.2 et 7.3 [d].

[1328] Cf. le renvoi de l'art. 23 al. 2 LCD à l'art. 10 al. 3 LCD, qui permet à la Confédération de déposer plainte pénale, notamment lorsque la «réputation de la Suisse à l'étranger est menacée» (let. a). Voir CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Art. 23 N 48; ATF 124 IV 73 c. 1c/bb.

[1329] Cf. art. 10 al. 3 let. b LCD et ATF 149 IV 1 c. 2.5; cf. aussi CR LCD-MARTENET, Art. 1 N 43, sur le fait qu'une concurrence viciée peut «affecter le lien social […] existant entre les différentes parties prenantes de la collectivité»; cf. ég. CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Intro. Générale N 39 ss, sur le lien entre libre concurrence et liberté économique.

[1330] Cf. aussi VERDE, N 453; ATF 149 IV 1 c. 2.5: *«Schutz ein Interesse überindividueller Natur»*. Pour *l'Allemagne*: BOGUSCH, p. 39; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 279, tous deux au sujet du § 298 StGB/D, première infraction du paragraphe 26 consacré aux *«Straftaten gegen den Wettbewerb»*.

[1331] TPF, BB.2021.95, 10.1.2022, c. 3.4 [f] et BB.2017.123, 12.9.2017, c. 1.5 [d] (art. 154 LIMF); WStR-WOHLERS, § 14 N 16 et 18 (art. 154 LIMF), N 21 (art. 155 LIMF) et N 22 (pour les autres infractions au droit des marchés financiers); pour une analyse approfondie de l'art. 154 LIMF: REMUND, p. 245 ss.

[1332] Cf. CR Cst.-MARTENET, Art. 94 N 19 ss, sur les liens entre liberté économique (art. 27 et 94 al. 1 Cst.), économie de marché et neutralité de l'État en matière de concurrence, et N 39, sur la dimension sociale que possède l'économie de marché, qui doit contribuer «à la prospérité et à la sécurité économique de la population» (art. 94 al. 2 Cst.).

[1333] Cpr. pour le délit d'initié en *Allemagne*: HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 282: *«kollektives Vertrauenrechtsgut»* lié à l'égalité des chances des investisseurs; BOGUSCH, p. 38.

[1334] Le patrimoine des investisseurs ou le devoir de fidélité de l'initié envers l'émetteur, mais aussi la réputation de la place financière suisse à l'étranger, bien juridique étatique.

[1335] TPF, BB.2021.95, 10.1.2022, c. 3.4 [f]; WStR-WOHLERS, § 14 N 17 ss; REMUND, p. 247 ss; BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 154 N 10 et Art. 155 N 8; CR CP II-THORMANN/REMUND, Art. 154 LIMF N 23; WYSS, p. 342; cpr. JEANNERET/DROZ, N 62.

avant tout protégé le bon fonctionnement du marché financier, même si la protection secondaire de biens juridiques individuels est ici plus controversée[1336].

(6) Ultime exemple de biens juridiques sociaux: le bien juridique protégé par les in- 547
fractions pénales en matière environnementale, à savoir l'environnement en tant que tel ou, plus exactement, ses différentes composantes ou ressources naturelles (l'eau, les forêts, la faune et la flore, les biotopes, l'air, les sols, le climat), au travers de la LPE ou de nombreuses lois spéciales (pour ne citer que les principales: LEaux, LFo, LChP, LPN, LGG, LFSP, LCITES, Loi sur le CO_2)[1337]. Dès lors qu'on admet que la protection de l'environnement doit permettre de préserver les bases naturelles de la vie sur terre, à tout le moins de la vie humaine, cas échéant dans une perspective intergénérationnelle[1338], alors ce bien juridique ne peut qu'être qualifié de social[1339]. Il constitue en effet une condition nécessaire à la vie des êtres humains en société. Autre est la question de savoir si certaines infractions de nature environnementale protègent également des biens juridiques de nature individuelle, tels que la vie, l'intégrité corporelle ou le patrimoine. Nous avons déjà traité ce point dans une précédente contribution, à laquelle il peut être renvoyé[1340].

2. Les biens juridiques étatiques

Les biens juridiques collectifs étatiques (*staatliche Allgemeinrechtsgüter*[1341] ou *staats-* 548
bezogene Gemeinrechtsgüter[1342]) sont ceux qui garantissent les conditions-cadres nécessaires au maintien et au bon fonctionnement de l'État et de ses institutions[1343]. Dans le Message de 1918 à l'appui du Code pénal suisse, le Conseil fédéral les quali-

[1336] Pour la *LFINMA*: BSK FINMAG-SCHWOB/WOHLERS, Art. 44 N 3, Art. 45 N 2, Art. 46 N 2 et Art. 48 N 3; OGer ZH, UE140259-O/U/HEI, 13.3.2015, c. III/3.2; pour la *LSFin*: CR CP LSFin-MACALUSO/LUBISHTANI, Intro. art. 89-92 N 15, évoquant les «intérêts financiers individuels» des clients, not. en cas de violation d'un devoir d'information accru. Cf. aussi pour *l'art. 46 al. 1 let. a LB*: TF, 6B_78/2021, 23.12.2022 c 6.4 [d].

[1337] Sur le bien juridique «environnement» et ses composantes: ACKERMANN/EGLI, p. 12 ss, spéc. p. 14; HILF/VEST, p. 32 ss; FAVRE, Cent ans, p. 264 s. et 268 s.; cf. déjà Message LPE, FF 1979 III 741, p. 747; PETITPIERRE, p. 281 (nbp 2) et 288 ss.

[1338] En matière de changement climatique, cf. CourEDH, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse (GC), nº 53600/20, 9.4.2024, § 419 s. (générations futures) et § 507 ss (droit à la vie); CR Cst.-FAVRE, Art. 74 N 5 (vie humaine); CR Cst.-MAHAIM, Art. 73 N 26 ss (générations futures); cf. N 523 *supra* (exemple) sur l'approche éco- ou anthropo-centrée en droit pénal de l'environnement.

[1339] Dans ce sens en *Allemagne*, cf. HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 307; HEFENDEHL, Verletzten, p. 595; BOGUSCH, p. 39.

[1340] GUISAN/RUTSCHMANN, N 20.44 s.; cf. ég. FAVRE, Infractions, N 18.28 ss; GIROUD/ROTH, p. 387.

[1341] BOGUSCH, p. 32 (pour l'Allemagne).

[1342] VERDE, N 85.

[1343] Cf. déjà Message CP 1918, p. 65; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, 6. Kapitel N 1 p. 271; la *France* connaît une notion similaire, utilisée dans la définition des infractions politiques: cf. JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/LAPÉROU-SCHENEIDER BÉATRICE, Droit pénal français et droit pénal suisse – Une mise en parallèle, Paris 2017, p. 17.

fiait de biens juridiques «de haute valeur»[1344]. Ils appartiennent à l'État (ou à ses émanations) en tant qu'entité juridique distincte, dont l'activité est guidée par l'intérêt public. Il s'agit toujours de biens juridiques de nature collective, avec la précision que le terme «collectif» ne se rapporte pas directement aux intérêts de l'ensemble des citoyens, mais à l'État lui-même qui, en accomplissant ses différentes tâches et en protégeant ses institutions, sert en définitive l'intérêt public ou général de la population. Le rapport direct à l'État, et non à la collectivité des citoyens, justifie de qualifier ce type de biens de biens juridiques étatiques.

549 Les infractions protégeant des biens juridiques étatiques se trouvent essentiellement dans le Code pénal, à partir du Titre 13 de la Partie spéciale. Pour reprendre la classification proposée par STRATENWERTH et BOMMER, on peut parler ici d'infractions contre l'État *(Straftaten gegen den Staat)*, qui se subdivisent en trois groupes: (1) les infractions contre l'existence et la constitution de l'État, (2) les infractions contre la puissance publique et l'administration de la justice et (3) les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels[1345].

550 (1) Dans le premier groupe, citons d'abord les infractions contre l'État et la défense nationale du Titre 13 (art. 265-278 CP) qui, de façon générale, visent à protéger l'existence de l'État et de ses institutions et ainsi à garantir les fondements politiques, économiques et militaires de l'État; selon la disposition en cause, le bien juridique protégé sera la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse, son indépendance, son intégrité territoriale, son honneur et son autorité, sa souveraineté territoriale, sa sécurité militaire ou encore sa puissance défensive[1346], soit autant de biens juridiques étatiques[1347]. Proches de ces dispositions, on peut aussi évoquer les infractions de nature à compromettre les relations avec l'étranger prévues au Titre 16 (art. 296-302 CP), qui protègent justement les relations que la Suisse entretient avec les États étrangers et donc la politique extérieure du pays, ce qui constitue ici aussi un bien juridique étatique[1348].

551 Comme autre exemple classique de biens juridiques étatiques, la doctrine cite les délits contre la volonté populaire (Titre 14; art. 279-283 CP), qui visent, de manière générale, à garantir l'exercice des droits politiques par les électeurs[1349]. On peut toutefois

[1344] Message CP 1918, p. 65.

[1345] STRATENWERTH/BOMMER, BT II, 6. Kapitel N 1 (p. 271).

[1346] Cf. PK StGB-TRECHSEL/VEST, Vor Art. 265 N 3 et Vor Art. 272 N 2; AK StGB-BLOCH/WEBER, Vor Art. 265 N 1 s.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 326; PC CP, Rem. prél. art. 265-278 N 5; BSK StGB-ISENRING/FLACHSMANN, Vor Art. 265 N 1; BSK StGB-HUSMANN, Vor Art. 271-274 N 2; BREITENFEDLT/JORDAN, p. 961.

[1347] Cf. VERDE, N 449; en droit allemand, cf. BOGUSCH, p. 33.

[1348] ATF 145 IV 433 c. 3.5.4; AK StGB-SIMON, Vor Art. 296 N 1; BSK StGB-OMLIN, Vor Art. 296 N 2; PK StGB[3]-TRECHSEL/VEST, Vor Art. 296 N 1; PC CP, Rem. prél. art. 296-302 N 1; sur le caractère «étatique» du bien juridique: VERDE, N 449.

[1349] PK StGB-TRECHSEL/VEST, Vor Art. 279 N 1; BSK StGB-WEHRLE, Vor Art. 279 N 5; CR CP II-VON WURSTEMBERGER, Intro. art. 279-283 N 3; PC CP, Rem. prél. art. 279-283 N 4. Sur le caractère «étatique» du bien juridique: VERDE, N 449. L'*Allemagne* rattache à cette ca-

se demander si ce bien juridique peut vraiment être qualifié d'étatique ou s'il n'appartient pas plutôt à l'ensemble des citoyens formant le corps électoral, dont il s'agit d'assurer la libre formation de l'opinion ainsi que l'expression fidèle et sûre de la volonté populaire (cf. art. 34 al. 2 Cst.)[1350]. Dans cette optique, le bien protégé se rapprocherait en définitive d'un bien juridique social. À la lecture de certaines infractions, on constate d'ailleurs qu'il est parfois question d'atteinte à un ou plusieurs électeurs déterminés[1351], ce qui permet même de se demander si la protection ne s'étendrait pas, en réalité, à certains biens juridiques individuels. Le Tribunal fédéral l'a toutefois récemment nié pour la fraude électorale (art. 282 CP)[1352].

(2) Dans le deuxième groupe figurent d'abord les infractions contre l'autorité publique formant le Titre 15 (art. 285-295 CP), qui protègent le bon fonctionnement des autorités publiques et l'exécution de leurs décisions, avec par exemple l'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP), la soustraction d'objets mis sous main de l'autorité (art. 289 CP) ou la rupture de ban (art. 291 CP)[1353]. 552

Toujours dans le deuxième groupe, et dans la droite ligne des infractions contre l'autorité publique, auxquelles elles sont d'ailleurs étroitement liées[1354], citons encore les infractions contre l'administration de la justice, qui composent le Titre 17 du Code pénal (art. 303-311 CP). Comme leur nom l'indique, ces dispositions servent à protéger le bon fonctionnement de la justice en général[1355], même si certaines d'entre elles protègent aussi d'autres biens juridiques, notamment individuels. Le pouvoir judiciaire est une composante essentielle de tout État de droit[1356]. Lorsque le droit pénal réprime des comportements susceptibles de mettre en péril le fonctionnement et l'intégrité de l'ins- 553

tégorie les seuls § 105 à 106b StGB-D, commis contre des *Verfassungsorgane*, mais pas les § 107 ss, qui correspondent aux art. 280-283 CP: cf. BOGUSCH, p. 33; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 119.

[1350] Cf. aussi ATF 138 IV 70 c. 1.1.1 (art. 282 CP) et 1.1.2 (art. 282bis CP); TF, 7B_980/2023, 6.2.2024, c. 3.2.1 [d] (art. 282 CP); cf. toutefois Message CP 1918, p. 68: protection pénale du droit du citoyen de concourir à la «formation de la volonté de l'État».

[1351] «Violence» ou «menace d'un dommage sérieux» (art. 279 s. CP); violation du «secret du vote» (art. 283 CP).

[1352] TF, 7B_980/2023, 6.2.2024, c. 3.2.1 [d], dans lequel le recourant était le candidat malheureux à une élection de juge administratif.

[1353] Cf. PK StGB-TRECHSEL/VEST, Vor Art. 285 N 1; BSK StGB-HEIMGARTNER, Vor Art. 285 N 2; PC CP, Rem. prél. art. 285-295 N 2; cf. aussi ATF 147 IV 253 c. 2.2.1 (art. 291 CP); TF, 6B_847/2022, 27.4.2023, c. 1.2 [f] (art. 285 CP). Sur le caractère «étatique» de ce bien, cf. BOGUSCH, p. 33 s., pour les infractions similaires en droit allemand.

[1354] STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 53 N 1. Ainsi, les art. 310 CP (faire évader des détenus) et 311 CP (mutinerie de détenus) protègent à la fois l'administration de la justice (pénale) et l'autorité publique: CASSANI, Commentaire, Art. 310 N 1 et Art. 311 N 1.

[1355] STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 53 N 1.

[1356] La notion d'État de droit *(Rechtstaat)* suppose en effet l'existence d'un pouvoir judiciaire, distinct des pouvoirs législatif et exécutif: CR Cst.-DUBEY/MARTENET. Intro. générale N 2; CR Cst.-NEUENSCHWANDER, Art. 191*c* N 2; GIROUD SANDRINE, État de droit et confiscation internationale: Quels enjeux pour l'État helvétique? in Sandrine Giroud/Alvaro Borghi (éds), État de droit et confiscation internationale, Genève 2010, 1 ss, p. 5.

titution judiciaire, il consacre des biens juridiques étatiques. À noter que des infractions de droit pénal accessoire visent également à protéger l'administration de la justice, comme l'art. 37 LBA[1357].

554 (3) Dans le troisième et dernier groupe figurent évidemment les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels du Titre 18 (art. 312-322bis CP), qui visent, de manière générale, à protéger le bon fonctionnement de l'activité étatique en garantissant le respect, par les agents de l'État, des devoirs inhérents à leur charge[1358]. Toutefois, certaines de ces infractions protègent aussi des biens juridiques individuels[1359] ou consacrent un bien juridique plus sociétal qu'étatique, notamment lorsqu'il est question de la confiance du public dans l'intégrité des fonctionnaires (art. 314, 317 et 318 CP)[1360] ou du fonctionnement de la société tout entière (art. 321 CP)[1361].

555 Dans le prolongement de ce qui précède, la doctrine mentionne aussi les infractions de corruption du Titre 19 (art. 322ter-322^{decies} CP), à tout le moins la corruption d'agents publics, comme faisant partie des *Straftaten gegen den Staat*, ce qui s'explique déjà par le fait que, sous l'ancien droit, la corruption passive (art. 315 aCP) et l'acceptation d'un avantage (art. 316 aCP) figuraient parmi les infractions contre les devoirs de fonction du Titre 18[1362]. Bien que la question du bien juridique protégé par les infractions de corruption soit très controversée, nous pouvons d'ores et déjà retenir que, selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence, la corruption d'agents publics protège à tout le moins l'objectivité et l'impartialité du processus décisionnel étatique[1363]. Il

[1357] Cf. CR LBA-MACALUSO/GARBARSKI, Art. 37 N 10 (lutte contre le blanchiment d'argent et donc administration de la justice pénale) et N 5 (intégrité de la place financière suisse).

[1358] À tout le moins pour les *art. 312 CP* (CR CP II-POSTIZZI/SALMINA, Art. 312 N 5), *313 CP* (BSK StGB-HEIMGARTNER, Art. 313 N 2), *317 CP* (ATF 147 IV 269 c. 3.3), *318 CP* (STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 60 N 16; *contra*: CR CP II-SALMINA/POSTIZZI, Art. 318 N 3), *319 CP* (BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 319 N 5) et *320 CP* (TF, 1B_29/2018, 24.8.2018, c. 2.3 [d]; CR CP II-VERNIORY, Art. 320 N 5). Sur le caractère «étatique» du bien, cf. en droit allemand BOGUSCH, p. 36 npb 130

[1359] Not. les art. 312, 313, 317, 318, 320 et 321 CP.

[1360] Cf. déjà Message CP 1918, p. 74: «réputation d'intégrité» des fonctionnaires et «confiance» à leur égard; BSK StGB-NIGGLI, Art. 314 N 7; ATF 147 IV 269 c. 3.3 (art. 317 CP); TF, 1B_435/2021, 8.12.2021, c. 4.4 [d] (art. 318 CP).

[1361] CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, Art. 321 N 7 et 13 s.

[1362] Quant à la corruption active (art. 288 aCP), elle relevait formellement des infractions contre l'autorité publique du Titre 15. Ces trois dispositions ont été abrogées au 1.5.2000 avec la révision du droit de la corruption (RO 2000 1121; Message corruption 1999); cf. AK StGB-HILTI, Vor Art. 322ter-322^{decies} N 1; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 620; PERRIN, Corruption, p. 96; BSK StGB-PIETH, Vor Art. 322ter N 12: le bien juridique était à l'époque le devoir de fidélité du fonctionnaire vis-à-vis de l'État; *contra*: JOSITSCH, p. 296.

[1363] CR CP II-PERRIN, Art. 322^{septies} N 7; CR CP II-DYENS, Intro Art. 322ter-322^{decies} N 13; PC CP, Rem. prél. Art. 322ter-322^{decies} N 9; FOURRIER, p. 11 (processus décisionnel «démocratique»); CASSANI, Bien commun, p. 63 (caractère régulier, objectif et impartial de l'action publique); la doctrine alémanique ne le limite pas au processus décisionnel, mais l'étend à toute activité étatique ou officielle *(«amtliche Tätigkeit»)*: PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Vor Art. 322ter N 1; HK StGB-WOHLERS, Art. 322ter N 1; AK

s'agit là d'un bien juridique étatique, ce que confirme sans ambiguïté la formule suivante, tirée de l'arrêt *République fédérative du Brésil* du Tribunal fédéral, et désormais célèbre: «de manière générale, la corruption d'agents publics pervertit le processus de décisions au sein de l'administration, dessert l'intérêt public et affaiblit l'État»[1364].

III. Les biens juridiques mixtes

La classification des biens juridiques en biens individuels ou collectifs puis, au sein de chacune de ces catégories, en différentes sous-catégories encore, n'est pas toujours chose aisée, ce d'autant moins qu'il existe ce qu'on peut appeler des biens juridiques de nature «mixte» *(gemischtes Rechtsgut)*[1365], qui ne se laissent pas clairement rattacher à l'une ou l'autre de ces (sous-)catégories. 556

A. Généralités

Traditionnellement, le caractère *mixte* se rapporte à la division classique entre biens juridiques individuels et biens juridiques collectifs, en ce sens que l'infraction en cause doit protéger simultanément un bien juridique relevant de la première catégorie et un bien juridique relevant de la seconde[1366]. Toutefois, il peut également arriver qu'une même infraction protège simultanément plusieurs biens juridiques individuels ou plusieurs biens juridiques collectifs. 557

Dans un cas comme dans l'autre, l'expression *bien juridique mixte* s'avère quelque peu trompeuse, car elle suggère que l'infraction ne protégerait qu'un unique bien juridique, lequel serait composé d'éléments de nature différente. Tel est parfois effectivement le cas, comme nous l'avons vu ci-dessus avec les délits contre la volonté populaire (art. 279-283 CP) ou contre la paix publique (art. 258-263 CP), qui protègent un bien juridique hybride ou composite, à la fois social et étatique. La plupart du temps, toutefois, l'expression désignera une infraction qui protège plusieurs biens juridiques distincts. 558

StGB-HILTI, Art. 322ter N 1; BSK StGB-PIETH, Vor Art. 322ter N 13; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 622; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 62 N 2; JOSITSCH, p. 302; cf. aussi en français PERRIN, Corruption, p. 96 s. Dans la jurisprudence, cf. ATF 150 IV 86 c. 3.2.2; 149 IV 57 c. 1.2; 135 IV 198 c. 3.3 s.; 129 III 320 c. 5.2; 129 II 462 c. 4.5; TF, 6B_511/2019, 14.1.2020, c. 1.4 [f].

[1364] TF, 6B_908/2009, 3.11.2010, c. 2.3.2 [f] n.p. in ATF 136 IV 188. Cette définition est très probablement empruntée à MIREILLE DELMAS MARTY: «la corruption abolit la confiance qui rend possible le mécanisme de la représentation. Du même coup, elle dénature la société démocratique, comme elle affaiblit l'Etat de droit, en réduisant à de simples fictions le respect de la légalité et la garantie judiciaire […]» (Préface, in Borghi/Meyer-Bisch (éds), La corruption: L'envers des droits de l'homme, Fribourg 1995, p. 14); cf. aussi BOGUSCH, p. 36, sur le caractère «étatique» de ce bien juridique en *Allemagne*.

[1365] En français: TC JU, CPR 16/2023, 8.5.2023; STRÄULI, Pourvoi, N 94 («intérêt mixte»). En allemand: VEST, Systematische Einleitung N 76.

[1366] STRÄULI, Pourvoi, N 94; CASSANI, FS Schmid, p. 394; HARARI/ROTH/STRÄULI, p. 423; cf. ég. TC JU, CPR 16/2023, 8.5.2023.

559 Plutôt que de parler de *bien juridique* mixte, il serait peut-être plus adéquat de parler dans ce cas d'*infraction* mixte. Cette expression se rapproche de celle d'infraction composée ou complexe *(zusammengesetztes Delikt)*, qui désigne généralement une infraction composée d'éléments constitutifs propres à d'autres infractions (par ex. le brigandage [art. 140 CP])[1367], mais qu'on utilise aussi régulièrement pour qualifier une infraction protégeant plusieurs biens juridiques distincts[1368]. Dans ce dernier cas, la doctrine allemande parle d'infractions avec un *«doppelter Schutzzweck»*[1369] et la doctrine française d'infractions «pluri-offensives»[1370]. Enfin, on peut encore faire un parallèle avec la notion de délit politique en entraide internationale en matière pénale, délit qui est dit relatif ou complexe lorsqu'il est dirigé à la fois contre l'intérêt privé d'un particulier et contre l'intérêt public de l'État[1371].

560 Malgré ces réserves d'ordre sémantique, nous reprendrons, dans la suite de ce travail, les termes de biens juridiques mixtes, qui se sont imposés en pratique[1372], avec la précision que, dans la majorité des cas, l'infraction en cause ne protégera pas un, mais plusieurs biens juridiques distincts.

561 Notons toutefois que, même si elle est désormais établie, la protection parallèle de plusieurs biens juridiques fait aussi l'objet de *critiques* en doctrine, certains estimant qu'elle ôte au bien juridique toute son utilité en tant qu'outil d'interprétation de la norme ou encore sa fonction de délimitation en matière de concours[1373]. Une telle affirmation fait surtout sens dans une conception critique du bien juridique, qui n'est pas celle adoptée ici. Elle semble, par ailleurs, ignorer certaines des avancées que cette protection parallèle a permis d'obtenir, comme la reconnaissance de la qualité de lésé en cas d'abus d'autorité (art. 312 CP) ou du faux témoignage (art. 307 CP). Cette approche a toutefois le mérite de poser un regard critique sur la tendance actuelle qui consiste à admettre une forme de protection de biens juridiques «en blanc», que nous examinerons ci-dessous en lien avec le caractère personnel de l'atteinte[1374].

[1367] Cf. BSK StGB-RIEDO/NIGGLI, Art. 140 N 13. C'est d'ailleurs un cas de concours imparfait *(unechte Konkurrenz)*: BSK StGB-ACKERMANN, Art. 49 N 54; ATF 118 IV 91 c. 4a.

[1368] HURTADO POZO/GODEL, N 356; GRAVEN/STRÄULI, p. 94 (pour le brigandage [art. 140 CP] ég.); BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 156 N 1 (pour l'extorsion [art. 156 CP]); cf. ég. TF, 6B_341/2009, 20.6.2009, c. 4.2 [d] (pour le vol aggravé [art. 139 ch. 2 et 3 CP]).

[1369] KÜPPER, p. 283.

[1370] DARSONVILLE, p. 44; MARTINELLE, N 139; critique: DREYER, Droit pénal général, N 170.

[1371] Cf. déjà BOURQUIN MAURICE, Crimes et délits contre la sûreté des États étrangers, Académie de droit international, Paris 1928, p. 79; plus récemment: ZIMMERMANN, Coopération, N 762 s. p. 655 ss.

[1372] Outre les références déjà citées, on retrouve l'expression chez BENHAMOU YANIV/WANG LOUISE, Cyberattaque et ransomware: risques juridiques à payer et assurabilité des rançons, RSDA 2023 80 ss, p. 84; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 6; JUNOD/MEYSTRE, p. 106; JEANNERET, La poursuite des infractions routières et le CPP: *quid novi*? Circulation routière 2/2011 27 ss, p. 30.

[1373] NIGGLI/MUSKENS, Unerlaubte Handlung, p. 503; MUSKENS, Statut, N 810; MUSKENS, PJA 2021, p. 131 s.

[1374] Cf. N 992 ss *infra*.

B. Classification des biens juridiques mixtes

Comme évoqué ci-dessus, il est d'abord question de biens juridiques mixtes lorsque l'infraction protège à la fois un bien juridique collectif et un bien juridique individuel. Dans ce cas de figure, on parlera de biens juridiques mixtes *proprement dits*, car ils se rapportent effectivement à deux catégories différentes de biens juridiques. Toutefois, il se peut aussi que l'infraction protège certes deux biens juridiques différents, mais relevant de la même catégorie (collectifs ou individuels). Nous appellerons ce type de biens les biens juridiques mixtes *improprement dits*. 562

1. Les biens juridiques mixtes proprement dits

Tout d'abord, il existe des biens juridiques (collectifs) sociaux avec une forte composante individuelle ou – selon le point de vue – des biens juridiques individuels avec une forte composante sociale. L'exemple le plus frappant est la *santé publique* (*öffentliche Gesundheit* ou *Volksgesundheit*), bien juridique éponyme du Titre 8 de la Partie spéciale (art. 230bis-236 CP), qui est également protégé par les dispositions pénales de la LStup (art. 19 ss LStup)[1375], de la Loi sur les denrées alimentaires (art. 63 ss LDAl)[1376], de la Loi sur les produits thérapeutiques (art. 86 ss LPTh)[1377] ou de la Loi sur les épidémies (art. 82 ss LEp)[1378]. Cette notion de santé publique se définit comme la somme de la santé individuelle de chaque citoyen, à laquelle vient toutefois s'ajouter un «plus» normatif, un élément collectif lié aux effets de l'infraction sur la société et ses fondements économiques, culturels ou politiques[1379]. Il s'agit ici d'une institutionnalisation de biens juridiques individuels[1380]. 563

Ce lien entre biens juridiques individuels et biens juridiques sociaux se retrouve aussi dans la notion de *danger collectif*, élément commun à la plupart des infractions des Titres 7 (Crimes ou délits créant un danger collectif), 8 (Crimes ou délits contre la santé publique) et 9 (Crimes ou délits contre les communications publiques) de la Partie spéciale[1381]: ces normes protègent avant tout des biens juridiques individuels (vie, 564

[1375] ATF 151 IV 277 c. 2.4.1; 146 IV 326 c. 3.1; 122 IV 211 c. 4; GRODECKI/JEANNERET, Art. 19 N 1; ALBRECHT, BetmG, Einleitung N 53; cf. aussi ATF 150 IV 255 c. 3.2.1 et 3.2.4.

[1376] ATF 127 IV 178 c. 3b (LStup et LDAl).

[1377] TF, 6B_646/2020, 9.12.2021, c. 1.4.2 et 1.5.3 [f].

[1378] Ainsi que les infractions prévues dans les ordonnances du Conseil fédéral sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus: NIGLI, Corona, p. 427 s.

[1379] Pour la *LStup*: ALBRECHT, BetmG, Einleitung N 54 ss, qui souligne que le but est de justifier la répression autrement que par la seule mise en danger de la propre santé des consommateurs *(Selbstgefährdung)*, laquelle n'est en principe pas punissable (N 57 et 45 ss; cpr. ATF 151 IV 277 c. 2.4.2); en *Allemagne*: BOGUSCH, p. 40 ss; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 139 ss. Pour la *LPTh*: TF, 6B_646/2020, 9.12.2021, c. 1.4.2 et 1.5.3 [f] en référence aux buts de police sanitaire. Critique sur l'aspect utilitariste de l'approche: MONA, p. 129.

[1380] Sur ce phénomène d'institutionnalisation, cf. déjà N 526 *supra*.

[1381] PK StGB-TRECHSEL/CONINX, Vor Art. 221 N 4; BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Vor Art. 230bis-236 N 1; BSK StGB-FIOLKA, Vor Art. 237; HILF/VEST, p. 30 s.; ROTH, Risques collectifs, p. 262; STRATENWERTH, Gemeingefährliche, p. 20 s. Les infractions de ces trois titres sont qualifiées de délits de mise en danger collectif au sens large, celles du Titre 7 de dé-

intégrité corporelle, patrimoine), mais se caractérisent par une mise en danger (concrète) d'un grand nombre de ces biens, voire d'un seul déjà, mais choisi par l'effet du hasard et faisant office de représentant de la collectivité (théorie de la représentation)[1382]. On peut y voir l'existence d'un «intérêt collectif qui transcende la somme des intérêts individuels»[1383] et donc qualifier ces biens juridiques de mixtes[1384], car à la fois individuels et collectifs.

565 Un autre exemple a trait aux *infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes* (art. 163 ss CP) qui, selon la jurisprudence, protègent à la fois le patrimoine individuel des créanciers et la procédure de poursuite elle-même, en tant que moyen d'assurer le respect des droits des créanciers[1385]. La poursuite pour dettes ou l'exécution forcée en général se rapproche d'un bien juridique social, regroupant l'ensemble des intérêts pécuniaires des créanciers, voire d'un bien juridique étatique, comme composante de l'administration de la justice au sens large[1386].

566 Pour les biens juridiques étatiques, rappelons aussi que certaines des infractions contre l'administration de la justice (art. 303 ss CP) et contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels (art. 312 ss CP) protègent également certains biens juridiques individuels, de sorte qu'il s'agit ici aussi de biens juridiques mixtes proprement dits[1387].

567 En droit pénal accessoire, mentionnons les dispositions pénales de la LCR (art. 90 ss LCR), qui visent, selon la jurisprudence, à assurer la fluidité et/ou la sécurité du trafic routier[1388], mais également, pour une partie importante de la doctrine, à protéger certains biens juridiques individuels, comme la vie et l'intégrité corporelle, à tout le moins s'agissant de la violation grave des règles de la circulation routière (art. 90 al. 2 et 3 LCR)[1389]. Certains auteurs vont plus loin encore et dénient à la sécurité routière tout statut de bien juridique, retenant qu'elle correspond en réalité à la protection de

lits de mise en danger collectif au sens strict : cf. BSK StGB-ROELLI, Vor Art. 221 N 10. Plus nuancé (pour le Titre 7) : ATF 148 IV 247 c. 3.

1382 ATF 149 IV 116 c. 5.2.4 (art. 237 CP) ; 148 IV 247 c. 2 et 3 (art. 224 CP) ; ROTH, Risques collectifs, p. 262 s. ; cf. déjà STRATENWERTH, Gemeingefährliche, p. 18.

1383 ROTH, Risques collectifs, p. 263 ; STRATENWERTH, Gemeingefährliche, p. 18.

1384 Cf. déjà HARARI/ROTH/STRÄULI, p. 423 et la jurisprudence genevoise citée.

1385 ATF 148 IV 170 c. 3.4.6 ; 144 IV 52 c. 7.5 ; 134 III 52 c. 1.3.1 ; TF, 6B_1279/2018, 26.3.2019, c. 1.2.1 [f] ; 6B_507/2018, 24.9.2018, c. 2.2 [f] ; 6B_1024/2016, 17.11.2017, c. 1.2 [f].

1386 Dans ce dernier sens, cf. ATF 106 IV 31 c. 4a. Voir aussi les références citées par GARBARSKI, RPS 2012, p. 182 nbp 148 *in fine*.

1387 Cf. N 553 s. *supra*.

1388 ATF 138 IV 258 c. 3.1, 3.2, 3.3.2 4.1 et 4.2, qui utilise les deux termes. Cpr. TF, 6B_531/2016, 5.5.2017, c. 3.4 [f] (sécurité) ; ATF 137 IV 326 c. 3.6 *(Verkehrssicherheit)* ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 100 (sécurité routière et non fluidité du trafic).

1389 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 88a ; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 3b ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 17 ; JEANNERET, Via sicura, p. 32 ; GALLIANO, Le délit de chauffard, Berne 2019, p. 14 ss. La question a été laissée ouverte pour l'art. 90 al. 2 LCR dans l'ATF 138 IV 258 c. 3.1.3, avant d'être tranchée par la positive, à tout le moins pour l'art. 90 al. 3 et 4 CP, in TF, 6B_322/2022, 25.8.2022, c. 2.4 [d ; 5 juges] ; cf.

biens juridiques purement individuels, soit l'intégrité corporelle des différents usagers de la route[1390]. Sans aller aussi loin, on peut néanmoins souligner que toute mise en danger de la fluidité ou (plutôt) de la sécurité routière, bien juridique social[1391], comporte le risque – au moins abstrait – d'atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui, ce qui permet, ici aussi, d'y voir un bien juridique de nature mixte.

Toujours en droit pénal accessoire, nous avons vu que les infractions à la LCD (art. 23 ss LCD), si elles protégeaient d'abord un bien juridique collectif social, sous la forme d'une concurrence loyale, tendaient également à garantir les intérêts économiques des concurrents touchés, soit un bien juridique individuel ; la question est plus controversée pour d'autres infractions de droit pénal accessoire, notamment en droit pénal des marchés financiers et en droit pénal de l'environnement[1392]. 568

Enfin, évoquons rapidement les infractions de criminalité économique telles que le faux dans les titres (art. 251 CP), le blanchiment d'argent (art. 305bis CP) et la corruption privée et publique (art. 322ter ss CP), qui protègent en première ligne un bien juridique collectif (social ou étatique), mais également, selon la jurisprudence ou (une partie de) la doctrine, un bien juridique individuel. Nous y reviendrons à plusieurs reprises dans la suite de ce travail, en tant que ces infractions permettent d'illustrer les conditions de la qualité de lésé en procédure pénale, notamment celles de l'atteinte personnelle et directe au bien juridique. 569

2. Les biens juridiques mixtes improprement dits

Pour rappel, la catégorie des biens juridiques mixtes improprement dits regroupe selon nous les infractions qui protègent simultanément plusieurs biens juridiques appartenant à la même famille, qu'il s'agisse de biens juridiques individuels ou de biens juridiques collectifs. 570

S'agissant des biens juridiques *individuels*, on peut par exemple citer le cas du brigandage (art. 140 CP) ou de l'extorsion (art. 156 CP), infractions qui protègent à la fois à la fois le patrimoine et la liberté de la victime, voire son intégrité corporelle (pour l'art. 140 ch. 4 CP)[1393]. 571

S'agissant ensuite des biens juridiques *collectifs*, il arrive qu'à la protection d'un bien juridique collectif étatique vienne s'ajouter celle d'un autre bien juridique collectif, mais de nature sociale. L'exemple-type est le bon fonctionnement d'une certaine institution étatique (administration de la justice, objectivité du processus décisionnel éta- 572

notre commentaire : GUISAN ALEXANDRE, État de nécessité et circulation routière, in ‹www.crimen.ch/142/› du 4 octobre 2022 ; cf. aussi TC JU, CPR 16/2023, 8.5.2023.

[1390] BSK SVG-FIOLKA, Art. 90 N 12 ; FIOLKA, Rechtsgut, p. 652 ss ; pour *l'Allemagne*, cf. BOGUSCH, p. 42 s. ; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 140 s.

[1391] Cf. JEANNERET, Via Sicura, p. 32 : sécurité routière en tant qu'« institution ».

[1392] Cf. N 545 (LCD), N 546 (marchés financiers) et N 547 (environnement) *supra*.

[1393] Pour *l'art. 140 CP* : STRATENWERTH/BOMMER, BT I, Intro N 8 ; BSK StGB-RIEDO/NIGGLI, Art. 140 N 13 ; GRAVEN/STRÄULI, p. 94. Pour *l'art. 156 CP* : ATF 129 IV 22 c. 4.1 ; BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 156 N 1.

tique, intégrité des fonctionnaires, etc.), qui est en quelque sorte «doublé» de la confiance du public dans le bon fonctionnement de ladite institution. Cette notion de confiance collective constitue pour certains auteurs un bien juridique social à part entière – la doctrine allemande parle de *«Vertrauensrechtsgut»* – qui sert de point de liaison avec les intérêts individuels[1394].

573 D'autres auteurs se montrent beaucoup plus sceptiques envers cette notion de confiance et doutent qu'elle puisse véritablement être qualifiée de bien juridique, puisqu'elle ne se distingue pas fondamentalement de la confiance placée dans le respect de l'ordre juridique en général, qui est atteinte à chaque fois qu'une norme – pénale ou non – est enfreinte[1395]. Une autre critique adressée à la confiance en tant que bien juridique est d'ordre séquentiel: la confiance du public dans une certaine institution n'est que la conséquence du bon fonctionnement de celle-ci, lequel est donc le véritable bien juridique protégé par l'infraction[1396]. Sans entrer dans des considérations trop dogmatiques, il nous semble en effet que ce n'est pas la confiance du public dans une certaine institution qui est protégée par le droit pénal, mais que c'est au contraire la protection d'une certaine institution par le droit pénal qui permet d'instaurer ou de maintenir la confiance du public dans celle-ci. La commission d'une infraction, si elle est identifiée et sanctionnée, peut même avoir pour effet de renforcer la confiance placée dans une certaine institution[1397]. La confiance collective dans une certaine institution étatique ne nous paraît donc pas pouvoir être qualifiée de bien juridique (social) à part entière.

574 Ultime exemple de biens juridiques mixtes improprement dits: les infractions qui protègent en première ligne un bien juridique social, tel que le bon fonctionnement de l'économie de marché pour la corruption privée (art. 322^{octies} s. CP) ou le bon fonctionnement du marché financier pour le délit d'initiés (art. 154 LIMF), mais également, à titre accessoire, un bien juridique étatique, soit, pour ces deux exemples, la réputation de la Suisse au niveau international[1398].

IV. La «nationalité» des biens juridiques

575 La qualification de bien juridique individuel ou de bien juridique collectif (et, dans une moindre mesure, de bien juridique mixte) a un effet sur l'étendue de sa protection par le droit pénal. Au-delà de l'intensité de l'atteinte qui peut lui être portée (lésion/

[1394] BOGUSCH, p. 43 ss; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 124 ss.

[1395] GODENZI, p. 257 ss; KARGL, p. 60 s., 82; AMELUNG, p. 172. Pour une réponse aux critiques en *Allemagne*, cf. HEFENDEHL, Begriff, p. 9 ss.

[1396] Cf. BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 7; JOSITSCH, p. 304, pour la corruption; cf. en *Allemagne* MOELLER, p. 149.

[1397] Cf. BECKEMPER, KATHARINA, Das Rechtsgut «Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Märkte», ZIS 5/2011 318 ss, p. 322, pour le droit des marchés financiers en *Allemagne*.

[1398] Pour la corruption privée: CR CP II-QUELOZ/SADIK, Art. 322^{octies} N 16; pour l'art. 154 LIMF: REMUND, p. 247.

mise en danger concrète/mise en danger abstraite), qui sera examinée ci-après en lien avec le caractère direct de l'atteinte subie par le lésé[1399], c'est surtout dans une perspective internationale que la question s'est posée, s'agissant du point de savoir si la protection offerte par une certaine infraction s'entend uniquement de biens juridiques domestiques ou également de biens juridiques étrangers. Il est ici question de la *«nationalité»* du bien juridique protégé par la norme. La problématique s'est encore accentuée ces dernières années, avec l'introduction de nouvelles infractions protégeant – plus ou moins explicitement – des biens juridiques comportant un élément d'extranéité. Or, sur ce point, le caractère individuel ou collectif du bien juridique en cause s'avère crucial.

A. Biens juridiques individuels: une nationalité indifférente

576 Il est généralement admis que les biens juridiques individuels bénéficient d'une protection complète, ou universelle, indépendamment du fait que leur titulaire soit un ressortissant suisse ou étranger[1400]. La nationalité du bien juridique individuel et, par extension, celle de son titulaire ne sont dès lors jamais des critères pertinents dans l'examen de la typicité du comportement en cause. La question de savoir si le Code pénal suisse est bien applicable à de tels comportements est indépendante et se résout à l'aide des art. 3 ss CP[1401].

577 Cette conception large se déduit d'un principe général de droit international public, selon lequel les ressortissants étrangers doivent bénéficier d'une garantie minimale de justice *(«minimum standard of justice»)* qui doit s'étendre, dans le domaine du droit pénal, à leurs biens juridiques individuels (vie, intégrité corporelle et sexuelle, liberté, honneur, secrets privés, patrimoine et droits familiaux), dont la protection doit être garantie de la même manière que pour des biens purement domestiques[1402]. On peut y voir aussi une expression du principe de non-discrimination en raison de la nationalité[1403]. Plus prosaïquement, on se rappellera que la capacité d'être lésé est reconnue

[1399] Cf. N 1254 ss *infra*.

[1400] ATF 104 IV 238 c. 1d: *«Nach vorherrschender Ansicht geniessen wohl Individualgüter einen umfassenden Schutz, gleichgültig ob ihr Rechtsträger In- oder Ausländer ist»*; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 6; en Allemagne: BOGUSCH, p. 53; SATZGER, Europäisierung, p. 567 s.; cf. déjà LÜTTGER, p. 121; OEHLER, p. 485.

[1401] Cas échéant complétés par une disposition spéciale, cf. BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 6; pour un cas d'application (art. 7 CP): TF, 6B_452/2022, 16.11.2023, c. 2 et 3 [d; 5 juges]; cpr. en *Allemagne* BOGUSCH, p. 50, qui montre que la question de l'application des art. 3 ss StGB/D se posera forcément après que celle du champ de protection aura été résolue. Cf. toutefois ATF 152 IV 14 c. 4.4.3, qui traite ces deux questions ensemble.

[1402] BOGUSCH, p. 53; cf. déjà LÜTTGER, p. 147: *«allgemeine Regel des völkerrechtlichen Fremdenrechts»*.

[1403] BOGUSCH, p. 54, en référence à l'art. 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. En Suisse, cf. art. 8 al. 2 Cst., qui s'impose au juge dans le cadre de l'interprétation de la loi – même pénale – conforme au droit supérieur (CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 103).

à «toute personne» (cf. art. 115 al. 1 CPP), physique ou morale, qu'elle soit suisse ou étrangère[1404], ce qui paraît cohérent avec ce qui précède.

578 Ainsi, la protection de la vie d'une personne en cas d'homicide (art. 111 CP) s'entend indépendamment de sa nationalité. Pour prendre un autre exemple, peut-être moins instinctif, la violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP) protège également le droit du débiteur de nationalité étrangère, et cela même lorsque la contribution d'entretien a été fixée par un jugement étranger[1405].

579 En cas d'infraction contre des biens juridiques mixtes (proprement dits), se pose la question de savoir si la protection d'un bien juridique individuel de nationalité étrangère emporte également, par une sorte d'effet réflexe, la protection du bien juridique collectif (co-protégé) de nationalité étrangère[1406]. Un arrêt de 1963 du Tribunal fédéral semble en tous les cas être allé dans ce sens, en retenant la réalisation de l'infraction de dénonciation calomnieuse (art. 303 CP) lorsque la dénonciation était adressée à une autorité étrangère, cela précisément en raison du fait que cette disposition ne protégeait pas uniquement la bonne administration de la justice, mais également l'honneur, voire la liberté de la personne faussement accusée[1407]. Quelques années plus tard, en 1978, le Tribunal fédéral confirmait et généralisait ce raisonnement à toutes les infractions contre l'administration de la justice du Titre 17, en estimant que si des intérêts individuels à une correcte administration de la justice étrangère étaient en jeu, alors le champ d'application de ces infractions pouvait être étendu à des actes contre les systèmes judiciaires d'États étrangers[1408].

580 À notre sens, l'examen doit toutefois toujours se faire de manière séparée pour chaque catégorie de bien juridique en cause, sans que les principes valant pour l'une ne puissent être transposés à l'autre. C'est ici une conséquence de la théorie dualiste, qui admet l'existence autonome – et la protection parallèle – de biens juridiques tant individuels que collectifs[1409]. Cette vision des choses est du reste confirmée par un arrêt plus récent, relatif au blanchiment d'argent en cas de crime préalable à l'étranger (art. 305-bis ch. 3 CP), qui retient que la protection des intérêts patrimoniaux des personnes lé-

[1404] Cf. N 289 et N 294 *supra*.

[1405] Cf. CR CP II-DOLIVO-BONVIN, Art. 217 N 9; BSK StGB-BOSSHARD, Art. 217 N 20. En revanche, le droit de plainte autonome des autorités et services «désignés par les cantons» au sens de l'art. 217 al. 2 CP ne s'étend pas aux autorités étrangères (PC CP, Art. 217 N 25).

[1406] Dans ce sens en *Allemagne*, cf. BOGUSCH, p. 56: *«quasi akzessorisch»*; moins affirmatif: OEHLER, p. 485: simple indice.

[1407] ATF 89 IV 204 c. 1. La doctrine majoritaire critique cette solution: PK StGB-PIETH/SCHULTZE, Art. 303 N 5; HK StGB-WOHLERS, Art. 303 N 4; CR CP II-STETTLER, Art. 303 N 7; *contra*: BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 303 N 22, qui l'approuvent.

[1408] ATF 104 IV 238 c. 1d *(Egloff)*, étant précisé que cet arrêt retient ensuite que l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP) ne protège aucun intérêt individuel de la sorte (c. 1e).

[1409] Sur la théorie dualiste, cf. N 525 ss *supra*.

sées par le crime préalable ne permet pas de faire abstraction du bien juridique collectif protégé à titre principal, soit l'administration de la justice pénale étrangère[1410].

B. Biens juridiques collectifs: une nationalité discriminante

S'agissant des biens juridiques collectifs, la situation est – comme toujours – plus compliquée encore. La jurisprudence livre toutefois certains éléments de réponse, à tout le moins s'agissant des *biens juridiques étatiques*. On précisera que l'application spatiale du Code pénal (art. 3 ss CP) commande ici aussi un examen séparé. 581

Dans le même arrêt de 1978 évoqué ci-dessus, le Tribunal fédéral affirmait, en référence à de la doctrine allemande, qu'il appartenait en principe à chaque État, dans la mesure où son ordre interne était en cause, de déterminer lui-même si et dans quelle mesure il souhaitait protéger ses intérêts souverains au travers du droit pénal; de même, à moins que l'interprétation du droit pénal national ne révélât autre chose, il fallait partir de l'idée que seuls les intérêts souverains de l'État lui-même étaient protégés, et non ceux d'États étrangers[1411]. Sur cette base, le Tribunal fédéral retenait que les infractions contre l'État, contre la volonté populaire et contre l'autorité publique ne pouvaient, à tout le moins en règle générale, que protéger les intérêts souverains suisses, dès lors que les Titres 13 à 15 étaient complétés par un Titre 16 réprimant spécifiquement les actes commis contre des intérêts souverains étrangers[1412]. En revanche, cette systématique légale n'était plus déterminante s'agissant des infractions contre l'administration de la justice du Titre 17, pour lesquelles la Haute Cour estimait qu'il fallait raisonner au cas par cas et se demander si la justice étrangère pouvait également être protégée[1413]. 582

Cette approche infraction par infraction s'avère nettement plus convaincante – car plus précise – que celle consistant à considérer «en bloc» qu'un groupe d'infractions ne protège que des biens juridiques collectifs de nationalité suisse[1414]. Depuis, le Tribunal fédéral a toutefois à nouveau adopté cette vision monolithique en considérant que les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels du Titre 18 (art. 312-322bis CP) n'avaient pas pour but de protéger le fisc étranger des compor- 583

[1410] ATF 145 IV 335 c. 4.5.1, avec pour conséquence que l'absence d'atteinte à l'administration de la justice étrangère doit entraîner l'acquittement du prévenu, en dépit du fait que ses actes ont porté atteinte au patrimoine des personnes lésées par le crime préalable.

[1411] ATF 104 IV 238 c. 1d.

[1412] ATF 104 IV 238 c. 1d.

[1413] ATF 104 IV 238 c. 1d, qui contient ensuite le passage sur l'atteinte parallèle à des biens juridiques individuels examiné ci-dessus; *contra*: ATF 145 IV 335 c. 4.4, qui retient que ces infractions protègent en principe uniquement l'administration de la justice suisse.

[1414] Dans le même sens en *droit allemand*: BOGUSCH, p. 65; cf. déjà LÜTTGER, p. 128, 132; cf. aussi BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 6.

tements illicites de ses propres fonctionnaires[1415]. La doctrine partage cette position s'agissant des infractions de nature fiscale[1416].

584 Dans le sens d'une approche au cas par cas, le législateur a, au cours de ces dernières décennies, pris la peine de préciser la portée spatiale du champ de protection d'un certain nombre d'infractions dirigées contre des biens juridiques étatiques, souvent à la suite de l'adhésion de la Suisse à des conventions internationales. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, on peut toutefois mentionner, au sein des infractions du Titre 17, l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP), qui est aussi punissable lorsque la poursuite a lieu à l'étranger (al. 1bis)[1417], le blanchiment d'argent (art. 305bis CP), dont le crime préalable peut avoir été commis à l'étranger (ch. 3), ou la fausse déclaration en justice (art. 306 CP) et le faux témoignage (art. 307 CP), qui peuvent également être commis par-devant des tribunaux internationaux (art. 309 let. b CP). Dans ces cas de figure, c'est bien l'administration de la justice étrangère (voire internationale) qui est protégée[1418]. Mentionnons aussi l'infraction de corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP), pour laquelle le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de confirmer qu'elle visait à étendre sur le plan supranational la portée du bien juridique protégé par les autres infractions de corruption (art. 322ter et 322^{quater} CP), de manière à inclure l'objectivité et l'impartialité du processus décisionnel au sein d'États étrangers[1419].

585 Cette tendance ne se limite pas aux infractions protégeant des biens strictement étatiques, mais se retrouve également en lien avec certains *biens juridiques sociaux*. Ainsi, l'art. 255 CP déclare les infractions de faux dans les titres (art. 251-254 CP) également punissables lorsqu'elles portent sur un titre étranger, ce qui a pour effet d'étendre leur champ de protection à la *publica fides* ainsi qu'à la loyauté en affaires étrangères[1420]. Pour les organisations criminelles et terroristes, il ressort d'une lecture *a contrario* de l'art. 260ter al. 5 CP que la participation à une organisation devant exercer

[1415] ATF 132 II 81 c. 2.5.1 *(Adamov)*, à propos de la double incrimination en matière d'entraide pénale, qui précise ensuite que la gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP) ne vise que les fonctionnaires suisses, tout comme les autres infractions contre les devoirs de fonction au sens strict, comme le faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques (art. 317 CP). Sur cet arrêt, cf. CANDRIAN, Adamov p. 423 et 427. Cpr. en *Allemagne*, où le § 11 al. 1 Nr. 2 StGB/D limite la notion de *«Amtsträger»* au droit allemand.

[1416] JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Fiskus, p. 243 s.

[1417] Adopté en 1982 (RO 1982 1530) à la suite de l'ATF 104 IV 238 précité, afin de combler la «lacune» identifiée par le TF et favoriser la coopération internationale (FF 1980 I 1216, p. 1237 s.).

[1418] Pour l'*art. 305 al. 1bis CP*: CR CP II-PONCET, Art. 305 N 3; pour l'*art. 305bis ch. 3 CP*: ATF 145 IV 335 c. 3.3 et 4.4; 136 IV 179 c. 2.3.4; 126 IV 255 c. 3b/bb; pour les *art. 306 et 307 cum 309 let. b CP*: BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 309 N 6 ss, moins clairs.

[1419] ATF 150 IV 86 c. 3.2.2, commenté par PERRIN in PJA 2024 753 ss; cf. déjà JOSITSCH, p. 305 ss.

[1420] L'art. 250 CP prévoit un mécanisme similaire pour les infractions de fabrication de fausse monnaie prévues au Titre 10 (art. 240 ss CP); en *Allemagne*, cpr. BOGUSCH, p. 75 s.; LÜTTGER, p. 173 ss, insistant sur le caractère étatique du droit de battre monnaie.

son activité en partie à l'étranger est également punissable, avec pour conséquence que la paix et la sécurité publiques étrangères sont également protégées[1421]. Il en va de même pour certaines infractions de droit pénal accessoire: ainsi, la LEI punit l'entrée dans un autre État que la Suisse en violation des dispositions sur l'entrée dans le pays applicables (art. 115 al. 2 LEI), de même que l'incitation à l'entrée, au transit, à la sortie ou au séjour illégaux dans un État Schengen (art. 116 al. 1bis CP); même s'il ne constitue pas une infraction à part entière, l'art. 101 LCR permet de poursuivre en Suisse des infractions aux règles de la législation routière commises à l'étranger[1422]. Il s'agit ici manifestement de protéger des biens juridiques collectifs étrangers.

Mais il arrive aussi que, confrontée à une norme qui semble se limiter à protéger un bien juridique collectif social indigène – en l'occurrence la libre concurrence suisse pour la corruption privée selon l'art. 4a *cum* 23 aLCD –, la jurisprudence contourne cet écueil en convoquant la protection parallèle de la bonne réputation de la Suisse à l'étranger *(« das Ansehen der Schweiz im Ausland »)*, soit un bien juridique hautement indéterminé qui lui permet de punir un comportement s'étant déroulé exclusivement à l'étranger[1423]. 586

S'il fallait tenter de dégager certaines *lignes directrices* de tout ce qui précède, on pourrait retenir que, s'agissant des biens juridiques étatiques, la jurisprudence entend se montrer particulièrement stricte, compte tenu du fait que ces biens sont, par essence, étroitement liés à la conception de l'État prévalant en Suisse et qu'ils se laissent ainsi difficilement transposer à des ordres juridiques étrangers, sauf rattachement spécifique[1424]. Ce rapport intrinsèque n'existe pas pour les biens juridiques sociaux, qui sont donc susceptibles de s'étendre plus facilement au-delà des frontières nationales, à moins d'exiger qu'ils se rapportent à certaines valeurs communes à l'ensemble des États civilisés, comme les tribunaux allemands ont pu le faire par le passé[1425]. À tout le moins, le fait que certains de ces biens soient issus d'une institutionnalisation de biens juridiques individuels (par ex. la santé publique, les dangers collectifs ou la sécurité routière) devrait tendre vers une protection plus large que celle des biens juridiques purement étatiques. Pourtant, les quelques exemples précités montrent que le législateur suisse précise généralement les cas dans lesquels il entend étendre le champ de 587

[1421] BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 6; en droit allemand: BOGUSCH, p. 87 s.

[1422] Étant précisé que cette disposition ne constitue pas une base légale suffisante pour le retrait administratif du permis de conduire (ATF 133 II 331 c. 5.1, qui a mené à l'adoption de l'art. 16c^{bis} LCR; cf. à cet égard ATF 141 II 256; 148 II 511).

[1423] TF, 6B_452/2022, 16.11.2023, c. 3.2.2 [d; 5 juges] (cas d'application de l'art. 7 CP). À noter toutefois que cette situation extraterritoriale semble être appréhendée par l'art. 10 al. 3 let. a, 2ème hypothèse LCD, qui permet à la Confédération d'agir lorsque «les personnes dont les intérêts économiques sont touchés résident à l'étranger».

[1424] Cf. aussi la situation similaire en *Allemagne*: BGHSt, 29, 85 (89); BOGUSCH, p. 58; SATZGER, Europäisierung, p. 568; cf. déjà OEHLER, p. 485; cpr. LÜTTGER, p. 140 ss, critique.

[1425] BGHSt 21, 277 (280); cf. les autres arrêts (anciens également) cités par BOGUSCH, p. 61; critiquant le flou de cette notion: LÜTTGER, p. 145 ss.

protection de ce type de biens juridiques. Dans les autres cas de figure, soit lorsque l'infraction est formulée de manière neutre, il faut partir de l'idée qu'elle ne protège que des biens juridiques collectifs (qu'ils soient sociaux ou étatiques) de nationalité suisse. Tel est par exemple le cas des menaces alarmant la population (art. 258 CP) : la population en question doit, selon la doctrine, se trouver au moins en partie en Suisse, la disposition n'ayant pas vocation à protéger la paix publique à l'étranger[1426]. Cela ne constitue toutefois qu'un premier indice, et seule une analyse complète de la norme en question permettra de déterminer la portée réelle de son champ de protection. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a d'ailleurs retenu que la provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP) pouvait également être réalisée lorsque l'auteur appelle à commettre une infraction à l'étranger, pour autant que cette infraction soit punissable dans le pays concerné[1427].

588 À noter que cette problématique se retrouve de manière plus marquée encore au *niveau européen*, compte tenu des principes d'interprétation conforme et d'assimilation valant pour le droit (pénal) interne des États membres, qui peuvent commander la prise en compte de biens juridiques relevant d'autres États membres, voire de l'Union Européenne elle-même[1428], étant précisé que certaines infractions portant atteintes aux intérêts financiers de cette dernière sont désormais définies dans une directive européenne et que leur poursuite a été confiée au Parquet Européen[1429].

V. Synthèse

589 La concrétisation du bien juridique, concept à première vue relativement vague, passe par un exercice de classification. Les biens juridiques se séparent d'abord en deux grandes catégories, les biens juridiques individuels et les biens juridiques collectifs. Les *biens juridiques individuels* sont ceux dont le titulaire est une personne physique ou morale déterminée : la vie, l'intégrité corporelle ou sexuelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine, etc. Ils peuvent être soit strictement personnels, auquel cas ils sont intrinsèquement liés à la personne de leur titulaire (la vie, l'honneur), soit non strictement personnels, auquel cas leur titulaire est susceptible de changer (le patrimoine, la liberté de domicile). Les biens juridiques individuels peuvent aussi être librement disponibles, ce qui permet à leur titulaire de consentir à l'atteinte qui leur serait portée, de manière à lever son caractère pénalement répréhensible, ou non librement disponibles, ce qui exclut tout consentement du lésé, afin de le protéger contre des tiers, mais aussi contre lui-même.

[1426] BSK StGB-FIOLKA, Art. 258 N 23 ; CR CP II LIVET/DOLIVO-BONVIN, Art. 258 N 13.
[1427] ATF 152 IV 14 c. 4.4.3.
[1428] Cf. surtout BOGUSCH, p. 102 ss et 260 s. (résumé) ; SATZGER, Europäisierung, p. 569 ss.
[1429] Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal ; Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. Pour des approfondissements, cf. CHRISTODOULOU HÉLÈNE, Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne, thèse Toulouse, Paris 2021, *passim*.

Les *biens juridiques collectifs* sont ceux qui profitent à tout un chacun au sein d'une communauté ou d'une société donnée. Ils servent les intérêts d'un grand nombre de personnes, qui doivent toutes pouvoir en bénéficier, plus ou moins directement. Les controverses autour du caractère légitime de tels biens juridiques ont amené la doctrine à développer deux grandes théories pour les appréhender: selon la théorie moniste, les biens juridiques collectifs ne sont dignes de protection que s'il est possible de les relier à un bien juridique individuel concret *(personale Rechtsgutslehre)*, ils sont donc la somme des différents biens juridiques individuels; selon la théorie dualiste, les biens juridiques collectifs ont leur légitimité propre et peuvent parfaitement coexister à côté des biens juridiques individuels, sans devoir nécessairement dériver de ces derniers. Dans la conception systématique du bien juridique défendue ici, seule la théorie dualiste s'avère à même d'appréhender toute la diversité des infractions prévues en droit pénal positif. En outre, plusieurs éléments tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral confortent notre position. 590

Cette précision faite, nous avons vu que les biens juridiques collectifs se séparaient en deux sous-catégories: les biens juridiques (collectifs) sociaux et les biens juridiques (collectifs) étatiques, selon que leur titulaire est la société tout entière ou l'État. Les *biens juridiques sociaux* visent à créer et à préserver certains espaces de liberté permettant aux membres d'une société donnée de vivre en harmonie; ils transcendent les intérêts individuels des membres de la communauté. À titre d'exemples, citons la protection de la confiance placée dans la valeur probante d'un titre (pour le faux dans les titres [art. 251 CP]), la concurrence loyale entre les acteurs d'un marché (pour les infractions à la LCD) ou encore les diverses composantes ou ressources naturelles (pour les infraction en droit pénal de l'environnement). Les *biens juridiques étatiques* garantissent les conditions-cadres nécessaires au bon fonctionnement de l'État et de ses institutions. À titre d'exemples, citons l'administration de la justice (pour les art. 303 ss CP), le respect des devoirs inhérents aux agents de l'État (pour les art. 312 ss CP) ou l'objectivité et l'impartialité du processus décisionnel étatique (pour les art. 322ter ss CP). 591

À mi-chemin entre biens juridiques individuels et biens juridiques collectifs, la pratique a développé une espèce de catégorie hybride ou composite, celle des *biens juridiques mixtes*, qui vise les situations dans lesquelles une même infraction pénale protège plusieurs biens juridiques. Ces biens juridiques peuvent relever de catégories distinctes (biens juridiques mixtes proprement dits), par exemple pour les infractions créant un danger collectif ou certaines infractions au droit de la circulation routière, qui protègent à la fois un bien juridique social (santé ou communications publiques, sécurité routière) et un bien juridique individuel (vie ou intégrité corporelle, voire patrimoine). Ils peuvent aussi relever d'une même catégorie (biens juridiques mixtes improprement dits), par exemple pour le brigandage (art. 140 CP) ou l'extorsion (art. 156 CP), qui protègent deux biens juridiques individuels distincts (patrimoine et liberté, voire intégrité corporelle). 592

593 Enfin, nous avons examiné si la *nationalité* des divers types de biens juridiques jouait un rôle dans leur protection par le droit pénal. Pour les biens juridiques individuels, il est un principe général qu'ils sont protégés quelle que soit la nationalité de leur titulaire. Les biens juridiques collectifs étrangers ne sont normalement pas protégés par les infractions prévues en droit suisse, à moins d'un rattachement spécifique et suffisamment précis, comme pour le blanchiment d'argent (art. 305bis ch. 3 CP) ou la corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP). La solution retenue par certains arrêts anciens du Tribunal fédéral pour les biens juridiques mixtes, selon laquelle la protection d'un bien juridique individuel emporterait, par une sorte d'effet réflexe, la protection du bien juridique collectif correspondant à l'étranger, doit être rejetée. Il faut toujours examiner chaque bien juridique séparément.

Chapitre 3 : **Détermination du bien juridique**

Telle qu'elle vient d'être définie, puis catégorisée, la notion de bien juridique ne permet pas encore de dire comment ce dernier doit être déterminé. C'est pourtant une étape essentielle dans l'examen de la qualité de lésé en procédure pénale, qui est trop souvent négligée par la jurisprudence et la doctrine. Elle doit permettre de dire quel est le bien juridique derrière l'infraction invoquée par le lésé ou retenue par l'autorité, et donc quels sont les «droits» (art. 115 al. 1 CPP) qui sont susceptibles d'avoir été touchés par l'infraction. 594

De cette appréciation va ensuite dépendre la réalisation des autres conditions de la notion de lésé: l'atteinte personnelle, d'abord, qui suppose que le lésé soit «touché» dans ses propres «droits» par l'infraction, soit, en langage technique, qu'il soit titulaire du bien juridique protégé par celle-ci; l'atteinte directe, ensuite, qui implique que ledit bien juridique ait été immédiatement touché par le comportement concrètement reproché au prévenu. L'examen de ces deux conditions ne peut être mené à bien qu'une fois le bien juridique valablement identifié[1430]. Les différentes catégories de biens juridiques présentées ci-dessus (individuels, collectifs, mixtes, strictement personnels, librement disponibles, sociaux, étatiques, domestiques, étrangers) seront également amenées à jouer un rôle important dans ce cadre. 595

Le risque existe qu'en identifiant faussement le bien juridique, le juge en vienne à étendre ou à restreindre indûment la notion de lésé elle-même[1431]. On voit donc qu'il n'est tout simplement pas possible de faire l'économie de cette analyse. 596

Dans ce chapitre, nous montrerons d'abord que la recherche du bien juridique passe par l'interprétation de l'infraction au cause **(I.)**. Nous examinerons ensuite le poids que revêt chaque élément d'interprétation classique dans la détermination du bien juridique protégé, en distinguant entre l'élément littéral **(II.)**, l'élément systématique **(III.)**, l'élément historique **(IV.)** puis l'élément téléologique **(V.)**. Nous étudierons en- 597

[1430] Dans ce sens, cf. ATF 141 IV 454 c. 2.3.1: *«Die Umschreibung der unmittelbaren Verletzung in eigenen Rechten geht vom Begriff des Rechtsgutes aus»*; ATF 145 IV 491 c. 2.4.2.

[1431] Cf. déjà dans ce sens ATF 117 Ia 135 c. 2c.

fin le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans ce cadre **(VI.)**, avant proposer une synthèse de la méthode à suivre **(VII.)**

I. Interprétation de l'infraction (renvoi)

598 La question est ici de savoir comment se détermine le bien juridique. Le caractère *juridique* du bien et sa relation au droit positif nous livrent déjà un premier élément de réponse: si les biens juridiques doivent être recherchés dans le droit pénal matériel, ce ne peut être qu'au travers de *l'interprétation des infractions* qui y sont prévues[1432]. La doctrine et la jurisprudence relatives à la qualité de lésé vont également dans ce sens[1433], ce qui trahit d'ailleurs une conception résolument systématique du bien juridique[1434]. Il s'agit désormais de montrer concrètement comment l'interprétation de l'infraction permet de déterminer le bien juridique qu'elle protège nécessairement. Cette question n'est curieusement que peu abordée par la pratique, les tribunaux et la doctrine considérant bien souvent le bien juridique comme un élément donné ou préétabli, dont ils pourraient se servir à leur guise pour interpréter les différents éléments constitutifs de la norme[1435].

599 On trouve une réflexion similaire – et généralement plus poussée – en *droit de la responsabilité civile*, lorsqu'il s'agit de déterminer si une infraction pénale peut constituer une norme de protection *(Schutznorm)*, dont la violation entraîne l'illicéité (de comportement) de l'atteinte causée au patrimoine d'autrui, ouvrant ainsi la voie à une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 41 CO[1436]. Certains des arrêts de principe rendus par le Tribunal fédéral sur la question portaient d'ailleurs sur des prétentions civiles que le lésé faisait valoir par voie d'adhésion dans une procédure pé-

[1432] FIOLKA, Rechtsgut, p. 454, 462, 490; VERDE, N 146 et 422 s., qui décompose le raisonnement en deux étapes: recherche de la norme de comportement derrière l'infraction, puis recherche du bien juridique que cette norme de comportement vise à protéger; MUSKENS, PJA 2021, p. 130; ANGST/MAURER, Partie 2, p. 373; en *Allemagne*: BROCKMANN, p. 106 ss; WINDSBERGER, p. 129 ss; en *France*: DETRAZ, Notion textuelle, p. 76; MARTINELLE, N 144.

[1433] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 45; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 188; PERRIER DEPEURSINGE, CPP annoté, Art. 115 p. 180; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 9; NYDEGGER, p. 60 s.; JEANNERET/DROZ, N 47 p. 77; TF, 6B_960/2017, 2.5.2018, c. 1.1 [f]; 6B_439/2016, 21.4.2017, c. 2.1 [f]; 6B_252/2013, 14.5.2013, c. 2.1 [f]; cf. aussi les arrêts relatifs au lésé au sens de l'art. 30 al. 1 CP (droit de plainte): ATF 128 IV 81 c. 3a; 118 IV 209 c. 2; 74 IV 6 c. 2.

[1434] Cf. N 463 *supra*. Dans une conception critique, l'interprétation de l'infraction serait en effet inutile pour déterminer le bien juridique, car ce dernier se situerait précisément en dehors de la loi, et donc de l'infraction en question; cf. aussi FIOLKA, Rechtsgut, p. 448.

[1435] Dans le même sens: BAZZI, N 62.

[1436] CHAPPUIS, Croisée des chemins, p. 276. Pour des études approfondies sur les infractions pénales en tant que *Schutznormen* en droit de la responsabilité civile, cf. VERDE, not. N 353 ss; HEIERLI, N 556 ss (art. 305bis CP); MUSKENS, PJA 2021, p. 129 ss (305bis CP); ROBERTO/RICKENBACH, p. 188 ss; cf. aussi KUERT, *passim*, s'agissant des normes de droit public, notamment en droit des marchés financiers.

nale[1437] – le mélange des genres atteint ici son paroxysme, puisqu'on demande au juge pénal de résoudre une question de droit civil qui renvoie elle-même au droit pénal.

Pourtant, même dans ce cas de figure, la qualité de lésé en procédure pénale et celle de lésé en droit de la responsabilité civile ne se recoupent pas entièrement[1438] : le droit de la responsabilité civile n'envisagera une infraction pénale en tant que *Schutznorm* que si celle-ci protège le patrimoine du lésé, alors que le droit de procédure pénale reconnaît la qualité de lésé à tout titulaire d'un bien juridique individuel protégé par l'infraction, même non patrimonial[1439]. À l'inverse, une infraction pénale qui protège le patrimoine et qui permet donc à son titulaire de revêtir la qualité de lésé en procédure pénale peut parfois ne pas pour autant constituer une *Schutznorm* au sens du droit de la responsabilité civile, dès lors que le patrimoine du lésé est déjà suffisamment protégé au travers d'autres institutions de droit matériel[1440]. On se concentrera ici sur les aspects de procédure pénale. 600

Dans les pages qui suivent, nous nous demanderons donc si l'interprétation de l'infraction est effectivement en mesure de renseigner sur le bien juridique qu'elle protège, cas échéant jusqu'à quel point. Nous sommes ici en terrain connu : les principes généraux d'interprétation, de même que les spécificités propres à l'interprétation du droit pénal, ont déjà été exposés dans la première partie de cette thèse ; il peut donc y être renvoyé[1441]. Nous diviserons notre exposé en fonction des quatre éléments d'interprétation classiques (littéral, systématique, historique et téléologique), pour voir en 601

[1437] ATF 129 IV 322 (*Banca Popolare di Milano* ; art. 305[bis] CP) ; plus récemment : TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.5 [d] n.p. in ATF 151 IV 228 (art. 14 al. 1 DPA) ; 7B_111/2024, 25.7.2024, c. 3.5 [f] (art. 181 CP) ; 6B_987/2023, 21.2.2024, c. 1.4 [f] (art. 229 CP) ; 4A_423/2023, 7.2.2024, c. 4 [d] (art. 165 CP) ; pour d'autres infractions pénales comme *Schutznormen* dans des affaires civiles : ATF 102 II 85 c. 4b (art. 239 CP) ; 101 II 69 c. 2 et 3 (art. 252 CP) ; 4A_428/2014, 12.1.2015, c. 6.2 [f] n.p. in ATF 141 III 112 (art. 159 CP et 87 al. 3 LAVS) ; 4A_603/2020, 16.11.2022, c. 8 [f ; 5 juges] (art. 102 CP, question laissée ouverte) ; cf. ég. BK OR-BREHM, Art. 41 N 39.

[1438] VERDE, N 437 ; cf. aussi MUSKENS, PJA 2021, p. 132.

[1439] Pour un ex. récent d'un tel décalage : TF, 6B_987/2023, 21.2.2024, c. 1.4 [f], s'agissant de la violation des règles de l'art de construire (art. 219 CP), qui ne protège que la vie ou l'intégrité corporelle, mais pas le patrimoine ou la propriété, de sorte qu'elle ne peut fonder la réparation d'un dommage purement économique.

[1440] Pour un ex. récent d'un tel décalage : TF, 4A_423/2023, 7.2.2024, c. 4.3 ss [d], qui retient, en référence à l'ATF 141 III 527 c. 3, que les infractions dans la faillite (art. 163 ss CP) ne constituent pas des *Schutznormen* au sens de l'art. 41 CO, les créanciers étant suffisamment protégé au travers de l'action révocatoire (art. 285 ss LP) et des nombreux autres instituts du droit de l'exécution forcée (c. 4.3) ; le fait que ces mêmes créanciers se voient reconnaître la qualité de lésés en procédure pénale car ils sont titulaires du patrimoine protégé par lesdites infractions (ATF 148 IV 170 c. 3.4.1) ne change rien à cette question de droit civil matériel (c. 4.4.2). Critiques à l'égard de l'ATF 141 III 527 : MAURON, Action, p. 539 s. ; JAUN MANUEL in RJB 155/2019 287 ss, p. 296 ; approuvant cette solution : PIOTET, Avantage, p. 535.

[1441] Cf. *supra* chapitres 1 et 2 de la première partie.

quoi chacun d'entre eux est pertinent pour déterminer le bien juridique protégé par l'infraction, tout en tenant compte des limites tirées du principe de la légalité (art. 1 CP). Nous examinerons également le rôle joué dans ce cadre par la doctrine et la jurisprudence.

II. Élément littéral et bien juridique

602 En reprenant la définition du bien juridique retenue ci-dessus, soit l'état de la relation qu'une personne entretient avec un objet jugé digne d'intérêt et protégé à ce titre par le droit pénal matériel positif[1442], on pourrait penser que la simple consultation du texte de la disposition légale consacrant l'infraction suffirait pour en déterminer le bien juridique. On retrouve en effet régulièrement des arguments liés à l'élément grammatical pour justifier le fait qu'une infraction protège tel ou tel bien juridique[1443]. Nous allons toutefois voir que l'exercice est plus compliqué qu'il n'y paraît.

A. Le bien juridique, élément non écrit

603 Malgré son caractère essentiel dans la définition matérielle de ce qu'est une infraction, le bien juridique ne figurera souvent[1444] pas en toutes lettres dans les différents énoncés légaux, ou alors n'y sera pas clairement défini[1445].

604 Idéalement, le bien juridique devrait au moins transparaître sans difficulté du texte de l'infraction. Il est en effet couvert par l'exigence de précision de la base légale *(Bestimmtheitsgebot)* – facette du principe de la légalité (art. 1 CP) – et doit à ce titre permettre au citoyen de se représenter le plus précisément possible l'illicéité[1446] du comportement réprimé; la doctrine parle d'ailleurs du bien juridique comme de l'*«Unrechtskern»* de l'infraction[1447], que le tribunal doit élucider avant même de pouvoir juger de la typicité[1448]. De par sa fonction de garantie *(Garantietatbestand)*, l'énoncé

[1442] Cf. N 487 *supra*.

[1443] KV/KO-PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, Art. 260ter N 148; WStR-SCHWARZ, § 19 N 24 (art. 162 CP) et N 31 (art. 273 CP). En *droit français*, cf. DETRAZ, Notion textuelle, p. 76.

[1444] Voir toutefois les art. 129 et 221 ss CP (cf. VERDE, N 428; NOLL, p. 262) ou les art. 266 et 266bis CP (indépendance de la Confédération et sécurité de la Suisse).

[1445] JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Nutshell, p. 43; GRAVEN/STRÄULI, p. 37; VERDE, N 429; HEIERLI, N 620; BAZZI, N 61 (pour l'art. 273 CP) et 101; cf. déjà GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 9[3]; dans le même sens: STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 15 *in fine*; pour *l'Allemagne*, cf. VOGEL, p. 156; pour la *France*, cf. MARTINELLE, N 150. En matière *environnementale*, ACKERMANN/EGLI exigent une «description exacte» du bien juridique protégé par l'infraction, au travers des composantes environnementales touchées (p. 14).

[1446] Illicéité au sens matériel *(Unrecht)*, aussi appelée antijuridicité ou illégalisme, par opposition à l'illicéité au sens formel (cf. N 447 *supra*).

[1447] FORSTER, p. 144 s. et 148 nbp 772; en *droit allemand*: VOGEL, p. 146, 153, 166 ss.

[1448] GRAVEN/STRÄULI, p. 37, prenant l'exemple de l'honneur (art. 173 ss CP); cf. ég. DYENS, N 500; WOHLERS, Regulatory, p. 249 *(«starting point»)*; en *Allemagne*, cf. déjà LÜTTGER, p. 129; cf. aussi en droit de la responsabilité civile: ROBERTO/RICKENBACH, p. 189. Sur la typicité *(Tatbestandsmässigkeit)*: HURTADO POZO/GODEL, N 351 ss.

légal explicite la nature du devoir transgressé, mais aussi, dans notre perspective, la nature de l'atteinte portée à un certain bien juridique[1449].

En doctrine, IVANOV soutient au contraire que le bien juridique n'a pas à être reconnaissable pour l'auteur et qu'il n'est donc pas compris dans l'exigence de précision de la base légale[1450]. Pour justifier sa position, cet auteur se fonde sur un arrêt ancien du Tribunal fédéral, qui avait estimé que, pour agir avec conscience (art. 12 al. 2 CP; art. 18 aCP), il n'était pas nécessaire que l'auteur connût le bien juridique protégé qui avait donné lieu à la norme pénale[1451]. Cet avis nous semble dépassé, la jurisprudence retenant désormais que l'intention suppose précisément que l'auteur se détermine contre le bien juridique protégé[1452]. Or, il paraît difficilement concevable que l'auteur puisse se déterminer contre un bien juridique dont il ignore jusqu'à l'existence. Si une connaissance exacte du caractère juridique du bien n'est pas exigée[1453], la définition de l'intention suppose malgré tout que l'auteur ait reconnu que, par son comportement, il s'attaquait à un certain bien digne de protection. Par ailleurs, nous avons vu que le principe de la légalité et l'exigence de précision de la base légale visaient surtout à garantir la prévisibilité de l'interprétation judiciaire et que, dans cette perspective, ils se rapportaient plus à la notion de faute qu'à celle d'intention[1454]. Cela affaiblit l'argument qui lie précision de la base légale et élément subjectif. 605

Le bien juridique protégé devrait donc ressortir aisément de la loi. Si tel semble être le cas pour certains des crimes et délits les plus solidement enracinés dans notre société – la lecture des art. 111 ss CP permet aisément de constater que le bien juridique protégé est la *vie* de la personne «tué[e]»[1455] –, d'autres emploient pourtant des mots qui sont source d'incertitude. 606

Exemple:

L'infraction de *vol* (art. 139 CP) consacre un interdit séculaire, qui semble exprimé de façon suffisamment claire pour qu'un destinataire – même non initié à la science juridique et à la notion de bien juridique – comprenne, à la lecture de la loi, ce que le législateur entendait protéger. Cependant, les termes «aura soustrait une chose mobilière *appartenant* à autrui dans le but de se l'*approprier*» (ch. 1 [italiques ajoutées]) laissent entendre que c'est la *propriété* d'autrui qui est protégée, alors qu'en réalité, un vol ne

[1449] DYENS, N 363, en le lien avec la structure dualiste de l'infraction (cf. N 447 *supra*). Cf. ég. EICKER, Ermittlung, p. 174 et 182; BAZZI, N 63 et 100; en *Allemagne*, LÜTTGER, p. 155.

[1450] IVANOV, p. 35.

[1451] ATF 104 IV 175 c. 4a, relatif à l'art. 273 CP. Isolée, cette formule n'est reprise que dans les analyses de l'art. 273 CP: BSK StGB-HUSMANN, Art. 273 N 75; BAZZI, N 350.

[1452] ATF 130 IV 58 c. 8.2; 133 IV 9 c. 4.4; TF, 6B_259/2019, 2.4.2019, c. 5.1 [f]; 6B_987/2017, 12.2.2018, c. 3.1 [f]. Cette position se justifie car, dans la conception contemporaine, toutes les infractions tendent à défendre des biens juridiques (cf. CR CP I-VILLARD/CORBOZ, Art. 12 N 26), ce qui correspond d'ailleurs bien à une conception systématique du bien juridique.

[1453] Cf. BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 15.

[1454] Cf. N 139 *supra*.

[1455] Ou la vie de la personne incitée à se suicider (art. 115 CP).

touche pas à au droit de propriété en tant que tel, qui subsiste dans tous les cas, mais au *pouvoir de disposition* du propriétaire ou de l'ayant droit sur la chose, et donc à son patrimoine[1456].

607 Ces difficultés sont encore exacerbées pour certaines infractions appelées de *mise en danger* (concrète et surtout abstraite), qui ont vocation à s'appliquer en amont d'une éventuelle atteinte au bien juridique, et qui sont généralement rédigées à un niveau d'abstraction beaucoup plus élevé que les infractions de lésion, ce d'autant plus lorsqu'elles tendent à protéger un bien juridique non pas individuel, mais collectif[1457].

608 On constate donc qu'une lecture seulement superficielle et cursive de la norme ne suffira généralement pas à identifier son bien juridique protégé. Il faudra procéder à une analyse littérale plus poussée du texte de l'infraction, en le décomposant, élément par élément, afin de déterminer si certains d'entre eux renseignent sur le bien juridique[1458]. Dans ce cadre, certains éléments constitutifs s'avéreront plus utiles que d'autres. Tel est notamment le cas de l'objet de l'infraction.

B. Objet de l'infraction

609 Nous avons vu que le bien juridique se manifestait dans *l'objet de l'infraction*, défini comme l'élément corporel ou matériel sur lequel porte l'exécution du comportement délictueux[1459]. Contrairement au bien juridique, l'objet de l'infraction sera quant à lui souvent décrit dans l'énoncé légal[1460], ce qui permettra de l'identifier plus facilement et d'en tirer certaines conclusions quant au bien juridique lui-même et à sa catégorie.

610 On pense notamment aux cas dans lesquels l'objet de l'infraction est, à rigueur de texte, une personne déterminée, qui devient alors une *cible*[1461], comme pour l'assassinat (art. 112 CP), la contrainte (art. 181 CP) ou le viol (art. 190 CP). L'objet de l'infraction peut aussi ne pas être une personne déterminée, mais devoir quand même, par définition, y être rattaché, comme une chose mobilière (art. 144 et 138 ch. 1 al. 1 CP) ou le patrimoine (les «intérêts pécuniaires») *d'autrui* (art. 146 et 158 CP). Certaines infractions décrivent enfin un objet qui, même sans pouvoir être directement relié à autrui, permet toutefois de discerner le bien juridique protégé à l'arrière-plan; tel est par exemple le cas des eaux dans lesquelles des substances polluantes sont introduites

[1456] Voir BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 27 ss; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Vor Art. 137 N 1; CR CP II-PAPAUX, Art. 139 N 1, tous en référence aux ATF 129 IV 223 c. 7.3 et 118 IV 209 c. 3b; cf. déjà sous l'ancien droit CASSANI, Protection, p. 103.

[1457] Cf. VERDE, N 429; WOHLERS, Rechtsgutstheorie, p. 16 s.; NIGGLI/MUSKENS, Recht und Moral, N 16 (pour les biens collectifs). En *droit allemand*, cf. VOGEL, p. 154 ss, qui admet toutefois (p. 166) que les biens juridiques sont généralement reconnaissables même pour les infractions de mise en danger abstraites; voir aussi HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 26.

[1458] Dans un sens similaire en *droit français*: MARTINELLE, N 150.

[1459] Cf. N 478 *supra*, s'agissant de la définition du bien juridique.

[1460] DYENS, N 376.

[1461] HURTADO POZO/GODEL, N 381.

(art. 70 al. 1 let. a LEaux)[1462]. Dans toutes ces situations, l'objet de l'infraction est suffisamment tangible pour permettre à l'interprète de formuler des hypothèses sur le bien juridique, sur son caractère individuel ou collectif, ainsi que sur son titulaire.

611 Cela étant, il n'existe pas de règle absolue en la matière et l'objet de l'infraction peut aussi s'avérer trop vague pour y discerner un bien juridique[1463]. Pour reprendre les situations exposées ci-dessus, une infraction peut parfaitement avoir pour objet une personne déterminée sans toutefois que cette dernière ne renseigne directement sur le bien juridique protégé, par exemple en cas de diffamation (art. 173 CP)[1464], d'enlèvement de mineur (art. 220 CP)[1465], de violence ou de menace contre les autorités (art. 285 CP)[1466], voire de corruption d'agents publics (art. 322ter ss CP)[1467]. Il en va de même de certaines infractions dont l'objet doit, par définition, être relié à une ou plusieurs personnes déterminées, par exemple une conversation non publique (art. 179bis CP) ou un secret (art. 321 CP), mais pour lesquelles cette composante relationnelle ne suffit pas à dégager clairement un bien juridique. D'autres infractions décrivent un objet qui peut certes théoriquement appartenir (ou avoir appartenu) à autrui, sans toutefois en faire une condition spécifique de la répression, comme des valeurs patrimoniales provenant d'un crime pour le blanchiment d'argent (art. 305bis CP) ou des valeurs mobilières négociées en bourse pour l'exploitation d'informations d'initiés (art. 154 LIMF). Dans toutes ces situations, l'objet de l'infraction, pris isolément, paraît insuffisant pour arrêter le bien juridique protégé par celle-ci ou son titulaire. Pire, cet objet peut parfois prêter à confusion : ainsi, la violation de domicile (art. 186 CP) porte sur une habitation, dont on pourrait penser qu'elle est reliée à une personne déterminée (l'ayant droit) en raison d'un rapport de propriété, alors qu'en réalité, ce

[1462] Sur ce point, cf. ACKERMANN/EGLI, p. 17 ss.

[1463] En *Allemagne* : BROCKMANN, p. 110 ; en *France* : DETRAZ, Notion textuelle, p. 77.

[1464] L'objet de l'infraction est le tiers auquel l'auteur s'adresse (voire les propos diffamatoires eux-mêmes) et le bien juridique, l'honneur de la personne concernée par les propos : PK StGB-TRECHSEL/LEHMKUHL, Art. 173 N 4 ; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, Art. 173 N 14 s. ; DYENS, N 383, 684.

[1465] L'objet de l'infraction est un mineur et le (principal) bien juridique non pas la liberté de ce dernier, mais l'exercice du droit de déterminer son lieu de résidence : ATF 141 IV 205 c. 5.3.1 ; TF, 7B_30/2023, 2.12.2025, c. 4.2.3 [f] ; PC CP, Art. 220 N 1 s., 10 ; CR CP II-SAUTEREL, Art. 220 N 1.

[1466] L'objet de l'infraction est un fonctionnaire, alors que le (principal) bien juridique n'est pas l'intégrité corporelle ou la liberté de ce dernier, mais le bon fonctionnement des activités étatiques : STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 14 *in fine* ; voir aussi TF, 1B_576/2018, 26.7.2019, c. 2.5 [f] ; en *Allemagne* : HEFENDEHL, Verletzten, p. 599. Une partie de la doctrine retient toutefois que l'objet de l'infraction n'est pas le fonctionnaire, mais l'acte officiel en lui-même : PK StGB-TRECHSEL/VEST, Vor Art. 285 N 3 ; BSK StGB-HEIMGARTNER, Vor Art. 285 N 3.

[1467] L'objet de l'infraction est, pour la corruption active, un agent public ainsi qu'un avantage indu et, pour la corruption passive, un corrupteur ainsi qu'un avantage indu, alors que le (principal) bien juridique protégé est l'objectivité et l'impartialité de l'activité étatique : PC CP, Rem. prél. aux art. 322ter ss N 9 s., 11, 15 ; MACALUSO/LUBISHTANI, p. 52 s.

rapport touche à la paix du domicile ou la liberté de régner sur son domicile *(Hausrecht)*, qui peut même être celle du locataire vis-à-vis du propriétaire[1468].

612 Sur un plan plus dogmatique, ces exemples et contre-exemples d'objets de l'infraction permettent de présenter la distinction, développée par DYENS, entre deux grandes configurations[1469] : dans la première[1470], il y a concordance entre l'objet de l'infraction et le bien juridique, en ce sens que le premier se présente comme le véritable substrat matériel du second, avec pour conséquence que le comportement de l'auteur lèse ou met en danger à la fois le bien juridique et l'objet de l'infraction ; dans la seconde[1471], la concordance entre ces deux éléments fait défaut ou n'est plus aussi évidente, le lien qui les unit est plus lâche, avec pour conséquence que l'objet de l'infraction n'est pas en lui-même lésé ou mis en danger par le comportement réprimé et, conséquemment, que l'atteinte au bien juridique n'intervient que de façon médiate, « par le truchement de l'action qu'exerce l'auteur sur l'objet de l'infraction », lequel demeure en soi intact[1472].

613 Dans notre perspective, cette distinction nous amène à affirmer que l'objet de l'infraction *ne suffit pas toujours* à identifier le bien juridique protégé. Cela est surtout vrai pour la seconde configuration, qui demande un effort intellectuel supplémentaire pour remonter, depuis l'objet de l'infraction, vers le bien juridique situé en amont. Cet effort passe par la prise en compte des autres éléments constitutifs de l'infraction, singulièrement ceux qui décrivent le comportement typique *(Tathandlung)*, soit le verbe qualifiant l'action ou l'omission reprochée à l'auteur[1473]. En effet, c'est en observant l'effet que produit le comportement typique sur l'objet de l'infraction qu'il devient ensuite possible de tirer certaines conclusions – à un niveau de réflexion plus abstrait – sur le bien juridique et le type d'atteinte portée à celui-ci.

614 Cette opération doit aussi permettre la classification formelle des infractions en plusieurs grandes catégories (typologie) : d'une part, les *infractions matérielles (Erfolgsdelikte)* ou *formelles* (*[schlichte] Tätigkeitsdelikte*), selon que l'atteinte portée à l'objet de l'infraction au travers du comportement typique cause ou non un résultat dans le monde extérieur, résultat qui est alors érigé en élément constitutif distinct[1474] ; d'autre part, les *infractions de lésion (Verletzungsdelikte), de mise en danger concrète (kon-*

[1468] CR CP II-STOUDMANN, Art. 186 N 1 et 11 s ; TF, 6B_940/2021, 9.2.2023, c. 2 [f] ; 6B_971/2020, 19.1.2021, c. 5.4 [d] ; cpr. ATF 146 IV 320 c. 2.4 : droit de plainte du propriétaire d'une chose louée contre des tiers ne jouissant pas d'un droit d'usage personnel.

[1469] DYENS, N 380 ss, avec de nombreux autres exemples ; cf. ég. HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 40, qui distingue même trois situations : (1) concordance formelle et matérielle entre objet de l'infraction et bien juridique ; (2) concordance formelle seulement ; et (3) aucune concordance formelle ou matérielle.

[1470] Qui correspond aux exemples cités sous N 610 *supra*.

[1471] Qui correspond aux exemples cités sous N 611 *supra*.

[1472] DYENS, N 384, 415 ss ; cf. aussi WOHLERS, Rechtsgutstheorie, p. 16 s. ; cpr. avec STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 14 s., et MONA, p. 114.

[1473] HURTADO POZO/GODEL, N 331, 379 ; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 84 s., 101 s. ; RIKLIN, AT, § 13 N 13.

krete Gefährdungsdelikte) ou *de mise en danger abstraite (abstrakte Gefährdungsdelikte)*, selon le type et l'intensité de l'atteinte portée au bien juridique, toujours par l'intermédiaire de l'objet de l'infraction[1475].

615 ***Excursus* sur la notion de résultat :**

Dans ce cadre, une importante controverse porte sur le point de savoir si les *infractions formelles* produisent elles aussi un résultat : la doctrine majoritaire y répond par la négative, donnant une acception purement technique de la notion de résultat, qui ne se conçoit que pour les infractions matérielles ; la doctrine minoritaire admet pour sa part un résultat pour les infractions formelles également, résultat qui est alors concomitant à l'adoption du comportement typique et implicitement englobé dans l'énoncé de fait légal[1476]. Le choix entre l'une ou l'autre de ses conceptions a des conséquences pratiques importantes, en particulier sur la compétence territoriale des autorités pénales suisses, fondée notamment sur le lieu du résultat de l'infraction (art. 8 al. 1 CP). Le TF, s'il s'est rallié en 1979 à la conception majoritaire, a depuis lors assoupli sa position, admettant un résultat même en présence d'infractions formelles[1477].

Un débat similaire porte sur l'existence d'un résultat typique pour les *infractions de mise en danger abstraite*. La doctrine majoritaire les assimile aux infractions formelles et nie ainsi tout résultat. La doctrine minoritaire, tout en relevant le caractère réducteur de cette assimilation, raisonne à nouveau à l'aide de l'objet de l'infraction, pour démontrer qu'un résultat – toujours compris comme la conséquence du comportement réprimé sur l'objet de l'infraction – se conçoit également pour les infractions de mise en danger abstraite[1478]. La jurisprudence du TF a connu une évolution similaire à ce qui prévaut pour les infractions formelles : d'un refus catégorique à l'origine, elle admet désormais un résultat également pour les infractions de mise en danger abstraite[1479].

616 Nous reviendrons dans le chapitre 7 sur ces différentes catégories d'infractions, qui se combinent d'ailleurs entre elles, en tant qu'elles permettent de mieux appréhender le caractère direct de l'atteinte subie par le lésé. À ce stade, on peut déjà relever que les

[1474] Sur la distinction en général : STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 10 ss ; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 104 ss ; HURTADO POZO/GODEL, N 363 s. ; ACKERMANN et al., p. 7 s. ; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 73 ; PC CP, Art. 10 N 11 ss ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 217 ss ; GRAVEN/STRÄULI, p. 87 ss ; CR CP I-HARARI/GROS, Art. 8 N 23 ; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 22 N 35 ; DYENS, N 262.

[1475] Sur la distinction en général : STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 16 ; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 108 ss ; HURTADO POZO/GODEL, N 365 s. ; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 73 s. ; PC CP, Art. 10 N 9 s. ; RIKLIN, AT, § 9 N 13 ss ; ACKERMANN et al., p. 8 ; DYENS, N 263.

[1476] Sur cette controverse : CR CP I-HARARI/GROS, Art. 8 N 22 ss ; STRÄULI, Résultat, p. 382 ss ; CASSANI, Droit pénal économique, p. 36 ss ; VILLARD, Réflexions, p. 156 ss, 170 ; VILLARD, Compétence, N 316 ss ; PC CP, Art. 8 N 10 ss ; DYENS, N 387 ss, 421 ss, 595 ss.

[1477] Cpr. ATF 105 IV 326 avec ATF 141 IV 336 c. 2.

[1478] Sur cette controverse : CR CP I-HARARI/GROS, Art. 8 N 25 et 34e s. ; STRÄULI, Résultat, p. 381 ; VILLARD, Réflexions, p. 157, 162 ; PC CP, Art. 8 N 13 ss ; DYENS, N 446 ss.

[1479] Cpr. ATF 97 IV 205 c. 2 avec ATF 141 IV 336 c. 1.2 ou TF, 6B_880/2018, 31.10.2018, c. 4.1 [f].

énoncés légaux de certains types d'infractions – les infractions matérielles, de lésion et/ou de mise en danger concrète[1480] – contiendront souvent plus d'informations que d'autres – les infractions formelles et/ou de mise en danger abstraite[1481] – sur leur objet, sur leur résultat typique et, en ce qui nous concerne, sur le bien juridique qu'elles tendent à protéger[1482].

617 De tout ce qui précède, il ressort que l'analyse (en l'occurrence littérale) ne peut s'arrêter au seul objet de l'infraction[1483]. Il existe d'ailleurs quelques rares infractions qui ne connaissent tout simplement pas d'objet[1484]. Il faudra donc poursuivre le processus plus avant, et considérer les autres éléments constitutifs.

C. Autres éléments constitutifs

618 Hormis l'objet de l'infraction, d'autres éléments constitutifs peuvent également s'avérer utiles pour identifier le bien juridique protégé par celle-ci[1485]. C'est notamment le cas des éléments constitutifs *objectifs* qui se réfèrent directement à autrui et qui comprennent ainsi une composante relationnelle, en exigeant spécifiquement une « atteinte », un « préjudice » ou un « acte préjudiciable » aux intérêts d'autrui, voire une « mise en danger » de ses biens. La qualité de l'auteur, notamment le « devoir particulier » auquel il est tenu en cas d'infraction propre (*Sonderdelikt* ; cf. art. 26 CP), est également susceptible de livrer des indices sur le bien juridique protégé par la norme[1486]. Il peut enfin s'agir d'éléments constitutifs *subjectifs*, tels qu'un « dessein de nuire » à une personne déterminée[1487].

[1480] Pour les *infractions matérielles*, car elles décrivent explicitement, dans un élément constitutif, la conséquence du comportement typique sur l'objet de l'infraction, qui est le résultat ; pour les *infractions de lésion*, car elles supposent souvent une lésion (destruction, mise hors d'état, privation) de l'objet de l'infraction ; pour les *infractions de mise en danger concrète*, car elles exigent, en tant qu'élément constitutif, un péril effectif de l'objet de l'infraction. Cf. DYENS, N 418 ss, 449 ss ; BROCKMANN, p. 110.

[1481] Pour les *infractions formelles*, car la conséquence du comportement typique sur l'objet de l'infraction n'est qu'implicite, sans être érigée en élément constitutif à part entière, distinct dans le temps et dans l'espace du comportement typique ; pour les *infractions de mise en danger abstraite*, car elles posent la présomption que le comportement réprimé est en lui-même suffisamment dangereux pour le bien juridique, sans exiger de démonstration supplémentaire à cet égard. Cf. DYENS, N 421 ss, 455 ss ; BROCKMANN, p. 110.

[1482] Sur le choix du législateur d'aménager l'infraction en un délit formel ou matériel, qui dépend de considérations liées au bien juridique protégé, cf. CASSANI URSULA, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB), RPS 114/1996 237 ss, p. 251. Cf. ég. WOHLERS, Rechtsgutstheorie, p. 16 ; STRÄULI, Résultat, p. 389.

[1483] Dans le même sens : VERDE, N 429.

[1484] DYENS, N 376, qui cite l'organisation criminelle (art. 260ter aCP) ; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 15 et HURTADO POZO, PG, N 470, qui citent les infractions contre l'honneur (art. 173 ss CP), pour lesquelles DYENS soutient toutefois qu'elles ont bien un objet, ou plus exactement deux objets, soit les propos attentatoires à l'honneur et leur destinataire (N 378 et 441).

[1485] Sur le lien entre éléments constitutifs de l'infraction et bien juridique : VOGEL, p. 166 s.

Exemples :

La loi évoque une « atteinte », un « préjudice », voire une « offense » portés à la considération (art. 173 ss CP), aux intérêts pécuniaires (art. 146 ss CP), à la liberté d'action (art. 195 let. c CP), à la dignité humaine (art. 261bis al. 4, 1ère partie CP) ou aux convictions religieuses (art. 261 CP) d'autrui, d'une « mise en danger » de la vie, de l'intégrité corporelle et/ou de la propriété d'autrui (art. 129, 221 ss, 227 s. et 238 CP) ou, enfin, d'un « dessein » de nuire à (art. 145 et 312 CP) ou de tromper (art. 248 CP) autrui, voire de porter atteinte à ses intérêts pécuniaires ou à ses droits (art. 251, 254 et 256 CP).

Déterminer à quoi et à qui se réfèrent ces différents éléments constitutifs de l'infraction en cause – dont certains constituent un résultat typique du comportement réprimé[1488] – permettra d'identifier plus facilement le bien juridique qu'elle tend à (co-) protéger ou, à tout le moins, de supposer qu'il s'agit d'un bien juridique individuel, dont autrui, le lésé, peut être titulaire. 619

Dès lors, la jurisprudence n'hésite pas à se baser sur une *analyse littérale* des éléments constitutifs de l'infraction dans sa recherche du bien juridique. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que le comportement typique de l'art. 261 CP (atteinte à la liberté de croyance et des cultes) supposait que l'auteur se soit exprimé sous une forme blessante, cela en référence aux éléments constitutifs de l'infraction – l'auteur doit avoir, « de façon vile », « offensé » ou « bafoué » les convictions religieuses d'autrui, ou encore « profané » les objets de la vénération religieuse –, ce qui permettait d'affirmer que la norme protégeait un bien juridique individuel[1489]. Un raisonnement similaire a été tenu pour l'infraction prévue à l'art. 318 CP (faux certificat médical), qui exige que le certificat soit « de nature à léser les intérêts légitimes et importants de tierces personnes »[1490]. 620

[1486] Cpr. pour l'art. 273 CP BAZZI, N 70. Sur les infractions propres, cf. CR CP I-STRÄULI, Art. 26 N 5 ss, avec de nombreuses références.

[1487] Explicite pour l'art. 312 CP : TF, 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.3 [f]. Cpr. en *droit français* MARTINELLE, N 150 : « l'élément moral de l'infraction est un indice précieux ».

[1488] Ainsi pour les délits matériels que sont les art. 146, 129, 221 ss et 227 s. CP, mais aussi pour les délits de dessein que sont les art. 145 s., 248, 251, 254, 256 et 312 CP, pour lesquels la jurisprudence et la doctrine majoritaire retiennent que la réalisation du dessein, qui tend à accroître l'intensité de l'atteinte portée au bien juridique, fonde à lui seul un lieu de résultat selon l'art. 8 CP : CR CP I-HARARI/GROS, Art. 8 N 19, 36 ; DYENS, N 508 s. ; *contra* : STRÄULI, Résultat, p. 386. Sur les délits de dessein, cf. aussi N 1272 *infra*.

[1489] ATF 129 IV 95 c. 3.4.4, qui note que l'art. 261 CP présente ainsi des différences importantes avec l'art. 261bis al. 4, 2ème partie CP (négationnisme), qui n'exige pas pour sa part une telle forme blessante et ne protège donc pas de bien juridique individuel. Pour une analyse littérale de l'art. 261 CP, voir déjà ATF 120 Ia 220 c. 3c. La doctrine se sert de l'élément « de façon vile » pour limiter le champ d'application de la norme, notamment au regard de la liberté d'expression : cf. JENAL, Religiöser, N 92 ss.

[1490] TF, 4C.156/2005, 28.9.2005, c. 3.5.5 [f], pour la condition de l'illicéité en matière de responsabilité civile (art. 41 CO), repris dans le volet pénal de la même affaire concernant l'art. 53 CP : TF, 6B_152/2007, 13.5.2008, c. 5.2.2 [f], qui relève toutefois que la protection des intérêts patrimoniaux de tiers n'est qu'indirecte ; cf. aussi TF, 6B_1004/2008, 9.4.2009, c. 4.3 et 4.4 [i], aussi par rapport à l'art. 251 CP (faux dans les titres).

621 À l'inverse, *l'absence* de tel ou tel élément constitutif dans la structure de l'infraction peut aussi servir d'argument pour exclure certains biens juridiques de son champ de protection: par exemple, la doctrine se fonde sur le fait que la manipulation de cours (art. 155 LIMF) ne contient aucune référence à un quelconque dommage patrimonial pour affirmer que cette disposition ne protège pas le patrimoine des investisseurs[1491]. La jurisprudence a pour sa part constaté que les infractions de faux dans les titres (art. 251 ss CP) et de fausse monnaie (art. 240 ss CP) n'exigeaient pas, selon leur lettre, d'atteinte concrète à des intérêts patrimoniaux, «résultat» en soi déjà couvert par l'art. 146 CP[1492]. Elle a aussi retenu que l'infraction de menaces (art. 180 al. 1 CP) ne nécessitait pas, contrairement à la contrainte (art. 181 CP), que le lésé soit influencé dans sa volonté ou sa manière d'agir, mais uniquement qu'il ait été effrayé ou alarmé; dès lors, le bien juridique était le sentiment de sécurité et la paix intérieure, et non la libre formation ou le libre exercice de la volonté[1493].

622 Des réflexions similaires se retrouvent pour les *aspects subjectifs* de l'infraction: ainsi, lorsque le Tribunal fédéral, pour retenir que l'infraction d'émeute (art. 260 CP) ne protège pas de bien juridique individuel, relève que le comportement typique ne comprend pas la commission d'actes de violence sur des personnes ou des biens, cet élément étant seulement une condition objective de punissabilité[1494], qui est indépendante de la volonté de l'auteur et sur laquelle l'élément constitutif subjectif ne doit donc pas porter[1495].

623 Enfin, certains ont pu affirmer que le contenu du bien juridique devenait tangible *(«greifbar»)* à partir du moment où la norme protégeait directement des intérêts individuels[1496]. Au-delà du caractère tautologique de l'argument – si l'on peut affirmer que la norme protège des intérêts individuels, qui plus est directement, c'est qu'on l'a interprétée et qu'on a donc déjà pu déterminer son ou ses biens juridiques –, il peut arriver qu'un bien juridique protégeant des intérêts collectifs s'impose tout aussi facilement à l'esprit, par exemple pour certaines infractions de droit pénal environnemen-

[1491] WStR-WOHLERS, § 14 N 21; BSK FINMAG/FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 FinfraG N 8 *in fine*; sur le caractère social du bien juridique protégé, cf. N 566 *supra*.

[1492] ATF 133 IV 256 c. 4.3.3 (concours entre art. 242 et 146 CP), revenant sur l'ATF 99 IV 9; cf. N 659 *infra* pour l'élément d'interprétation systématique lié au même argument. Pour le faux dans les titres (art. 251 CP), cette conception est aujourd'hui dépassée, la jurisprudence admettant que le faux puisse aussi porter atteinte à des intérêts individuels, notamment patrimoniaux, lorsqu'il vise précisément à nuire à autrui (ce qui constitue d'ailleurs un dessein spécial): ATF 140 IV 155 c. 3.3.3; cf. ég. ATF 147 IV 269 c. 3.3, pour le faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques (art. 317 CP), lequel n'exige même pas un tel dessein spécial (cf. PC CP, Art. 251 N 51 et Art. 317 N 14).

[1493] ATF 141 IV 1 c. 3.2.3. Sceptique sur la paix intérieure: BOMMER, RJB 2017, p. 430 s.

[1494] ATF 120 Ia 220 c. 3c. Cf. aussi la doctrine qui nie un résultat (art. 8 CP) fondé sur une condition objective de punissabilité au motif qu'elle n'est pas la conséquence du comportement typique: STRÄULI, Résultat, p. 387; VILLARD, Compétence, N 342.

[1495] Cf. ATF 151 IV 105 c. 1.1.3 et 1.2; 124 IV 269 c. 2b; 108 IV 33 c. 3a; cf. aussi ATF 147 IV 9 c. 1.4.4 et le commentaire critique de VEST in PJA 4/2021 543 ss, p. 550 s.

[1496] KV/KO-ACKERMANN/BAUMANN, Art. 260^{quinquies} N 35.

tal. À l'inverse, certaines autres infractions protègent certes directement des biens juridiques individuels, mais de manière secondaire seulement, car un bien juridique collectif se trouve au premier plan. On ne peut dès lors affirmer que lesdits biens individuels seraient spécialement *« greifbar »*, leur identification nécessitant bien souvent un processus d'interprétation relativement poussé ; citons par exemple le faux dans les titres (art. 251 CP), le faux témoignage (art. 307 CP) ou encore l'abus d'autorité (art. 312 CP).

D. Infractions poursuivies sur plainte

Un autre élément qui peut s'avérer utile pour déterminer le bien juridique est le fait que l'infraction en cause soit poursuivie sur plainte. Selon l'art. 30 al. 1 CP, si une infraction n'est punie que sur plainte, toute personne lésée peut porter plainte contre l'auteur. Cette disposition sous-entend que, pour chaque infraction poursuivie sur plainte, il existe forcément un lésé, lequel est en droit de déposer plainte pénale contre l'auteur et ainsi provoquer l'ouverture de l'action pénale[1497]. Or, la notion de lésé au sens de l'art. 30 al. 1 CP se recoupe en grande partie avec celle de lésé au sens du droit de procédure pénale[1498] : il s'agit dans un cas comme dans l'autre avant tout du titulaire du bien juridique protégé et atteint[1499] par l'infraction. 624

Nous l'avons vu[1500], la jurisprudence est venue progressivement étendre la qualité pour porter plainte pénale à d'autres personnes que le seul titulaire du bien juridique, dont notamment l'emprunteur en cas de dommages à la propriété. Par ailleurs, certaines personnes ou organisations se voient accorder un droit de plainte de par la loi – et disposent de ce fait automatiquement de la qualité de lésé (art. 115 al. 2 CPP) –, sans pour autant être touchées par l'infraction. Ces nuances ne changent toutefois rien au fait que le lésé au sens classique du terme – compris comme le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction – dispose toujours de la faculté de déposer plainte pénale[1501]. 625

Dans la perspective qui nous intéresse ici, nous pouvons donc affirmer qu'une infraction poursuivie sur plainte suppose dans tous les cas l'existence d'un lésé (cf. art. 30 626

[1497] Cf. N 210 *supra* sur la plainte pénale comprise comme condition à l'ouverture de l'action pénale (cf. art. 303 al. 1 CPP).

[1498] ATF 141 IV 380 c. 2.3.4, qui parle de notions identiques ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 14 ; MUSKENS, Statut, N 5220.

[1499] Pour l'art. 30 al. 1 CP, les formules jurisprudentielles parlent plutôt du bien juridique *atteint (betroffen), directement atteint (unmittelbar betroffen)*, voire *attaqué (angegriffen)* par l'infraction : ATF 144 IV 49 c. 1.2 ; 141 IV 380 c. 2.3.4 ; 128 IV 81 c. 3a ; 121 IV 258 c. 2b. Ces différences sont d'ordre purement cosmétique ; il faut cependant relever que le terme «bien juridique *protégé*» est plus large et permet de couvrir les infractions de mise en danger ou tentées (pour lesquelles une plainte pénale est aussi possible : RIEDO, Strafantrag, p. 151 s. [tentative]). Cf. aussi N 264 ss *supra* sur la notion d'atteinte.

[1500] Cf. N 434 ss *supra*.

[1501] BSK StGB-RIEDO, Art. 30 N 12 : *« ausser dem Rechtsgutsträger antragsberechtigt nur ist […] »* ; cf. aussi CR CP I-STOLL, Art. 30 N 20.

al. 1 CP), lequel suppose à son tour que l'infraction concernée protège ou co-protège un bien juridique individuel, dont le lésé doit précisément être le titulaire. Il n'est en effet pas concevable qu'une infraction protégeant exclusivement des biens juridiques collectifs puisse être poursuivie sur plainte, car aucun lésé ne pourrait alors revendiquer la titularité desdits biens pour porter plainte. Le point de savoir si cette règle connaît une exception lorsque le lésé est une institution étatique sera abordé dans la suite de la discussion[1502].

627 Autre conséquence de ce qui précède, le fait qu'une infraction soit poursuivie seulement sur plainte signifie qu'elle ne peut pas protéger des biens juridiques collectifs, car sinon la protection de ces derniers serait laissée à la disposition d'un particulier. C'est malheureusement ce qui s'est passé pour les infractions de corruption privée (art. 322^octies^ et 322^novies^ CP), qui protègent à titre principal un bien juridique collectif (bon fonctionnement de l'économie de marché et concurrence loyale), mais qui sont poursuivies sur plainte dans les cas de peu de gravité (al. 2 de ces dispositions)[1503].

628 À l'inverse, la construction d'une infraction en un délit (ou un crime) poursuivi d'office *(Offizialdelikt)* est parfois vue comme un indice en faveur d'un bien juridique strictement collectif, pour lequel aucun lésé n'entrerait en ligne de compte[1504]. La portée d'un tel argument doit toutefois être fortement relativisée, dès lors que de nombreuses infractions protégeant des biens juridiques individuels sont poursuivies d'office, même lorsqu'il s'agit de simples contraventions[1505]. Hormis le caractère collectif ou individuel du bien juridique protégé, plusieurs autres raisons peuvent guider le législateur au moment de décider du mode de poursuite d'une certaine infraction : gravité du comportement en cause, protection du lésé contre les atteintes à sa sphère privée du fait de la procédure pénale, relations personnelles entre l'auteur et le lésé, ou encore la volonté de faciliter un règlement amiable du litige[1506].

629 C'est ici un élément du texte de l'infraction – en général, l'expression « sur plainte » – qui renseignera sur l'existence d'un bien juridique individuel protégé par celle-ci. Nous aurions pu en faire un argument lié à la systématique légale[1507], puisque l'expression « sur plainte » renvoie implicitement aux dispositions générales sur la plainte pénale (art. 30 ss CP), dont il ressort déjà du titre marginal (« 8. Plainte du lésé ») que la plainte dépend de la personne du lésé. Par ailleurs, le fait que la notion de lésé à

[1502] Cf. chapitre 6 *infra*.

[1503] Critiques ég. : CASSANI/MAY, p. 368. Plus nuancé : ISENRING, p. 352 s., qui en tire argument pour affirmer que le « libre marché » n'est en réalité protégé qu'à titre secondaire.

[1504] Voir par ex. ATF 145 IV 491 c. 2.4.9 (art. 86 al. 1 LCdF).

[1505] Cf. par ex. l'infraction de trouble à la tranquillité publique (art. 11D de la loi pénale genevoise [LPG ; RSGE E 4 05]), à lire avec l'ATF 118 Ia 14 (infraction similaire en droit zurichois). Critique sur ce point en *droit allemand* : HASSEMER, Theorie, p. 84.

[1506] PK StGB-TRECHSEL/GETH, Vor Art. 30 N 1 ; AK StGB-KONOPATSCH/UHRMEISTER, Art. 30 N 3 ; HK StGB-WOHLERS, Vor Art. 30 N 1 ; BSK StGB-RIEDO, Vor Art. 30 N 7 ss.

[1507] Dans ce sens en droit allemand : JÄSCHKE, p. 47.

l'art. 30 al. 1 CP soit interprétée de la même manière qu'à l'art. 115 al. 1 CP permet de garantir la cohérence du système, et relève donc de l'élément systématique. En définitive, le rattachement de cet argument à tel ou tel élément d'interprétation n'est pas décisif; ce qui compte, c'est qu'on le prenne effectivement en compte dans l'analyse.

E. Interdiction de l'analogie et limite du sens littéral possible

Dès lors que la détermination du bien juridique passe par l'interprétation d'une infraction pénale, les garanties tirées du principe de la légalité (art. 1 CP) trouvent pleinement à s'appliquer[1508]. 630

Ainsi, la norme prévoyant l'infraction doit être rédigée d'une manière telle que le justiciable puisse comprendre, à sa lecture, non seulement le comportement réprimé, mais aussi le bien juridique qu'elle tend à protéger *(exigence de précision de la base légale)*. C'est ici le signe de la dimension expressive du droit pénal: en procédant à l'incrimination d'un comportement, le législateur manifeste sa volonté de protéger un certain bien juridique, qui doit être reconnaissable[1509]. Dans le prolongement de cette exigence de précision de la base légale, le juge ne saurait, par une interprétation excessive de la norme, déclarer punissable un comportement qui, bien que typique, ne porte en réalité pas atteinte au bien juridique protégé *(interdiction de l'analogie)*[1510]. Il ne saurait non plus retenir que la norme protège (ou co-protège) un second bien juridique qui n'est pas suffisamment reconnaissable[1511], ni à disqualifier une infraction de lésion en infraction de mise en danger (concrète ou abstraite), de manière à avancer le seuil des comportements dangereux pour le bien juridique et donc à étendre indûment le champ de protection de l'infraction[1512]. 631

Le *Tribunal fédéral* est déjà allé dans ce sens, certes dans un arrêt non publié, où son pouvoir d'examen était en outre limité à l'arbitraire[1513]. Il a en tout cas confirmé le raisonnement de la cour cantonale qui avait retenu que l'infraction de gestion déloyale (art. 158 CP) commise au préjudice d'une société étatique (en l'espèce: RUAG) ne protégeait ni des intérêts collectifs, ni surtout les intérêts privés de tiers (en l'espèce: un concurrent évincé), mais uniquement le patrimoine de la société concernée. Le Tribunal fédéral a alors précisé que l'interprétation extensive de l'art. 158 CP qui était 632

[1508] Cf. N 94 ss *supra*. *Contra* en droit de la responsabilité civile (infraction pénale comme *Schutznorm*) VERDE, N 425, 438 ss, et HEIERLI, N 752, qui retiennent tous deux que l'art. 1 CP ne s'applique pas dans la recherche du bien juridique; voir aussi CHAPPUIS, Croisée des chemins, p. 280, pour qui le juge peut développer des règles non écrites là où le droit écrit fait défaut (cf. art. 1 al. 1 et 2 CC).

[1509] Cf. en *droit français* DECHENAUD, p. 139.

[1510] BAZZI, N 64; en *droit allemand*: KASPAR, p. 204 et 219 s.; VOGEL, p. 157 s.; cf. déjà LÜTTGER, p. 154.

[1511] VIVIROLI, PJA, p. 966 (pour le blanchiment d'argent); voir déjà NOLL, p. 262, 265.

[1512] Dans ce sens, cf. STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 30.

[1513] TF, 1P.377/2004, 7.9.2004, c. 4 [d].

proposée par le recourant, concurrent évincé, était contraire aux limites strictes posées par l'art. 1 CP[1514].

633 La *conception systématique* du bien juridique défendue ici[1515] ne s'oppose pas à cet examen sur la base du principe de la légalité. Le fait que chaque infraction protège nécessairement un bien juridique au moins n'empêche pas que la norme édictée par le législateur puisse manquer de précision sur ce point[1516] – le bien juridique est alors si profondément enfoui dans le texte légal que le citoyen ne parvient plus à le discerner –, ou que l'interprétation qui en est faite par le juge vienne étendre de manière inadmissible la portée dudit bien juridique, voire qu'elle considère, à tort, que l'infraction co-protège un second bien juridique. Si ces éléments peuvent, selon les circonstances, mener à l'acquittement du prévenu, ils ne rendent pas l'infraction illégitime pour autant, au motif qu'elle ne protégerait aucun bien juridique digne de ce nom, ce qui relèverait alors d'une *conception critique*.

634 Pour rappel, l'interdiction de l'analogie ne porte que sur l'interprétation *in malam partem*, c'est-à-dire en défaveur du prévenu[1517]. Tel devrait être le cas dans les situations décrites ci-dessus, notamment lorsque le tribunal retient que le comportement reproché à l'auteur porte atteinte à un bien juridique qui n'est en réalité pas protégé par l'infraction ; il comble alors une lacune au détriment du prévenu. À l'inverse, si le juge parvient à la conclusion qu'un certain bien juridique n'est pas compris dans le champ de protection de la norme, le résultat de son interprétation s'avère favorable au prévenu, puisqu'il retreint son champ d'application – et limite, par la même occasion, les possibilités pour d'éventuels lésés de participer à la procédure –, ce qui ne constitue donc pas une analogie prohibée par l'art. 1 CP.

635 Nous avons vu que le principe de la légalité n'avait de véritable portée que lorsqu'il était possible de dire où s'arrêtait l'interprétation et où commençait l'analogie, et que le *sens littéral possible* de la norme offrait dans ce cadre un critère de démarcation convaincant[1518]. Or, se pose la question de savoir si ce critère est véritablement efficace en matière de biens juridiques, qui seront souvent non écrits et ne ressortiront donc pas en toutes lettres de l'énoncé légal.

[1514] TF, 1P.377/2004, 7.9.2004, c. 4.2 [d] : *« Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführer ist in Bezug auf Art. 158 StGB auch keine Lücke zu füllen. […] Zum andern sind der Ausdehnung von Straftatbeständen auf dem Wege der Auslegung durch das in Art. 1 StGB festgehaltene Prinzip nulla poena sine lege Grenzen gesetzt […]. Auch in dieser Hinsicht kann der Anklagekammer keine Willkür vorgeworfen werden »* ; *contra* : TF, 6B_452/2022, 16.11.2023, c. 2.3.2 [d ; 5 juges], qui retient (contrairement à la cour cantonale) qu'une interprétation extensive de la norme (de droit émirati [cf. art. 7 CP]) pour déterminer son bien juridique protégé ne viole pas le principe de la légalité.

[1515] Cf. N 463 *supra*.

[1516] Ce qui peut expliquer les débats autour de la qualification de certaines infractions en délits de lésion ou en délits de mise en danger concrète, voire abstraite : DYENS, N 447.

[1517] Cf. N 96 *supra*.

[1518] Cf. N 125 ss *supra*.

À notre sens, cette circonstance ne fait pas obstacle à la limite du sens littéral possible. Comme le relève STEINAUER, le sens véritable de la loi n'est pas toujours explicite, mais peut s'exprimer de façon implicite : « l'interprète peut lire un texte entre les lignes ; ce qui lui est interdit, c'est d'ajouter des lignes »[1519]. Cette formule se prête particulièrement bien à la recherche du bien juridique protégé par l'infraction[1520]. L'interprète devra se fonder sur chacun des termes employés par le législateur pour décrire le comportement réprimé – objet de l'infraction, éléments constitutifs objectifs et subjectifs, mode de poursuite, qualité de l'auteur, etc. – afin d'y déceler des indices sur le ou les biens juridiques protégés ; ce faisant, il « lira entre les lignes ». En revanche, il ne saurait retenir un bien juridique qui ne trouve aucune assise dans l'énoncé légal, ce qui reviendrait à « ajouter une ligne » à ce dernier. Il ne devrait pas non plus retenir un bien juridique qui n'a rien d'évident au regard des éléments figurant dans le texte *(Evidenzgebot)*[1521]. 636

Sans pour autant reconnaître la limite du sens littéral possible – à laquelle il est en principe opposé[1522] –, le Tribunal fédéral se montre toutefois fortement attaché à l'élément grammatical lorsqu'il s'agit de déterminer le bien juridique protégé. Il retient que ce sont les différentes infractions de droit pénal spécial et accessoire qui « définissent » en quoi consiste l'illégalisme *(Unrecht)* réalisé par l'infraction, illégalisme qui est directement fonction du bien juridique protégé[1523]. Plus explicitement encore, notre Haute Cour a admis que, pour circonscrire les biens juridiques protégés par une norme pénale, l'analyse devait s'attacher au « contenu même de la norme »[1524]. Nous verrons cependant que la jurisprudence se sert régulièrement d'arguments liés aux autres éléments d'interprétation, notamment systématique et historique, dans sa recherche du bien juridique. Il n'y a donc pas d'hégémonie de l'élément littéral en la matière. 637

En définitive, la consultation du texte de l'infraction permettra de se faire une première idée du bien juridique, en émettant certaines hypothèses de départ, des biens juridiques « potentiels », qui devront cependant toujours être confortés ou infirmés par les autres éléments d'interprétation[1525]. En référence à la formule du Tribunal fédéral 638

[1519] STEINAUER, N 336 nbp 117 en référence à BARAK, Purposive Interpretation in Law, Princeton 2005, p. 22 ; cf. ég. PIAGET, RDS, p. 291.

[1520] Cf. aussi ATF 102 II 85, pour la recherche de *Schutznorm*, qui évoque un « intérêt privé protégé implicitement par une norme pénale édictée dans un but d'intérêt général » (c. 5).

[1521] Cf. N 253 *supra*. Voir aussi l'*« Andeutungstheorie »*, selon laquelle le texte doit au moins faire allusion *(andeuten)* à l'élément qu'on en retire : KRAMER/ANETH, p. 95, 150 ; *contra* : HEIERLI, N 618.

[1522] Cf. N 110 ss *supra*.

[1523] ATF 135 IV 12 c. 3.4.3 (art. 53 CP) ; cf. ég. ATF 122 IV 211 c. 4 : *« Während der unterschiedliche Rechtsgüterschutz, der sich in einer Analyse der tatsächlichen und tatbeständlichen Kriterien eindeutig bestimmen und abgrenzen lässt […] »* ; ATF 108 IV 33 c. 1a.

[1524] TF, 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.3 [f] : l'art. 312 CP « institue en condition subjective le dessein de nuire à autrui, ce qui plaide clairement en faveur de la protection, en plus des intérêts publics, de ceux, privés, de tiers ». Cf. ég. ATF 104 Ia 238 c. 1d (cf. N 653 *infra*) ; BAZZI, N 63 ; cpr. TF, 6B_452/2022, 16.11.2023, c. 2.3.2 [d ; 5 juges].

[1525] Pour l'élément téléologique en général : KRAMER/ANETH, p. 175 s.

sur le pluralisme méthodologique pragmatique[1526], nous pouvons donc affirmer que, lorsqu'il s'agit de déterminer le bien juridique protégé par l'infraction, le texte de la loi ne sera jamais «absolument clair»; il n'est que le point de départ du processus et ne se suffit donc jamais à lui-même. L'interprète devra dans tous les cas poursuivre la démarche interprétative, étant précisé que l'élément littéral interviendra une nouvelle fois en toute fin de processus, en quelque sorte comme moyen de contrôle du résultat final, au travers de la question suivante: le bien juridique obtenu est-il encore couvert par le sens possible des mots de l'infraction?[1527]

F. Titres et sous-titres?

639 Nous avons jusqu'ici délibérément laissé de côté les titres, sous-titres, sections et notes marginales, dont le contenu fait pourtant également partie du «contexte textuel» de la norme et donc de l'élément d'interprétation littéral[1528]. Notre position s'explique par la structure particulière du Code pénal, dont le livre 2, intitulé «Dispositions spéciales», est subdivisé en titres et sections qui, pour la plupart, se réfèrent déjà à un bien juridique déterminé, au travers de formules telles que «Infractions contre…» ou «Crimes ou délits contre…». Chacun de ces titres et sections regroupe plusieurs infractions distinctes. Ainsi, dans la perspective qui nous intéresse ici, ces parties renseignent avant tout sur l'*emplacement* et la *classification* de l'infraction au sein d'un groupe de normes protégeant – à première vue – un même bien juridique, ce qui relève plus de l'élément *systématique* (plus précisément: de la systématique externe) que de l'élément littéral[1529]. Doctrine et jurisprudence ont d'ailleurs tendance à qualifier la recherche du bien juridique à l'aide des différents titres et sections du Code pénal d'interprétation systématique[1530]. C'est cet élément que nous allons examiner à présent.

III. Élément systématique et bien juridique

640 Nous avons vu que l'élément d'interprétation systématique portait sur l'ensemble du «contexte normatif» de la loi, qui comprend à la fois sa systématique externe[1531] et sa systématique interne[1532]. Nous analyserons donc séparément le rapport que ces deux composantes entretiennent chacune avec le bien juridique.

1526 «Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher la véritable portée de la norme […]» (cf. N 64 *supra*).

1527 Pour une approche similaire en *Allemagne* (et en *Espagne*): cf. LACAZE, Bien juridique, p. 14 s. nbp 70, p. 131 et p. 169 nbp 788; *contra*: HEIERLI, N 619 s. (responsabilité civile).

1528 Cf. N 36 *supra*.

1529 Cf. PIAGET, Thèse, p. 70 s. et 90, qui relève qu'en examinant dans quelle section ou sous-section un article est situé, l'interprète applique clairement la méthode systématique; cf. aussi CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 52.

1530 Voir par ex. ATF 146 IV 126 c. 3.5 (art. 179bis et s. CP); 120 IV 323 c. 3c (art. 305bis CP); WStR-ACKERMANN, § 15 N 9; BSK StGB-PIETH, Vor Art. 305bis N 53; KV/KO-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305bis N 95; KV/KO-PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, Art. 260ter N 145; BAZZI, N 74; VERDE, N 431; pour le *StGB/D*, voir JÄSCHKE, p. 46 s.

1531 Cf. N 42 ss *supra*.

1532 Cf. N 44 ss *supra*.

A. Systématique externe

La systématique externe se rapporte à la structure de la norme et à la place qu'elle occupe au sein de la loi et, plus généralement, de l'ordre juridique tout entier. 641

1. Le « catalogue » des biens juridiques

Dans le contexte qui nous intéresse ici, ce sont avant tout les différents titres de la partie spéciale (Livre 2) du Code pénal qui devront être pris en compte, puisqu'ils sont, pour la grande majorité d'entre eux[1533], organisés en fonction du bien juridique protégé par les infractions qui les composent. On reconnaît bien là les fonctions de classification et de systématisation assignées au bien juridique («catalogue» de biens juridiques)[1534] : 642

> Les biens juridiques concernés sont, dans l'ordre, la vie et l'intégrité corporelle (Titre 1), le patrimoine (Titre 2), l'honneur et le domaine secret ou le domaine privé (Titre 3), la liberté (Titre 4), l'intégrité sexuelle (Titre 5), la famille (Titre 6), le danger collectif (Titre 7), la santé publique (Titre 8), les communications publiques (Titre 9), la paix publique (Titre 12), l'humanité (Titre 12bis), l'État et la défense nationale (Titre 13), la volonté populaire (Titre 14), l'autorité publique (Titre 15), les relations avec l'étranger (Titre 16), l'administration de la justice (Titre 17) et les devoirs de fonction et les devoirs professionnels (Titre 18).
>
> Les autres titres portent soit un nom générique pour les infractions qui les composent (fausse monnaie, falsification des timbres officiels de valeur, des marques officielles, des poids et mesures [Titre 10][1535] ; faux dans les titres [Titre 11] ; crimes de guerre [Titre 12ter] ; corruption [Titre 19] ; contraventions à des dispositions du droit fédéral [Titre 20]), soit un tout autre nom (dispositions communes aux titres 12bis et 12ter [Titre 12^{quater}]). Cf. aussi la première partie du Titre 12bis, qui fait directement référence à l'intitulé de l'art. 264 CP (génocide).

Cette structure est fonction de l'importance que revêt chaque bien juridique au sein de l'ordre juridique suisse, à tout le moins aux yeux du législateur historique[1536] : partant du bien considéré comme le plus précieux, la vie, le législateur descend graduellement dans son échelle de valeurs, passant d'abord aux autres biens juridiques individuels (ensemble : *Delikte gegen den Einzelnen*), puis aux biens juridiques de la communauté ou de la société *(Delikte gegen die Allgemeinheit)*, pour finir avec les biens juridiques de l'État *(Delikte gegen den Staat)*[1537]. En ce sens, l'accent est mis sur la protection 643

[1533] Sur 23 titres (Titres 1 à 20 et 12bis à 12^{quater}), 17 font référence à un (supposé) bien juridique. Cpr. FOURRIER, p. 11.

[1534] HURTADO POZO/GODEL, N 31 ; pour le *StGB/D* : JESCHECK/WEIGEND, p. 259 ; WOHLERS, Binding, p. 160 ; pour le *CP/F* : MARTINELLE, N 151.

[1535] Cf. à cet égard ATF 99 IV 9 c. 2b : infractions caractérisées par le moyen employé.

[1536] Explicite : Message CP 1985, p. 1040 ; NIGGLI/MUSKENS, Unerlaubte Handlung, p. 506 ; cf. déjà STOOS, p. 83, qui justifiait l'ordre adopté par «l'importance pratique prépondérante des délits contre la vie» ; LOGOZ, PS, Intro N 2, moins affirmatif («éventuellement»).

[1537] Ces trois groupes ressortaient déjà des travaux préparatoires du CP, même si à l'époque, la préséance du premier sur les deux autres s'expliquait aussi car il regroupait les délits «les plus simples et les plus fréquents», cf. Message CP 1918, p. 33 s. ; STOOS, p. 82 s. ; PV-CP, Vol. II,

des particuliers *(«individualorientiert»)*, et non sur celle de l'État ou des institutions *(«staatsorientiert»)*. Une structure similaire se retrouve dans certains codes pénaux étrangers[1538].

644 La systématique actuelle de la partie spéciale et la hiérarchie qu'elle fait apparaître est en grande partie héritée des travaux du Parlement et de l'évolution du Code pénal au cours de près d'un siècle d'existence. Ainsi, la position surprenante du Titre 5 (Infractions contre l'intégrité sexuelle), placé après l'honneur, le domaine privé et le patrimoine[1539], résulte du fait qu'historiquement, la plupart de ces infractions étaient conçues comme étant dirigées contre les (bonnes) mœurs, un bien juridique de nature collective (ou mixte). Il aura fallu attendre 1992 et la révision du Code pénal pour que le terme «mœurs» soit effacé, conduisant à une «privatisation» des biens juridiques protégés par le Titre 5[1540], sans toutefois que son emplacement systématique ne soit modifié. En outre, de nombreuses infractions nouvelles ont été introduites sans que leur position ait nécessairement suivi un ordre hiérarchique dans leur bien juridique protégé. On pense ici aux infractions du Titre 12bis (Génocide et crimes contre l'humanité), placées après celles contre les communications publiques ou les faux dans les titres[1541]. La portée de cette échelle de valeurs du législateur doit donc être relativisée.

645 Il n'en demeure pas moins que le fait, pour une certaine infraction, d'être classée au sein d'un titre particulier du Code pénal permet de renseigner sur le bien juridique qu'elle tend à protéger, notamment sur le caractère individuel ou collectif dudit bien, ainsi que, pour les biens juridiques collectifs, sur leur caractère social ou étatique. Pour les infractions de droit pénal accessoire, on pense aux articles-programme placés au début de la loi, qui peuvent livrer certaines[1542] indications sur le bien juridique protégé par les dispositions pénales, placées quant à elles généralement à la fin de l'acte[1543].

---

p. 143; ZÜRCHER, AP-CP 1908, p. 116; CLERC, Introduction, p. 13; LOGOZ, PS, Intro N 2; CASSANI, FS Schmid, p. 396 s.; cf. aussi BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 1, sur l'évolution historique de ce schéma.

1538 À l'instar du Code pénal français et du StGB autrichien, mais contrairement au StGB allemand ou au *Codice penale* italien. Cf. BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 1 ss; FIOLKA, Rechtsgut, p. 106. Pour la *France*: PARIZOT, Gravité, p. 107 s.; LACAZE, Bien juridique, p. 127 s. (*«prééminence de la personne»* dans le CP/F de 1992); FERNANDEZ, p. 141 s.; critique: DREYER, Droit pénal spécial, N 2. En *Allemagne*, l'approche est toutefois nuancée par le catalogue des droits fondamentaux, placé au début de la *Grundgesetz*: KASPAR, p. 205.

1539 Cf. toutefois TF, 1B_245/2021, 2.8.2021, c. 3.4.2 [f], soulignant l'importance de ce bien juridique par rapport à d'autres biens juridiques, notamment le patrimoine.

1540 Cf. MONTAVON CAMILLE, L'impossible séparation du droit pénal sexuel et de la morale? sui generis 2023, 43 ss, p. 45.

1541 Cpr. en *France*, où ces infractions ont été placées en ouverture du Livre II, consacré aux crimes et délits contre les personnes (art. 211 ss CP/F).

1542 Même si le but de la loi en général et le bien juridique d'une infraction particulière ne doivent pas être confondus: cf. VASELLA, N 13.26; cf. déjà N 60 *supra*.

1543 Pour la *LStup* et la *LDAl*, cf. ATF 150 IV 255 c. 3.2.1; 127 IV 178 c. 3b; pour la *LCD*, cf. CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Rem. lim. art. 23-27 N 1 et 3; pour la *LPE*, cf. ETTLER, in Vereinigung Für Umweltrecht/Helen Keller (éds), Kommentar zum Umweltschutzgesetz,

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral fait très régulièrement appel à l'argument tiré de la systématique légale pour déterminer le bien juridique, notamment en cas de concours (idéal) entre deux infractions (art. 49 CP)[1544]. 646

2. Un emplacement réducteur, fragmentaire, voire trompeur

Ces éléments ne sauraient toutefois faire oublier les faiblesses associées à l'élément systématique, qui sont au nombre de trois. *Premièrement*, il n'est pas rare qu'un titre du CP (ou un article-programme d'une loi spéciale) ne donne qu'une indication générale sur le bien juridique, qui demande ensuite à être précisée pour chaque infraction individuelle. C'est ici une conséquence inévitable de la décision du législateur de regrouper – dans un souci de cohérence et de lisibilité – les différentes infractions de la partie spéciale sous un même titre ou un même sous-titre, dont le nom générique est parfois trop réducteur ou imprécis, ce que la jurisprudence admet depuis longtemps[1545]. 647

Exemples :

Si le Titre 2 vise bien à protéger le *patrimoine* en tant que bien juridique, il se subdivise en réalité en différents groupes d'infractions, certaines protégeant la valeur du patrimoine lui-même (*Vermögenswertdelikte* [art. 138 ch. 1 al. 2, 141bis, 146 CP]), d'autres le pouvoir de disposition de l'ayant droit sur une chose (*Delikte gegen die Verfügungsmacht* [art. 137, 138 ch. 1 al. 1, 139, 145 CP])[1546]. Par ailleurs, bien qu'intégrées dans le Titre 2, les crimes ou délits dans *la faillite et la poursuite pour dettes* (art. 163 ss CP) ont

2e éd., Zürich/Bâle/Genève 1998-2004, et Ergänzungsband Zurich 2011, Vorbem. Art. 60-62 N 33 ; pour la *LPA*, cf. TF, 6B_26/2021, 9.3.2022, c. 3.4 [d]. En *Allemagne* : NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 114c.

1544 Ainsi, pour le concours entre les art. 146 et 251 CP (ATF 129 IV 53 c. 3.2) ; art. 160 et 305bis CP (ATF 127 IV 79 c. 2e) ; art. 183 et 220 (ATF 118 IV 61 c. 2) ; art. 187 et 189 ss CP (ATF 146 IV 153 c. 3.5.2) ; art. 260 et 285 CP (ATF 103 IV 241 c. I.2.a) ; art. 291 CP et 119 LEI *cum* 74 al. 1 let. a LEI (ATF 147 IV 253 c. 2.2) ; art. 305bis CP et 19 al. 1 let. e LStup (ATF 122 IV 211 c. 4 et 5). Hormis les cas de concours, on retrouve cet argument dans des arrêts relatifs à l'art. 133 CP (ATF 141 IV 454 c. 2.3.2) ; 139 CP (ATF 122 IV 179 c. 3d) ; art. 179bis s. (ATF 108 IV 161 c. 2a et b ; cpr. ATF 146 IV 126 c. 3.5) ; art. 237 CP (ATF 149 IV 116 c. 5.2.4) ; art. 270 CP (ATF 129 IV 197 c. 1.6) ; art. 286, 312 et 314 CP (TF, 1B_201/2011, 9.6.2011, c. 2.2 [f]) ; art. 296 CP (ATF 145 IV 433 c. 3.5.4) ; art. 305 CP (TF, 6B_1031/2010, 1.1.2011, c. 2.2 [d]) ; art. 317 CP (ATF 95 IV 113 c. 2b).

1545 ATF 74 IV 206 c. 2 ; 78 IV 170 c. 1 ; 89 IV 14 c. 2d ; 96 IV 21 c. 1 ; 97 IV 104 c. 3b. Ce constat vaut également pour les notes marginales : ATF 76 IV 53 c. 1 ; 81 IV 217 c. 2 ; 84 IV 73 c. I. ; 85 IV 24 c. 2b ; 90 IV 140 c. 1 ; 94 IV 85 c. 1 ; 119 IV 59 c. 2b/cc. En doctrine, cf. HURTADO POZO/GODEL, N 31 ; cf. déjà LOGOZ, PS, Intro N 2.

1546 Voir la systématique proposée par BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 8 ss ; WStR-VEST, § 13 N 8 s. ; PC CP, Rem. prél. art. 137 ss N 6 ; PIETH/SIMMLER, p. 160. Cpr. avec la situation sous l'ancien droit : NIGGLI, Ultima ratio, p. 252 ss ; CASSANI, Protection, p. 103 ss. Une partie de la doctrine propose une autre classification encore, distinguant entre *Vermögensverschiebungsdelikte* et *Vermögensentwertungsdelikte* : PK StGB-TRECHSEL/JENAL, Vor Art. 137 N 1.

en réalité un champ de protection plus restreint que les autres infractions contre le patrimoine[1547].

De la même manière, les infractions contre *l'intégrité sexuelle* (Titre 5) protègent plusieurs biens juridiques distincts, parmi lesquels la liberté et l'intégrité sexuelle (Subdivision 2 : art. 188 à 194 CP) et le développement sexuel des mineurs (art. 187 CP ; cf. aussi certains aspects des art. 188 et 197 CP)[1548]. On pense également aux crimes ou délits contre *la liberté* (Titre 4) ou *la famille* (Titre 6).

648 *Deuxièmement*, l'élément systématique désigne parfois un bien juridique certes suffisamment précis, mais qui s'avère au final fragmentaire, dès lors que l'interprétation de la disposition en cause permet de mettre au jour un autre bien juridique, également (co-)protégé par celle-ci. Il n'est en effet pas nécessaire « qu'à chaque disposition du code corresponde un seul bien protégé »[1549]. Il est question de biens juridiques mixtes, qui ont été présentés ci-dessus[1550].

Exemple :

Le cas le plus emblématique est certainement celui du *blanchiment d'argent* (art. 305bis CP). De par son emplacement systématique au sein du Titre 17, cette norme protège en première ligne l'administration de la justice (en l'occurrence pénale), mais pas seulement : depuis l'arrêt *Banca Popolare di Milano*[1551], le Tribunal fédéral retient en effet que cette infraction protège également le patrimoine de la personne lésée par le crime préalable, lorsque celui-ci est dirigé contre un bien juridique individuel. Dans un arrêt rendu quelques années auparavant, la Haute Cour avait déjà laissé entrevoir cette solution, considérant que l'argument tiré de la systématique légale ne permettait pas d'affirmer que l'administration de la justice serait l'unique bien juridique protégé par l'art. 305bis CP[1552].

649 Cette configuration se présentera généralement en présence d'infractions pour lesquelles l'élément systématique désigne un bien juridique de nature collective, mais dont il s'avère – au terme par exemple d'une interprétation selon les trois autres éléments d'interprétation – qu'elles protègent également un ou plusieurs biens juridiques individuels (biens juridiques mixtes proprement dits)[1553]. On rencontre plus rarement la situation inverse, soit une infraction figurant formellement dans un titre consacré à un

[1547] Explicite : ATF 148 IV 170 c. 3.4.6.

[1548] Pour le nouveau droit, cf. Rapport CAJ-CE 2022, p. 18 et 21 ; cpr. Message harmonisation, p. 2930. Sous l'ancien droit, cf. ATF 146 IV 153 c. 3.5.2 ; 148 IV 57 c. 3.3, 3.5.5 ; BSK StGB-MAIER, Vor Art. 187 N 4 ; PC CP, Rem. prél. art. 187 à 200 N 4 ; TF, 6B_249/2021, 13.9.2021, c. 3.5.2 [f].

[1549] ATF 99 IV 9 c. 2b ; 117 Ia 472 c. 2b ; FIOLKA, Rechtsgut, p. 198. Cf. aussi les formules sur la qualité de lésé : « le titulaire du bien juridique protégé par la norme, *même si ce bien n'est pas unique* » (ATF 146 IV 76 c. 2.2.1) ; « *des durch die verletzte Strafnorm geschützten* oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts » (ATF 145 IV 491 c. 2.3) (nous mettons en évidence).

[1550] Cf. N 556 ss *supra* sur les biens juridiques mixtes.

[1551] ATF 129 IV 322 c. 2.2.4 ; confirmé en dernier lieu par l'ATF 146 IV 211 c. 4.2.1 et 1B_350/2020, 28.5.2021, c. 5.3 et 5.4 [d] n.p. in ATF 147 IV 544 ; *critique* : MUSKENS, PJA 2021, p. 130 ss : le bien juridique est uniquement l'administration de la justice.

[1552] ATF 120 IV 323 c. 3b, rendu certes dans un autre contexte. Voir aussi BSK StGB-PIETH, Vor art. 305bis N 56 : *« Die Klassierung als Rechtspflegedelikt ist ein Ordnungsentscheid »*.

bien juridique individuel, mais qui protège en outre un bien juridique de nature collective[1554]. Il peut enfin s'agir d'un bien juridique de même nature que celui qui est déduit de l'élément systématique (biens juridiques mixtes improprement dits)[1555].

Troisièmement, plus qu'imprécis ou incomplet, le bien juridique donné par l'élément systématique peut surtout se révéler erroné ou, pire encore, trompeur. On passera rapidement sur les quelques titres qui portent directement le nom d'une ou plusieurs infractions, sans référence à un quelconque bien juridique[1556], pour se concentrer sur la situation, autrement plus problématique, des titres laissant penser qu'ils protégeraient un certain bien juridique qui, en réalité, n'en est pas un. Ainsi, les infractions contre *les devoirs de fonction et les devoirs professionnels* (Titre 18 ; art. 312 à 322[bis] CP) ne visent pas à protéger ces devoirs en tant que tels, mais ce vers quoi ils tendent, l'état[1557] que le respect desdits devoirs est censé garantir[1558]. Les devoirs de fonction et les devoirs professionnels ne sont pas des biens juridiques, mais seulement les moyens permettant de préserver de tels biens. 650

Peut-être plus flagrant encore, le Titre 12 (art. 258 à 263 CP), consacré aux crimes ou délits contre *la paix publique*, bien juridique dont nous avons déjà plusieurs fois annoncé qu'il était problématique[1559]. Une partie importante de la doctrine relève, selon nous à raison, que la paix publique est, en soi, l'un des principaux buts du droit pénal – si ce n'est du droit en général – et qu'à ce titre, elle est déjà protégée à titre accessoire 651

[1553] Ainsi, *l'art. 303 CP* (ATF 132 IV 20 c. 4.1 ; 115 IV 1 c. 2b ; TF, 6B_243/2015, 12.6.2015, c. 2.2 et 2.4.2 [f]) ; *l'art. 307 CP* (ATF 141 IV 444 c. 3.2 et 3.5 ; TF, 6B_1014/2020, 10.2.2021, c. 3.2 [f]) ; cf. aussi *l'art. 238 aCP* (ATF 145 IV 491 c. 2.4.9). Voir aussi VERDE, N 431. Le constat est identique en *droit français* : LACAZE, Bien juridique, p. 152 s.

[1554] Voir toutefois l'infraction de faux renseignements sur des entreprises commerciales (art. 152 CP), qui protège, de par son emplacement systématique, le patrimoine, mais aussi, selon la jurisprudence, la confiance du public dans les informations diffusées au sujet d'une entreprise commerciale, soit un bien juridique collectif : TF, 1P.604/1999, 21.1.2000, c. 2c [d] ; confirmé par TF, 6B_1050/2019, 20.11.2019, c. 1.4 [f].

[1555] Par ex. le brigandage (art. 140 CP), soit un délit composé protégeant à la fois le patrimoine et l'intégrité corporelle ou la liberté de la victime ; cf. GRAVEN/STRÄULI, p. 94.

[1556] Pour le Titre 10 (fausse monnaie etc.) : CJ GE, ACPR/332/2020, 19.5.2020, c. 1.2.2.2. Pour le Titre 11 (faux dans les titres) : ATF 129 IV 53 c. 3.2. Pour le Titre 19 (corruption) : LEHMKUHL/WENK, p. 4.

[1557] Sur le bien juridique compris comme un état, cf. N 479 s. *supra*.

[1558] Soit, pour *l'art. 312 CP*, l'usage raisonné du pouvoir de puissance publique conféré aux fonctionnaires, cela dans l'intérêt de l'État lui-même, mais aussi des citoyens (cf. TF, 1B_40/2020, 18.6.2020, c. 6.1 [f]) ; pour *l'art. 314 CP*, la bonne administration des intérêts publics, mais aussi le patrimoine de l'État lui-même (TF, 1C_67/2020, 23.11.2020, c. 1.3.3 [d] ; 6B_986/2017, 26.2.2018, c. 2.4.2 [d]) ; pour *l'art. 320 CP*, la discrétion des fonctionnaires et membres des autorités nécessaire à l'accomplissement sans entrave des tâches étatiques (ATF 142 IV 65 c. 5.1) ; pour *l'art. 321 CP*, la confiance du public dans la discrétion de l'homme de métier, mais aussi la protection de la santé publique, respectivement de l'ordre juridique, voire la préservation d'espaces de liberté (cf. ATF 117 Ia 341 c. 2c et 6a ; 87 IV 105 c. 2b ; CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, Art. 321 N 7 ss ; en *Allemagne* : JÄSCHKE, *passim*).

[1559] Cf. N 533 et N 543 *supra*.

par l'ensemble des infractions[1560]. Cette interprétation est confortée par la jurisprudence relative à l'art. 53 CP, qui retient que la réparation au sens de cette disposition – applicable à toutes les infractions – doit viser à «rétablir la paix publique»[1561]. En ce sens, la paix publique protégée par le Titre 12 de la Partie spéciale ne serait qu'un *bien juridique de façade («Scheinrechtsgut»)*[1562], qui n'est d'aucun secours dans l'interprétation d'infractions disparates, souvent placées là «faute de mieux» et non en fonction de valeurs qu'elles auraient en commun[1563]. Le Tribunal fédéral adopte une position plus nuancée: tout en reconnaissant le caractère hétérogène des infractions du Titre 12[1564], il a, pour certaines d'entre elles, fait prévaloir l'argument systématique et considéré que leur bien juridique était bien la paix publique[1565], alors que, pour d'autres, il a réfuté ou atténué cet argument et expressément admis la protection – parfois simultanée – d'un autre bien juridique[1566].

652 On peut enfin mentionner l'adjonction d'infractions nouvelles dans un titre particulier, qui sont parfois venues troubler la systématique légale préexistante. Ainsi, *l'accès indu à un système informatique* (art. 143bis CP) a été intégré aux infractions contre le patrimoine du Titre 2 (art. 137 ss CP), bien qu'il soit admis, en doctrine et en jurisprudence, que cette infraction protège en réalité la «paix informatique», par analogie avec la violation de domicile (art. 186 CP) qui protège la paix du domicile, ce qui la rapproche des délits contre la liberté du Titre 4 (art. 180 ss CP)[1567]. De même, l'infraction de *transmission indue d'un contenu non public à caractère sexuel* (art. 197*a* CP), introduite avec la dernière révision du droit pénal sexuel, a été ajoutée aux infractions contre l'intégrité sexuelle du Titre 5 (art. 187 ss), alors qu'il s'agit en réalité d'une norme qui protège la sphère intime de la personne représentée[1568], ce qui la rapproche des infractions contre le domaine secret ou le domaine privé (art. 179 ss CP)[1569].

[1560] LEHMKUHL/WENK, p. 4 s.; BSK StGB-FIOLKA, Vor Art. 258 N 2 s.; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 287 ss; JENAL, Religiöser, N 11 ss; KV/KO-PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, Art. 260ter N 147; cf. aussi ATF 152 IV 14 c. 4.4.3.

[1561] ATF 135 IV 12 c. 3.4.1, 3.4.3 et 3.5.3; 136 IV 41 c. 1.2.1; TF, 6B_346/2020, 21.7.2020, c. 2.2 [f]; 6B_152/2007, 13.5.2008, c. 5.2.2 c. 5.2.3 [f].

[1562] L'expression vient d'Allemagne: cf. AMELUNG, p. 171; SWOBODA, p. 39; HEFENDEHL, Begriff, p. 5. En Suisse, cf. NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 275; GODENZI, p. 250 ss.

[1563] BSK StGB-FIOLKA, Vor Art. 258 N 1; SCHUBARTH/VEST, Vor Art. 258 N 12; FIOLKA, Rechtsgut, p. 108 ss; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, Einleitung N 3.

[1564] TF, Cour de cassation pénale, 7.5.1973, c. 3a [i], publié in Repertorio 1975 p. 73.

[1565] Par ex. *art. 259 CP* (ATF 152 IV 14 c. 4.4.3); *art. 260 CP* (ATF 145 IV 433 c. 3.5.3, confirmant ATF 108 IV 33 c. 1a et 103 IV 241 c. I.2.a; cf. aussi ATF 147 IV 9 c. 1.4.3); *art. 261bis al. 4, 2ème partie CP* (ATF 129 IV 95 c. 3.3.1 et 3.5).

[1566] Par ex. *art. 261 CP* (ATF 120 Ia 220 c. 3c; CR CP II-MOREILLON, Art. 261 N 8); *art. 261bis al. 1 et 4, 1ère partie CP* (ATF 143 IV 77 c. 2.3; 123 IV 202 c. 2; 128 I 218 c. 1.4 et 1.5); *art. 262 CP* (cf. TSCHUMY, N 441 et les références citées).

[1567] ATF 145 IV 185 c. 2.1; BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 143bis N 5; CR CP II-MONNIER, Art. 143bis N 1; cpr. PK StGB-TRECHSEL/JENAL, Art. 143bis N 1 s.: plus proche du Titre 3 et de l'art. 179 CP, avec pour bien juridique la sphère privée.

[1568] Rapport CAJ-CE 2022, p. 55, en référence à la protection des droits de la personnalité (art. 28 ss CC). Le rapport (p. 55) et les débats (BO CE 2022 501) ajoutent encore la «pudeur» *(«Schamgefühl»)*, notion qui rappelle toutefois celle de morale publique qu'on avait pourtant

3. Une prudence parfois extrême

En définitive, les enseignements tirés de la systématique externe peuvent certes s'avérer utiles pour identifier le bien juridique protégé par l'infraction mais, bien souvent, l'analyse se heurte à des titres trop vagues, «évanescents»[1570], fragmentaires, ou même carrément bancals, ce qui explique les nombreuses critiques formulées en doctrine[1571] et, surtout, *l'extrême prudence* affichée par certains arrêts vis-à-vis de cet élément d'interprétation[1572]. Dans un arrêt de 2018 sur la qualité de lésé par rapport à l'infraction d'abus d'autorité (art. 312 CP), le Tribunal fédéral a ainsi retenu que la systématique du Code pénal ne constituait pas, à elle seule, un critère déterminant pour circonscrire les biens juridiques protégés par une infraction, cette analyse devant «plutôt s'attacher au contenu même de la norme» (et donc à l'élément littéral)[1573]. 653

Cette prudence va parfois beaucoup trop loin, avec des formules péremptoires énonçant que les titres et autres notes marginales ne peuvent ni «ajouter aux conditions de la répression»[1574] ni «restreindre la portée du texte légal»[1575]. À notre sens, la systématique légale doit être considérée dans tous les cas, même (ou surtout) lorsqu'elle s'avère favorable au prévenu et s'oppose par exemple au résultat donné par l'élément littéral. Cela vaut d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, l'exercice ne vise pas à remettre en question le texte même de l'infraction, mais seulement à déterminer le bien juridique qu'elle tend à protéger[1576]. Ce qui précède n'empêche évidemment pas le tribunal de se laisser finalement convaincre par l'élément littéral, ou par un autre encore, plutôt que par la seule classification formelle des infractions[1577]. Dans tous 654

voulu supprimer lors de l'avant-dernière révision du droit pénal sexuel en 1992 (cpr. auparavant ATF 117 IV 457 c. 2a, qui parlait déjà de *«Schamgefühl»*). Sur le sujet, cf. les explications de NIGGLI dans la vidéo *«Strafrecht 25b – Art. 197a StGB/Teil 2»*, mise en ligne le 13.9.2023 sur la chaîne *Youtube* de ContraLegem.

1569 Une proposition lors des débats parlementaires voulait du reste introduire un nouvel art. 179^{undecies} en lieu et place de l'art. 197a CP. Elle n'a pas été suivie: BO CN 2023 995 ss.

1570 PARIZOT, Gravité, p. 108, pour le *droit français*.

1571 KV/KO-ACKERMANN, Einleitung, N 18 s.; VERDE, N 431 s.; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, Intro N 3; FIOLKA, Rechtsgut, p. 107 s.; GRAVEN/STRÄULI, p. 49; cf. déjà HARTMANN, p. 459; plus nuancé: JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Nutshell, p. 44. Sur les carences de la classification du CP/F en *France*: LACAZE, Bien juridique, p. 150 ss; FERNANDEZ, p. 142.

1572 Explicite: ATF 119 IV 59 c. 2b/cc et les références; cf. aussi ATF 127 IV 93 c. 2b: «On ne saurait en effet s'en tenir au critère de la classification formelle d'une disposition dans la loi»; cf. déjà ATF 74 IV 6 c. 2, sur le droit de plainte du lésé (art. 30 al. 1 CP).

1573 TF, 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.3 [f] (déjà cité sous N 637 *supra*) et la référence à l'ATF 104 IV 238 c. 1d, arrêt qui limitait toutefois cette affirmation aux infractions du Titre 17 (l'abus d'autorité appartenant au Titre 18), comme nous l'avons vu ci-dessus à propos de la nationalité des biens juridiques (cf. N 582 *supra*).

1574 ATF 74 IV 206 c. 2.

1575 ATF 81 IV 217 c. 2 et les arrêts cités; ATF 119 IV 59 c. 2b/cc; voir aussi ATF 108 IV 161 c. 2a, lequel, dans son résultat, fait toutefois précisément l'inverse (cf. l'exemple ci-après).

1576 Dans le même sens, BAZZI, N 74.

1577 Voir aussi STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 4 N 35, qui plaident en faveur d'une discussion ouverte; cf. déjà GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 9^{3}, qui parle d'un *«Anhaltspunkt»*.

les cas, la limite est toujours que le bien juridique ainsi arrêté soit compatible avec le sens littéral possible de la norme et trouve une assise dans le texte légal.

Exemple :

En 1982, le TF avait considéré que la notion de conversation « non publique » des *art. 179bis et 179ter CP* devait se rapporter au domaine secret ou privé, sur la base notamment d'une interprétation systématique de ces dispositions, placées dans le sous-titre 2 du Titre 3 (art. 179 à 179septies CP), intitulé « Infractions contre le domaine secret ou le domaine privé » (ATF 108 IV 161 c. 2b). En 2020, le TF a opéré un revirement de jurisprudence, retenant désormais qu'une conversation est « non publique » dès lors que ses participants s'entretiennent dans l'attente légitime que leurs propos ne soient pas accessibles à tout un chacun. Entre autres arguments, il a constaté que les termes « domaine secret ou privé » ne figuraient ni dans le titre marginal, ni dans les éléments constitutifs des art. 179bis s. CP, à la différence de l'art. 179quater CP (ATF 146 IV 126 c. 3.5). Pour le TF, il s'agit là d'une interprétation systématique de la loi (c. 3.6). D'un point de vue méthodologique, on note que ces considérations relèvent bien plutôt de l'élément littéral, hormis peut-être la comparaison avec l'art. 179quater CP et l'argument *a contrario* qui en est tiré. À cet égard, il est piquant de constater que, dans son premier arrêt de 1982, le TF s'était déjà fondé sur cette dernière norme, mais pour en déduire précisément l'argument inverse[1578].

B. Systématique interne

655 À côté de la systématique externe, la systématique interne de la loi vise à assurer une cohérence matérielle entre les différentes normes, afin que l'ensemble soit fonctionnel. Lorsqu'il s'agit de déterminer le bien juridique protégé par une infraction, ce volet de l'élément systématique peut également s'avérer utile, pour trois raisons au moins.

1. « Interpretation gemäss den angedrohten Strafen »

656 Tout d'abord, toutes les infractions ont en commun un élément qui permet de tirer certaines conclusions utiles sur leur interprétation et les relations qu'elles entretiennent les unes avec les autres : leur peine-menace. Cette *« Interpretation gemäss den angedrohten Strafen »*[1579] peut porter sur un élément constitutif propre à une infraction particulière ; ainsi, la présence d'une peine minimale est généralement un indice en faveur d'une interprétation restrictive de la notion litigieuse[1580]. Dans la plupart des cas toute-

[1578] ATF 108 IV 161 c. 2b : *« Daran ändert nichts, dass dieser Schutzbereich nur im Gesetzestext von Art. 179quater StGB nochmals ausdrücklich erwähnt wird »*. Cf. N 43 *supra* sur la possibilité de neutraliser un argument *a contrario* par un argument *per analogiam*.

[1579] Selon l'expression de GERMANN dans son article éponyme (GERMANN, Interpretation) ; voir aussi ATF 116 IV 312 c. 2d/aa et les références. En *droit allemand*, cf. KUDLICH, *passim*.

[1580] ATF 129 IV 22 c. 2.4 ; 123 IV 128 c. 2a ; 121 IV 178 c. 2b ; 118 IV 52 c. 2d ; 118 IV 61 c. 3c ; 116 IV 312 c. 2d ; 116 IV 319 c. 3b ; 106 IV 24 c. 4b ; 105 IV 197 c. 2b/ee ; 105 IV 182 c. 2a ; 104 IV 238 c. 4b ; cf. aussi les ex. chez GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 92. En doctrine, cf. DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 41 ; PC CP, Art. 1 N 26 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 814, qui la rangent tous sous l'élément *téléologique*. Pour le droit allemand : KUDLICH, p. 15 ss. Voir aussi Message harmonisation, p. 2923.

fois, le véritable apport de la méthode provient de la comparaison entre les peines-menaces de plusieurs infractions distinctes, afin d'en dégager une certaine cohérence du système répressif dans son ensemble[1581].

Dans ce cadre, l'importance des biens juridiques est indéniable, puisqu'ils servent de *système de référence* pour déterminer la juste quotité des peines-menaces, que ce soit pour leur plafond (peine maximale), mais aussi pour leur plancher (peine minimale). En 2018, le Conseil fédéral en a d'ailleurs fait le fer de lance de son projet d'harmonisation des peines : retenant que « [l]a peine encourue doit correspondre à la valeur du bien juridique protégé »[1582], le Conseil fédéral a mené pour la première fois une analyse globale des infractions du Code pénal au regard des différents biens juridiques, ce qui l'a conduit à proposer des ajustements – la plupart du temps à la hausse – des peines prévues pour certaines infractions. Ces peines plus sévères sont entrées en vigueur le 1er juillet 2023[1583]. 657

> En parcourant le Message du Conseil fédéral, on ne peut toutefois s'empêcher de penser que la réflexion autour des biens juridiques n'était finalement qu'un argument de façade servant à justifier l'objectif véritable du projet : répondre à la demande de l'opinion publique et des milieux politiques tendant à un durcissement des peines[1584].

Dans la perspective qui nous intéresse ici, on peut observer que si, dans un système idéal, la peine-menace est supposée refléter la valeur du bien juridique en cause, alors le raisonnement inverse vaut également : il devrait être possible de se fonder sur la peine-menace d'une infraction pour identifier le bien juridique qu'elle tend à protéger ou, à tout le moins, pour obtenir certains indices en ce sens, par exemple en comparant plusieurs dispositions entre elles. L'exercice est délicat, ne serait-ce que parce que d'autres facteurs (infraction intentionnelle ou par négligence, de lésion ou de mise en danger, laquelle peut être concrète ou abstraite, etc.) influent également sur la quotité de la peine-menace[1585]. Reste que la méthode peut parfois livrer des arguments utiles, notamment en appui d'un certain élément d'interprétation[1586]. 658

[1581] ATF 121 IV 67 c. 2d ; 117 IV 302 c. 3b et 3b/aa ; 116 IV 319 c. 2a, 3a et 3b ; plus récemment : TF, 6B_1004/2008, 9.4.2009, c. 4.3.3 [i]. En doctrine, cf. BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 43 ; GRAVEN/STRÄULI, p. 49 s. ; cf. déjà GERMANN, Interpretation ; GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 9[4], pour qui la méthode est alors systématique.

[1582] Message harmonisation, p. 2899 ; cf. déjà IVANOV, p. 37 ; en *France* : LACAZE, Bien juridique, p. 127.

[1583] RO 2023 259.

[1584] Message harmonisation, p. 2897 et la nbp 3, p. 2898, 2904, 2914, 2916, 2929, 2930 ss.

[1585] Cf. pour les infractions de lésions ou de mises en danger MEIER, Die Lebensgefährdung, thèse Fribourg, Bâle 2006, p. 4.

[1586] Cf. déjà STRATENWERTH, Gemeingefährliche, p. 18. En *Allemagne*, cf. KUDLICH, p. 13, 21, 24 : *« Auslegungskriterium zweiter Stufe »* ; JÄSCHKE, p. 47, qui admet que ce n'est pas un *« Totschlagargument »*. Plus sceptique pour la *France* : LACAZE, Bien juridique, p. 153 s.

Exemples:

L'infraction de *mise en danger par des organismes génétiquement modifiées ou pathogènes* (art. 230bis CP) est passible d'une peine privative de liberté de un à dix ans, plus que toute autre infraction du Titre 8 (Crimes ou délits contre la santé publique), ce qui permet de dire qu'elle ne protège pas seulement – voire pas du tout – la santé publique, mais aussi – ou plutôt – la vie et l'intégrité corporelle, la biodiversité animale et végétale, et même l'environnement en général[1587].

Un raisonnement similaire peut être tenu pour l'infraction de *danger imputable à l'énergie nucléaire, à la radioactivité et aux rayonnements ionisants* (art. 226bis CP) qui, en cas de négligence (al. 2), prévoit une peine-menace de deux ans plus sévère que celle des autres infractions du Titre 7 (Crimes ou délits créant un danger collectif) commises par négligence également[1588].

2. *Pas de doublons dans la répression*

659 Ensuite, on retrouve régulièrement, dans les arrêts du Tribunal fédéral, l'argument consistant à affirmer que le bien juridique dont se prévaut une partie en lien avec une infraction particulière bénéficie déjà d'une protection pénale suffisante, au travers d'une ou plusieurs autres infractions. L'idée n'est pas de combler une lacune de la loi, mais bien d'éviter des doublons dans la répression pénale[1589].

Exemples:

Pour *l'émeute* (art. 260 CP), la protection du patrimoine et de l'intégrité corporelle est déjà assurée par l'art. 144 al. 2 CP, respectivement par les art. 122 ss CP[1590]; pour le *faux dans les titres* (art. 251 CP) et la *fabrication de fausse monnaie* (art. 240 CP), le patrimoine est déjà protégé par l'art. 146 CP[1591]; pour le *service de renseignements politiques* (art. 272 CP) *ou économiques* (art. 273 CP), la protection de secrets de fabrication ou d'affaires est déjà assurée par l'art. 162 CP et celle de la sphère privée par les art. 179 ss CP[1592]; pour le *faux témoignage* (art. 307 CP), l'honneur bénéficie déjà d'une protection suffisante par le jeu des art. 173 ss CP[1593]; pour *l'art. 86 al. 1*

[1587] BSK StGB-ACKERMANN/SCHRÖDER BLÄUER, Art. 230bis N 3 (bien juridique) et 23 (conséquences de la peine-menace).

[1588] À noter que la question du bien juridique de l'art. 226bis CP est controversée: cpr. CORBOZ, II, Art. 226bis N 10 et BSK StGB-ROELLI, Art. 226bis N 10. Pour sa part, le Conseil fédéral justifie la peine plus sévère à l'art. 226bis al. 2 CP non pas au regard du bien juridique, mais «pour des raisons de prévention spéciale» (Message harmonisation, p. 2938). À noter que la peine-menace de l'art. 225 CP (incendie par négligence) a été rabaissée pour correspondre à celles des autres infractions du Titre 7 commises par négligence (Message harmonisation, p. 2938 s.).

[1589] Sur l'interdiction des infractions-doublons en *droit français*: PARIZOT, Nécessité, p. 255 s.; DARSONVILLE, p. 42; le *droit allemand* parle à cet égard de «*Sperrwirkung*»: SCHRÖDER JAN-CHRISTIAN, Die Sperrwirkung im Strafrecht, ZStW 136 (2024) 298 ss.

[1590] ATF 145 IV 433 c. 3.5.3; 120 Ia 220 c. 3c.; 117 Ia 135 c. 2b.

[1591] ATF 133 IV 256 c. 4.3.3.

[1592] TPF, BB.2024.149, 10.12.2024, c. 2.3.2 et 2.6 [f] (art. 272 CP); WStR-SCHWARZ, § 19 N 31 (art. 273 CP); BSK StGB-HUSMANN, Art. 273 N 8; cpr. ATF 74 IV 206.

[1593] ATF 141 IV 444 c. 3.2 (question laissée ouverte, cpr. toutefois les c. 3.6 et 3.7).

LCdF[1594], le matériel des CFF et l'intégrité corporelle du personnel ferroviaire sont déjà protégés de manière exhaustive *(«umfassend»)* par les dispositions spéciales du CP, dont l'art. 238 aCP (entrave au service des chemins de fer)[1595]; pour la *violation simple des règles de la circulation routière* (art. 90 al. 1 LCR), le dommage matériel causé au véhicule est déjà protégé au travers de l'art. 144 CP, mais seulement en cas d'acte intentionnel[1596].

Si cet argument nous semble convaincant et conforme à la jurisprudence en matière de concours d'infractions[1597], il sous-entend néanmoins que le droit pénal constituerait un tout cohérent, offrant une protection optimale des divers biens juridiques[1598]. C'est évidemment loin d'être le cas: de par son caractère *fragmentaire*, le droit pénal n'intervient que ponctuellement, face aux atteintes les plus caractérisées, causées à des biens juridiques jugés suffisamment dignes de protection et consacrés à ce titre par l'ordre juridique[1599]. Il suppose ainsi nécessairement des espaces de liberté, ce d'autant plus lorsque des dispositifs extra-pénaux (civils et administratifs) existent déjà. 660

Ces réflexions sur l'aspect fragmentaire et subsidiaire du droit pénal imprègnent bien quelques autres décisions, avec un résultat souvent similaire à celui des arrêts du Tribunal fédéral mis en exergue ci-dessus: l'exclusion d'un certain bien juridique du champ de protection de la norme, ou alors l'interprétation restrictive de ce bien juridique. Seulement, au lieu de se fonder sur une autre infraction protégeant déjà le bien juridique en question, les tribunaux retiendront qu'il existe des moyens parallèles, tirés du droit civil ou administratif, aptes à atteindre le même objectif; c'est donc bien une expression du principe de la subsidiarité du droit pénal[1600]. 661

Exemples:

L'existence d'une assurance responsabilité civile obligatoire en vertu des art. 58 ss LCR a fait dire au TF que l'automobiliste accidenté n'avait généralement pas besoin d'agir au pénal pour obtenir la réparation de son dommage matériel et donc qu'il n'était pas

[1594] Qui punit de l'amende quiconque «pénètre ou circule intentionnellement dans une zone d'exploitation ferroviaire sans autorisation ou la perturbe d'une quelconque manière».

[1595] ATF 145 IV 491 c. 2.4.9, qui relève que l'art. 238 aCP exige une mise en danger concrète, alors que l'art. 86 al. 1 LCdF semble admettre une mise en danger abstraite déjà (c. 2.4.1).

[1596] Contrairement aux infractions à la LCR (art. 100 al. 1 LCR); cf. ATF 138 IV 25 c. 4.1 et 4.3.

[1597] Récemment: ATF 151 IV 1 c. 2.2.1.

[1598] Des discussions similaires existent en *Allemagne*, où la jurisprudence admet qu'une escroquerie puisse porter sur des stupéfiants ou du matériel de guerre, cela afin d'éviter un *«strafrechtsfreie Raum»*: WINDSBERGER, p. 125 ss., qui voit dans la LStup allemande un «équivalent fonctionnel» à la protection pénale du patrimoine (p. 147 ss). Voir aussi, pour la violation des secret privés (§ 203 StGB), JÄSCHKE, p. 48 s.

[1599] Sur ces questions: HURTADO POZO/GODEL, N 39 s.; GETH, N 9 *(«Sozialschädlichkeit»)*; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 41; OBERHOLZER Renaissance, p. 86; VERDE, N 136 s.; GRAVEN/STRÄULI, p. 9 ss, 51 s.; voir aussi Message harmonisation, p. 2898. En *droit français*: LACAZE, Bien juridique, p. 245.

[1600] Sur la subsidiarité du droit pénal en général: PIETH/SIMMLER, p. 4; ATF 115 IV 207 c. 1b/aa; 112 IV 31 c. 3c; cpr. ATF 146 IV 320 c. 2.3 et 2.4; 118 IV 167 c. 3b.

lésé par l'infraction de violation simple des règles de la circulation routière (art. 90 al. 1 LCR)[1601].

L'existence de remèdes de droit civil dans la loi sur l'acquisition d'immeuble par des personnes à l'étranger (art. 26-27 LFAIE) a servi d'argument à la Cour de justice de Genève pour affirmer que les dispositions pénales de la même loi (art. 28-35 LFAIE) ne protégeaient pas le patrimoine des parties à la vente d'un immeuble qui y était soumis[1602].

Enfin, même si cela ne concerne pas le droit pénal au sens strict, le TF a retenu que les infractions dans la faillite (art. 163 ss CP) n'étaient des *Schutznormen* au sens de l'art. 41 al. 1 CO en raison de l'existence de nombreuses institutions parallèles du droit de l'exécution forcée protégeant les créanciers, dont l'action paulienne (art. 285 ss LP)[1603].

662 À l'opposé, il est aussi arrivé au Tribunal fédéral de déterminer le bien juridique protégé par une infraction (contravention de droit cantonal prohibant le tapage nocturne) en raisonnant par analogie avec des remèdes purement civils (les dispositions contre les immissions excessives)[1604]. Pire, le législateur a parfois justifié l'introduction d'une nouvelle infraction (l'art. 197*a* CP sur le *revenge porn*) par l'insuffisance des moyens offerts par le droit civil actuel (la protection de la personnalité selon les art. 28 ss CC), ce qui revient à privilégier la réponse pénale sur la réponse civile[1605].

663 On voit donc que la réflexion sur le caractère fragmentaire et subsidiaire du droit pénal n'est pas toujours menée de la même manière lorsqu'il s'agit de déterminer le bien juridique protégé par une infraction.

3. Cohérence avec la partie générale et conformité au droit supérieur

664 Enfin, plutôt que de nourrir l'espoir (parfois vain) de parvenir à une cohérence matérielle avec les autres dispositions de la partie spéciale (ou de droit pénal accessoire), il peut être préférable d'interpréter une infraction au regard d'une institution de la *partie générale* du Code pénal, afin d'en tirer certaines conclusions logiques ou, à tout le moins, certains arguments sur le bien juridique.

Exemples :

Pour retenir que le *blanchiment d'argent* (art. 305bis CP) protège, outre l'administration de la justice, également le patrimoine de la personne lésée par le crime préalable lorsque les biens soumis à confiscation proviennent d'infractions contre le patrimoine, le Tribunal fédéral a, dans l'arrêt *Banca Popolare di Milano*, cherché à interpréter la norme de

[1601] ATF 138 IV 258 c. 4.1 *in fine*.
[1602] CJ GE, ACPR/139/2021, 4.3.2021, c. 2.3.3.
[1603] ATF 141 III 527 c. 3, confirmé récemment in TF, 4A_423/2023, 7.2.2024, c. 4.3 ss [d] ; cf. déjà N 600 *supra*.
[1604] ATF 118 Ia 14 c. 2b, ce par quoi il faut entendre les art. 679 et 684 CO ; cpr. avec les immissions au sens de la LPE (art. 7 al. 2 et 13 à 15 LPE) : ATF 121 IV 240 ; DUBEY, N 687.
[1605] Rapport CAJ-CE 2022, p. 55 ; cf. ég. la critique de NIGGLI dans la vidéo *« Strafrecht 25b – Art. 197a StGB/Teil 1 »*, mise en ligne le 5.9.2023 sur la chaîne *Youtube* de ContraLegem.

façon cohérente avec les dispositions sur la confiscation de valeurs patrimoniales (art. 70 ss CP). Il a ainsi relevé que l'intérêt du lésé à obtenir la restitution des valeurs (art. 70 al. 1 *in fine* CP) ou l'allocation du produit de la confiscation (art. 73 al. 1 let. b CP) pouvait être mis en danger par un acte d'entrave, ce qui justifiait d'admettre que le blanchiment d'argent protégeait (aussi) un bien juridique individuel[1606].

Plus prosaïquement, la Cour de justice genevoise a tiré argument de ce que *l'art. 33 LFAIE* (dévolution d'avantages patrimoniaux illicites) prévoyait un système de paiement de l'avantage illicite au canton uniquement (al. 1) et qu'il renvoyait pour le surplus aux art. 70 à 72 CP, à l'exclusion donc de l'art. 73 CP (allocation au lésé), pour affirmer que les dispositions pénales de la LFAIE ne protégeaient pas le patrimoine des parties au contrat, lesquelles devaient se contenter des moyens civils offerts par la loi[1607].

665 Ce sont également des considérations liées à la systématique interne de la loi qui guident les tribunaux lorsque, pour déterminer le bien juridique protégé par une infraction, ils procèdent à une *interprétation conforme au droit supérieur* (principe qui dérive de la règle *lex superior derogat inferiori*)[1608]. On pense ici notamment à une interprétation du bien juridique qui se doit d'être compatible avec les droits et libertés fondamentaux prévus par la CEDH ou la Constitution fédérale[1609] ou avec les règles d'attribution de compétences prévues par cette dernière[1610]. On pense aussi à l'introduction d'une nouvelle infraction en droit suisse, ensuite (ou en vue)[1611] de la ratification d'une convention internationale, voire encore à la conclusion d'un nouveau traité qui commanderait une interprétation différente d'une infraction déjà existante, dans les limites du principe de la légalité (art. 1 CP)[1612]. Les tribunaux devront alors tenir compte du texte même du traité et des motifs ayant présidé à son adoption par les États parties pour donner ses (nouveaux) contours au bien juridique protégé par les infractions de droit interne.

Exemples :

L'infraction de *discrimination raciale* (art. 261bis CP), adoptée à la suite de l'adhésion de la Suisse à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination ra-

[1606] ATF 129 IV 322 c. 2.2.4 ; plus récemment : ATF 146 IV 211 c. 4.2.1 ; TF, 6B_931/2020, 22.3.2021, c. 3.2 [f] ; HEIERLI, N 742 ss ; critique : MUSKENS, PJA 2021, p. 130.

[1607] CJ GE, ACPR/139/2021, 4.3.2021, c. 2.3.3. L'argument relève tant de la systématique interne que de la systématique externe de la loi (renvoi partiel de l'art. 33 al. 2 LFAIE).

[1608] Cf. N 45 s. *supra*.

[1609] GRAVEN/STRÄULI, p. 50, qui prennent l'ex. de l'honneur et citent l'ATF 92 IV 99 c. 3b ; voir aussi ATF 148 IV 113 c. 5.3.1 (liberté d'expression et art. 261bis CP) ; ATF 120 Ia 220 c. 3c (liberté religieuse et art. 261 CP ; pour la liberté de l'art, voir JENAL, Religiöser, N 95 ss) ; ATF 131 IV 64 c. 10.1.3 (liberté de l'art et art. 197 CP) ; 108 IV 33 c. 4 (liberté de réunion et art. 220 CP) ; GENTON/FAVROD COUNE, p. 635 (liberté d'expression).

[1610] Cf. TF, 6B_26/2021, 9.3.2022, c. 3.4 [d], pour la LPA, en référence à l'art. 80 al. 1 Cst.

[1611] Cf. ATF 99 IV 9 c. 2a (art. 240 ss CP et la Convention internationale du 20 avril 1929 sur le faux monnayage [RS 0.311.51]). Sur le *monisme tempéré* que connaît la Suisse en matière de crimes internationaux : ROTH ROBERT/JEANNERET YVAN, Droit suisse, in Antonio Cassese/Mireille Delmas-Marty (éds), Juridictions nationales et crimes internationaux, Paris 2002, 275 ss, p. 281.

[1612] Cf. ATF 148 IV 329 c. 5.1 ; 128 IV 117 c. 3b *in fine* ; cf. ég. ATF 108 IV 33 c. 4.

ciale (CERD), protège en tant que bien juridique essentiellement la dignité humaine et non – ou alors seulement indirectement – la paix publique[1613], ceci notamment en raison de son assise internationale et du contenu de la CERD elle-même (cf. le terme « dignité » cité trois fois dans le Préambule)[1614].

La *traite d'êtres humains* (art. 182 CP), qui figure parmi les infractions contre la liberté (Titre 4), protège aussi le patrimoine des victimes de traite, dès lors que leur force de travail – dont elles n'ont pas pu user librement en raison de l'infraction – a une valeur économique. Il s'agit d'une interprétation conforme aux obligations internationales de la Suisse, en particulier l'art. 15 al. 3 de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains (CETEH), qui prévoit un droit pour les victimes à être indemnisées par les auteurs de traite d'êtres humains[1615].

Une argumentation similaire pourrait être tenue pour retenir que le bien juridique protégé par les infractions de *corruption d'agents publics* (art. 322ter ss CP) comprend, outre l'objectivité et l'impartialité du processus décisionnel étatique, également le patrimoine de l'État dont relève l'agent public corrompu, compte tenu des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) qui visent à permettre à aux États parties d'obtenir réparation de leur préjudice causé par les infractions de corruption (art. 35, 53 et 57 § 3 let. b CNUCC ; cf. ég. art. 3 § 2 CNUCC).

666 Dans le même ordre d'idées, les tribunaux consultent parfois le *droit pénal étranger* pour déterminer la structure d'une certaine infraction, puis en tirer des enseignements sur le bien juridique protégé par l'infraction correspondante en droit suisse.

Exemple :

Dans l'ATF 104 IV 238 c. 1e, le TF a retenu que *l'entrave à l'action pénale* (art. 305 CP) n'exigeait pas que la personne favorisée soit coupable de l'infraction pour laquelle elle était poursuivie, à la différence du droit pénal autrichien, ni même que cette infraction ait seulement été commise – serait-ce par quelqu'un d'autre –, à la différence du droit pénal allemand et italien. Cet argument lui a permis d'affirmer que l'administration de la justice était seule protégée par la norme, à l'exclusion des intérêts de la personne lésée par l'infraction dont la poursuite avait été entravée[1616].

[1613] Le TF semble en tout cas l'admettre pour l'art. 261bis al. 1 et 4, 1ère phrase CP (ATF 148 IV 188 c. 1.3 ; 143 IV 77 c. 2.3 et 4.1 ; 143 IV 308 c. 4.1), mais non pour l'al. 4, 2ème phrase (négationnisme ; ATF 145 IV 23 c. 2.1 ; 129 IV 95 c. 3.3.1 et 3.5), même si certains arrêts sont plus hésitants et/ou retiennent le bien « dignité humaine » pour l'ensemble de la disposition (ATF 126 IV 20 c. 1c ; 123 IV 202 c. 2 ; TF, 6B_644/2020, 14.10.2020, c. 1.2 [f]). En doctrine, voir NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 321 ss. Cf. ég. N 651 *supra*.

[1614] Voir les explications détaillées chez NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 326 s. et 331 ss.

[1615] MERIBOUTE/BURGENER, p. 210 ; cf. aussi ATF 150 IV 48 c. 3.3. Sur le rôle du droit international pour interpréter l'art. 182 CP (art. 196 aCP) : ATF 128 IV 117 c. 3, 4 et 6d ; cf. à nouveau ATF 150 IV 48 c. 4 (indemnisation LAVI).

[1616] Cet argument a été repris in TF, 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.2 [f].

IV. Élément historique et bien juridique

667 Les travaux préparatoires font régulièrement état du bien juridique. Nous avons vu que la partie spéciale du Code pénal classait les infractions en fonction de cet élément. Il n'est dès lors pas étonnant de trouver, déjà dans le Message de 1918 sur le Code pénal, de nombreuses références au bien juridique. Bien souvent, il s'agit d'explications générales sur le bien juridique figurant sous les différents titres (à l'époque : chapitres) de la partie spéciale[1617], même si le Conseil fédéral admettait lui-même que ces titres pouvaient parfois manquer de précision[1618] et, pour certains d'entre eux, préférait déjà procéder à une analyse plus fine du bien juridique, infraction par infraction[1619].

668 Depuis lors, les révisions successives du Code pénal ont été l'occasion, pour le Conseil fédéral, de se prononcer sur le bien juridique protégé par les (cas échéant nouvelles) infractions concernées, avec pour point d'orgue le projet d'harmonisation des peines de 2018, dont on a vu qu'il avait pour ambition de corriger certaines peines-menaces selon la valeur des biens juridiques en cause[1620]. Les Messages à l'appui de ces divers projets législatifs donnent parfois l'impression que le Conseil fédéral remplit péniblement un devoir qui lui impose de nommer, en quelques mots à peine, un prétendu bien juridique protégé par la norme[1621]. Mais il arrive aussi que les travaux préparatoires contiennent des développements beaucoup plus fournis et réfléchis sur le bien juridique[1622].

Exemples :

La question du bien juridique protégé par les différents alinéas de l'art. 197 CP *(pornographie)* a été abordée dans les Messages du Conseil fédéral lors des révisions successi-

[1617] Ainsi, pour les délits créant un danger collectif (Message CP 1918 p. 52) ou pour les délits contre la santé publique (p. 54) les communications publiques (p. 57) la volonté populaire (p. 68) ou les devoirs de fonction et les devoirs professionnels (p. 74). Cf. aussi les Chapitres 10 (fausse monnaie, etc.) et 11 (faux dans les titres) (Message CP 1918 p. 59 ss).

[1618] Cf. par ex. Message CP 1918, p. 37.

[1619] Par ex. pour les délits contre la liberté (Message CP 1918, p. 43 ss), la famille (p. 51 s.), la paix publique (p. 63 s.), l'État et la défense nationale (p. 65 ss) ou l'administration de la justice (p. 71 ss). Voir aussi les débats au sein des commissions d'experts, repris pour l'art. 261 CP in ATF 86 IV 19 c. 4.

[1620] Cf. N 657 *supra*, dans le cadre de l'*« Interpretation gemäss den angedrohten Strafen »*.

[1621] Cf. déjà FORSTER, p. 148, qui notait que certains travaux préparatoires négligent le travail d'élaboration des biens juridiques, compliquant à l'extrême la tâche ultérieure des tribunaux. Critique sur l'aspect historique quant à l'évolution du bien juridique dans le temps : FIOLKA, p. 440 s. Pour un constat similaire en *Allemagne*, cf. HEFENDEHL, Begriff, p. 9.

[1622] FORSTER, p. 149 ss, prenant les exemples (globalement) réussis des révisions du droit pénal informatique et sexuel (de 1992). Voir aussi TF, 6B_26/2021, 9.3.2022, c. 3.4 [d] pour la LPA. Pour la *France*, cf. MARTINELLE, N 150.

ves de la disposition[1623]. Le Tribunal fédéral s'est ensuite appuyé sur cet élément d'interprétation dans sa propre définition du bien juridique protégé[1624].

Le Message relatif à la révision de fond des *dispositions anticorruption* du droit suisse en 1999 contient de longs passages sur le bien juridique protégé par les art. 322[ter] ss CP[1625]. Il en a été de même lors de l'introduction de l'art. 305[bis] CP *(blanchiment d'argent)*[1626] et de l'art. 261[bis] CP *(discrimination raciale)*[1627].

Le Message de 2018 sur le projet d'harmonisation se prononce sur le bien juridique protégé par de nombreuses infractions de la partie spéciale, avec certaines considérations dignes d'intérêt[1628]. Il en va de même du Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États sur la révision du droit pénal en matière sexuelle[1629].

669 Les réflexions autour du bien juridique sont nettement plus rares au niveau parlementaire[1630]. Cela peut s'expliquer par le fait que les débats aux Chambres fédérales sont généralement plus marqués par des considérations matérielles, liées à des questions de politique criminelle, que par des concepts juridiques plus ou moins abstraits tels que le bien juridique. Nous avons d'ailleurs vu qu'il s'agissait là de l'un des principaux reproches adressés à la conception critique (ou transcendante au système) du bien juridique: surestimer le poids que revêt cet élément dans la décision du législateur d'incriminer ou non un nouveau comportement[1631].

670 À titre d'exceptions, notons tout de même le projet d'harmonisation des peines de 2018 et le débat d'entrée en matière devant le Conseil national, au cours duquel il a certes été question des biens juridiques, mais essentiellement pour répondre à une proposition de la minorité qui voulait renvoyer l'ensemble du projet au Conseil fédéral, au motif que la réflexion autour de la valeur desdits biens n'avait pas été poussée assez loin[1632]. La suite des débats n'a toutefois que très peu porté sur la notion[1633]. Une autre

[1623] Message CP 1985, p. 1106 ss; Message CP 2000, p. 2802, 2804 ss; Message Convention Lazarote 2012, p. 7096 ss; Rapport CAJ-CE 2022, p. 50, 52 et 65; cf. déjà Message CP 1918, p. 51.

[1624] ATF 128 IV 25 c. 3a; 124 IV 106 c. 3c/aa; 121 IV 128 c. 2; voir aussi CR CP II-CAMBI FAVRE-BULLE/GUISAN, Art. 197 N 24, 34 et 46 ss.

[1625] Message corruption 1999, p. 5054 s. et 5071 s.

[1626] Message blanchiment 1989, p. 980 s. Pour une analyse critique, cf. FORSTER, p. 145 ss.

[1627] Message discrimination raciale 1992, p. 304, repris in TF, 6B_636/2020, 10.3.2022, c. 5.2.3 [d] n.p. in ATF 148 IV 113.

[1628] Pour les art. 275[bis] et 277 CP (Message harmonisation, p. 2944 s.), l'art. 285 CP (p. 2946 s.), les art. 296 ss CP (p. 2915), les art. 303 et 305 CP (p. 2948 s.) ou l'art. 325[bis] CP (p. 2916).

[1629] Rapport CAJ-CE 2022, p. 29 s. (art. 189 et 190 CP), 44 s. (art. 193*a* CP), 55 (art. 197*a* CP).

[1630] Partageant ce constat pour le *but* de la loi ou d'une disposition spécifique: SCHLUEP, p. 293. Cf. toutefois ATF 149 IV 116 c. 5.2.2, qui cite les débats parlementaires de 1929 et 1931 relatifs à l'art. 237 CP, entré en vigueur avec le CP.

[1631] Cf. N 458 *supra*.

[1632] BO CN 2021 968 ss. La proposition, qui émanait du groupe UDC, visait à ce que l'harmonisation porte sur toutes les infractions, et non seulement sur la partie spéciale. Elle a finalement été largement rejetée (par 139 voix contre 49), non sans que quelques voix critiques à l'égard du travail gouvernemental se soient faites entendre même au sein de la majorité: cf. votum Hurni («Mais le travail, certes titanesque, d'identifier pour toutes les infractions le bien juridique pro-

exception de taille est la dernière révision du droit pénal en matière sexuelle, lors de laquelle le concept de bien juridique a joué un rôle important dans les réflexions devant les Chambres[1634].

Même lorsque les travaux préparatoires font état du bien juridique protégé par l'infraction, ils ne constituent toujours qu'un élément d'interprétation parmi d'autres, qui ne peut être suivi aveuglément, mais doit au contraire être mis en balance avec ces derniers. Il arrive ainsi que le Tribunal fédéral, tout en reconnaissant que l'élément historique plaide pour un certain bien juridique, en retiennent finalement un autre, sur la base d'arguments qu'il estime plus convaincants. On peut y voir un signe en faveur de la méthode d'interprétation contemporaine[1635]. 671

Exemples :

Le Message du Conseil fédéral à l'appui de l'introduction de la norme sur la *discrimination raciale* dans le CP (art. 261bis CP) en faisait une infraction contre la paix publique[1636]. Cela n'a toutefois pas empêché le Tribunal fédéral de retenir, quelques années plus tard, que cette disposition – à tout le moins ses al. 1 et 4, 1ère phrase – protégeait la dignité humaine[1637].

Au moment d'introduire la norme sur le *blanchiment d'argent* (art. 305bis CP) en droit suisse, le Conseil fédéral retenait que le bien juridique protégé était l'administration de la justice et que l'intérêt à la répression de cette infraction allait nettement au-delà d'une simple atteinte patrimoniale[1638]. Une dizaine d'années plus tard, la jurisprudence a pourtant admis que la disposition protégeait aussi le patrimoine de la personne lésée par l'infraction préalable[1639].

Le Message à l'appui de l'introduction des *art. 179bis ss CP* précisait que le bien juridique protégé était le domaine personnel secret[1640]. Le Tribunal fédéral a, dans un pre-

tégé et la valeur qu'on entend donner à ce bien n'a pas été fait» [p. 969]) et votum Dandrès («Le Conseil fédéral a […] ouvert un gros chantier, sans toutefois s'en donner les moyens et en pensant qu'il peut assurer une cohérence de manière globale avec pour seule mesure le durcissement des peines. Un projet plus sérieux aurait commandé de partir des biens juridiques protégés par la loi pénale, et ensuite de hiérarchiser ces biens et les peines pour qu'elles soient adaptées à l'objectif poursuivi» [p. 972]).

1633 Le terme a bien été évoqué quelques fois : BO CN 2021 997, 1009 ; BO CE 2021 436, 817.

1634 BO CE 2022 390, 407, 499, 501 ; BO CN 2022 2113 s., 2119, 2126, 2137, 2139 et 2023 995, 998.

1635 Sur la méthode contemporaine, cf. N 30 *supra*. Sur les tensions potentielles avec la conception systématique du bien juridique dans ce cas : WOHLERS, Binding, p. 162 s.

1636 Message discrimination raciale 1992, p. 298 et 304. Cf. toutefois le rapport de la CAJ-CN sur l'initiative parlementaire «Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle», FF 2018 3897, p. 3901 s. : dignité humaine comme bien juridique.

1637 ATF 129 IV 95, qui reprend les considérations du Message sur le bien juridique (c. 3.3.1), auxquelles il oppose *(« indessen »)* ensuite celles de ses précédents arrêts sur l'art. 261bis al. 1 et 4, 1ère phrase CP (c. 3.3.2), pour finir par retenir que le bien juridique protégé à l'al. 4, 2ème phrase n'est que la paix publique et non la dignité humaine (c. 3.4 et 3.5).

1638 Message blanchiment 1989, p. 976 et 980 s., cité par l'ATF 119 IV 59 c. 2a (cf. aussi c. 2e).

1639 ATF 129 IV 322 *(Banca Popolare di Milano)* c. 2.2.4, qui cite également le Message.

1640 Message CP 1968, p. 612 ss. Le terme figurait déjà dans le titre du Message.

mier temps, suivi cette idée pour retenir qu'une conversation «non publique», en tant qu'élément constitutif des art. 179bis et 179ter CP, devait se rapporter au domaine secret ou privé[1641]. Il a récemment renversé sa jurisprudence, procédant à une lecture plus fine du Message précité, mais aussi de ses précédents arrêts, pour affirmer que ces infractions protégeaient la liberté de s'exprimer verbalement sans crainte d'être enregistré et donc qu'il importait peu que les propos échangés revêtent un caractère secret ou privé[1642].

V. Élément téléologique et bien juridique

A. Élément téléologique, synonyme de bien juridique

672 En droit pénal, la doctrine associe régulièrement l'élément téléologique au bien juridique protégé par l'infraction[1643] ou, plus exactement, à l'intégrité ou à la préservation de ce bien *(«Unversehrtheit des Rechtsguts»)*[1644]. Le lien entre but de la norme et bien juridique se retrouve dans la formule décrivant ce dernier comme l'*«Abbreviatur des Zweckgedankens»*[1645].

673 Le bien juridique occupe également une place de choix dans l'interprétation de l'infraction par les tribunaux. Selon le Tribunal fédéral: *«Für die Auslegung der Tathandlung ist das geschützte Rechtsgut massgebend»*[1646]. Ici aussi, il est le plus souvent invoqué au sein de l'élément d'interprétation téléologique, le Tribunal fédéral n'hésitant pas à qualifier le bien juridique de «but ultime» de la norme[1647]. La jurisprudence re-

[1641] ATF 108 IV 161 c. 2a et 2b; voir aussi ATF 111 IV 63 c. 2, qui retient d'abord la *«persönliche Geheimsphäre»* comme bien juridique, en référence au Message, puis précise que l'art. 179ter CP poursuit le but qu'un individu puisse s'exprimer verbalement en toute liberté, sans craindre que ses propos ne soient enregistrés contre sa volonté et qu'ainsi des paroles prononcées sans arrière-pensée se trouvent abusivement perpétuées.

[1642] ATF 146 IV 126 c. 3.5, avec pour références le Message CP 1968 et l'ATF 111 IV 63 c. 2, mais seulement la seconde partie du raisonnement reproduit à la nbp précédente.

[1643] PK StGB-Trechsel/Fateh-Moghadam, Art. 1 N 25; BSK StGB-Popp/Berkemeier, Art. 1 N 41; PC CP, Art. 1 N 26; Trechsel/Noll/Pieth, p. 45; Killias/Kuhn/Dongois, N 140; Jean-Richard-dit-Bressel, Nutshell, p. 43; Bazzi, N 52; Dyens, N 344; Cassani, FS Schmid, p. 394; cf. déjà Germann, Grundfragen, p. 126 ss; en *Allemagne*: NK StGB-Hassemer/Kargl, § 1 N 109; Wohlers, Binding, p. 160 s. Plus sceptiques: Stratenwerth/Bommer, BT I, Intro. N 6.

[1644] AK StGB-Graf, Art. 1 N 11; OFK StGB-Donatsch/Heimgartner, Art. 1 N 12.

[1645] Ou encore *«Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze»*, soit des expressions utilisées au début du XXe siècle en *Allemagne* pour décrire les biens juridiques dans leur conception systématique: Fiolka, Verschulden, p. 144; Fiolka, Rechtsgut, p. 442 ss (qui réfute ensuite ce lien); BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 2; Bernhard, p. 96. Pour une approche similaire en *droit français*, cf. Darsonville, p. 38; Martinelle, N 144; Fernandez, p. 141, 145.

[1646] ATF 148 IV 66 c. 1.4.2 (pour l'art. 271 CP).

[1647] ATF 129 IV 329 c. 2.5.4. En *Allemagne*, cf. BVerfGE 120, 224, 241 (inceste), associant le bien juridique à la *ratio legis* de la norme.

gorge d'exemples dans lesquels l'interprétation téléologique se fonde directement sur le bien juridique[1648]. Ce rapprochement ressort d'ailleurs expressément du considérant-type sur le pluralisme pragmatique, qui définit l'élément téléologique en fonction du « but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé »[1649]. Transposée en droit pénal, cette formulation fait immédiatement penser au bien juridique protégé par l'infraction, ne serait-ce que par l'emploi du terme « intérêt protégé », qui en est un synonyme[1650].

Certains auteurs soutiennent cependant que l'élément téléologique ne se limite pas au bien juridique, mais comprend d'autres concepts encore, soit, pour reprendre la liste proposée par GRAVEN et STRÄULI[1651] : la logique interne de la norme ou de la loi, la systématique légale, la clause punitive (peine comminée), les principes fondamentaux de l'ordre juridique, l'autonomie du droit pénal et l'unité de l'ordre juridique, l'évolution générale du droit, les circonstances actuelles et l'autolimitation du droit pénal. 674

Nous avons toutefois vu que beaucoup de ces critères relevaient en réalité de l'élément systématique (logique interne, systématique légale, clause punitive[1652], autonomie du droit pénal et unité de l'ordre juridique)[1653] ou de la méthode interprétative en général et non d'un élément d'interprétation particulier (évolution générale et circonstances actuelles)[1654]. En définitive, restent essentiellement les principes fondamentaux de l'ordre juridique et l'autolimitation du droit pénal, dont nous allons voir qu'ils sont certes étroitement liés aux biens juridiques, mais comme facteurs limitant la protection de ceux-ci. La protection d'un ou plusieurs biens juridiques demeure donc le but principal de toute infraction pénale. En revanche, lorsqu'un autre type de norme est en jeu, par exemple une disposition de la partie générale du Code pénal ou de droit de procédure pénale, l'interprétation téléologique se fera selon des considérations étrangères au bien juridique[1655]. 675

[1648] ATF 148 IV 329 c. 4.2 s. ; 148 IV 188 c. 3.5.5 ; 148 IV 247 c. 3 ; 146 IV 26 c. 3.5 ; 145 IV 114 c. 3.3.2 ; 141 IV 444 c. 3.5 ; 131 IV 56 c. 1.3 ; 127 IV 178 c. 3b ; 126 IV 176 c. 2g ; 124 IV 106 c. 3c/bb ; 122 IV 179 c. 3d ; 120 Ia 220 c. 3c ; 109 IV 27 c. 2c ; 98 IV 199 c. 3b et 3c ; 95 IV 68 c. 3b ; 86 IV 19 c. 4 ; 83 IV 99 c. 1 ; TF, 6B_646/2020, 9.12.2021, c. 1.5.3 [f].

[1649] Cf. N 64 *supra*.

[1650] Bien qu'imprécis : cf. N 476 *supra*.

[1651] GRAVEN/STRÄULI, p. 48 ss ; GRAVEN, p. 160. Cf. aussi STRATENWERTH/BOMMER, BT I, Intro. N 6, qui parlent du *« Grundgedanken »* de chaque infraction, lequel dépend de la forme spécifique de l'attaque *(« Angriff »)*. En droit privé, cf. TRACHSEL, p. 264

[1652] Même si la peine-menace peut aussi être un indice en faveur d'une interprétation restrictive, ce qui relève alors bien de l'élément téléologique : cf. N 656 et nbp 1580 *supra*.

[1653] Cf. N 41 ss *supra*.

[1654] Cf. N 30 ss *supra*.

[1655] Cf. par ex. ATF 151 IV 46 c. 2.6.4 (procédure simplifiée) ; 145 IV 237 c. 3.1 (allocation au lésé [art. 73 CP]) ; 144 V 161 c. 2.2.1 (computation du délai de plainte pénale [art. 31 CP]). Cf. aussi N 153 *supra*, sur le rôle de l'élément téléologique dans l'interprétation du CPP.

B. Prééminence en droit pénal ?

676 Une partie importante de la doctrine soutient que l'élément téléologique revêt une place prépondérante en droit pénal[1656], certains allant même jusqu'à qualifier la méthode téléologique de « reine des procédés d'interprétation »[1657].

> Cette position s'explique aisément si l'on se rappelle tout ce qui est compris sous le terme « élément téléologique » selon la conception de certains auteurs ; toutefois, il a été vu que nombre de ces éléments ne sont pas directement liés au but poursuivi par l'infraction, ce qui affaiblit déjà passablement la portée de l'argument (cf. N 674 s. *supra*). Au final, l'élément téléologique porte essentiellement sur la protection du bien juridique.

677 Le fait qu'en droit pénal spécial, le but de la norme corresponde à la protection des biens juridiques justifie-t-il d'accorder à l'élément téléologique une primauté sur les trois autres ? La réponse est selon nous négative, pour trois raisons au moins.

678 *Premièrement*, privilégier l'élément téléologique dans l'interprétation de l'infraction comporte le risque de mener à une extension de la punissabilité *(« Vielstraferei »)*[1658], puisqu'il sera en soi toujours possible de dire que le comportement reproché à l'auteur touche d'une manière ou d'une autre le bien juridique protégé, ce d'autant plus lorsqu'une simple mise en danger suffit ou qu'un bien juridique collectif est concerné[1659]. Ce risque est d'ailleurs exacerbé dans une conception systématique des biens juridiques, qui veut que derrière chaque infraction se trouve (au moins) un bien juridique. On ouvrirait alors la voie à des arguments du type *a maiore ad minus* (qui peut le plus peut le moins), en ce sens que si une certaine atteinte à un bien juridique est punissable, alors une atteinte moindre (par ex. une simple mise en danger et non plus une lésion, ou une mise en danger abstraite plutôt que concrète), portée au même bien juridique, devrait l'être également[1660].

[1656] CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 61 ; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 40 ; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 25 ; PC CP, Art. 1 N 28 ; COHEN, p. 167 ; GRAVEN/STRÄULI, p. 44 s. ; GRAVEN, p. 160. Ce constat vaut aussi pour l'interprétation en général : cf. les références citées par SCHLUEP, p. 276 ss, 287 ss ; CORNU, p. 59 s. ; en droit administratif : HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 179 ; TANQUEREL, N 432.

[1657] *« Die Krone der Auslegungsverfahren gebührt der teleologischen Methode »*, cf. JESCHECK/WEIGEND, p. 156 ; cf. aussi NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 114b ; AMSTUTZ/NIGGLI, p. 37 ; WOHLERS, Binding, p. 161 s., avec références.

[1658] NOLL, p. 261 ; cf. aussi BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 41 ; WOHLERS, Binding, p. 161 *(« punitiven Superargument »)* ; WOHLERS, Regulatory, p. 251 ; BAZZI, N 57 ; en *France*, cf. DREYER, Droit pénal général, N 171 ; DREYER, Droit pénal spécial, N 1 ; en *Allemagne*, cf. GRECO, Postulierung, p. 200 s. ; BROCKMANN, p. 123 ss, avec de nombreux ex.

[1659] Pour un ex. en matière de LStup : ATF 150 IV 213 c. 1.6.2.2 et 1.6.2.3 ; cf. déjà ALBRECHT, Geheimnis, p. 70 : biens juridiques « à grande surface ».

[1660] Cf. BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 41 : l'argument inverse *(a minori ad maius)* est seul admissible ; cf. dans ce sens ATF 95 IV 68 c. 3b (art. 251 s. CP) : *« Es kann nun nicht der Sinn des Gesetzes sein, den Fälscher nur zu bestrafen für die blosse Gefährdung des geschützten Rechtsgutes, nicht hingegen für seine Verletzung »*.

Ce serait toutefois oublier (une nouvelle fois)[1661] le caractère fragmentaire du droit pénal qui, s'il vise certes à protéger les biens juridiques, n'intervient cependant que ponctuellement, face aux atteintes *les plus caractérisées* à ces derniers[1662], exhaustivement prévues par la loi. La fragmentarité du droit pénal est, au même titre que sa subsidiarité ou son rôle d'*ultima ratio*, une émanation du principe de la proportionnalité[1663], lequel doit permettre d'atténuer ou de mitiger – on parle d'ailleurs de *«Mediating principles»*[1664] – la portée de la protection pénale des biens juridiques. Très concrètement, il s'agit d'exclure de cette protection les cas dits bagatelles, qui ne portent pas atteinte au bien juridique protégé par la norme, ou alors de façon dérisoire seulement[1665]. Il s'agit ensuite d'interpréter restrictivement l'un des éléments constitutifs d'une infraction, même grave, compte tenu de l'atteinte très éloignée portée au bien juridique par le comportement en cause[1666] ou du fait que seules certaines atteintes particulièrement dangereuses sont concernées[1667]. Enfin, et surtout, il s'agit d'exclure les comportements qui, bien que portant atteinte au bien juridique protégé et donc possiblement répréhensibles, ne sont toutefois pas explicitement incriminés par l'énoncé légal (cf. art. 1 CP); le Tribunal fédéral l'a clairement affirmé dans des arrêts de principe récent[1668]. 679

Deuxièmement, la prééminence de l'élément téléologique en droit pénal accentue le danger, inhérent à tout raisonnement téléologique, d'une importation incontrôlée des valeurs subjectives de l'interprète. Le Tribunal fédéral semble le reconnaître, en affirmant que «la volonté de punir un comportement répréhensible ne doit pas être confon- 680

[1661] Cf. N 660 *supra*, sur la problématique des doublons dans la répression.

[1662] Par ex. en droit pénal de l'environnement: ACKERMANN/EGLI, p. 19 s.; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 41 et la référence à l'ATF 121 IV 240 c. 2b (incinération d'une petite quantité de bois en plein air; cpr. avec ATF 120 IV 78 c. 4).

[1663] ROXIN/GRECO, § 2 N 1 et 97 ss, parlent de protection *subsidiaire* des biens juridiques. Sur les liens entre le principe de la proportionnalité et le caractère fragmentaire du droit pénal, son rôle d'*ultima ratio* et sa subsidiarité: KASPAR, p. 245 ss *(droit allemand)*; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Nutshell, p. 8.

[1664] SWOBODA, p. 40; BERNHARD, p. 173 ss; cf. aussi SCHUCHMANN, p. 33 ss. Parmi ces *«Mediating principles»* figure aussi la fonction de garantie à l'égard du citoyen (cf. N 134 *supra*): NOLL, p. 263; NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 76.

[1665] Cf. ATF 121 IV 240 c. 2b; cf. toutefois ATF 120 IV 78 c. 4, se demandant comment justifier dogmatiquement la non-punissabilité de tels cas bagatelles. La révision en 2007 de la Partie générale du CP a pu apporter certaines réponses: cf. les art. 52 s. CP (voir à cet égard FIOLKA, Verschulden, p. 150). Sur la criminalité bagatelle et les biens juridiques, cf. FORSTER, p. 106 ss; cf. aussi GRAVEN/STRÄULI, p. 70 s.; en *Allemagne*: ROXIN/GRECO, § 10 N 40 s.; en *France* (et en *Italie*): PARIZOT, Nécessité, p. 255.

[1666] Cf. GODENZI, p. 266 ss, pour l'organisation criminelle (art. 260ter CP).

[1667] WOHLERS, Binding, p. 162. Cf. par ex. ATF 149 IV 116 c. 5.2.4, sur la notion de «circulation publique» prévue à l'art. 237 ch. 1 CP.

[1668] ATF 148 IV 329 c. 5.1 *(Stealthing)*: *«Die rechtsanwendenden Behörden sind an die Entscheidung des Gesetzgebers darüber, in welchem Umfang das betroffene Rechtsgut strafrechtlich geschützt werden soll – d.h. an seine Auswahl der strafbaren Verhaltensweisen aus allen gegebenenfalls strafwürdigen –, gebunden»*; cf. aussi TF, 6B_122/2024, 20.11.2025, destiné à la publication, c. 1.3.3 [d]; cpr. CR CP I-STRÄULI, Intro Art. 24-27 N 35.

due avec le sens et le but de la norme pénale», mais il nuance toutefois immédiatement son propos: «d'un autre côté, on ne peut ignorer que la question de savoir si un certain comportement tombe sous le coup d'une infraction pénale se pose précisément quand ce dernier paraît répréhensible»[1669]. Si, comme semblent le soutenir d'autres arrêts, le caractère répréhensible *(strafwürdig)* de l'acte découle de l'atteinte à un bien juridique protégé[1670], alors c'est bien l'aspect téléologique qui sera déterminant dans l'interprétation de la norme. Toutefois, la formule précitée du Tribunal fédéral laisse aussi penser (et craindre) que le résultat de cette interprétation dépendra en définitive de l'intuition initiale des juges, qui devront d'abord décider si le comportement reproché leur «paraît répréhensible», puis se laisseront guider par cette première impression tout au long du processus. Dans cette perspective, les biens juridiques ne constitueraient que des «éléments de rhétorique entre les mains de ceux qui les manipulent»[1671]. Or l'interprète devrait toujours être capable de revenir sur son intuition initiale, si celle-ci ne correspond pas au sens véritable de la loi[1672].

681 Aussi, l'affirmation du Tribunal fédéral revient-elle à (trop)[1673] faire dépendre le résultat de l'interprétation des convictions personnelles des juges, au risque de les voir raisonner par analogie et de s'immiscer dans des questions de pure politique criminelle. Il faut rappeler ici que le but de la loi s'obtient grâce aux trois autres éléments d'interprétation (littéral, systématique, historique), cela précisément afin d'éviter toute influence excessive des valeurs subjectives de l'interprète[1674]. Il n'en va pas autrement en droit pénal, où ce but correspond au bien juridique protégé par l'infraction: même si tout raisonnement à l'aide du bien juridique comporte nécessairement un aspect subjectif, il n'en demeure pas moins que ce bien juridique aura préalablement été déterminé, dans toute la mesure du possible, à l'aide du texte, de la systématique et de la genèse de la norme, soit autant d'éléments qui laissent moins de place aux jugements de valeurs de l'interprète. Les pages précédentes ont montré en quoi chacun de ces éléments pouvait s'avérer utile dans ce contexte. La dépendance entre le bien juridique et ces trois autres éléments d'interprétation suffit déjà à lui nier toute supériorité sur ceux-ci.

[1669] ATF 128 IV 272 c. 2 (trad. libre); cf. aussi ATF 127 IV 198 c. 3b; 116 IV 134 c. 2. Sur la *Strafwürdigkeit* et son lien avec le principe de proportionnalité: KASPAR, p. 256 ss, 264.

[1670] ATF 148 IV 329 c. 5.1; 145 IV 491 c. 2.4.1; 129 IV 68 c. 2.2; 128 IV 164 c. 3c/bb; 117 IV 449 c. 6b/bb; 109 IV 27 c. 4b. En *Allemagne*, cf. l'opinion dissidente du juge HASSEMER in BVerfGE 120, 224, ch. IV; NK StGB-HASSEMER/NEUMANN, Vor § 1 N 62 ss; HASSEMER, Grundlinien, p. 88 (condition nécessaire mais pas suffisante); HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 6; IVANOV, p. 36.

[1671] DREYER, Droit pénal général, N 172 (pour le *droit français*).

[1672] Cf. N 74 *supra*. Critiques ég.: BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 41; AK StGB-GRAF, Art. 1 N 11. Pour l'*Allemagne*: NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 114c. Pour la *France*: DREYER, Droit pénal général, N 171 s. On peut saluer les arrêts dans lesquels le TF refuse d'interpréter extensivement une notion légale, malgré le caractère répréhensible du comportement adopté par l'auteur (cf. ATF 129 IV 68 c. 2.2).

[1673] Étant rappelé que toute interprétation comporte une part de subjectivité: cf. N 24 *supra*.

[1674] Cf. N 61 *supra*.

Troisièmement, privilégier l'interprétation téléologique n'est possible que si elle donne un résultat véritablement satisfaisant. Pourtant, l'interprète qui veut raisonner à l'aide du but de la loi se trouve rapidement confronté à de multiples difficultés[1675]. En droit pénal, celles-ci tiennent notamment au fait qu'une même infraction peut protéger plusieurs biens juridiques distincts, parfois inconciliables[1676]. 682

En conséquence, le but de la loi, en tant qu'il est régulièrement associé au bien juridique protégé par l'infraction et débouche le plus souvent sur une interprétation extensive et à charge de celle-ci[1677], ne saurait avoir une quelconque priorité sur les autres moyens d'interprétation[1678]. Il reste néanmoins un élément utile, à considérer dans tous les cas[1679]. Pour prendre l'image d'un jeu de cartes[1680], on peut dire que l'élément téléologique n'est pas une carte joker, pouvant être jouée à la moindre difficulté, mais plutôt l'un des quatre as, qui correspondent chacun à un élément d'interprétation différent. On pourrait même ajouter qu'en droit pénal, c'est l'élément littéral qui sera toujours un *as d'atout*, l'emportant nécessairement sur les trois autres as[1681]. 683

Reste désormais à déterminer quel rôle l'élément téléologique sera amené à jouer dans la recherche du bien juridique. 684

C. Risque de raisonnement circulaire

Le lésé est compris comme le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction, lequel se détermine par l'interprétation de celle-ci. Toutefois, nous venons de voir que le bien juridique est aussi très régulièrement cité comme un outil d'interprétation de la norme elle-même, plus précisément au sein de l'élément téléologique. Il en résulte un raisonnement circulaire: le bien juridique résulte de l'interprétation de la norme, processus qui se sert lui-même (en partie) du bien juridique[1682]. 685

[1675] Pour n'en citer que quelques-unes (voir la liste complète chez SCHLUEP, p. 291): le «dévoilement» du but, la diversité des moyens pour l'atteindre ou, à l'inverse, la diversité des buts que peut poursuivre une même injonction ou une même interdiction, la suppression ou la réalisation du but ensuite de circonstances nouvelles, les effets secondaires involontaires, l'obsolescence du but par des habitudes de comportement extra-juridiques, le changement de l'esprit du temps, les traditions, les relations entre le but et les moyens, etc.

[1676] GRAVEN/STRÄULI, p. 53 s.; GRAVEN, p. 160 nbp 48; GODENZI, p. 245.

[1677] Cf. les arrêts cités par BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 41.

[1678] Dans le même sens: WOHLERS, Binding, p. 161.

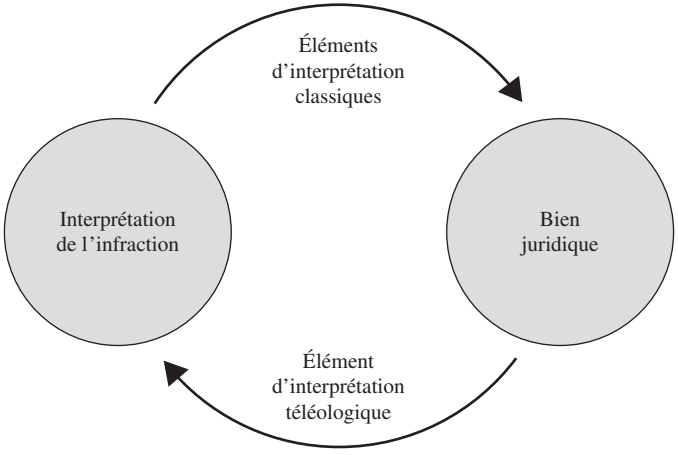
[1679] Cf. pour l'*Allemagne* NK StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 114c: «*Hilfsfunktion, aber* […] *nur unter der Voraussetzung, dass sie weder dem Normtext noch den Materialien Gewalt antun*».

[1680] Cf. SCHLUEP, p. 296 s.

[1681] Cf. aussi l'expression *«trump card»* (carte d'atout) reprise par la juge de la Cour suprême des États-Unis Elena Kagan lors du *«Scalia Lecture»* donné le 18.11.2015 à l'Université d'Harvard (disponible sur Youtube).

[1682] FIOLKA, Rechtsgut, p. 445 s., 452; BAZZI, N 63; en Allemagne, cf. surtout BROCKMANN, p. 111 ss; voir aussi HEFENDEHL, Rechstgüter, p. 25; Schönke/Schröder-EISELE, Vor §§ 13 ff. N 9a.

Ce raisonnement circulaire peut être illustré par le schéma suivant:



686 Cette situation, qui est insatisfaisante puisqu'elle se répète sans fin, doit être résolue en «cassant» le cercle à un endroit donné. Certains auteurs proposent de le faire au niveau de la flèche du bas, en ce sens que le bien juridique est certes issu de l'interprétation de l'infraction, mais ne doit ensuite plus être mis à contribution dans l'interprétation téléologique de ses éléments constitutifs[1683]. D'autres auteurs proposent de briser le cercle au niveau de la flèche du haut: le bien juridique reste associé à l'élément téléologique et constitue donc un moyen utile pour interpréter la norme. On obtient toujours ce bien juridique en interprétant l'infraction, mais seulement à l'aide des éléments qui ne se servent pas eux-mêmes du bien juridique: les éléments littéral, systématique et historique, à l'exclusion donc de l'élément téléologique[1684].

687 Cette seconde approche emporte notre conviction. Elle doit être comparée non pas à un cercle, mais plutôt à une *spirale* (herméneutique) *ascendante*[1685]: on interprète d'abord l'infraction pour en dégager le bien juridique, à l'aide duquel il est ensuite possible, au travers de l'élément téléologique, de mieux cerner son champ d'application et ses éléments constitutifs, ce qui va à son tour permettre d'affiner encore son bien juridique, et ainsi de suite, jusqu'à parvenir à une compréhension de la norme qui est jugée satisfaisante[1686]. La première étape est déjà une interprétation en soi, mais une interprétation partielle[1687], destinée à identifier le bien juridique protégé, le-

[1683] FIOLKA, Rechtsgut, p. 447 ss, 453 s. 462, qui souligne le risque d'importation incontrôlée de valeurs lorsqu'on interprète une norme à l'aide de son bien juridique.

[1684] BAZZI, N 64 nbp 130; HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 25. Parvenant au même résultat en droit de la responsabilité civile: VERDE, N 427 ss; cf. aussi les références citées par HEIERLI, N 614 et nbp 1557, lequel raisonne toutefois avec l'élément téléologique (cf. aussi N 621 ss). Pour une approche similaire en *France*: FERNANDEZ, p. 141.

[1685] Cf. FIOLKA, p. 452 s.; BROCKMANN, p. 113 (critique). Sur la spirale ascendante en général: STEINAUER, N 272; KRAMER/ANETH, p. 175 s.

[1686] Sceptique, FIOLKA, p. 453, reconnaît malgré tout que le bien juridique peut aider l'interprète dans sa démarche, même si cela ne garantit pas encore le résultat final.

quel pourra ensuite être mis à profit, au cours d'un processus interprétatif plus complet, pour dégager le sens véritable de la loi. On interprète donc d'abord une infraction *au regard* de son bien juridique, puis *selon* son bien juridique.

> Il se peut qu'au cours de la démarche, l'interprète doive revenir sur ses pas pour admettre que l'infraction protège en réalité un autre bien juridique que celui auquel il pensait initialement ; il devra alors se montrer capable d'abandonner son hypothèse de départ et d'interpréter l'infraction à l'aide de cet autre bien juridique seulement (cf. N 74 *supra*).

Cette seconde approche a également le mérite de maintenir le bien juridique au centre de l'élément d'interprétation téléologique, soit un rapprochement qui a fait ses preuves en pratique. On pense notamment à la notion d'acte d'ordre sexuel, qui doit s'interpréter à l'aune du bien juridique protégé par l'infraction et qui pourra ainsi varier selon la norme concernée[1688], ou à la notion d'« infraction contre le patrimoine » à l'art. 160 CP (recel), interprétée largement au regard du bien juridique protégé par cette norme[1689]. On pense aussi aux nombreuses infractions qui instaurent le caractère « public » ou « non public » d'un acte en élément constitutif[1690]. Amené à les interpréter, le Tribunal fédéral a dû préciser que l'adjectif « public » n'avait pas la même signification pour chacune d'entre elles, mais « dépendait principalement du bien juridique protégé et du motif pour lequel le caractère public avait été érigé en élément constitutif »[1691]. 688

> **Exemple :**
>
> Pour la *discrimination raciale* (art. 261bis CP), disposition qui vise à protéger la dignité humaine en tant que bien juridique[1692], le caractère public des allégations s'entend de tout ce qui n'est pas privé, soit ce qui dépasse le cercle familial ou d'amis ou ce qui est tenu hors d'un environnement marqué par des relations personnelles ou une certaine confiance[1693]. Pour *l'écoute* et *l'enregistrement de conversations* (art. 179bis et 179ter CP), infractions qui visent à protéger la liberté de s'exprimer verbalement sans crainte

[1687] Cf. aussi VERDE, N 422 : *« Teilbereich der Auslegung »*.

[1688] Par ex. le développement sexuel des mineurs à l'art. 187 CP : cf. ATF 125 IV 58 c. 3b ; 131 IV 100 c. 7.1.

[1689] ATF 127 IV 79 c. 2b : le recel porte atteinte « au droit d'autrui de récupérer une chose dont il a été privé à la suite d'une première infraction », ce qui n'est pas réservé aux infractions du Titre 2 de la partie spéciale du CP (art. 137 à 172ter CP), mais peut s'étendre à la prise d'otage (art. 185 CP) ; à notre sens, une telle interprétation est encore couverte par le sens littéral possible des termes « infraction contre le patrimoine ». Cf. toutefois ATF 133 IV 297 c. 4.1, qui retient que la prise d'otage protège exclusivement la liberté, et donc qu'elle peut entrer en concours avec le brigandage (art. 140 CP), qui protège liberté et patrimoine.

[1690] Cf. art. 152, 179bis s., 197 al. 2, 259 et 261bis CP. Pour une liste plus complète, cf. ATF 130 IV 111 c. 4.1. Cf. aussi l'art. 98a al. 3 let. a LCR (avertissements publics sur l'existence de contrôles routiers). À ce sujet, voir JEANNERET, Voyage, p. 86 s.

[1691] ATF 146 IV 26 c. 3.3 ; 133 IV 249 c. 3.3.2 ; 130 IV 111 c. 4.3 ; 126 IV 176 c. 2c/aa ; JEANNERET, Voyage, p. 87 ss ; une partie de la doctrine défend une conception plus uniforme de la notion : BSK StGB-FIOLKA, Vor Art. 258 N 5 ; SCHUBARTH/VEST, Vor Art. 258 N 12.

[1692] ATF 143 IV 77 c. 2.3 et 4.

[1693] ATF 130 IV 111 c. 5.2.1 et 5.2.2 ; TF, 6B_748/2022, 2.6.2023, c. 2.1 et 2.4 [f].

> que les propos soient enregistrés et diffusés, il suffit, pour retenir qu'une conversation est «non publique» au sens de ces dispositions, que les participants s'entretiennent dans l'attente légitime que leurs propos ne soient pas accessibles à tout un chacun, ce qui dépendra du lieu, mais pas du contenu de l'échange, ni de l'existence ou non d'une relation privilégiée entre les participants[1694].
>
> Dès lors, celui qui tient des propos discriminatoires lors d'une discussion de comptoir avec un groupe d'inconnus peut agir publiquement au sens de l'art. 261bis CP, alors que le même échange, enregistré secrètement par un participant ou un tiers, pourra, selon les circonstances (voix normale ou voix haute, nature de la conversation, nombre de participants), être qualifié de non public au sens des art. 179bis s. CP[1695]. Aussi, un discours tenu lors d'une réunion fermée d'une cinquantaine de skinheads appartenant à différents groupuscules sera public au sens de l'art. 261bis CP, mais pas nécessairement au sens des art. 179bis s. CP[1696]. Il en va de même de propos prononcés par un enseignant du secondaire dans l'un de ses cours[1697].

689 Reste que dans la perspective de la présente étude, qui s'intéresse à la qualité de lésé en procédure pénale, l'élément d'interprétation téléologique n'aura généralement pas à être mis à contribution pour rechercher le bien juridique protégé par l'infraction. La démarche fera donc principalement appel aux éléments littéral, systématique et historique. Mais l'interprète dispose encore d'une ultime ressource, et non des moindres, pour l'aider dans sa quête: la doctrine et la jurisprudence.

VI. Doctrine, jurisprudence et bien juridique

690 La doctrine et la jurisprudence jouent un rôle indéniable dans la recherche du bien juridique. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les principaux ouvrages de droit pénal spécial (commentaires et manuels, mais aussi monographies consacrées à une infraction spécifique), qui réservent systématiquement une place de choix – généralement au début de l'analyse – au bien juridique protégé par l'infraction[1698].

1694 ATF 146 IV 126 c. 3.3, 3.5 et 3.6, qui modifie la solution consacrée à l'ATF 108 IV 161; cf. à ce sujet HIRSCH CÉLIAN, L'enregistrement d'une conversation non publique, in ‹www.lawinside.ch/895/› du 2 avril 2020 (cit. HIRSCH, Enregistrement).

1695 Sur les discussions de comptoir *(«Stammtisch»)*, cpr. FIOLKA GERHARD, Wann sind rassistische Äusserungen öffentlich? Bundesgerichtsentscheid vom 27. Mai. 2004 (6S.318/2003 = 130 IV 111), Medialex 2004 218 ss, p. 222 (art. 261bis CP) et ATF 146 IV 126 c. 3.4 (179bis CP); cf. aussi TF, 6B_748/2022, 2.6.2023, c. 2.4 [f]: des propos tenus par un conférencier avant son intervention à deux proches assis au premier rang, mais suffisamment forts pour qu'un journaliste les entendent depuis le fond de la salle (qui ne contenait qu'une dizaine de personnes), sont publics au sens de l'art. art. 261bis CP.

1696 Cpr. ATF 130 IV 111 c. 5.2 (art. 261bis CP) et l'exemple cité in ATF 146 IV 126 c. 3.4 (art. 179bis CP). Sur le point de savoir si un discours est encore une «conversation» au sens de l'art. 179bis CP, cf. CR CP II-HENZELIN/HONDIUS, Art. 179bis N 5.

1697 Cf. BSK StGB-FIOLKA, Vor Art. 258 N 19; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 999.

1698 Voir par ex. les sections dédiées et la structure proposée dans les CR CP II, BSK StGB II, AK StGB, HK StGB et Commentaire du droit pénal suisse (Kommentar zum schweizerischen Strafrecht). Dans les autres ouvrages généraux, le bien juridique est généralement abordé dans les premiers paragraphes, mais sans qu'un titre spécifique ne lui soit consacré.

Contrairement à ce qu'affirment certains auteurs[1699], la doctrine aura bien à cœur de circonscrire précisément le champ de protection des différentes infractions – y compris celles qui protègent un bien juridique collectif à titre principal et un bien juridique individuel à titre secondaire –, dès lors que cet élément est essentiel pour trancher des questions de droit pénal matériel, mais aussi procédural. La consultation des ouvrages de référence mentionnés ci-avant permet déjà de s'en assurer. 691

La jurisprudence, particulièrement celle du Tribunal fédéral, est aussi une source précieuse pour déterminer le bien juridique protégé par l'infraction. Les sections précédentes ont permis de constater à quel point la jurisprudence en la matière était riche, ce qui s'explique aisément dès lors qu'on garde en mémoire toutes les questions qui dépendent directement du bien juridique[1700]. 692

Nous constatons toutefois la tendance à accorder aux opinions de doctrine et aux précédents des tribunaux une place prépondérante dans l'analyse, au point de leur faire perdre leur rôle traditionnel de simples moyens auxiliaires de l'interprétation[1701], pour les ériger en sources principales de celle-ci. Bien souvent, cette opération se fait au détriment de l'interprétation proprement dite, selon les canons classiques que sont les éléments littéraux, systématique et historique (l'élément téléologique ne pouvant pas encore être mobilisé à ce stade). 693

On ne peut ainsi que regretter certains arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral identifie – parfois laconiquement[1702] – le bien juridique protégé en se référant uniquement à la doctrine ou à sa propre jurisprudence, sans même reproduire l'énoncé légal de l'infraction litigieuse et, par voie de conséquence, sans même le début d'une interprétation littérale de celle-ci[1703]. Indépendamment du bien-fondé de la décision dans le cas d'espèce, cette manière de faire est déjà insatisfaisante d'un point de vue méthodologique, en tant qu'elle donne l'impression qu'il suffirait de consulter la doctrine – laquelle n'est d'ailleurs pas toujours unanime sur la question[1704] – pour arrêter le bien juridique protégé. Elle est aussi problématique du point de vue du principe de la légalité (art. 1 CP), dans sa fonction de garantie à l'égard du citoyen : comment en effet 694

[1699] VERDE, N 435 (aussi pour la jurisprudence).

[1700] Cf. N 466 ss *supra*.

[1701] Cf. N 75 *supra*.

[1702] Cf. aussi VERDE, N 424, et les arrêts cités en nbp 1557, pour les infractions comme *Schutznormen*.

[1703] Voir par ex. TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 228 (art. 14 al. 1 DPA) ; ATF 145 IV 433 c. 3.5.1-3.5.4 (art. 258-260 et 296 CP) ; 140 IV 155 c. 3.3.2 (art. 163 ss CP) et c. 3.3.3 (art. 251 ss CP) ; cf. aussi TF, 1B_418/2022, 17.1.2023, c. 3.1 [f] (art. 170 CP), avec notre bref commentaire : GUISAN, Qualité de partie plaignante. Le fait que ces arrêts concernaient pour la plupart la qualité pour recourir (art. 382 CPP) et celle de lésé (art. 115 CPP) n'exemptait pas le TF de procéder à une interprétation complète des dispositions légales en cause.

[1704] Cf. ATF 145 IV 433 c. 3.5.2-3.5.4, dans lequel le TF relève certains avis doctrinaux divergents, mais ne prend pas explicitement position.

présumer que le résultat de l'interprétation du Tribunal fédéral trouve encore une assise dans la loi si celle-ci ne constitue plus la base de l'examen ?

695 Heureusement, certaines autres décisions contiennent des développements beaucoup plus poussés sur le bien juridique protégé par l'infraction, avec une analyse complète des différents éléments d'interprétation entrant en ligne de compte et, en appui, les avis exprimés par la doctrine et la jurisprudence antérieure[1705].

VII. Synthèse

696 Les pages qui précèdent ont été l'occasion de revenir sur les quatre éléments d'interprétation classiques, présentés dans la première partie de cette thèse, pour voir quels étaient leurs rôles respectifs dans la recherche du bien juridique protégé par une infraction pénale. Il résulte de cette analyse que, conformément au pluralisme pragmatique développé par le Tribunal fédéral, chacun de ces éléments peut être amené à être décisif dans un cas d'espèce. Cette affirmation doit toutefois immédiatement être assortie de trois réserves.

697 Premièrement, on constate un attachement certain, dans la jurisprudence, à l'élément *littéral*, qui s'accompagne d'une forme de prudence, voire de méfiance, envers l'élément *systématique*. Le poids donné au texte légal doit être salué : nous avons vu que, si la lettre constituait le point de départ de toute interprétation, en matière pénale, elle en était également le point de chute, en application du principe de la légalité (art. 1 CP) et la limite du sens littéral possible qu'il impose. Concrètement, cette limite empêche l'interprète d'identifier un bien juridique qui ne trouve aucune assise dans l'énoncé légal. Comme le bien juridique est un concept essentiellement abstrait et bien souvent non écrit, la marge de manœuvre de l'interprète à cet égard est relativement grande, mais il lui est en tout cas interdit de retenir un bien juridique qui ne peut être rattaché à aucun élément constitutif de l'infraction. Quant à la méfiance à l'égard de l'élément systématique, elle se concentre sur la systématique externe, à savoir l'ordonnancement et la classification des infractions au sein de la partie spéciale, dont nous avons vu qu'elle pouvait effectivement manquer de précision. À côté de sa systématique externe, la loi – singulièrement le Code pénal – dispose aussi d'une systématique interne, qui fournit parfois de bons arguments en faveur de tel ou tel bien juridique. Dans un cas comme dans l'autre, la systématique reste un élément à considérer, au même titre d'ailleurs que l'élément *historique*, même si ce dernier est souvent moins probant que les deux premiers dans la recherche du bien juridique.

698 Deuxièmement, en ce qui concerne l'élément *téléologique*, le problème est qu'en droit pénal matériel, le but des infractions est quasi systématiquement associé à la protection de leurs biens juridiques respectifs. Si nous avons vu que cette protection ne justifiait pas la prééminence qui est généralement accordée à l'élément téléologique en matière d'interprétation, il n'en reste pas moins que ce lien entre but et bien juridique dé-

[1705] En dernier lieu : ATF 145 IV 491 c. 2.4.1 - 2.4.13 (art. 86 al. 1 LCdF) ; cf. aussi ATF 141 IV 444 c. 3.2 - 3.7 (art. 307 et 309 CP).

bouche sur un raisonnement circulaire : le bien juridique se détermine par l'interprétation de la norme, processus qui se sert lui-même, au travers de l'élément téléologique, du bien juridique. Pour briser ce cercle, nous proposons de n'avoir recours qu'aux éléments littéral, systématique et historique dans la recherche du bien juridique. Une fois ce dernier identifié, il pourra être mis à profit, si nécessaire, au sein de l'élément d'interprétation téléologique.

699 Troisièmement, il nous faut mentionner – et regretter – le poids souvent disproportionné qui est accordé à la *jurisprudence* et, surtout, à la *doctrine* dans la détermination du bien juridique. Si les arguments doctrinaux ne peuvent être ignorés, ils ne sauraient cependant occulter le processus interprétatif lui-même. C'est pourtant bien ce qui arrive parfois, avec des arrêts du Tribunal fédéral qui, pour arrêter le bien juridique protégé par une infraction, se limitent à compulser les différentes opinions émises en doctrine, sans discussion particulière, ni examen – même superficiel – de la disposition légale en cause.

700 En définitive, l'interprétation de l'infraction selon une méthodologie stricte est la seule manière de déterminer de manière fiable le bien juridique protégé par celle-ci. Il s'agit d'une étape essentielle et indispensable dans l'analyse de la qualité de lésé en procédure pénale, en tant qu'elle vient préciser quels sont les «droits» qui ont fait l'objet de l'atteinte au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. Si, dans certains cas, ces «droits» s'imposent de façon évidente à l'esprit et ne prêtent guère à discussion, les pages qui précèdent ont montré que l'exercice pouvait s'avérer beaucoup plus délicat qu'il n'y paraît. Cette étape est encore trop souvent négligée en pratique, faute peut-être de temps ou de moyens, ce qui dessert les intérêts des participants à la procédure pénale, qu'il s'agisse du lésé (ou de la personne qui prétend à cette qualité) ou du prévenu.

Chapitre 4 : Le rôle du bien juridique dans la conception du lésé

Nous savons à présent ce qu'est un bien juridique, en quelles catégories il se subdivise et comment il se détermine. Reste désormais à nous demander pourquoi cette notion est si importante dans la notion de lésé en procédure pénale, et faire ainsi le lien avec notre analyse de l'art. 115 CPP. C'est l'objet de ce quatrième chapitre. 701

Certes, nous avons déjà vu, au moment de décomposer la définition générale du lésé[1706], que le bien juridique constituait l'objet véritable de l'atteinte subie par le lésé ou, dans les termes de la loi, de ses «droits» ayant été «touchés» par l'infraction (art. 115 al. 1 CPP). Les raisons de ce rattachement (implicite) au bien juridique sont toutefois beaucoup plus profondes. Elles permettent d'expliquer l'intégration (tardive) du lésé dans la procédure pénale. 702

Dans ce chapitre, nous montrerons d'abord comment, de manière générale, le lésé est passé du rôle de représentant anonyme d'un bien juridique abstrait **(I.)** à celui d'acteur à part entière du procès pénal moderne, réhabilité grâce au bien juridique touché concrètement par l'infraction **(II.)**. Nous examinerons ensuite comment ce mouvement se reflète dans la conception pénaliste du lésé au sein du CPP, conception qui irrigue à la fois la qualité de lésé elle-même que sa qualité pour agir en tant que partie à la procédure **(III.)**. Nous terminerons par une synthèse **(IV.)**. 703

I. Un lésé anonymisé dans le bien juridique

La définition matérielle de l'infraction pénale s'entend, nous l'avons vu, d'un comportement contraire à une norme de comportement et portant atteinte à un certain bien juridique[1707]. Dans cette approche, l'atteinte porte sur un bien juridique compris comme un objet, un état, voire un intérêt abstrait. Elle se désintéresse de l'atteinte concrète ressentie par le titulaire de ce même bien juridique. D'un point de vue dogmatique, la 704

[1706] Cf. N 371 ss *supra*.
[1707] Cf. N 447 *supra*, sur le rôle du bien juridique dans la définition de l'infraction.

définition de l'infraction pénale matérielle a donc pour effet d'objectiver et, surtout, *d'anonymiser* le lésé dans un bien juridique[1708].

705 Cette conception s'explique aussi pour des raisons historiques: les États modernes se sont construits en s'arrogeant le monopole du droit de punir *(ius puniendi)*, ce qui leur a permis de rationaliser la violence en privant la victime du droit de se faire vengeance elle-même. En faisant du droit pénal une affaire publique et non plus privée, l'État s'est en quelque sorte substitué au lésé dans le rôle de l'offensé et a transformé la vindicte privée en une forme de vindicte publique[1709]. MONTESQUIEU qualifiait d'ailleurs le ministère public de «vengeur public»[1710]. L'appropriation du conflit pénal par les États a aussi permis la diffusion de la procédure inquisitoire en Europe, avec pour effet d'exclure le lésé du procès pénal, en le reléguant au rôle de «pourvoyeur de la machine pénale» ou de simple moyen de preuve (témoin)[1711]. Les conditions étaient donc réunies pour penser l'infraction pénale non plus comme une atteinte au corps ou aux biens du lésé, mais comme une atteinte à un bien juridique abstrait, de manière à asseoir la légitimité du pouvoir étatique[1712].

706 Un autre signe de neutralisation du lésé en procédure pénale peut être vu dans la dissociation progressive[1713] entre l'action pénale (ou action publique), à vocation répressive, et l'action civile, à vocation réparatrice[1714]. Dès lors que l'infraction est conçue comme une violation abstraite de la loi, portant atteinte à un bien juridique et causant un trouble social, il en découle une prétention publique, ou étatique, qui tend à la punition de son auteur. Le procès pénal ne regarde que l'État et le prévenu. Le fait que cette infraction cause également un dommage à une personne concrète, qui en demande réparation, ouvre la voie à une action parallèle, d'ordre privé, qui relève en principe des juridictions civiles.

707 Cette idée de séparation stricte *(«Trennungsgrundsatz»)* entre l'intérêt public à la répression et l'intérêt privé à la réparation a longtemps dominé dans les pays de tradition germanique[1715]. Elle a naturellement influencé la conception suisse de l'infraction pénale, comprise comme une atteinte à un bien juridique désincarné, indépendante de la

[1708] WEILENMANN, N 86: *«Im Rechtsgut wird die geschädigte Person objektiviert und damit auch anonymisiert»*; la formule apparaît pour la première fois en *Allemagne* chez JUNG, Stellung, p. 1151; cf. aussi GÖHLER, p. 248, toujours pour le *droit allemand*: *«Die empirisch-reale Verletzung des Opfers dient nur der äußerlichen Verkörperung der strafrechtlich relevanten Rechtsgutsverletzung»*.

[1709] FOUCAULT, p. 226 ss; BEAUSSONIE, Légitimité, p. 51; PIETH/GETH, p. 120, qui parlent d'expropriation *(Enteignung)* du lésé et de l'État comme voleur de conflit *(Konfliktdieb)*.

[1710] MONTESQUIEU, Livre VI, Chapitre VIII.

[1711] GIUDICELLI-DELAGE, p. 270; plus récemment: PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 104 ss; RUTSCHMANN, p. 40 ss; WEILENMANN, N 13 ss; HÖRNLE, p. 17.

[1712] FOUCAULT, p. 228: «La première, la plus générale, la plus constante victime du crime ne sera non plus le corps, les biens, l'honneur, les droits d'autrui, ce sera l'ordre»; PIETH/GETH, p. 120.

[1713] La séparation n'était pas si nette en droit romain, qui réglait les délits dits privés dans une procédure à caractère civil: PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 102.

[1714] BEAUVAIS, Rapport conclusif, p. 259.

lésion réelle ou du préjudice subi par autrui. Elle explique aussi pourquoi la doctrine et la politique criminelle se sont longtemps concentrées sur la position du prévenu dans la procédure, délaissant la victime et le lésé ou préférant les renvoyer au droit de la responsabilité civile[1716].

On constate donc que la réflexion traditionnelle sur le rôle du bien juridique dans la théorie générale de l'infraction a participé au phénomène de neutralisation ou d'invisibilisation du lésé, mis à l'écart du procès pénal. Avec le temps est toutefois apparu un mouvement en sens inverse, qui tend vers une réhabilitation du lésé en procédure pénale, et au sein duquel le bien juridique est appelé à jouer un rôle important. 708

II. Un lésé réhabilité grâce au bien juridique

A. La « redécouverte » du lésé et son intégration à la procédure

La neutralisation du lésé et son exclusion de la procédure pénale n'a toutefois pas résisté à l'évolution des mentalités. Au XIX^e^ siècle déjà, les grandes codifications libérales ont peu à peu pris en compte certains des intérêts du lésé. On pense ici notamment au Code d'instruction criminelle français de 1808, qui a consacré l'action civile et qui a exercé une influence déterminante en Europe, notamment en Suisse romande. On peut aussi mentionner les institutions de la plainte pénale et de l'accusation privée *(Privatstrafklage)*, qui ont d'abord été introduites en Allemagne avant d'être reprises par les cantons dans leurs codes de procédure pénale, puis, pour la plainte pénale, au niveau fédéral avec le Code pénal de 1937[1717]. 709

Malgré ces premiers efforts, le lésé ou la victime de l'infraction restait encore trop souvent exclu du procès pénal. Ce n'est que dans les années 1970 que l'attention s'est tournée de son côté, avec le développement d'une nouvelle branche de la criminologie, la victimologie, qui s'intéresse aux conséquences de l'acte sur la victime, à son vécu, ses souffrances, ses rapports avec l'auteur et qui identifie ses besoins nés de l'infraction[1718]. 710

Les recherches en victimologie ont très vite suscité l'intérêt du champ politique, et la communauté internationale a rapidement réagi par l'adoption, au début des années 1980, d'instruments internationaux destinés à renforcer les droits des victimes dans la 711

[1715] En *Allemagne*, elle a surtout été théorisée au XIX^e^ siècle par BINDING : MEYER, p. 112 ss ; GÖHLER, p. 250 ; WEILENMANN, N 90 ; elle est toutefois beaucoup plus ancienne : FOUCAULT, p. 230 s., la fait remonter à l'apparition des cas royaux au XIV^e^ siècle en France.

[1716] OFK StPO-RIKLIN/TAORMINA, Vor zu Art. 115-126 N 1 ; WEISHAUPT, p. 3 ; cf. aussi ATF 134 II 308 c. 5.3. Pour une réflexion sur l'action civile adhésive (art. 122 ss CP) à l'aune de cette séparation de principe, cf. KLINGLER, N 255 ss.

[1717] Pour des analyses historiques, cf. TANNER, p. 11 ss ; WEILENMANN, N 46 ss ; JABORNIGG, p. 252 ss ; CLERC, Procès pénal, p. 81 ; voir aussi Rapport « De 29 à l'unité », p. 148, faisant le lien avec la « période la plus reculée » ; pour l'action civile spécifiquement, cf. KLINGLER, N 82 ss.

[1718] PERRIER, p. 26 ; pour des développements, cf. JABORNIGG, p. 287 ss ; LIWERANT, p. 216 ss.

procédure pénale[1719]. Les premières législations nationales avaient pour objectif principal de favoriser l'indemnisation des victimes d'infractions par l'État, puis le mouvement a pris de l'ampleur avec la prise en charge psychologique et émotionnelle, puis la reconnaissance de plus en plus de droits procéduraux à la victime ou au lésé, leur permettant dans certains cas d'accéder au rang de véritable partie à la procédure pénale[1720].

712 En Suisse, le moment déterminant a été l'adoption, en 1991, de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), qui s'articulait autour de trois axes: assistance, protection et renforcement des droits dans la procédure pénale et indemnisation par l'État. Ces trois axes ont été maintenus lors de la révision totale de la loi en 2007, avant que le volet consacré aux droits de la victime en procédure ne soit transféré dans le CPP en 2011[1721]. Lors de l'unification du droit de procédure pénale, le législateur fédéral était à la recherche d'un «juste équilibre» entre les intérêts de l'État, du prévenu, mais aussi du lésé ou de la victime[1722]. S'il a abandonné la procédure de l'accusation privée[1723] et conforté ainsi le monopole étatique de la poursuite pénale, il a aussi réaffirmé le rôle du lésé en maintenant l'action civile adhésive et, surtout, en consacrant une véritable qualité de partie plaignante sur le plan pénal[1724].

713 Ce mouvement, appelé «redécouverte» *(«Wiederentdeckung»)* voire «renaissance» de la victime ou du lésé[1725], peut être vu comme une sorte de contrepoids au fait que, durant des siècles, toute l'attention étatique s'est concentrée sur l'auteur de l'infraction[1726]. Il a toutefois également suscité des critiques: la doctrine a ainsi dénoncé une empathie exacerbée pour les victimes, qui sert en réalité avant tout à légitimer des politiques criminelles plus répressives, pour les besoins desquelles on convoque la figure d'une victime future, désincarnée, mais que l'on veut «pétrie de la souffrance des victimes passées»[1727].

[1719] Au niveau du *Conseil de l'Europe*, cf. la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 24 novembre 1983 (RS 0.312.5); au niveau des *Nations Unies*, cf. la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir du 29 novembre 1985. Cf. ég. GIROUD/ROTH, p. 384 s.

[1720] PERRIER, p. 26; JABORNIGG, p. 292 ss; pour l'*Allemagne*, cf. HENRION, p. 26; pour la France, cf. BEAUSSONIE, Légitimité, p. 52; CARBONNIER, p. 147 ss.

[1721] Sur la LAVI et son évolution, cf. SHK OHG-ZEHNTNER, Einleitung N 5 ss.

[1722] Rapport explicatif A-P CPP, ch. 131 p. 10; cf. aussi Message CPP, ch. 1.5.1.4 p. 1076.

[1723] Qui n'existait plus que dans des cantons alémaniques et était limitée à certaines infractions poursuivies sur plainte, notamment les délits contre l'honneur. Cf. Message CPP, ch. 1.5.4.1 p. 1085 s. Cpr. avec la *Privatklage* encore en vigueur en Allemagne (§ 374 ss StPO/D).

[1724] Cf. N 730 ss *infra*.

[1725] PIETH/GETH, p. 121; PERRIER, p. 26; JABORNIGG, p. 292; en *droit allemand*: AHLFELD, p. 39, qui critique toutefois cette expression en ce qu'elle sous-entendrait que le lésé avait auparavant une position forte dans la procédure, alors que tel n'a en réalité jamais vraiment été le cas (à tout le moins depuis le Moyen-Âge).

[1726] ATF 134 II 308 c. 5.3, qui le reconnaît explicitement.

[1727] GIUDICELLI-DELAGE, p. 274 s.; cf. ég. LANGUIN/ROBERT, p. 56; plus récemment: GÖHLER, p. 100 ss. Cf. déjà N 355 *supra* sur la figure du lésé virtuel ou futur.

B. Le rattachement au droit pénal matériel et à ses buts

Dès lors toutefois que le lésé est désormais pleinement (ré-)intégré dans notre droit de procédure pénale, il s'agit de trouver une justification ou une légitimité à sa présence et à ses prérogatives. Précisons qu'on vise ici essentiellement les droits offensifs du lésé, ses droits défensifs ayant principalement pour but d'éviter une victimisation secondaire, sans toutefois offrir d'explication à sa participation à la procédure pénale[1728]. 714

L'une des explications avancées à l'intégration du lésé dans la procédure pénale réside dans une meilleure recherche de la *vérité matérielle*: en lui reconnaissant la qualité de partie, le législateur lui permet de participer pleinement au processus de reconstruction de la vérité dans la procédure pénale, qui passe par un mécanisme de dialogue judiciaire entre les différentes parties prenantes, soit le prévenu et le ministère public, mais également le lésé, ce qui renforce aussi la légitimation de la décision à rendre[1729]. En Suisse, cette idée est notamment exprimée à l'art. 147 CPP, qui reconnaît à toutes les «parties» le droit de participer à l'administration des preuves[1730]. Toutefois, cette approche ne permet pas encore de dire à qui la qualité de partie, et ici celle de lésé, doit être reconnue en amont[1731]. 715

Une autre explication, plus convaincante, consiste à rattacher la présence du lésé dans la procédure pénale aux buts du droit pénal, et notamment aux *fonctions de la sanction pénale*[1732]. Rappelons que la sanction pénale revêt des fonctions morales, soit notamment la rétribution, qui vise à compenser, par la punition de l'auteur, le tort qu'il a causé par l'infraction. Elle a également des fonctions sociales, parmi lesquelles on distingue la prévention spéciale, qui vise d'abord à empêcher l'auteur de récidiver, que ce soit par l'intimidation (prévention spéciale négative) ou par la resocialisation (prévention spéciale positive), et la prévention générale, qui envoie un message à la société, que ce soit en dissuadant les futurs auteurs potentiels (prévention générale négative) ou en maintenant la cohésion sociale (prévention générale positive)[1733]. 716

Dans cette approche, la participation du lésé à la procédure pénale vise à faire constater que l'auteur ne s'est pas seulement rendu coupable d'une infraction quelconque, mais d'une infraction commise à son encontre. On touche ici à la fonction *rétributive* de la peine. Le prononcé d'une sanction pénale ou, à tout le moins, le constat du carac- 717

[1728] Sur les droits offensifs et défensifs du lésé, cf. N 219 ss *supra*.

[1729] JABORNIGG, p. 307 ss et 344 ss, en référence aux travaux de LUHMANN sur la *«Legitimation durch Verfahren»*; cf. aussi OEHEN, Strafkläger, p. 5.

[1730] Cf. notre conclusion dans une précédente publication: GUISAN, Droit de participer, p. 349.

[1731] Cf. aussi BOMMER, Verletztenrechte, p. 227 s. en lien avec le droit d'être entendu en général, dont l'art. 147 CPP est d'ailleurs l'une des facettes (cf. art. 107 al. 1 let. b CPP).

[1732] Pour une proposition récente en ce sens, cf. HÖRNLE, p. 2 ss; cf. aussi PIETH/GETH, p. 121; plus critique: JENAL, Strafklage, p. 104.

[1733] Sur les fonctions classiques de la sanction pénale, cf. NIGGLI/MAEDER, p. 444 ss; plus récemment: KUHN ANDRÉ, L'économie du droit pénal, in Mélanges Cassani, Zurich/Bâle/Genève 2021, p. 183 ss.

tère coupable, voire seulement illicite de l'acte[1734] doit fournir au lésé une forme de réparation pour le tort qui lui a été causé par l'infraction[1735]. Le lésé dispose lui aussi d'un intérêt à la condamnation de l'auteur, de *son* auteur, qui n'est donc pas seulement l'affaire de l'État ou de la société. La condamnation de l'auteur doit conforter le lésé dans l'idée qu'il n'est pas le simple «jouet d'un destin capricieux»[1736] ou, selon une formule célèbre en Allemagne, qu'il lui est arrivé un *«Unrecht»* et non un *«Unglück»*[1737]. De plus, la condamnation doit concourir à l'indemnisation concrète du lésé, au travers de la reconnaissance, par le juge pénal, de ses prétentions civiles qui sont nées de l'infraction puis, le cas échéant, de l'allocation en sa faveur des biens confisqués par l'État (voire d'une restitution immédiate du produit de l'infraction)[1738].

718 Au-delà de cette fonction rétributive, une telle approche se justifie également par des considérations de prévention générale, en l'occurrence de *prévention générale positive*[1739]: par la répression de l'acte, l'État réaffirme, à l'intention de la société et donc également du lésé, la valeur de la norme violée, ce qui contribue à réparer le dommage social qui en est résulté. En signifiant sa solidarité avec le lésé, l'État le rend visible aux yeux du public et renforce, par la même occasion, le tissu social qui a été fragilisé par la commission de l'infraction[1740].

719 Certes, on ne peut ignorer que la place réservée au lésé (ou à la victime) dans la procédure n'est pas totalement adaptée à ses besoins[1741]. La justice pénale reste avant tout concentrée sur le prévenu et peut être source de frustrations pour le lésé qui attendrait la reconnaissance de ses souffrances ou un procès aux vertus cathartiques. Ce constat a mené au développement de modes amiables de règlements des conflits pénaux, par la conciliation, la médiation ou par des instruments tirés de la justice restaurative[1742], voire à des mouvements prônant un abolitionnisme pénal[1743]. Dès lors toutefois que le droit positif octroie au lésé une position forte dans le procès pénal, il lui faut justifier son approche.

[1734] Sur ces distinctions, cf. N 740 *infra*.

[1735] Cf. ATF 151 IV 46 c. 2.7.4, sur le besoin du lésé de «panser ses plaies» et de voir les souffrances vécues «reconnues par la société». Sur la réparation et ses effets sur le lésé, cf. RUTSCHMANN, p. 43 ss.

[1736] LANGUIN/ROBERT, p. 56.

[1737] HASSEMER/REEMTSMA, p. 130; plus récemment: GÖHLER, p. 167 s.; en Suisse: JENAL, Strafklage, p. 82 ss; BOMMER Verletztenrechte, p. 253; cf. aussi TANNER, p. 38 s.

[1738] PERRIER DEPEURSINGE, Apport, p. 261, qui relève toutefois le manque de solvabilité des auteurs et les limites des paiements subsidiaires prévus par la LAVI.

[1739] Soit la seule fonction utilitaire de la sanction pénale qui soit encore scientifiquement valable selon NIGGLI/MAEDER, p. 453 s.

[1740] AHLFELD, p. 215 s.; MEYER, p. 133; HASSEMER/REEMTSMA, p. 135 ss; plus sceptiques: JENAL, Strafklage, p. 102 s.; BOMMER, Verletztenrechte, p. 256 s.

[1741] PERRIER DEPEURSINGE, Apport, p. 260 ss.

[1742] Sur l'ensemble de la question: PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 109 ss; cf. aussi JENAL, Strafklage, p. 275 ss.

[1743] Sur ce sujet, lire DE LAGASNERIE GEOFFROY, Par-delà le principe de répression, Paris 2025.

Le rattachement au droit pénal matériel et à ses buts offre une bonne explication : le lésé ayant été touché par l'infraction pénale, il a un intérêt à ce que la culpabilité de l'auteur soit reconnue. Dans cette optique, le lésé ne peut être défini que par rapport à l'infraction elle-même[1744]. Comme celle-ci se fonde sur l'atteinte à un *bien juridique*, le lésé se conçoit nécessairement comme le titulaire de ce bien. Le bien juridique ne sert plus à invisibiliser le lésé, mais constitue au contraire le fondement même de sa participation à la procédure pénale. Le bien juridique offre ainsi une assise théorique et dogmatique au mouvement de « redécouverte » du lésé dans la procédure pénale. Il fait le lien entre le droit pénal matériel et le droit pénal formel. Il contribue à sortir le lésé de son anonymat et à le réhabiliter pleinement dans la procédure pénale. Le lésé émerge de derrière les « canevas impersonnels » du bien juridique[1745]. En réintégrant le lésé dans la procédure pénale, on crée aussi les conditions nécessaires au développement de modes de règlement consensuel du conflit pénal, quitte à ce qu'ils interviennent en dehors du cadre strictement étatique (modes alternatifs ou *« diversion »*)[1746]. 720

III. La conception pénaliste du lésé dans le CPP

Le mouvement général décrit ci-dessus se retrouve également dans notre Code de procédure pénale, qui suit une conception dite « pénaliste » du lésé[1747]. Cette conception pénaliste, fondée sur le droit pénal matériel et le bien juridique protégé par l'infraction, a des effets sur la qualité de lésé en tant que telle, mais également sur sa qualité pour agir en procédure pénale. 721

A. Quant à la qualité de lésé

Nous l'avons vu, le lésé est défini à l'art. 115 al. 1 CPP comme toute personne ayant subi une atteinte directe à ses droits par l'infraction. Le rapport à une infraction pénale a pour conséquence que l'atteinte doit porter sur le bien juridique protégé par cette infraction. C'est ici l'expression d'une conception pénaliste du lésé, qui est uniquement fonction d'une atteinte au bien juridique et ne dépend pas d'un quelconque dommage au sens civil du terme, contrairement à ce qu'exigeaient encore certains codes cantonaux de procédure pénale, qui suivaient donc une conception dite « civiliste » du lésé[1748]. 722

[1744] Pour une approche similaire en *France* : BEAUSSONIE, Légitimité, p. 57 ; Cass., Recueil annuel 2024, p. 18.

[1745] MEYER, p. 133.

[1746] Paradoxalement, on peut voir dans la réintégration du lésé dans la procédure pénale une étape nécessaire au développement de modes amiables de règlement des conflits situés en dehors de cette même procédure pénale.

[1747] MACALUSO, Action civile, p. 177 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 847 ; GARBARSKI, RPS 2012, p. 165 ; GARBARSKI, SJ 2013, p. 153 ; JEANNERET/DROZ, N 45 ; MUSKENS, Statut, N 807.

[1748] Cf. N 823 *infra*. En doctrine, cf. MACALUSO, Action civile, p. 177 s. ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 847 ; GARBARSKI, RPS 2012, p. 165 et 177 ss (pour Genève) ; GARBARSKI, SJ 2013, p. 153 ; NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, p. 1058.

723 Cette conception pénaliste n'a pas seulement un impact sur la définition légale du lésé. Elle emporte également des conséquences importantes sur l'exercice de ses droits en procédure, et donc sur sa qualité pour agir.

B. Quant à la qualité pour agir du lésé

724 Nous avons vu que le lésé pouvait, par une simple déclaration, se constituer partie plaignante, et participer en cette qualité à la procédure pénale, en exerçant l'ensemble des droits qui lui sont reconnus par le Code de procédure pénale. La question qui se pose dans ce cadre est celle de savoir sur quoi repose la qualité pour agir du lésé dans la procédure pénale. Elle consiste à se demander quel est son *intérêt à agir*, défini comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur[1749].

1. Le double intérêt à agir du lésé

725 Le cœur de la matière se trouve aux art. 118 al. 1 et 119 al. 2 CPP. Le premier contient une définition générale de la partie plaignante, comprise comme tout lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure en tant que demandeur au pénal ou au civil. Le second précise que, dans sa déclaration de partie plaignante, le lésé peut demander la poursuite et la condamnation de l'auteur de l'infraction (let. a) et/ou faire valoir contre lui des conclusions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure pénale (let. b).

726 Si la loi ne parle que de «déclaration», celle-ci a toutefois un effet *constitutif* pour le lésé, qui accède automatiquement au statut de partie plaignante, sans qu'une décision formelle ne soit nécessaire[1750]. Cela explique l'expression voulant que le lésé «se constitue» partie plaignante[1751]. L'autorité compétente – généralement le ministère public, mais aussi le tribunal du fond – est toutefois tenue de procéder d'office à certaines vérifications minimales, notamment sur la qualité de lésé (art. 115 CPP) et la capacité d'ester en justice (art. 106 CPP) de l'intéressé, qui peuvent l'amener à lui refuser ou à lui retirer (en cours de procédure) sa qualité de partie plaignante[1752].

727 Ces dispositions (art. 118 al. 1 et 119 al. 2 CPP) fondent le rôle procédural du lésé et sous-tendent son intérêt à agir en qualité de partie (plaignante) dans la procédure pé-

[1749] Cpr. en *France* MARIAT, Recevabilité, p. 2 ; cf. aussi NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, p. 1058 s., qui parlent dans ce cas de *«Geschädigten im funktionalen Sinn»*.

[1750] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 118 N 12b ; ZK StPO-LIEBER, Art. 118 N 2a ; cpr. PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 188, pour qui le lésé, par sa déclaration, «revendique» la qualité de partie plaignante. En pratique, il arrive en effet souvent que cette qualité soit contestée par une autre partie et que l'autorité rende une décision par laquelle elle admet formellement l'intéressé à la procédure.

[1751] Cf. art. 178 let. a CPP ; Message CPP, ch. 2.3.3.3 p. 1150 ; ATF 139 IV 78 c. 3.3.3 ; NYDEGGER, p. 89. Cf. déjà art. 34 aPPF et art. 25 aCPP/GE. En *France*, cf. nbp 1772 *infra*.

[1752] TPF, BB.2021.101, 24.11.2021, c. 6.3 [f] ; BB.2011.132, 27.6.2012, c. 1.3.3 [f] ; OEHEN, Strafkläger, p. 36 s. ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 118 N 12b ; GARBARSKI, SJ 2013, p. 130. Cf. aussi N 357 ss *supra*.

nale (art. 104 al. 1 let. b CPP), avec tous les droits qui y sont associés[1753]. L'intérêt à agir du lésé dépend toutefois de l'action qu'il entend exercer. En effet, le Code de procédure pénale lui permet d'agir en tant que demandeur à deux actions distinctes: une «action pénale» (art. 119 al. 2 let. a CPP)[1754], aussi dite action pénale accessoire *(Nebenstrafklage)*, et une «action civile» (art. 119 al. 2 let. b CPP), aussi dite action civile adhésive *(Adhäsionsklage)*. Le lésé a le choix d'exercer l'une ou l'autre de ces actions ou de les cumuler (art. 119 al. 2 CPP: «cumulativement ou alternativement»).

Cette dichotomie entre action pénale et action civile ne va pas sans poser certaines difficultés: si l'on peut tout à fait imaginer que le lésé se constitue partie plaignante dans le seul but d'obtenir la condamnation de l'auteur, sans exiger pour le surplus la réparation d'un préjudice (qui peut avoir déjà été réparé ou même ne pas exister du tout), l'inverse est nettement plus surprenant. Comme le relèvent PIQUEREZ et MACALUSO, la nature même de l'action civile adhésive est de dériver de l'infraction commise, qui constitue le fait générateur de responsabilité; or, on voit mal comment la partie plaignante pourrait intervenir efficacement en tant que demandeur au civil si elle renonce, dans le même temps, à peser sur l'action pénale[1755]. Nous verrons en effet que la partie plaignante constituée sur le plan civil seulement jouit de droits très limités[1756]. 728

Reste que l'intérêt à agir du lésé en qualité de partie plaignante doit s'examiner séparément selon l'action qu'il entend exercer. La conception pénaliste du lésé dans le CPP a un effet différent sur chaque type d'action qui lui est reconnue. Alors qu'elle fonde son action pénale accessoire, et donc sa qualité de partie plaignante au pénal, elle limite, par certains aspects, son action civile adhésive, et donc sa qualité de partie plaignante au civil. 729

2. Fondement de la qualité de partie plaignante au pénal

Nous avons vu que le lésé pouvait tout d'abord se constituer partie plaignante pour «demander la poursuite et la condamnation de la personne pénalement responsable de l'infraction» (art. 119 al. 2 let. a CPP). Il devient alors demandeur au pénal (en allemand: *Strafkläger*). 730

a. Une action pénale accessoire *(Nebenstrafklage)*

La qualité de partie plaignante demanderesse au pénal est une conséquence de la conception *pénaliste* du lésé consacrée par le CPP, qui lui reconnaît une «vocation strictement pénale» à intervenir dans la procédure pénale, indépendamment de toute 731

[1753] Pour un aperçu de ces droits, notamment ceux dits «offensifs», cf. N 219 ss *supra*.

[1754] Avant la révision de 2024, le texte français parlait uniquement de «plainte pénale», expression imprécise qui était source de confusion avec les art. 30 ss CP. Cf. Message CPP 2019, p. 6382; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 111 nbp 50; cf. TF, 6B_1217/2019, 13.11.2019, c. 5.3 [f], pour un exemple. Cpr. la formulation malheureuse du nouvel art. 136 al. 1 let. b CPP. Cf. déjà N 151 *supra*.

[1755] PIQUEREZ/MACALUSO, N 862; cf. aussi DROESE, Nutzen, p. 188.

[1756] Cf. N 781 ss *infra*.

prétention civile[1757]. À rigueur de texte, le lésé devient alors «demandeur» (art. 118 al. 1 CPP) à l'«action pénale» (art. 119 al. 2 let. a CPP). Cette formulation peut sembler surprenante[1758]: en principe, le droit de punir n'appartient qu'à l'État, et l'action pénale (ou publique) n'est exercée que par le ministère public[1759]. En vérité, le lésé ne peut que «demander» la poursuite et la condamnation de l'auteur, lesquelles restent de la compétence des autorités pénales. L'action pénale reconnue au lésé est conçue comme une action pénale *accessoire* ou *secondaire* par rapport à celle, *principale*, exercée par le ministère public[1760]. La doctrine alémanique parle à cet égard de *Nebenstrafklage*, terme qui souligne bien que la partie plaignante n'intervient pas à la place, mais aux côtés (ou en soutien) du ministère public, qui reste le demandeur principal à l'action publique (art. 16 al. 1 CPP)[1761]. En s'inspirant de la terminologie française, on pourrait dire que l'action exercée par la partie plaignante a ici pour but de «corroborer» l'action publique[1762]. Cette position n'est pas sans rappeler celle de l'intervenant accessoire en procédure civile (art. 74 ss CPC)[1763]. Elle existait déjà dans environ un tiers des cantons avant l'unification du droit de procédure pénale[1764].

732 On peut voir dans cette action pénale du lésé une expression de la *conception mixte* du procès pénal en droit suisse, qui combine des éléments du système inquisitoire et du système accusatoire[1765]: d'un côté, le monopole de la justice répressive reste entre les mains de l'État, et le ministère public a la compétence exclusive ainsi que l'obligation de mettre en mouvement l'action publique ou pénale (cf. art. 16 al. 1 CPP) lorsqu'il a connaissance d'une infraction[1766], mais d'un autre, la «vocation strictement pénale»[1767] qui est reconnue au lésé et les droits qui y sont associés lui permettent de provoquer[1768] l'action pénale et, le cas échéant, d'intervenir aux côtés du ministère public, en qualité d'«accusateur privé»[1769].

[1757] MACALUSO, Action civile, p. 188 s., cité in ATF 139 IV 78 c. 3.3.3; jurisprudence constante depuis lors: ATF 139 IV 84 c. 1.1; 141 IV 231 c. 2.5; 146 IV 76 c. 2.2.2; 148 IV 124 c. 2.6.4.

[1758] Dans le même sens: CR CPP-ROTH/VILLARD, Art. 8 N 23.

[1759] Le monopole du *droit* de punir détenu par l'État n'implique toutefois pas une *obligation* de poursuivre (mot-clé: opportunité des poursuites): cf. ROTH, Opportunité, p. 204.

[1760] PIQUEREZ/MACALUSO, N 699, 853 et 860. Cf. aussi ATF 145 IV 491 c. 2.4.13: «*Die ausnahmsweise adhäsionsweise akzessorisch angestrebte Durchsetzung der Pönalisierung von Personen durch Private ist einzig unter der Bedingung einer Geschädigtenstellung gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO* […] *ermöglicht*».

[1761] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 119 N 5; PIETH/GETH, p. 127; WEILENMANN, N 98; NYDEGGER, p. 56; EICKER, Privatklägerschaft, p. 160; ZK StPO-LIEBER, Art. 118 N 1 et Art. 119 N 2; cf. déjà BOMMER, Verletztenrechte, p. 264 ss.

[1762] Cf. N 817 *in fine infra*.

[1763] Ou, plus exactement, celle de l'intervenant accessoire *indépendant*, qui peut accomplir tout acte de procédure, même s'il contredit les déterminations de la partie principale (cpr. art. 76 CPC pour le cas ordinaire): cf. ATF 142 III 629 c. 2.3; cf. déjà CLERC, Procès pénal, p. 78.

[1764] JABORNIGG, p. 73.

[1765] Pour une présentation: PIQUEREZ/MACALUSO, N 115 ss; cf. aussi SALAS, p. 191 ss.

[1766] Art. 2 al. 1, 6 et 7 CPP; Message CPP, ch. 2.1.2 p. 1106; ZK StPO-WOHLERS, Art. 2 N 1; PIQUEREZ/MACALUSO, N 411 s.; ATF 148 IV 124 c. 2.6.4; 114 IV 78 c. 1a; 108 Ia 97 c. 1.

[1767] MACALUSO, Action civile, p. 188 s., cité in ATF 139 IV 78 c. 3.3.3.

Il serait toutefois inexact de retenir que la partie plaignante demanderesse au pénal serait un « procureur adjoint » ou qu'elle ferait « double emploi » avec le ministère public pour les aspects pénaux de la procédure[1770]. Hormis pour les infractions poursuivies sur plainte (art. 30 ss CP), la partie plaignante n'a pas de pouvoir de disposition sur l'objet du litige[1771] : elle ne peut ni mettre en mouvement l'action publique[1772], ni y mettre fin par un classement ou une ordonnance pénale, ni encore renvoyer elle-même le prévenu en jugement. Si elle peut certes contester certaines de ces décisions, structurellement, elle reste une simple partie à la procédure[1773], contrairement au ministère public qui, avant d'en devenir une lui aussi lors des débats (art. 104 al. 1 let. c CPP), est préalablement investi de la direction de la procédure (art. 61 let. a CPP) dans toute sa phase préliminaire, devenue dans le système du CPP le nouveau « centre de gravité » du procès pénal[1774]. 733

La différence de nature entre l'action pénale principale du ministère public et l'action pénale accessoire de la partie plaignante tient aussi au fait que, si elles dérivent toutes deux d'une même infraction, et donc d'une même atteinte à un bien juridique, elles poursuivent chacune un intérêt différent. Au moment de définir la notion de bien juridique, nous avons vu qu'il fallait la distinguer de celle d'intérêt, en ce sens que si le bien juridique était certes digne d'intérêt, il était autre chose encore, à savoir l'objet de cet intérêt[1775]. Plutôt qu'un seul et unique intérêt, il serait plus exact d'évoquer ici d'une pluralité d'intérêts et, surtout, d'une pluralité d'intéressés[1776]. Quand ils sont reconnus par le droit de procédure, ces intérêts se transforment en autant d'intérêts à agir, permettant ainsi à leurs titulaires (les intéressés) de les défendre au travers d'une action spécifique. La question est désormais de savoir quel est l'intérêt qui fonde l'action pénale accessoire du lésé. 734

b. Tendant à la satisfaction morale *(Genugtuung)*

Pour le Tribunal fédéral et la doctrine, la faculté de se constituer partie plaignante à la seule fin de soutenir l'action pénale (art. 119 al. 2 let. a CPP) trouve son fondement dans une prétention du lésé à ce qu'un tribunal constate dans un jugement pénal le 735

[1768] PIQUEREZ/MACALUSO, N 843, prenant l'exemple de la plainte pénale. On pense aussi au recours contre une non-entrée en matière (art. 310 CPP) ou un classement (art. 319 CPP).

[1769] PIQUEREZ/MACALUSO, N 843, faisant le lien avec la procédure accusatoire.

[1770] JEANNERET, Partie plaignante, p. 304 ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 112 ; critique vis-à-vis de telles formules : OEHEN, Strafkläger, p. 13 ; cf. ég. MEYER, p. 133 : le lésé n'est pas un *« backup prosecutor »*.

[1771] ATF 146 IV 238 c. 3.2.2 *a contrario* (« disponibilité » de l'action publique).

[1772] Alors qu'en *France*, la constitution de partie civile devant le juge d'instruction a pour effet de mettre en mouvement l'action publique (art. 1 al. 2 et 85 ss CPP/F).

[1773] NYDEGGER, p. 56 s. ; OEHEN, Strafkläger, p. 13.

[1774] PIQUEREZ/MACALUSO, N 636 ; PIGUET/DYENS, p. 314 s. Cf. aussi N 1038 *infra* pour l'expression *« Staatsanwaltschaft als Herrin des Vorverfahrens »*.

[1775] Cf. N 475 *supra*.

[1776] Cf. aussi CAPUS, p. 423 : *« An ein und dasselbe Rechtsgut knüpfen eben nicht nur verschiedene Interessen desselben Interessenten, sondern unter Umständen auch verschiedene Interessen verschiedener Interessenten an »*.

tort qui lui a été causé par l'auteur de l'infraction[1777], et donc l'atteinte au bien juridique protégé par celle-ci[1778]. De nature privée et personnelle, cet intérêt doit tendre à la *satisfaction morale* du lésé par la réprobation judiciaire de l'acte, raison pour laquelle il est parfois qualifié de *«Genugtuungsinteresse»*[1779]. Les droits allemand et français ont recours à des concepts similaires pour justifier la participation du lésé à la procédure pénale indépendamment de toute prétention civile[1780].

736 Cette satisfaction morale s'inscrit dans le prolongement de ce qui a été vu ci-dessus s'agissant du rôle du lésé au sein de la fonction rétributive de la sanction pénale[1781]. Au-delà de son fondement normatif, il correspond aussi à une réalité empirique: des études ont montré que la satisfaction des lésés dans le procès pénal dépendait de la qualité tant de la procédure elle-même que de son issue et que, pour ce dernier aspect, la rétribution de l'auteur constituait un facteur de satisfaction important[1782].

737 La prétention morale du lésé porte ainsi les stigmates de l'idée de *vengeance* ou, à tout le moins, de rétribution pour l'infraction commise[1783]. Cet aspect vindicatif ressortait déjà de certains arrêts anciens du Tribunal fédéral, qui reconnaissaient que l'intérêt du lésé à la condamnation de l'auteur de l'infraction pouvait résider, outre dans la réparation du préjudice subi, dans un besoin d'expiation et de rétribution *(«Bedürfnis nach Sühne und Vergeltung»)*[1784]. Seulement, cet intérêt était à l'époque qualifié d'intérêt de pur fait, insuffisant pour permettre au lésé d'agir en procédure, en tout cas à l'échelon fédéral[1785]. On considérait alors que le droit de punir était dévolu à l'État, qui était seul habilité à exercer l'action publique, instituée dans l'intérêt public.

1777 Dans la jurisprudence, cf. ATF 148 IV 124 c. 2.6.4, qui confirme et généralise l'ATF 141 IV 231 c. 2, limité à l'ordonnance pénale *(«Anspruch auf Feststellung des zugefügten Unrechts»)*; cf. aussi TF, 1B_729/2012, 28.5.2013, c. 1.2.2 [f] («réprobation judiciaire»); ATF 139 IV 84 c. 1.1 («incidence sur l'appréciation de l'atteinte» subie). En doctrine, voir surtout THOMMEN, p. 112; BOMMER, Verletztenrechte, p. 247 ss, spéc. p. 265; cf. aussi CAPUS, p. 423.

1778 Sur le lien entre tort *(Unrecht)* et atteinte au bien juridique dans le cadre de l'art. 53 CP: ATF 135 IV 12 c. 3.4.3; ANGST/MAURER, Partie 1, p. 304.

1779 En Suisse: JENAL, Strafklage, p. 77 ss; EICKER, Privatklägerschaft, p. 167 ss; BOMMER, RPS 2003, p. 186; cf. aussi TANNER, p. 38.

1780 En *Allemagne*: MEYER, p. 133 s.; WEIGEND, Genugtuungsgedanken, p. 43 ss; LR StPO-GRAALMANN-SCHEERER, § 172 N 53; HELMKEN, Opfer, p. 183 ss; ERDEM. En *France*: MARIAT, Recevabilité, p. 2; DREYER/MOUYSSET, N 178; LACAZE, Action pénale, N 27 et 29; VAN DE KERCHOVE, Intérêt, p. 94 (aussi pour la Belgique).

1781 Cf. N 717 *supra*.

1782 LAXMINARAYAN MALINI et al., Victim Satisfaction with Criminal Justice, A Systematic Review, Victims & Offenders 2013 8 (2), 119 ss; cf. aussi WEBER JONAS et al., Évaluation de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, Université de Berne, 2015, ch. 5.4, p. 55 ss, notant un effet positif de la possibilité pour les victimes de se constituer partie plaignante au pénal et au civil; BOMMER, Verletztenrechte, p. 243 ss, à tout le moins pour les infractions graves contre la personne; LAUGUIN/ROBERT, p. 60 s., qui montrent que les victimes ont bien des attentes quant au verdict, mais qu'elles sont souvent déçues.

1783 Sur ces notions en droit pénal, cf. RUTSCHMANN, p. 47 ss et 63 s. Sur le lien entre tort moral et vengeance en droit privé, cf. ENGEL, p. 524; ATF 123 III 10 c. 4c/bb.

1784 ATF 104 Ia 156 c. 2c.

Tel est du reste toujours le cas aujourd'hui dans le cadre du recours en matière pénale de la partie plaignante au Tribunal fédéral, qui suppose que la décision attaquée puisse avoir des effets sur ses conclusions civiles (cf. art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF) car, selon la formule consacrée, «il n'appartient pas à la partie plaignante de se substituer au ministère public ou d'assouvir une soif de vengeance»[1786]. Cette conception paraît toutefois dépassée depuis l'adoption du CPP, qui a érigé l'intérêt de fait du lésé à la poursuite et la condamnation de l'auteur au rang «d'intérêt juridiquement protégé» (art. 382 al. 1 *cum* 119 al. 2 let. a CPP), lui permettant d'agir et de recourir au niveau cantonal sur les seuls aspects pénaux. La raison pour laquelle la condition de l'incidence sur les conclusions civiles a malgré tout été maintenue dans la LTF au moment de l'entrée en vigueur du CPP n'était donc pas de repousser tout désir de vengeance du lésé hors du procès pénal, mais plutôt d'épargner à la Haute Cour une charge de travail supplémentaire[1787]. Il en résulte une incohérence entre l'échelon cantonal et fédéral, qui ne s'explique pas sur un plan dogmatique et s'avère insatisfaisante du point de vue du lésé[1788]. 738

Reste que l'intérêt privé du lésé s'arrête dans tous les cas à la *condamnation* du prévenu, sans s'étendre pour le surplus au prononcé d'une peine ou d'une mesure (art. 382 al. 2 CPP; voir aussi art. 354 al. 1bis CPP), domaines dans lesquels le ministère public conserve, lui, un intérêt propre à recourir (art. 381 CPP). Le terme *«Bestrafung»* de la version allemande de l'art. 119 al. 2 let. a CPP s'avère ici quelque peu trompeur, raison pour laquelle la doctrine suggère de le remplacer par *«Verurteilung»*[1789]. Si la partie plaignante au pénal peut ainsi former appel pour contester un acquittement ou pour remettre en cause la qualification juridique retenue en première instance[1790], elle ne saurait toutefois se plaindre d'une peine trop clémente, de la renonciation à toute peine ou de l'absence de mesure destinée à traiter les addictions de l'auteur, pas plus d'ailleurs que de sa mise en liberté[1791]. Ce principe s'avère cohérent 739

[1785] ATF 136 IV 41 c. 1.1; 120 Ia 101 c. 1a; cf. déjà ATF 69 I 17 c. 2; 96 I 598 c. 2.

[1786] ATF 141 IV 1 c. 1.1 et les arrêts cités. Cf. déjà sous l'ancien droit (aPPF) ATF 119 IV 339 c. 1d/cc, premier arrêt qui évoque ce «désir de vengeance» du lésé; cf. aussi ATF 120 IV 38 c. 2c. En doctrine: Comm. LTF-DENYS, Art. 81 N 50; BSK BGG-THOMMEN, Art. 81 N 38; DENYS, CHRISTIAN, Le recours en matière pénale de la partie plaignante, SJ 2014 II 249 ss, p. 251; cf. déjà CORBOZ, Pourvoi, p. 143.

[1787] ATF 139 IV 78 c. 3.3.4, avec un exposé des solutions évoquées lors du processus législatif, dont l'une consistait précisément à aligner la qualité pour recourir au TF sur celle prévue par le nouveau CPP. Sur l'historique de l'art. 81 LTF, cf. aussi MUSKENS, Statut, N 5127 ss.

[1788] Critiques également: MUSKENS, Statut, N 5138; BSK BGG-THOMMEN, Art. 81 N 53, 56. Le TF n'a pas bronché et applique toujours l'art. 81 LTF: TF, 6B_684/2023, 17.8.2023, c. 5.1 [d], en référence à l'art. 190 Cst.

[1789] OEHEN, p. 42 s. La version italienne parle quant à elle de *«condanna»*.

[1790] ATF 139 IV 84 c. 1.1, qui retient toutefois que si elle donne raison à la partie plaignante, la cour d'appel est tenue de fixer une nouvelle peine correspondant à la culpabilité finalement admise (c. 1.2). Même limité à la culpabilité, l'appel de la partie plaignante participe ainsi incidemment à la question de la peine.

[1791] Sur ce dernier point, cf. ATF 139 IV 121 c. 4. Depuis la révision du CPP de 2024, le ministère public est aussi privé de recours sur ce point (art. 222 CPP; cf. déjà ATF 149 IV 135).

avec l'approche présentée ci-dessus, qui considère que la prétention morale du lésé est satisfaite par le constat du tort qui lui a été causé par l'auteur de l'infraction, ce qui suppose la condamnation pénale de ce dernier, soit la reconnaissance judiciaire d'un comportement typique, illicite et coupable[1792].

740 En doctrine, BOMMER soutient que l'intérêt du lésé est déjà satisfait par la reconnaissance d'un comportement typique et illicite *(Unrechtsfeststellung)* et ne s'étend pas à la culpabilité *(Schuldspruch)* de l'auteur[1793]. Cette position ne trouve pas d'appui dans le texte de l'art. 119 al. 2 let. a CPP, qui évoque la «condamnation de la personne pénalement responsable», ni dans la jurisprudence, qui retient sans ambiguïté que la partie plaignante peut faire appel «pour ce qui concerne la culpabilité du prévenu» ou former opposition à une ordonnance pénale *«im Schuldpunkt»*[1794]. La comparaison avec l'art. 1 al. 3 let. b LAVI, qui reconnaît l'aide aux victimes «que l'auteur de l'infraction ait eu un comportement fautif ou non», n'est pas non plus opérante ici, dès lors que cette norme ne concerne que l'aide étatique prévue par la LAVI et non les droits offensifs dans une procédure pénale, qui obéissent à des principes différents[1795].

741 L'intérêt du lésé à se constituer partie plaignante au pénal est donc plus restreint que celui du ministère public. Surtout, cet intérêt, d'ordre privé, ne coïncide pas systématiquement avec l'intérêt, de nature publique, du ministère public à exercer l'action pénale, qui dépend aussi de considérations de prévention générale et spéciale et peut commander une décision différente que celle voulue par le lésé[1796]. Cette idée ressort très clairement de l'art. 53 CP (réparation du dommage), qui distingue expressément entre l'intérêt public et l'intérêt (privé, donc) du lésé à poursuivre l'auteur pénalement (let. b)[1797]. On la retrouve également exprimée de manière implicite à l'art. 8 CPP, qui permet aux autorités pénales de renoncer, sous certaines conditions, à poursuivre le prévenu si «aucun intérêt prépondérant de la partie plaignante ne s'y oppose» (al. 2 et 3)[1798].

[1792] Cf. aussi HÖRNLE, p. 15.

[1793] BOMMER, Verletztenrechte, p. 250 ss. Cette position peut avoir une incidence sur le rôle de la partie plaignante dans la procédure à l'égard de prévenus irresponsables (art. 374 al. 3 CPP; cf. à nouveau BSK StPO-BOMMER, Art. 374 N 29 nbp 40). Dans le même sens en *Allemagne*, cf. GÖHLER, p. 378 ss, pour qui l'identification d'un auteur spécifique n'est pas non plus nécessaire; en *France*, cf. PIN, p. 61. *Contra*: JENAL, Strafklage, p. 81 s.

[1794] ATF 139 IV 78 c. 3.3.3; 141 IV 231 c. 2.4. Cf. aussi ATF 151 IV 46 c. 2.7.4, qui évoque la «condamnation» du prévenu prononcée en procédure simplifiée.

[1795] BOMMER, Verletztenrechte, p. 253 s. en référence à l'art. 2 al. 1 aLAVI. Sur la différence de nature entre la LAVI et la procédure pénale, cf. ATF 134 II 33 c. 5.4; 134 II 308 c. 5.5 s.

[1796] VAN DE KERCHOVE, Intérêt, p. 94; BOMMER, Verletztenrechte, p. 256; NYDEGGER, p. 57.

[1797] Ces deux intérêts sont indépendants, de sorte que l'intérêt public à poursuivre peut subsister même en cas de pleine réparation du tort du lésé; inversement, l'autorité pénale pourra considérer que l'intérêt public est de peu d'importance même si le lésé maintient son intérêt à la poursuite. Cf. ATF 135 IV 12 c. 3.4.3; 136 IV 41 c. 1.2.2; RUTSCHMANN, p. 267 et 271 ss.

[1798] Cf. aussi CR CPP-ROTH/VILLARD, Art. 8 N 23.

c. Tirée des droits de la personnalité

Selon la jurisprudence et certains auteurs, la vocation strictement pénale du lésé, soit sa prétention à faire constater le tort qui lui a été causé par l'infraction en se constituant partie plaignante sur le plan pénal, est tirée de ses *droits de la personnalité*[1799]. 742

Ici également, le lien tissé entre l'infraction pénale, le tort causé par celle-ci et les droits de la personnalité tend très clairement vers une conception pénaliste de la notion de lésé, compris comme le titulaire du bien juridique auquel il a été directement porté atteinte. C'est cette atteinte personnelle, dans ses biens juridiques propres, qui fonde l'intérêt à agir du lésé en qualité de partie plaignante, demanderesse au pénal, et à peser sur l'action pénale exercée par le ministère public[1800]. 743

Le rapport aux droits de la personnalité du lésé circonscrit également le type de biens juridiques pouvant entrer en ligne de compte: il doit s'agir de biens juridiques de nature individuelle, dont le lésé est titulaire précisément en sa qualité de personne – physique ou morale – dotée de la personnalité juridique et jouissant à ce titre des droits civils. La prétention reconnue au lésé étant lourde de conséquences pour le prévenu, une partie de la doctrine est d'avis qu'elle devrait être limitée à de *«(sehr) schwere Straftaten gegen (sehr) persönlichkeitsnahe Rechtsgüter»*[1801]. Avant l'unification de la procédure pénale, BOMMER avait ainsi proposé de prévoir une liste exhaustive d'infractions dans la loi, sur le modèle du droit allemand[1802], ou de se fonder sur la notion de victime au sens de la LAVI[1803]. 744

Ces propositions n'ont toutefois pas été retenues par le législateur fédéral qui, malgré certaines voix critiques lors de la consultation[1804], a préféré reconnaître la qualité de partie plaignante sur le plan pénal à toute personne lésée au sens de l'art. 115 CPP, peu importe la gravité de l'infraction ou le type de bien juridique touché par celle-ci. Les raisons de ce choix sont probablement à trouver dans le «juste équilibre» recherché entre les intérêts de l'État, du prévenu et du lésé: en choisissant un modèle qui donne une position forte au ministère public dans la procédure préliminaire, le législateur a renforcé les droits de la défense et, par la même occasion, ceux du lésé[1805]. Plus 745

[1799] ATF 148 IV 124 c. 2.6.4; 141 IV 231 c. 2: *«einen persönlichkeitsrechtlichen Anspruch»*; BOMMER, Verletztenrechte, p. 265; THOMMEN, p. 112; SCHAFFNER, Teilhabe, p. 2.

[1800] Dans ce sens: SCHAFFNER, Teilhabe, p. 2 s.; cf. déjà NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, p. 1064 (pour l'art. 261bis CP)

[1801] BOMMER, Verletztenrechte, p. 265; cf. ég. la liste proposée par SCHAFFNER, Teilhabe, p. 2.

[1802] Cf. § 395 al. 1 et 3 StPO/D pour la *Nebenklage* de droit allemand.

[1803] BOMMER, Verletztenrechte, p. 265 s. Cette proposition a été reprise (et développée) par JENAL, Strafklage, p. 236 ss.

[1804] TANNER, p. 28 s. et les références en nbp 142.

[1805] TANNER, p. 37 s., qui parle de *«proportionale Stärkung aller wesentlichen Verfahrenspositionen»* et estime que le lésé aurait alors atteint son «zénith»; OEHEN, Strafkläger, p. 12; sur l'équilibre recherché par le législateur: Rapport explicatif A-P CPP, ch. 131 p. 10; cf. aussi Message CPP, ch. 1.5.1.4 p. 1076.

prosaïquement, la solution adoptée s'inscrit aussi dans la volonté de prévoir une réglementation la plus courte et la plus cohérente possible[1806].

746 On peut donc dire que la loi (ici l'art. 119 al. 2 let. a CPP) *présume* de l'intérêt du lésé à demander la poursuite et la condamnation de l'auteur d'une infraction commise à son encontre. Cette présomption subsiste même pour des infractions de faible gravité, par exemple en matière patrimoniale, alors même que les études montrent que, dans ce cas, le lésé participe à la procédure essentiellement pour obtenir la réparation de son dommage (qui n'aurait pas déjà été pris en charge par une assurance) et non parce que la condamnation de l'auteur lui apporterait une quelconque satisfaction morale[1807]. L'action pénale accessoire du lésé est alors dévoyée à des fins essentiellement indemnitaires, ce qui pose la question de son caractère légitime. Le Tribunal fédéral lui-même a pu montrer certains signes d'agacement face à de telles actions civiles déguisées[1808], qui contribuent à la surcharge des tribunaux. C'est toutefois une conséquence de la conception pénaliste du lésé et de la présomption posée par l'art. 119 al. 2 let. a CPP. Dès que l'atteinte à un bien juridique est suffisamment caractérisée pour (pouvoir) constituer une infraction pénale, la loi reconnaît au titulaire de ce bien un intérêt à agir pour obtenir la condamnation de l'auteur de cette infraction. Dans cette optique, l'intérêt de celui qui est lésé par une infraction contre le patrimoine n'est pas moins digne de protection que l'intérêt de celui qui est lésé par une infraction contre un bien juridique de plus grande valeur. Certaines infractions contre le patrimoine peuvent d'ailleurs avoir des conséquences importantes sur les lésés[1809].

747 Toute autre solution impliquerait de repenser en profondeur à la fois l'action pénale accessoire du lésé, mais aussi son action civile adhésive. Un tel exercice dépasserait le champ de la présente étude[1810]. À titre de piste de réflexion, signalons tout de même que, depuis le 1er janvier 2024, le droit à l'assistance judiciaire gratuite pour la partie plaignante (art. 136 CPP) n'est plus limité à l'action civile, mais s'étend désormais à l'action pénale seule, à condition toutefois qu'elle soit exercée par un lésé qui est aussi victime (art. 136 al. 1 let. b CPP)[1811]. L'étude des travaux préparatoires montre une évolution des mentalités depuis 2011, le législateur ne considérant plus que l'intérêt de la partie plaignante demanderesse au pénal serait suffisamment sauvegardé par l'action du ministère public, ce qui exclurait toute aide étatique à cet égard[1812].

1806 TANNER, p. 37.

1807 BOMMER, p. 245 ; cf. aussi KILLIAS MARTIN, La LAVI comme fruit de recherches sur les attentes et les difficultés des victimes d'infractions criminelles, RPS 111/1993 397 ss, p. 400.

1808 Cf. les arrêts sur l'action pénale utilisée en tant que *« blosses Vehikel »* pour l'action civile : ATF 148 IV 432 c. 3.2.3 ; TF, 6B_478/2021, 11.4.2022, c. 1.3 [d] ; cf. aussi N 763 *infra*. Sous l'ancien droit (aPPF) : ATF 120 IV 38 c. 2 et 3 (infraction à la LCD)

1809 Cf. PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 117 (pour la victime).

1810 Pour une proposition de réforme de l'action pénale accessoire : JENAL, Strafklage, p. 263 ss.

1811 La novelle est censée codifier un arrêt (TF, 1B_355/2012, 12.10.2012, c. 5.1 s. [d]) reconnaissant un droit à l'assistance judiciaire directement fondé sur l'art. 29 al. 3 Cst. à une victime de violences policières qui ne disposait pas de prétentions civiles contre les prévenus : Message CPP 2019, p. 6386 s. ; MUSKENS, Statut, N 5393 ss.

Dans le souci de réduire toute victimisation secondaire[1813], il a toutefois décidé de ne favoriser que la victime (art. 116 CPP), à l'exclusion du lésé simple (art. 115 CPP), bien que ce dernier dispose par définition d'un intérêt à exercer l'action pénale. Cette différence de traitement, qui est critiquée en doctrine[1814], à notre sens à juste titre, pourrait toutefois relancer le débat sur la légitimité de limiter le privilège de l'action pénale accessoire à certaines infractions ou à certains demandeurs seulement[1815].

3. Limite à la qualité de partie plaignante au civil

748 À côté ou en plus de sa constitution de partie plaignante sur le plan pénal, le lésé se voit reconnaître la faculté de se constituer partie plaignante sur le plan civil afin de «faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction (action civile) par adhésion à la procédure pénale» (cf. art. 119 al. 2 let. b CPP). Il devient alors demandeur au civil *(Zivilkläger)*.

749 Cette qualité de partie plaignante demanderesse au civil est également influencée par la conception pénaliste du lésé dans le CPP. Seulement, alors que cette conception pénaliste du lésé servait de fondement à son action pénale accessoire, nous allons voir que, pour son action civile, elle en constitue la limite.

a. Une action civile adhésive *(Adhäsionsklage)*

750 Contrairement à l'action pénale accessoire *(Nebenstrafklage)*, le législateur a ici consacré une section entière du Code de procédure pénale à l'action civile exercée par le lésé, qui est réglementée aux art. 122 à 126 CPP, auxquels viennent s'ajouter certaines dispositions éparses du CPP[1816]. Cette action permet au lésé de demander la réparation du dommage né de l'infraction en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, raison pour laquelle on parle d'*action civile adhésive (Adhäsionsklage)*[1817]. Il s'agit d'un procès civil intégré au procès pénal, qui connaît néanmoins certains aménagements procéduraux précisément en raison du fait qu'il trouve sa source dans une infraction pénale[1818].

751 L'action civile adhésive sert avant tout l'intérêt privé du lésé: elle lui permet d'obtenir la réparation de son préjudice sans devoir initier de procédure distincte devant les juri-

[1812] Cpr. Message CPP, p. 1160 (cf. aussi TF, 1B_729/2012, 28.5.2013, c. 1.2.1 [f]) avec Message CPP 2019, p. 6388 (cf. aussi TF, 7B_219/2024, 13.9.2024, c. 2.2.4 et 2.4.2 [d]).

[1813] Message CPP 2019, p. 6388, au regard des prévenus assistés, eux, de défenseurs d'office.

[1814] MUSKENS, Statut, N 5413 s.; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 136 N 4 et 4a; cpr. DROESE, Revision, p. 29: *«keinen Paradigmenwechsel»*.

[1815] Quelques éléments supplémentaires: en limitant la qualité pour agir au pénal à certains lésés (victimes) ou à certains types d'infractions (graves), on prive les autres lésés «simples» de la possibilité de «peser» sur l'action pénale et de maximiser leurs chances de parvenir à une indemnisation. Il faudrait alors repenser, et probablement renforcer, les droits associés à l'action civile adhésive, qui serait alors la seule à disposition de ces autres lésés.

[1816] BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 10 s.

[1817] PIQUEREZ/MACALUSO, N 1611; MACALUSO, Action civile, p. 176.

[1818] ATF 148 IV 432 c. 3.2.3; cf. aussi SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 703, qui parlent d'un procès civil mené «dans le sillage» *(«im Schlepptau»)* de la procédure pénale.

dictions civiles ordinaires, s'épargnant ainsi les contraintes (financières, temporelles, psychologiques) qui y sont généralement liées[1819]. Même si l'action civile adhésive reste en principe soumise à la maxime de disposition et à celle des débats, l'apport de la preuve s'en trouve grandement facilité, puisque les autorités pénales instruisent les faits d'office (art. 6 al. 1 CPP), ne connaissent pas de *numerus clausus* des modes de preuve (art. 10 al. 2 et 139 al. 1 CPP) et peuvent avoir recours à un arsenal de mesures de contrainte particulièrement incisives (art. 196 ss CPP) pour établir la vérité[1820]. Le lésé profite ainsi du fait que la plupart des éléments utiles au jugement de ses prétentions civiles auront de toute façon déjà été établis pour les besoins de l'action publique. S'il néglige de motiver ses conclusions ou d'alléguer les éléments de faits restants, il s'expose tout au plus au risque d'être renvoyé à agir devant le juge civil (art. 126 al. 2 let. b CPP), alors qu'en procédure civile, une motivation insuffisante sur ce point aurait conduit au déboutement pur et simple de sa demande[1821].

752 Par ailleurs, la litispendance de l'action civile adhésive du lésé est créée dès sa déclaration de constitution en qualité de partie plaignante (art. 119 al. 2 let. b CPP), lors de laquelle ses conclusions civiles n'ont pas encore à être chiffrées ou motivées, ni même articulées[1822]. Selon la doctrine majoritaire et certains arrêts, cette déclaration, même non chiffrée, emporte déjà l'interruption de la prescription de l'action civile (art. 135 CO)[1823]. Le lésé est libre de retirer son action avant la clôture des débats de première

[1819] ATF 148 IV 432 c. 3.2.3, citant PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 186 s.; ATF 139 IV 310 c. 2; cf. aussi CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 85, en référence à la Recommandation CM/Rec(2023)2 du 15.3.2023 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Pour un plaidoyer vibrant (et partisan) en faveur de l'action civile adhésive: JEANNERET, Voyage, p. 71 ss, spéc. p. 76: «La justice civile est rigoureuse, austère, formaliste, froide, sans pitié et cynique. La justice pénale est au contraire accueillante, paternaliste, chaleureuse, informelle, indulgente et généreuse». Sceptiques quant à la durée prétendument plus longue des procès civils: NUSSBAUMER, Cohabitation, p. 69; SCHAFFNER, Asset Recovery.

[1820] BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 39; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 186 s.; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 123 N 8 (maxime des débats *atténuée*); ECHLE, Adhäsionsklage, p. 88 s.; GALEAZZI, p. 51 s; ATF 148 IV 432 c. 3.2.3; TF, 6B_1157/2020, 8.9.2021, c. 3.2.1 [d].

[1821] Message CPP, ch. 2.3.3.4 p. 1152; BSK StPO-DOLGE, Art. 123 N 13; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 123 N 13 et 126 N 21; DROESE, Nutzen, p. 194. Sur la charge de la motivation des allégués en procédure civile, cf. ATF 144 III 519 c. 5.2.1.1.

[1822] ATF 148 III 401 c. 3.3.2; GARBARSKI ANDREW M./MUSKENS LOUIS FRÉDÉRIC, Litispendance de l'action civile adhésive et ses effets – État des lieux, in: Cinzia Catelli/Predrag Sunaric (éds), Compétence – Enseignements tirés de la pratique, Tagungsband zum 3. Bär & Karrer ZPO Forum, Zurich/St.Gall 2024, 69 ss, p. 78; cf. déjà MACALUSO, Action civile, p. 184. Avec la révision du CPP, le dernier moment pour chiffrer et motiver les conclusions civiles a été avancé du stade des plaidoiries à celui de la préparation des débats de première instance (art. 123 al. 2 et 331 al. 2 CPP), dans un souci d'égalité des armes avec le prévenu (Message CPP 2019, p. 6382; DROESE, Revision, p. 32 ss).

[1823] PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 208 s.; NUSSBAUMER, Cohabitation, p. 69 s.; MAURON, Prescription, p. 551 s., tous avec des références; TF, 6B_321/2014, 7.7.2014, c. 1.3 [d]. La question a été laissé ouverte dans l'ATF 148 III 401 c. 3.3.2, qui évoque toutefois le régime plus sévère valant en droit privé (c. 3.3.1).

instance pour la renouveler ensuite devant les juridictions civiles (art. 122 al. 4 CPP), alors qu'en procédure civile, un tel retrait équivaudrait à un désistement d'action, avec les effets d'une décision entrée en force (art. 241 al. 2 CPC)[1824]. L'action civile adhésive présente enfin des avantages indéniables en termes de coûts, puisqu'une avance de frais ne sera en principe pas exigée de la partie plaignante[1825] et que le risque pour celle-ci d'être condamnée aux frais et dépens (souvent inférieurs à ceux fixés en matière civile)[1826] sera généralement moindre qu'en procédure civile, à tout le moins pour les infractions poursuivies d'office[1827].

753 Hormis l'intérêt privé du lésé, l'action civile adhésive participe également de la bonne administration de la justice, en réunissant en un seul procès l'ensemble des prétentions nées de l'infraction *(« one-stop-shop process »)*, ce qui permet de limiter le risque de décisions contradictoires et garantit l'économie de la procédure[1828].

754 Toutefois, les avantages que présente l'action civile adhésive à l'égard du lésé constituent souvent autant de *désavantages* à l'égard du prévenu. Ce dernier se retrouve en effet assigné en tant que défendeur à une action civile très particulière, qui déroge sur un grand nombre de points aux principes du droit de procédure civile ordinaire[1829], qui octroie au demandeur des allégements importants et, surtout, qui est intégrée dans une procédure à caractère pénal, dans laquelle le prévenu occupe structurellement une place particulièrement vulnérable, déjà occupé à répondre à une accusation en matière pénale élevée à son encontre par l'État, avec toutes les conséquences que cela comporte en termes d'atteinte à ses droits fondamentaux[1830]. Ces éléments nuancent quelque peu la vision monothéiste d'une action civile adhésive devant être la plus avantageuse possible pour le lésé[1831]. Ils doivent être pris en compte dans l'interpréta-

[1824] JEANNERET, Voyage, p. 75, qui réserve l'art. 65 CPC. Avant le CPP, le principe *electa una via (non datur recursus ad alteram)* s'appliquait: MACALUSO, Action civile, p. 182. Tel est toujours le cas en *France* (cf. art. 5 CPP/F).

[1825] Sauf dans le cas spécifique de l'art. 313 al. 2 CPP.

[1826] DISCH STEFAN, Droit médical: aspects pénaux, in Miriam Mazou/Yvan Jeanneret (éds), Le procès pénal, Bâle 2025, 335 ss, p. 385 s., en référence aux tarifs civils cantonaux.

[1827] ECHLE, Adhäsionsklage, p. 123; DROESE, Nutzen, p. 199. Le système, fondé sur les art. 427 s. (frais de procédure) et 432 s. CPP (dépens), est toutefois relativement complexe et peu lisible: ATF 147 IV 47 c. 4.2; 138 IV 248 c. 4.4.1; TF, 7B_32/2022, 1.2.2024, c. 4 [f].

[1828] ATF 148 IV 432 c. 3.2.3; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 187; BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 49; cf. déjà PV CAJ-CE, 29.5.2006, Objet 05.092, p. 43; sur le *« one-stop-shop process »*, cf. MEYER, p. 133 ss.

[1829] Outre les éléments mentionnés aux paragraphes précédents, on pense aussi à la garantie du for du domicile du défendeur, qui ne vaut pas pour l'action civile adhésive (art. 39 CPC); BSK StPO-DOLGE, Art. 126 N 20; Message CPP, p. 1153; cf. déjà ATF 101 Ia 141.

[1830] OBERHOLZER, Grundzüge, N 749; SHK OHG-TAMM, Vor Art. 122 N 29; BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 45: le prévenu peut être tenté de ne pas contester des conclusions civiles qui sont insuffisamment motivées ou infondées dans le but d'influencer en sa faveur la décision à rendre sur les aspects pénaux.

[1831] Cf. en ce sens CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 134.

tion des dispositions idoines du CPP, notamment au moment de combler les (nombreuses) lacunes qu'elles présentent[1832].

b. Réservée à certains protagonistes

755 L'action civile adhésive est une action attitrée, en ce sens qu'elle est réservée à certaines personnes justifiant d'une qualité particulière. La *légitimation active* appartient en premier lieu au lésé selon l'art. 115 CPP, ce qui ressort sans ambiguïté du texte de l'art. 122 al. 1 CPP[1833]. La conception pénaliste du lésé limite ici le cercle des demandeurs à l'action civile adhésive: il ne suffit pas de faire valoir des prétentions civiles, il faut encore être lésé par l'infraction visée par la procédure pénale, et donc être titulaire du bien juridique protégé par celle-ci, lequel doit en outre avoir été directement atteint par le comportement en cause[1834]. Ces éléments font que certains lésés sur le plan civil, bien que disposant d'une prétention en dommages-intérêts née de l'infraction, ne pourront pas exercer d'action civile adhésive devant le juge pénal, faute d'être également lésés selon l'art. 115 CPP. Le législateur a ici souhaité faire bénéficier des (nombreux) avantages de l'action civile adhésive les seuls lésés pénaux, qui ont été touchés au plus près de leur biens juridiques par une infraction pénale[1835].

756 La loi confère exceptionnellement la qualité pour agir à *d'autres personnes* que le lésé. Lorsque ce dernier est une victime, ses proches pourront agir s'ils disposent de prétentions civiles propres contre le prévenu (art. 122 al. 2 *cum* 116 al. 2 et 117 al. 3 CPP). Lorsque le lésé décède sans avoir renoncé à ses droits, ses proches héritiers pourront les exercer à sa place (art. 121 al. 1 CPP), et donc agir en qualité de demandeurs à l'action civile adhésive. Enfin, les tiers légalement subrogés aux droits du lésé pourront également intenter l'action civile adhésive et exercer les droits de procédure y relatifs (art. 121 al. 2 CPP). Ces situations ont en commun qu'elles permettent à des personnes qui ne sont pas directement touchées au sens de l'art. 115 al. 1 CPP d'exercer les droits reconnus au lésé, ici celui de faire valoir une action civile adhésive. Elles seront examinées plus en détails ci-après en lien avec le caractère direct de l'atteinte[1836].

757 La *légitimation passive* de l'action civile adhésive est également restreinte: seul un participant (principal ou accessoire) à l'infraction visée par la procédure, qui a le statut de prévenu (art. 111 CPP) dans cette même procédure, a qualité pour défendre, à l'exclusion de tout tiers[1837]. Bien que la question ne soit pas expressément réglée dans le CPP, cette position s'explique par les dispositions légales sur l'action civile adhésive qui évoquent le «prévenu» (cf. art. 122 al. 2, art. 124 al. 2 et 3, art. 125 al. 1, 126 al. 1 CPP). Elle est confortée par les travaux préparatoires du CPP[1838] et trouve l'appui de

[1832] Cf. la thèse de KLINGLER, qui analyse les buts de l'action civile adhésive (N 331 ss), puis propose une méthode pour combler les lacunes en la matière (N 879 ss).
[1833] «En qualité de partie plaignante, *le lésé* peut faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure pénale» (nous mettons en évidence).
[1834] Ou, si tel n'est pas le cas, disposer d'un droit de porter plainte pénale (art. 115 al. 2 CPP).
[1835] Dans le même sens: PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 113.
[1836] Cf. N 1136 ss *infra*.
[1837] MACALUSO, Action civile, p. 181.

la doctrine unanime et de certains arrêts du Tribunal fédéral[1839]. On peut aussi y voir une conséquence de la conception pénaliste du lésé, en tant qu'argument systématique : dès lors que la qualité pour agir à l'action civile adhésive appartient avant tout à la personne lésée par l'infraction, il est cohérent de limiter la qualité pour défendre à la personne soupçonnée d'avoir commis cette même infraction.

758 Par conséquent, les prétentions civiles que le lésé pourrait élever contre une personne qui n'est pas elle-même prévenue dans la procédure pénale sont exclues de l'action civile adhésive ; elles doivent faire l'objet d'un procès civil séparé. On pense ici notamment à la responsabilité civile de l'employeur pour les actes illicites de son employé (art. 55 CO), de la personne morale pour ceux de ses organes (art. 55 al. 2 CC), de l'État pour ceux de ses agents (art. 3 LREC, par exemple) ou encore de l'action directe du lésé contre l'assurance responsabilité civile (art. 65 LCR). Le CPP ne permet pas d'attraire des tiers non prévenus à l'action civile adhésive et ne connaît donc pas d'institution similaire à l'intervention (art. 73 ss CPC), à la dénonciation d'instance (art. 78 ss CPC) ou encore à l'appel en cause (art. 81 ss CPC)[1840]. De même, le lésé ne saurait assigner devant le juge pénal d'autres responsables solidaires qui ne seraient pas prévenus de l'infraction pour laquelle il est lésé. En revanche, il peut agir contre plusieurs coprévenus, voire contre des personnes prévenues d'infractions distinctes, mais poursuivies ensemble, tels le blanchisseur (art. 305bis CP) jugé conjointement aux auteurs du crime préalable commis au préjudice du lésé[1841].

c. Restreinte quant à son fondement juridique

759 Selon les art. 119 al. 2 let. b et 122 al. 1 CPP, l'action civile adhésive a pour objet des *conclusions civiles* déduites de l'infraction ou, comme exprimé dans les versions allemande et italienne de ces dispositions, des prétentions de droit privé (*privatrechtliche Ansprüche* ; *pretese di diritto privato*), respectivement de droit civil (*zivilrechtliche Ansprüche* ; *pretese di diritto civile*).

760 Pour la jurisprudence et la doctrine majoritaire, cette notion désigne avant tout les prétentions en réparation du dommage – y compris la perte de gain[1842] – ou du tort moral fondées sur la responsabilité civile (art. 41 ss CO ; art. 58 et 62 LCR), mais elle comprend également les conclusions fondées sur les actions en protection de la personnalité (art. 28 ss CC), en revendication (art. 641 CC)[1843], possessoires (art. 927, 928 et

[1838] Cf. art. 129 al. 1 A-P CPP : « … dirigées contre le prévenu ».

[1839] SCHNELL/STEFFEN/BÄHLER, p. 169 ; BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 58 ss ; KLINGLER, N 384 ; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 193 s. ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 122 N 12 ss ; TF, 6B_1241/2019, 20.2.2020, c. 4.1 s. [d] : en cas de décès du prévenu, l'action civile ne se poursuit pas contre ses héritiers ; cf. aussi TF, 6B_1267/2019, 13.3.2020, c. 1.2.1 [f].

[1840] BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 60 s. ; KLINGLER, N 1124 ss.

[1841] ATF 146 IV 211 c. 4.2.2, qui y voit un cas d'application de l'art. 50 al. 3 CO ; *contra* : MUSKENS, PJA 2021, p. 132 s. En général : CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 122 N 13.

[1842] Cf. TF, 7B_746/2023, 30.7.2024, c. 7.3 et s. [f] : avocate-stagiaire ayant dû interrompre son stage et repousser son examen du brevet en raison des actes subis par son maître de stage.

[1843] TF, 6B_367/2020, 17.1.2022, c. 2.2.3 [f] ; 6B_1249/2020, 11.10.2021, c. 1.2.2 [i].

934 CC) ou prévues par l'art. 9 LCD en cas d'infraction à l'art. 23 LCD[1844]. La doctrine envisage également les prétentions en remise de gain prévues aux art. 28a al. 3 CC et 423 al. 1 CO[1845].

761 Dans un arrêt de principe récent (ATF 148 IV 432), le Tribunal fédéral, au terme d'une interprétation littérale, téléologique et systématique de l'art. 122 al. 1 CPP, est parvenu à la conclusion que les *prétentions contractuelles* n'étaient pas comprises dans la notion de conclusions civiles prévue par cette disposition[1846]. Cet arrêt contient plusieurs réflexions dignes d'intérêt sur l'action civile adhésive, qui dépassent du reste la question des prétentions contractuelles:

762 – sur le plan *littéral*, le Tribunal fédéral relève que l'exigence de conclusions civiles «déduites de l'infraction» signifie qu'elles doivent trouver leur cause ou leur ancrage dans les faits desquels l'autorité de poursuite pénale déduit l'infraction poursuive. Si la notion de prétentions civiles ne se limite pas à la seule responsabilité aquilienne du prévenu, les autres actions de droit privé pouvant faire l'objet d'une action civile adhésive (listées ci-dessus) ont toutes en commun l'existence d'un acte illicite qui les motive, ce que traduit d'ailleurs le sens ordinaire des mots de l'art. 122 al. 1 CPP. Or, les prétentions contractuelles sont indépendantes d'un acte pénalement répréhensible[1847];

763 – sur le plan *téléologique*, après avoir rappelé les buts de l'action civile adhésive et les avantages qu'elle procure au lésé, le Tribunal fédéral note que ces aménagements procéduraux se justifient par la «position particulière» qu'occupe dans la procédure pénale la personne qui a été touchée directement dans ses droits par une infraction. L'action civile trouve son origine dans une infraction pénale et revêt donc un «aspect pénal» né du préjudice subi par le lésé, permettant à ce dernier, en cette qualité, de porter son action devant le juge pénal[1848]. Par ailleurs, le Tribunal fédéral évoque sa jurisprudence, rendue à l'aune de l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF mais qui vaut pour l'action civile en général, selon laquelle la procédure pénale ne doit pas être un «simple véhicule» *(«blosses Vehikel»)* pour faire valoir des prétentions civiles, ce qui reviendrait à mener un litige purement civil sous une apparence de droit pénal. Tel serait le cas si l'on devait admettre que des prétentions contractuelles étaient susceptibles d'adhésion[1849];

[1844] De manière générale, cf. ATF 148 IV 432 c. 3.1.3, avec de nombreuses références; cf. aussi ATF 148 III 401 c. 3.2.1; 148 IV 256 c. 3.1; 143 IV 495 c. 2.2.4.

[1845] FARMAN HELIA/SALAMIN-CASCIARO ALEXANDRA, L'action en remise de gain et le sort des prétentions contractuelles dans l'action civile par adhésion: le cas de la traite d'êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle, FP 4/2024 264 ss, p. 266 et les références citées.

[1846] ATF 148 IV 432 c. 3.3, confirmé in ATF 148 III 401 c. 3.2.1; 151 III 418 c. 2.3.1; cf. aussi TF, 6B_958/2021, 26.10.2022, c. 3.1.3 et 3.4 [f].

[1847] ATF 148 IV 432 c. 3.2.2.

[1848] ATF 148 IV 432 c. 3.2.3, en référence à PIQUEREZ/MACALUSO, N 1614, qui vont jusqu'à dire que l'action civile revêt un aspect «vindicatif», terme qui n'est pas repris dans l'arrêt.

[1849] ATF 148 IV 432 c. 3.2.3, en référence not. à TF, 6B_478/2021, 11.4.2022, c. 1.3 [d].

– sur le plan *systématique*, le Tribunal fédéral note que l'art. 122 al. 1 CPP autorise le lésé, en qualité de partie plaignante au sens de l'art. 118 al. 1 CPP, à formuler des conclusions civiles dans le procès pénal. L'art. 122 al. 1 CPP doit donc se lire en conjonction avec l'art. 115 al. 1 CPP, de sorte que seul peut se constituer partie plaignante le lésé au sens de cette disposition. Or, celui qui possède une prétention contractuelle à l'encontre de son cocontractant ne se trouve pas directement lésé dans ses droits par une infraction pénale[1850]. En passant, la Haute Cour relève aussi que l'art. 39 CPC, qui réserve la compétence du juge pénal de statuer sur les prétentions civiles, est placé dans le chapitre relatif aux actions fondées sur un acte illicite[1851]. 764

Cet arrêt concernait un cas d'application de l'art. 126 al. 1 let. b CPP, lequel permet au tribunal de statuer sur les conclusions civiles même lorsqu'il acquitte le prévenu, pour autant que l'état de fait soit suffisamment établi[1852]. S'il a fait grand bruit, sa portée s'agissant de l'exclusion des prétentions contractuelles ne doit toutefois pas être exagérée[1853]. De nombreuses infractions pénales, notamment en matière de criminalité économique, s'inscrivent dans l'exécution de relations contractuelles entre l'auteur et le lésé[1854]. La commission de telles infractions, si elle peut entraîner une violation du contrat et fonder ainsi une prétention contractuelle du lésé[1855], constitue simultanément un acte illicite (art. 41 CO), qui permet toujours au lésé d'exercer l'action civile adhésive. Il s'agit d'un cas typique de concours (objectif) d'actions, dans lequel le lésé peut choisir librement sur quelle base il agit pour obtenir la réparation de son dommage[1856]. L'action contractuelle n'a aucune priorité sur l'action délictuelle, comme le Tribunal fédéral a pu encore le confirmer récemment[1857]. Dans cette perspective, l'ATF 148 IV 432 a seulement pour effet d'exclure le concours d'actions devant le juge pénal, ce dernier étant en quelque sorte incompétent *ratione materiae*[1858] pour connaître d'une action strictement contractuelle, qui ne découle pas d'un acte illicite. La conclusion du Tribunal fédéral, qui emporte notre conviction[1859], est une 765

[1850] ATF 148 IV 432 c. 3.2.4.
[1851] ATF 148 IV 432 c. 3.2.5.
[1852] ATF 148 IV 432 c. 3.1.1 et 3.5.
[1853] Cf. déjà SHK OHG-TAMM, Vor Art. 122 N 36.
[1854] Par ex. une gestion déloyale (art. 158 CP) et un mandat de gestion de fortune (ATF 144 IV 294) ; un abus de confiance (art. 138 CP) et un contrat d'entreprise ou de crédit de construction (TF, 6B_972/2022, 12.1.2024, c. 3.1.4 s. [f]).
[1855] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 119 N 8 nbp 18, qui distinguent les actions en exécution du contrat et les actions en dommages-intérêts pour violation du contrat.
[1856] Cf. ATF 148 III 401 c. 3.1, en matière de responsabilité médicale.
[1857] TF, 6B_1084/2022, 5.4.2023, c. 6.3 [d ; 5 juges] : gestion déloyale (art. 158 CP) liée à l'obligation de rendre compte des commissions perçues (c. 5.1) ; cf. aussi TF, 7B_111/2024, 25.7.2024, c. 3.1, 3.4 et 3.5 [f] : remboursement d'un bonus et contrainte (art. 181 CP) ; ATF 151 III 418 c. 2.3.3, en cas d'action en constatation négative.
[1858] Cf. aussi NUSSBAUMER-LAGHZAOUI, Interruption, par rapport à l'ATF 148 III 401, qui note que la solution du TF s'écarte de celle retenue à l'ATF 137 III 311.
[1859] Cf. aussi RIEDO/LEHMANN/MEILE, RJB 160/2024 28 ss, p. 37.

conséquence de la conception pénaliste du lésé dans le CPP, comme le confirment les arguments téléologique et systématique mis en avant dans l'arrêt.

766 Au-delà des prétentions contractuelles, la conception pénaliste du lésé place aussi d'autres types de prétentions civiles hors du champ de l'action adhésive. Ainsi, bien qu'elles figurent parmi la liste des prétentions dont il est communément admis qu'elles sont susceptibles d'adhésion, la jurisprudence actuelle se montre très stricte s'agissant des actions défensives en protection de la personnalité (art. 28*a* CC), en particulier *l'action constatatoire* (al. 1 ch. 3). Sous l'empire de l'ancienne PPF, le Tribunal fédéral avait d'abord admis que la notion de prétentions civiles comprenait les actions en prévention, en cessation et en constatation du caractère illicite de l'atteinte, même en l'absence de toute demande en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral[1860]. Tel était notamment le cas des infractions contre l'honneur (art. 173 ss CP), pour lesquelles le constat du caractère pénalement répréhensible (et donc illicite) de l'acte avait souvent valeur de réparation pour le lésé[1861].

767 Cette approche est aujourd'hui révolue. Désormais, le Tribunal fédéral considère que les prétentions civiles qui fondent le recours en matière pénale de la partie plaignante (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF) – et qui sont les mêmes que celles des art. 122 ss CPP – sont principalement les prétentions en réparation du dommage ou en tort moral au sens des art. 41 ss CO[1862]. Il ne se satisfait donc plus de prétentions du lésé en constatation du caractère illicite de l'acte, notamment en matière de délits contre l'honneur[1863].

768 Même si notre Haute Cour n'a jamais expliqué clairement les raisons de ce revirement[1864], on peut y voir une expression de la conception pénaliste du lésé dans le

[1860] ATF 121 IV 76 c. 1c ; 129 IV 216 c. 1.2.2 ; cf. aussi les actions prévues à l'art. 9 LCD : ATF 120 IV 154 c. 3c/aa ; 122 IV 139 c. 3b, tous rendus pour l'ancien pourvoi en nullité selon la aPPF ; l'approche avait continué un temps sous l'égide de la LTF : TF, 6B_588/2007, 11.4.2008, c. 1.2.4 et 1.2.5 [d]. Une partie de la doctrine va toujours dans ce sens : BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 68 ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 129 ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 122 N 17.

[1861] ATF 121 IV 76 c. 1c, aussi pour le constat, dans le jugement ou dans un autre acte écrit, de l'échec de l'apport de la preuve libératoire par le prévenu (art. 173 ch. 5 CP).

[1862] ATF 146 IV 76 c. 3.1 et 3.2.3 ; 141 IV 1 c. 1.1 ; 138 IV 86 c. 3 ; TF, 6B_22/2019, 22.3.2019, c. 5.1 [d] ; Comm. LTF-DENYS, Art. 81 N 53 ; cpr. SCHAFFNER Legimitation, p. 36 (qui remplace « principalement » par « seulement » *[« lediglich »]*).

[1863] Le lésé doit démontrer que l'atteinte à l'honneur présente une gravité suffisante pour justifier une indemnité pour tort moral (art. 49 CO) ou prouver un dommage causé par l'atteinte (par ex. des frais médicaux non couverts par une assurance), la jurisprudence se montrant très stricte : cf. TF, 7B_504/2023, 16.4.2024, c. 2.2.2 [f] ; SCHAFFNER, Legitimation, p. 36.

[1864] L'arrêt qui le consacre (TF, 6B_94/2013, 3.10.2013, c. 1.1 [d]), cité de très nombreuses fois par le TF (134 au jour d'écrire ces lignes !), se contente de retenir qu'il ne se justifie pas d'avantager les délits contre l'honneur, mais ne dit rien sur l'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte ; cf. DENYS, Le recours en matière pénale de la partie plaignante, SJ 2014 II 249 ss, p. 255 ; SCHAFFNER, Legitimation, p. 36, qui ne disent rien de plus.

CPP : l'action civile en constatation du caractère illicite de l'acte se confond avec l'action pénale accessoire déjà reconnue au lésé en vertu de l'art. 119 al. 2 let. a CPP, qui tend elle aussi au constat du caractère illicite (et même coupable) de l'acte et qui doit permettre de réparer le tort causé au lésé. Ce dernier ne peut pas demander, par le biais de l'action civile adhésive, ce qui fait d'ores-et-déjà l'objet de l'action pénale accessoire[1865]. Les conclusions civiles du lésé doivent donc se distinguer de ses « conclusions pénales ». Cette explication nous paraît en tout cas préférable à celle, moins avouable mais peut-être plus proche de la réalité, qui consisterait à voir dans cette évolution un signe de la volonté du Tribunal fédéral de fermer un peu plus la porte au recours en matière pénale et d'alléger sa charge de travail.

Enfin, le caractère « civil » des prétentions en cause permet d'exclure celles qui ressortissent au droit public, notamment toutes celles qui sont fondées sur une responsabilité de droit public exclusive de l'État pour les actes illicites de ses agents[1866]. En outre, bien que civiles, certaines prétentions sont exclues des art. 122 ss CPP car elles relèvent de la compétence exclusive et impérative d'une juridiction particulière (par ex. en matière de propriété intellectuelle ou de protection des données) ou ne sont pas soumises à la maxime de disposition (par ex. en droit de la famille)[1867]. 769

d. Délimitée par son objet

Se pose ensuite la question de savoir si la conception pénaliste du lésé peut avoir une incidence sur le type de dommage réparable au travers de l'action civile adhésive. La doctrine majoritaire y répond par la négative : elle distingue la qualité de lésé (art. 115 CPP), qui dépend du bien juridique protégé par l'infraction, de la qualité de partie plaignante au civil (art. 119 al. 2 let. b et 122 al. 1 CPP), qui permet au lésé de faire valoir toutes les prétentions civiles « déduites de l'infraction », même si le dommage subi n'est pas identique au bien juridique protégé ou qu'il s'agit en quelque sorte d'un « dommage collatéral »[1868]. 770

Exemple :

La victime de lésions corporelles par négligence (art. 125 CP) est lésée au sens de l'art. 115 CPP, étant titulaire du bien juridique protégé par la norme (intégrité corporelle). Elle peut donc se constituer partie plaignante et demander la réparation non seulement de son dommage corporel, mais aussi, selon ces auteurs, d'un éventuel dom-

[1865] Dans un sens similaire, cf. TF, 1B_729/2012, 28.5.2013, c. 1.2.2 [f].

[1866] ATF 146 IV 76 c. 3.1 et 3.2.4 ; 141 IV 380 c. 2.3.1 ; 138 IV 86 c. 3.1 ; cf. déjà sous l'ancien droit ATF 131 I 455 c. 1.2.4 ; 128 IV 188 c. 2.2 ; 127 IV 189 c. 2b ; 125 IV 161 c. 2 et 3.

[1867] PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 193 s. ; MACALUSO, Action civile, p. 182 ; ATF 122 IV 139 c. 3b, pour l'art. 37 aLPD (art. 41 LPD) ; cf. déjà JdT 1948 III 37, s'agissant d'une action en divorce.

[1868] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 119 N 12 *(Nebenschäden)* ; cf. ég. KLINGLER, N 962 ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 103 s. et 130 ; DROESE, Zivilklage, p. 44.

mage matériel, par exemple le coût de remplacement de son téléphone portable qui se serait brisé lors de l'acte, même si l'infraction en cause ne protège pas le patrimoine et que l'art. 144 CP (dommages à la propriété) est une infraction intentionnelle[1869].

771 La doctrine majoritaire estime ainsi que l'art. 122 al. 1 CPP exige seulement une certaine *connexité* entre les prétentions du lésé et le fait générateur de responsabilité, lequel n'a pas nécessairement à correspondre à un ou plusieurs éléments objectifs de l'infraction pour laquelle le prévenu a été condamné[1870]. En d'autres termes, l'atteinte subie par le lésé sur le plan civil doit seulement être intervenue *à l'occasion* d'une infraction[1871]. À cet appui, la doctrine se fonde souvent sur un arrêt rendu sous l'égide de l'ancienne LAVI, dans lequel le Tribunal fédéral avait estimé que, lorsque l'accusation portait sur des actes de violence intentionnels, le juge pénal devait entrer en matière sur les conclusions civiles de la victime et de ses proches, même si elles n'étaient pas basées sur l'état de fait pour lequel l'auteur avait été renvoyé en jugement[1872].

772 À l'opposé, certains arrêts récents sur la qualité pour recourir de la partie plaignante au Tribunal fédéral (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF) retiennent que, pour que la décision attaquée puisse avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles, il faut que le *bien juridique protégé* par l'infraction corresponde au fondement juridique de la prétention invoquée[1873]. Tel n'est par exemple pas le cas lorsque le lésé se plaint d'une violation de domicile (art. 186 CP) pour demander la réparation d'un dommage causé à une haie de jardin : le bien juridique protégé – la liberté de jouir de son domicile – ne se trouve pas en corrélation avec la prétention déduite par voie d'adhésion[1874]. Bien que rendue à propos de la qualité pour recourir selon la LTF, cette jurisprudence pourrait trouver à s'appliquer pour limiter le champ des prétentions invocables par le lésé à l'appui d'une action civile adhésive selon le CPP[1875].

[1869] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 103 s. et 130, avec d'autres ex. ; DROESE, Zivilklage, p. 44 ; *contra* : TC VD, CAPE 8.3.2023/119, c. 5.2.2 *in fine*.

[1870] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 130 ; cf. aussi OVERNEY, p. 339 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 119 N 12 ; SHK OHG-TAMM, Vor Art. 122 N 35, 37 ; ZK StPO-LIEBER, Art. 122 N 5. *Contra* : OBERHOLZER, Grundzüge, N 740 ; cf. aussi WEILENMANN, N 211, plus hésitant.

[1871] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 119 N 12 («*anlässlich* der Straftat»).

[1872] ATF 126 IV 38 c. 3a : l'auteur avait été condamné pour lésions corporelles graves et séquestration, mais pas pour homicide, alors que les prétentions des proches de la victime se fondaient sur le décès de celle-ci. Cf. CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 122 N 16 ; CONVERSET, p. 54 ; PIQUEREZ, N 1031 (passage qui ne se retrouve toutefois plus chez PIQUEREZ/MACALUSO, N 1626) ; ZK StPO-LIEBER, Art. 122 N 5.

[1873] TF, 6B_1157/2020, 8.9.2021, c. 3.2.1 [d] : *«Da sich adhäsionsweise geltend gemachte Zivilansprüche aus der Straftat ableiten, setzt der für die Beschwerdelegitimation vorgeschriebene Wirkungszusammenhang zwischen dem strafrechtlichen Entscheid und der Beurteilung von Zivilansprüchen voraus, dass das strafrechtlich geschützte Rechtsgut dem Rechtsgrund des Zivilanspruchs entspricht»*. L'arrêt cite ensuite l'art. 115 CPP et prend l'exemple, pour les lésions corporelles, de l'intégrité physique et du dommage causé par une atteinte à celle-ci ; dans un sens similaire, cf. TF, 6B_555/2017, 29.9.2017, c. 3.4 [d] ; 6B_987/2023, 21.2.2024, c. 1.4 [f] (art. 122 al. 1 CPP).

[1874] TF, 6B_1157/2020, 8.9.2021, c. 3.3.2 [d] ; cpr. TC VD, CAPE 8.3.2023/119, c. 5.2.2 *in fine*.

Cette dernière approche emporte notre conviction. À notre sens, la conception pénaliste du lésé a aussi pour effet d'exclure les prétentions qui ne correspondent pas au bien juridique protégé par l'infraction. Le dommage peut certes trouver sa source dans un acte illicite (art. 41 CO), compris comme une atteinte à un droit absolu tel que la vie, l'intégrité corporelle, la propriété, voire les droits de la personnalité[1876] (illicéité de résultat), ou une atteinte au patrimoine qui serait contraire à une norme de comportement visant à protéger le lésé (illicéité de comportement)[1877]. Toutefois, le fait que cet acte illicite ne coïncide pas avec l'acte pénalement répréhensible fondant la qualité de lésé en procédure pénale empêche ce dernier de demander la réparation de son dommage par le biais de l'action civile adhésive. Statuant en ce sens, le Tribunal fédéral a récemment rappelé que les infractions de violation des règles de l'art de construire (art. 229 CP) ou de contrainte (art. 181 CP) protégeaient uniquement la vie et l'intégrité corporelle, respectivement la liberté, de sorte qu'elles ne permettaient pas au lésé de demander la réparation de son dommage purement économique par voie d'adhésion[1878]. Cette conclusion ressort également de l'ATF 148 IV 432, qui retient que l'action civile adhésive revêt un «aspect pénal» né du préjudice subi par le lésé, préjudice qui doit donc trouver sa cause dans une infraction pénale[1879], et non dans n'importe quel (autre) acte illicite. En d'autres termes, la seule source d'illicéité possible des conclusions civiles adhésives est l'infraction reprochée au prévenu dans le cadre de la procédure pénale. 773

À cela s'ajoute que, selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, les prétentions civiles de l'art. 122 al. 1 CPP sont «exclusivement» celles qui sont déduites de l'infraction, ce qui signifie qu'elles doivent découler d'une ou de plusieurs infractions qui font d'abord l'objet de la procédure préliminaire, puis qui sont retenues dans 774

[1875] Ce que n'a pas manqué de faire l'ATF 148 IV 432 c. 3.2.3 sur un sujet proche.

[1876] Les droits de la personnalité sont en effet protégés de manière absolue et toute atteinte qui leur est portée fonde un cas d'illicéité de résultat au sens de l'art. 41 CO (dont l'application est réservée à l'art. 28a al. 3 CC): INDERKUM MATTHIAS, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 85 s.; TF, 7B_111/2024, 25.7.2024, c. 3.5 *in fine* [f], qui laisse la question ouverte.

[1877] Sur ces notions, cf. CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 72 ss; BK OR-BREHM, Art. 41 N 34 ss; cf. déjà N 599 s. *supra* pour les *Schutznormen*. En réalité, même l'illicéité de résultat est fondée sur la transgression d'une norme de comportement, l'obligation de ne pas attenter aux droits absolus d'autrui, protégés notamment par le droit pénal (art. 111 ss, 122 ss, 173 ss, 144 CP): PIOTET, Avantage, p. 531; ATF 112 II 118 c. 5e.

[1878] Pour l'*art. 219 CP*: TF, 6B_987/2023, 21.2.2024, c. 1.4 [f] en référence à ATF 119 II 127 c. 3 et 117 II 259 c. 3. L'arrêt précise que «si le danger engendré par la violation des règles de l'art de construire se matérialise et entraîne une atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, l'acte dommageable est illicite parce qu'il porte atteinte à un droit absolu» (c. 1.4). Pour l'*art. 181 CP*: TF, 7B_111/2024, 25.7.2024, c. 3.5 [f].

[1879] ATF 148 IV 432 c. 3.2.3 (argument téléologique); cf. aussi le c. 3.2.2 (argument littéral), qui retient que les types d'actions civiles envisageables ont pour point commun l'existence d'un «acte illicite» qui les motive, notion que le TF semble comprendre comme synonyme d'acte pénalement répréhensible.

l'acte d'accusation du ministère public[1880]. Il s'agit là d'un «principe fondamental» pour déterminer l'objet du litige, même s'il n'empêche pas le juge de compléter l'état de fait retenu afin de trancher les prétentions civiles (par ex. pour établir le lien de causalité ou le montant du dommage)[1881]. Les faits fondant l'action civile adhésive doivent faire l'objet de l'instruction du ministère public. Or, ce dernier a pour tâche d'établir les faits pour déterminer s'ils sont constitutifs d'une infraction (art. 308 CPP). Il ne va pas faire porter son instruction sur des actes qui, bien que peut-être illicites au sens du droit de la responsabilité civile, ne constituent cependant pas des faits pénalement répréhensibles.

Exemples :

Dans une procédure ouverte pour violation simple des règles de la circulation routière (art. 90 al. 1 LCR) à la suite d'un accrochage, le ministère public ne va pas, en l'absence de plainte pénale du lésé, instruire l'existence de dommages à la propriété (art. 144 CP) causés au véhicule embouti. Dans une affaire d'escroquerie (art. 146 CP), il va seulement chercher à établir l'existence d'un dommage patrimonial causé au lésé, et non d'un dommage corporel (par ex. frais d'hospitalisation ou perte de gain), qui ne serait réparable que si l'instruction était étendue à une infraction protégeant par exemple l'intégrité corporelle (art. 122 ss CP) ou la liberté sexuelle (art. 189 ss CP), l'illicéité étant ici de résultat.

775 On notera d'ailleurs que, dans l'arrêt rendu sous l'ancienne LAVI évoqué ci-dessus, le Tribunal fédéral était venu apporter une précision à un premier arrêt, qui retenait que le contenu de l'acte d'accusation était décisif pour les conclusions civiles de la victime : dans ce premier arrêt[1882], l'auteur avait été renvoyé en jugement pour violation des règles de la circulation routière et conduite en état d'ébriété à la suite d'un accident. L'acte d'accusation ne contenait aucun élément factuel sur l'existence de lésions corporelles causées à l'autre conducteur, lesquelles s'étaient déclarées après l'accident et n'avaient jamais fait l'objet de l'instruction. Cet autre conducteur ne pouvait dès lors pas prétendre à la qualité de victime ni élever de prétentions civiles dans la procédure pénale. Cet arrêt a certes été relativisé pour les actes de violence intentionnels, ce qui se justifiait par le but de protection des victimes poursuivi par la LAVI[1883]. Il n'a toutefois jamais été remis en question dans son principe[1884].

776 L'approche de la doctrine majoritaire revient à faire dépendre l'indemnisation du lésé du bon vouloir du ministère public, qui consentirait à faire figurer dans son acte d'ac-

[1880] ATF 148 IV 432 c. 3.1.2 ; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 195 s., qui précisent que lorsque l'autorité abandonne un pan de l'accusation (par exemple parce que certains faits sont prescrits), le lésé ne peut pas prétendre à l'octroi de conclusions fondées sur les faits laissés de côté ; cf. aussi TF, 6B_987/2023, 21.2.2024, c. 1.2.1 [f] ; *contra* : SCHAFFNER, Schadenersatz, p. 130.

[1881] TF, 6B_809/2023, 29.11.2023, c. 10.1 [f] ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 122 N 16.

[1882] ATF 122 IV 71 c. 3b.

[1883] ATF 126 IV 38 c. 3a.

[1884] Cf. aussi ATF 126 IV 147 c. 2, contemporain au dernier, qui exigeait un lien de causalité entre les infractions «finalement retenues» à la charge de l'auteur et les conclusions civiles.

cusation des faits qui ne sont pas nécessaires à l'établissement de la culpabilité du prévenu pour l'infraction en cause. D'ailleurs, si l'acte d'accusation doit contenir les «conséquences» des actes reprochés au prévenu (cf. art. 325 al. 1 let. f CPP), cette notion s'entend tout au plus du butin de l'infraction, lorsqu'il est déterminant pour l'application du droit pénal matériel (cf. art. 172ter ou 144 al. 3 CP), étant précisé que le résultat de l'infraction (matérielle) relève pour sa part de la description de l'acte reproché au prévenu. Quant aux conclusions civiles, elles ne sont pas des éléments indispensables à l'acte d'accusation en tant que tel, mais sont à mentionner au titre des «autres informations et propositions» (cf. art. 326 al. 1 let. a CPP)[1885]. L'acte d'accusation ne doit donc pas porter sur autre chose que les faits correspondant aux éléments constitutifs de l'infraction pour laquelle le prévenu est renvoyé en jugement et dont le lésé déduit des prétentions civiles.

777 Certes, l'art. 126 al. 1 let. b CPP permet déjà au tribunal de statuer sur les conclusions civiles même lorsqu'il acquitte le prévenu, pour autant que l'état de fait soit suffisamment établi *(«spruchreif»)*[1886]. Un cas d'application typique est celui dans lequel l'élément constitutif subjectif de l'infraction fait défaut, mais le comportement constitue néanmoins un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, par exemple en cas de dommages à la propriété (art. 144 CP) ou de vol (art. 139 CP) qui auraient été «commis» par négligence[1887]. La jurisprudence cite également le cas de l'irresponsabilité pénale du prévenu (art. 19 al. 1 CP), qui peut néanmoins fonder un cas de responsabilité civile (art. 54 CO)[1888].

778 Hormis les cas d'irresponsabilité, qui ne touchent pas la typicité de l'infraction, il nous faut bien reconnaître que l'art. 126 al. 1 let. b CPP, en tant qu'il permet au juge de statuer sur les conclusions civiles en cas d'acquittement lorsque l'un ou l'autre des éléments constitutifs n'est pas réalisé, constitue une exception au principe selon lequel l'action civile adhésive n'est ouverte que si elle trouve son fondement dans l'infraction. Toutefois, cette disposition vise une situation très particulière, dans laquelle «les preuves recueillies jusque-là, dans le cadre de la procédure, sont suffisantes pour permettre de statuer sur les conclusions civiles»[1889]. Ces preuves se rapportent nécessairement aux faits qui étaient susceptibles de constituer l'infraction pour laquelle le prévenu a été renvoyé en jugement et dont il a finalement été acquitté. C'est en ce sens

[1885] BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 325 N 30; SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 325 N 11 et 326 N 2; cf. aussi BO CE 2006 1044 s., pour l'ajout du terme «conséquences» au stade des débats parlementaires.

[1886] Sur cette disposition, cf. SCHAFFNER, Schadenersatz, p. 128 ss.

[1887] Ainsi le vol d'un troupeau de vaches laitières commis par négligence: TF, 6B_1117/2013, 6.5.2013, c. 2 ss [d]; 6B_267/2016, 15.2.2017, c. 6 et 7 (acquittement pour viol faute d'élément subjectif); voir aussi TF, 6B_11/2017, 29.8.2017, c. 1 [f] (défaut de compétence territoriale); SCHAFFNER, Schadenersatz, p. 129 (dol en cas d'escroquerie non astucieuse).

[1888] ATF 148 IV 432 c. 3.1.1. En revanche, le classement de la procédure, not. en raison de la prescription ou de l'absence de plainte pénale valable, entraîne toujours un renvoi à agir au civil (art. 126 al. 2 let. a CPP); *contra*: SCHAFFNER, Schadenersatz, p. 130 ss.

[1889] Message CPP, p. 1153; ATF 148 IV 432 c. 3.1.1; 146 IV 211 c. 3.1.

que doit se comprendre la mention, qu'on rencontre parfois en doctrine et en jurisprudence, selon laquelle il n'est pas nécessaire que «l'acte s'avère *en fin de compte* pénalement punissable»[1890].

779 Ce sont ici des motifs liés à l'économie de la procédure qui ont poussé le législateur à prévoir l'obligation, pour le tribunal du fond, de statuer sur les conclusions civiles malgré l'acquittement[1891]. L'action civile survit ici à l'action publique[1892], ce qui est cohérent avec l'art. 53 CO, qui postule l'indépendance du juge civil par rapport au jugement pénal[1893]. Toutefois, les faits qui fondent, le cas échéant, la condamnation civile du prévenu demeurent à l'intérieur du périmètre tracé par l'acte d'accusation du ministère public. L'art. 126 al. 1 let. b CPP ne permet pas au tribunal de condamner le prévenu à réparer le dommage causé par un autre acte illicite que celui qui correspond à l'infraction pour laquelle il a été renvoyé en jugement, puis acquitté. Pour reprendre l'exemple cité au début de cette section, l'art. 126 al. 1 let. b CPP n'autorise pas le juge à condamner le prévenu renvoyé en jugement pour lésions corporelles par négligence (art. 125 CP), mais finalement acquitté de ces faits, à réparer le dommage matériel (bris du téléphone portable) causé à cette occasion. Cette disposition ne remet donc pas en question notre position selon laquelle la conception pénaliste du lésé limite le type de dommage pouvant être réparé au travers de l'action civile adhésive.

780 Notre position, qui n'est pas isolée[1894], peut paraître sévère pour le lésé. Elle s'avère toutefois cohérente avec la conception pénaliste de ce dernier dans le CPP, conception qui irrigue également sa faculté à agir comme demandeur au civil. Cette faculté ne lui permet pas d'élever contre le prévenu des prétentions civiles qui ne correspondent pas aux faits pour lesquels il est lésé et qui ne se reflètent donc pas dans le bien juridique protégé par l'infraction. On évite ainsi au prévenu de devoir se défendre, en plus de l'accusation pénale, contre une «accusation civile» qui serait trop éloignée de l'infraction.

e. Impuissante si exercée seule

781 Ultime expression de la conception pénaliste du lésé en tant que *limite* à son action civile adhésive, le fait que cette action s'avère peu efficace, voire impuissante, si elle n'est pas exercée conjointement à l'action pénale accessoire également reconnue au lésé.

782 En effet, le lésé qui se constitue partie plaignante sur le plan civil uniquement (faculté qui lui est reconnue par l'art. 119 al. 2 CPP) jouit de droits de procédure très limités. Selon la doctrine majoritaire[1895] et des arrêts cantonaux[1896], il ne pourra notamment

[1890] TF, 6B_809/2023, 29.11.2023, c. 10.1 [f]; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 122 N 16 (nous mettons en évidence).
[1891] Message CPP, p. 1153; cf. déjà BOMMER, Verletztenrechte, p. 40.
[1892] Cf. pour la *France* BONFILS, 60 ans, N 15.
[1893] SCHAFFNER, Schadenersatz, p. 128.
[1894] Cf. PIQUEREZ/MACALUSO, N 862, qui voient dans l'infraction le «fait générateur de l'obligation de réparer imposée au défendeur»; cf. aussi OBERHOLZER, Grundzüge, N 740.

pas recourir contre une ordonnance de *classement* ou de *non-entrée en matière*, car il sera alors renvoyé à agir au civil (cf. art. 126 al. 2 let. a et 320 al. 3 CPP; cf. ég. art. 310 al. 2 CPP) et n'aura, faute de qualité de demandeur au pénal, aucun intérêt juridiquement protégé (art. 382 al. 2 CPP) à la condamnation seulement pénale du prévenu.

783 Il en va de même lorsque le prévenu est certes renvoyé en jugement, mais qu'il est finalement *acquitté* par le tribunal de première instance. La décision d'acquittement ne pourra pas faire l'objet d'un appel de la part de la partie plaignante constituée au civil uniquement[1897]. En revanche, celle-ci pourra se plaindre d'une mauvaise application de l'art. 126 CPP par le juge du fond, qui l'aura renvoyée à agir au civil en considérant à tort qu'elle avait insuffisamment chiffré ou motivé ses conclusions (al. 2 let. b) ou que l'état de fait était insuffisamment établi (al. 2 let. d), voire qui aura estimé (toujours à tort) que l'état de fait était suffisamment établi pour pouvoir rejeter ses conclusions sur le fond (al. 1 let. b)[1898]. La question de la voie de droit (recours ou appel) ouverte contre une telle décision est controversée[1899]; elle doit à notre sens faire l'objet d'un appel, le pouvoir d'examen de l'autorité d'appel étant toutefois calqué sur le droit de procédure civile (cf. art. 398 al. 5 CPC). Seul le recours en matière civile au Tribunal fédéral sera ensuite ouvert contre la décision de l'autorité d'appel (art. 78 al. 2 let. a LTF *a contrario*)[1900]. Il est dès lors cohérent d'exiger, dans le cadre du recours en matière pénale de la partie plaignante (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF), que celle-ci se soit constituée non seulement au civil, mais aussi au pénal[1901].

784 La situation est fondamentalement la même en cas d'*ordonnance pénale*, étant précisé que, depuis le 1er janvier 2024, le ministère public peut désormais trancher par ce type de décisions les prétentions civiles dont la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30000.–

[1895] SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 322 N 6; BSK StPO-HEINIGER/RICKLI, Art. 322 N 6; BSK StPO-BÄHLER, Art. 382 N 10; SCHAFFNER, Legitimation, p. 32; WEILENMANN, N 241; ZK StPO-BOSSHARD/LANDSHUT, Art. 322 N 9; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 126 N 19; ECHLE, Adhäsionsklage, p. 36 s.; DEMARMELS, p. 36; GALEAZZI, p. 48 ss; *contra*: PIETH/GETH, p. 131; OFK StPO-RIKLIN/BÄHLER, Art. 382 N 2.

[1896] OGer BE, BK 2021 184, 30.8.2021, c. 2.5 [d] (art. 121 al. 2 CPP); OGer ZG, 11.6.2015, BS 2014 90, c. 6, in CAN 2016 Nr. 21 p. 56; KG GR, SK2 13 13, 28.3.2013, in PKG 2013 nº 19 p. 120; cpr. TF, 6B_738/2022, 6.12.2022, c. 2 [f] (art. 267 al. 5 CPP et 81 LTF); cf. déjà ATF 104 Ia 106 c. 2c

[1897] Récemment: ATF 148 IV 256 c. 3.8 (art. 121 al. 2 CPP).

[1898] PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 218; WEILENMANN, N 242 s.; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 126 N 15a et 18; BSK StPO-DOLGE, Art. 126 N 63 s.; BSK StPO-BÄHLER, Art. 398 N 7; question laissée ouverte in TF, 6B_1117/2013, 6.5.2014, c. 4 [d]. Le TF traite parfois le renvoi au civil comme un «rejet implicite» des conclusions civiles, cf. Comm. LTF-DENYS, Art. 81 N 61. Sur le déboutement de la partie plaignante fondé sur l'art. 126 al. 1 let. b CPP: ATF 148 IV 432 c. 3.1.1.

[1899] Cf. le récent *«ping-pong»* entre la Cour d'appel et la Cour des plaintes du TPF dans l'affaire de l'attentat de Morges: CA.2023.14, 21.9.2023 [f]; BB.2023.166, 28.11.2023 [f].

[1900] ATF 135 III 397 c. 1.1; 133 III 701 c. 2.1. Les conditions de l'art. 74 LTF (valeur litigieuse) doivent donc être remplies. À défaut, seul reste le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF), qui peut parfois s'avérer payant: cf. TF, 4A_423/2023, 7.2.2023 [d].

[1901] Cf. TF, 6B_677/2021, 28.9.2022, c. 1.1 [d] et les arrêts cités.

lorsqu'aucune administration supplémentaire de preuves n'est nécessaire (art. 353 al. 2 CPP). Ici aussi, la partie plaignante demanderesse au civil seulement qui serait renvoyée à agir par la voie civile (art. 126 al. 2 let. a^bis CPP)[1902] devrait pouvoir faire opposition à l'ordonnance pénale (art. 354 al. 1 let. a^bis CPP) pour se plaindre d'une violation de l'art. 353 al. 2 CPP par le ministère public, mais pas pour conclure à la condamnation du prévenu pour une infraction plus grave que celle retenue[1903]. Son grief devrait ressortir de son opposition, qui se doit d'être motivée (art. 354 al. 2 CPP).

785 Tel est également le cas en *procédure simplifiée*, même si l'art. 360 al. 2 CPP n'impose pas à la partie plaignante de motiver son rejet de l'acte d'accusation. La doctrine majoritaire considère à juste titre que la partie plaignante constituée sur le plan civil uniquement ne devrait pas pouvoir s'opposer à la procédure simplifiée pour autre chose que pour le règlement de ses prétentions civiles (cf. art. 360 al. 1 let. f CPP), et notamment pas pour l'infraction retenue ou la sanction proposée[1904]. Sans avoir tranché spécifiquement la question, le Tribunal fédéral tend également vers cette solution[1905].

786 On voit donc que les prérogatives reconnues au lésé constitué partie plaignante sur le plan civil seulement sont très limitées, ce qui s'explique par le fait que cette qualité ne lui permet que d'exercer l'action civile, qui n'est elle-même qu'un accessoire de l'action publique. Ce régime peut paraître de prime abord excessivement sévère[1906]. Il est toutefois cohérent avec l'approche prônée par la CourEDH, qui ne reconnaît de droit à un procès équitable (art. 6 § 1 CEDH) à la partie plaignante au civil que si la procédure pénale conditionne le volet civil de son action[1907]. On rappellera du reste qu'au moment d'introduire, à partir du XIX^e siècle, l'action civile dans leurs codes de procédure pénale, les cantons romands avaient tout d'abord exclu la partie civile du procès pénal en tant que tel, lui permettant seulement d'intervenir dans un second temps, en cas de condamnation du prévenu, pour demander la réparation du dommage[1908]. De nos jours, ce régime est une conséquence logique de la dichotomie, voulue par le lé-

[1902] Étant précisé qu'un déboutement au fond ne devrait pas entrer en ligne de compte ici: DROESE, Revision, p. 38 s., qui fait le parallèle avec la procédure en cas clairs (art. 257 CPC); BSK StPO-DAPHINOFF, Art. 353 N 51.

[1903] DROESE, Revision, p. 37 s. et 44 s.; *contra* (pas d'opposition possible en cas de renvoi à agir au civil): BSK StPO-DAPHINOFF, Art. 353 N 50. Cpr. sous l'ancien droit: GALEAZZI, p. 97 s.; cf. aussi ATF 141 IV 231 c. 2.6, équivoque *(«Straf- und/oder Zivilkläger»)*.

[1904] GIGER, N 244 ss, spéc. N 249; GALEAZZI, p. 135; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1597; *contra*: PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 119, qui retient que l'accord de la partie plaignante porte sur l'entier de l'acte d'accusation, et donc également sur la peine. On réservera le règlement des indemnités de procédure (cf. art. 359 al. 2 et 360 al. 1 let. g CPP).

[1905] ATF 151 IV 46 c. 2.6.2 à 2.6.6.

[1906] On pourrait en effet soutenir que le demandeur à l'action civile adhésive a nécessairement un intérêt à contester toute décision qui l'entrave dans l'exercice de son action, et donc qui met fin à la procédure pénale sans trancher ses prétentions civiles. Cf. GALEAZZI, p. 45 ss; cf. aussi les interrogations de PIQUEREZ/MACALUSO, N 1624.

[1907] CourEDH, Fabbri et autres c. Saint-Marin (GC), n° 6319/21, 24.9.2024, § 93.

[1908] CLERC, Procès pénal, p. 77 s., qui explique que le rôle du lésé a ensuite été étendu pour lui permettre de faire valoir les droits «absolument indispensables à la défense de ses intérêts civils».

gislateur, entre l'action pénale et l'action civile du lésé. Lorsque ce dernier souhaite élever des prétentions civiles dans la procédure pénale, il a tout intérêt à se constituer partie plaignante à la fois sur le plan civil et sur le plan pénal ; tel est du reste très majoritairement le cas en pratique[1909]. Cela souligne toute l'importance de *l'approche pénaliste* du lésé consacrée par le CPP : c'est bien parce que le lésé est compris comme le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction qu'on lui permet, en qualité de demandeur au pénal, de peser sur l'action pénale et de maximiser ainsi ses chances de voir son action civile adhésive aboutir.

787 Si cette action civile adhésive est, dans les faits, rarement exercée seule, il existe néanmoins des situations dans lesquelles il ne peut simplement pas en aller autrement. Tel est le cas des *subrogataires légaux* visés par l'art. 121 al. 2 CPP, qui ne se voient reconnaître que la faculté d'introduire une action civile et de se prévaloir des droits de procédure se rapportant directement aux conclusions civiles. Si la portée exacte de cette restriction des droits de procédure est controversée, notamment s'agissant de l'accès au dossier[1910], il est clair que les subrogataires au sens de cette disposition ne pourront pas exercer les prérogatives, détaillées ci-dessus, qui sont réservées à la partie plaignante demanderesse au pénal (recours contre un classement, appel d'un acquittement, opposition à une ordonnance pénale ou à la procédure simplifiée)[1911]. Cela s'explique par le fait que les personnes concernées ne répondent pas à la définition du lésé de l'art. 115 CPP. Le législateur a estimé que le transfert des droits civils par subrogation légale ne suffisait pas à reconnaître à ces tiers non lésés la faculté d'agir sur le plan pénal également, faute de proximité suffisante avec l'infraction (contrairement au transfert pour cause de mort visé à l'art. 121 al. 1 CPP). Ce choix souligne une nouvelle fois que la conception pénaliste du lésé, fondée sur une atteinte au bien juridique protégé par l'infraction, constitue le fondement même de sa qualité de partie plaignante au pénal, mais aussi, par certains aspects, une limite au transfert des droits du lésés à des tiers eux-mêmes non lésés. Nous examinerons plus en détails les cas d'application de l'art. 121 CPP ci-après, en lien avec le caractère direct de l'atteinte au bien juridique[1912].

IV. Synthèse

788 Dans ce chapitre, nous avons d'abord montré en quoi la définition matérielle de l'infraction pénale, comprise comme une atteinte à un bien juridique ensuite de la violation d'une norme de comportement, avait d'abord eu pour effet d'*anonymiser le lésé* dans un bien juridique abstrait, offrant ainsi une justification dogmatique à son exclusion progressive du procès pénal.

[1909] Partageant ce constat : MACALUSO, Action civile, p. 182 ; GALEAZZI, p. 49 s. Cf. déjà N 725 *supra*, sur le double intérêt à agir du lésé.
[1910] Récemment : VARRIALE, nbp 12 ; cf. déjà Message CPP, p. 1151.
[1911] ATF 148 IV 256 c. 3.8 ; TPF, CN. 2023.13, 13.4.2023, c. 2.3.2 s. [d] ; OGer BE, BK 2021 184, 30.8.2021, c. 2.5 [d].
[1912] Cf. N 1204 ss *infra*.

789 Avec le temps, toutefois, est apparu un mouvement en sens inverse, nommé la *redécouverte du lésé* (ou de la victime), qui s'est attaché à réintégrer ce dernier dans la procédure pénale et à lui octroyer des droits au cours de celle-ci. Alors que le bien juridique servait à l'origine à invisibiliser le lésé, il a ensuite permis d'offrir une base théorique à la réhabilitation du lésé au sein du procès pénal. Le lésé n'est plus un simple anonyme derrière le bien juridique, mais il incarne ce bien juridique et atteste de l'atteinte qui lui a été portée par l'infraction reprochée au prévenu. Le rattachement au bien juridique et à l'infraction permet aussi d'expliquer les propositions visant à intégrer le lésé dans les fonctions classiques de la sanction pénale, en particulier les fonctions rétributive – apporter au lésé une forme de réparation (idéale ou matérielle) pour le tort causé par l'infraction – et de prévention générale positive – rendre visible le tort causé au lésé et affirmer ainsi, à l'attention de la société, la valeur de la norme enfreinte.

790 La réhabilitation du lésé dans la procédure pénale moderne s'exprime, au sein du CPP, par une *conception pénaliste du lésé*. Cette conception pénaliste explique d'abord pourquoi le lésé se définit, à l'art. 115 CPP, en fonction du bien juridique touché par l'infraction en cause, et non pas en fonction d'un dommage civil. Au-delà de la qualité de lésé elle-même, la conception pénaliste du lésé a aussi des effets importants sur sa qualité pour agir en procédure.

791 Elle constitue en premier lieu le fondement de sa qualité de *partie plaignante demanderesse au pénal*, qui permet au lésé d'exercer une action pénale accessoire *(Nebenstrafklage)*, qui vient corroborer l'action publique exercée par le ministère public. Cette action pénale accessoire tend à la poursuite et à la condamnation de l'auteur de l'infraction (cf. art. 119 al. 2 let. a CPP), ce qui doit apporter une forme de satisfaction morale au lésé. Son action est tirée de ses droits de la personnalité, ce qui permet de faire le lien avec l'atteinte à un bien juridique individuel dont le lésé est titulaire. La loi présume ici l'intérêt du lésé à demander la condamnation pénale de l'auteur, peu importe la gravité de l'infraction en cause ou le type de bien juridique touché par celle-ci.

792 La conception pénaliste du lésé se retrouve ensuite s'agissant de sa faculté à agir en qualité de *partie plaignante demanderesse au civil*. Toutefois, alors que cette conception pénaliste fondait l'intérêt du lésé à agir au pénal, elle limite ici son intérêt à agir au civil. Le CPP permet au lésé d'exercer une action civile adhésive *(Adhäsionsklage)*, qui présente de nombreux avantages par rapport à une action civile ordinaire, en raison précisément du fait qu'elle s'inscrit dans une procédure pénale. Ces avantages pour le lésé constituent autant de désavantages pour le prévenu, qui doit déjà se défendre contre une accusation à caractère pénal élevée contre lui.

793 L'action civile adhésive est d'abord une action *attitrée*, réservée au lésé et à quelques autres demandeurs privilégiés (proches de la victime, héritiers et tiers subrogés au lésé), mais pas à n'importe quelle personne justifiant d'un préjudice civil. Elle ne peut être exercée que contre le prévenu. L'action civile adhésive est ensuite une action limitée quant à son *fondement juridique*, qui réside principalement dans des prétentions en dommages-intérêts ou en indemnisation du tort moral fondées sur un acte illi-

cite (art. 41 ss CO). Les prétentions contractuelles en sont exclues, de même que les actions constatatoires tirées du droit de la personnalité (et de la LCD), qui ne se distinguent pas fondamentalement de l'action pénale accessoire déjà reconnue au lésé. En outre, l'action civile adhésive est limitée par le fait qu'elle trouve sa source dans l'infraction pénale visée par la procédure, ce qui empêche le lésé de réclamer la réparation de *dommages collatéraux*, qui seraient fondés sur d'autres actes illicites. Enfin, l'action civile adhésive exercée seule octroie au lésé des droits très limités, puisque ce dernier ne pourra que contester la partie de la décision qui tranche ou qui aurait dû trancher ses conclusions civiles, à l'exclusion de l'aspect pénal. Si, en pratique, le lésé agira aussi en qualité de partie plaignante au pénal, il ne pourra pas toujours le faire, notamment en cas de subrogation légale (art. 121 al. 2 CPP), où seuls les droits liés aux prétentions civiles sont transférés au subrogataire. L'action civile sera, dans cette mesure, largement *impuissante*.

Chapitre 5 : **Atteinte personnelle au bien juridique**

Dans les chapitres précédents, nous avons vu ce qu'était un bien juridique, ses différentes catégories, comment il fallait le déterminer et, enfin, son rôle fondamental dans la conception pénaliste du lésé retenue dans le CPP. Forts de ces différents éléments, il nous est désormais possible d'analyser en détails la première condition de l'atteinte subie par le lésé : son caractère *personnel*. 794

Dans ce chapitre, nous verrons que cette condition, qui trouve une assise dans le texte de l'art. 115 al. 1 CPP, renvoie à la titularité du bien juridique protégé par l'infraction **(I.)**. Nous montrerons ensuite que cette titularité s'entend avant tout des biens juridiques individuels **(II.)**, puis nous examinerons la situation, autrement plus controversée, des biens juridiques collectifs **(III.)**. Nous terminerons par une synthèse du chapitre **(IV.)**. 795

I. Titularité du bien juridique protégé par l'infraction

A. Rappel : première caractéristique de l'atteinte *(« … dont… »)*

Au moment de décomposer la définition générale du lésé (art. 115 al. 1 CPP), nous avions proposé de distinguer entre deux caractéristiques de l'atteinte au bien juridique du lésé, qui ressortent toutes deux du texte légal : une atteinte personnelle, d'abord, et une atteinte directe (ou immédiate), ensuite[1913]. 796

Comme première caractéristique de l'atteinte, l'art. 115 al. 1 CPP exige son caractère personnel : le lésé doit avoir été touché dans *ses propres droits* (cf. le pronom « dont ») par une infraction. Par droits, nous avons vu qu'il fallait entendre des biens juridiques, un seul étant d'ailleurs suffisant. Par infraction, nous avons aussi vu qu'il fallait entendre celle qui était visée par la procédure. Le lésé est donc la personne dont le bien juridique a été touché (ou atteint) par l'infraction qui fait l'objet de la procédure. Bien 797

[1913] Cf. N 396 ss *supra*.

qu'il s'agisse d'un concept largement dématérialisé, le bien juridique doit tout de même pouvoir appartenir à une personne déterminée: le lésé[1914]. On peut dire que le bien juridique s'incarne dans la personne du lésé.

798 Le lésé n'est donc personnellement lésé par l'infraction que si celle-ci l'atteint dans l'un de ses biens juridiques. Il doit s'agir de biens qui lui appartiennent en propre ou, en d'autres termes, dont il est le titulaire *(Träger)*. On retrouve aussi les termes de détenteur *(Inhaber)* ou – plus rarement – d'ayant droit *(Berechtigte)* du bien juridique[1915]. La notion de titularité nous paraît toutefois plus appropriée, en tant qu'elle rappelle que le lésé, en tant que personne, a la jouissance des droits civils et donc peut être titulaire de droits et d'obligations, mais également de biens juridiques[1916].

799 Nous avons déjà rencontré la notion de titularité au moment de présenter les deux grandes catégories de biens juridiques, individuels et collectifs[1917]. Ces catégories s'avéreront effectivement cruciales pour résoudre la question de la titularité du bien juridique. Avant d'en faire l'examen, il convient toutefois d'apporter une précision importante sur la condition de l'atteinte personnelle: le lésé doit certes être titulaire d'un bien juridique, mais pas de n'importe lequel; il doit s'agir du bien juridique *protégé* par l'infraction. On touche ici au périmètre de protection de l'infraction, notion qu'on retrouve également en droit allemand et français.

B. Périmètre de protection de l'infraction

800 Pour que l'atteinte subie par le lésé soit personnelle, il faut que l'infraction en cause ait pour vocation de le protéger dans ses biens juridiques propres[1918]. L'adjectif «personnel» décrit bien le fait que l'infraction doit avoir pour finalité de protéger un bien juridique dont le lésé est titulaire en tant que personne. Est donc déterminant *le périmètre de protection* (*Schutzbereich, Schutzrichtung* ou *Schutzzweck*)[1919] de l'infraction. On pourrait aussi parler du champ de protection personnel *(ratione personae)* de l'infraction.

[1914] Critiques envers cette tendance à l'abstraction: ESER, p. 1021, 1023 s.; HIRSCH, p. 35.

[1915] Sur ces dénominations: VASELLA, N 13.8; MONA, p. 110 (par opposition à *«Begünstigter»*); BOGUSCH p. 30; FIOLKA, Rechtsgut, p. 191 s. Voir aussi VERDE, N 61 et nbp 230, pour une comparaison avec le droit de la responsabilité civile.

[1916] Voir aussi MUSKENS, Statut, N 806; cf. toutefois RIEDO/LEHMANN, p. 71, qui distinguent entre jouissance des droits civils et titularité du bien juridique. Sur la capacité d'être lésé, cf. N 326 ss *supra*.

[1917] Cf. N 492 ss *supra*.

[1918] Voir HILF, FS Donatsch, p. 387, qui parle de *«persönliche Betroffenheit»* correspondant à la *«Beeinträchtigung individueller Interessen»*.

[1919] Cf. WEILENMANN, N 308; NYDEGGER, p. 61; STOLL, p. 420; ECHLE, Adhäsionsklage, p. 21; BOMMER, Überblick, p. 186; DROESE, Akteneinsicht, p. 29; ATF 141 IV 454 c. 2.3.2.

Notions voisines:

Un parallèle peut être tiré ici avec la notion d'*intérêt juridiquement protégé*, comme fondement de la qualité pour recourir (cf. art. 382 al. 1 CPP et 81 al. 1 LTF), qui dépend aussi de la protection personnelle offerte par la norme invoquée[1920].

On pense aussi à la *relation d'illicéité (Rechtswidrigkeitszusammenhang)*, notion qui consiste, dans la responsabilité civile pour acte illicite (art. 41 CO), à déterminer si la norme violée devait prévenir une atteinte du type de celle qui s'est produite, et donc à déterminer les biens juridiques que la norme tend à protéger[1921].

Délimiter le périmètre de protection de l'infraction suppose ainsi de déterminer le ou les biens juridiques qu'elle tend à protéger, puis de dire si la personne qui se prétend lésée en est titulaire. Cet exercice passe par *l'interprétation de l'infraction* en cause, qui a déjà fait l'objet de développements spécifiques dans le chapitre 3, auquel nous renvoyons[1922]. 801

La notion de bien juridique, bien connue en droit pénal matériel, doit aussi être préférée à d'autres notions aux contours beaucoup plus flous, telles que les «intérêts juridiquement protégés», qui ouvrent la porte à des interprétations plus fantaisistes et, surtout, plus extensives de la notion de lésé[1923]. 802

Dans ce cadre, la doctrine et la jurisprudence retiennent régulièrement que l'interprétation de l'infraction ne sert pas seulement à déterminer le bien juridique protégé, mais aussi qui est son titulaire[1924]. Cette affirmation doit être doublement nuancée. Tout d'abord, comme nous le verrons ci-après, le champ de protection de l'infraction doit couvrir des biens juridiques individuels. À défaut, soit lorsque l'infraction ne protège qu'un bien juridique collectif, l'atteinte que le comportement réprimé porte audit bien 803

[1920] Cf. ATF 145 IV 161 c. 3.1: «[l]e recourant doit ainsi établir que la décision attaquée viole *une règle de droit qui a pour but de protéger ses intérêts* et qu'il peut en conséquence en déduire un droit subjectif» (nous mettons en évidence); TF, 1B_52/2022, 19.5.2022, c. 2.1.1 [f]: «[l]e recourant doit avoir été affecté dans *des intérêts que la norme prétendument violée a pour but de protéger*» (nous mettons en évidence).

[1921] Cf. TF, 6B_81/2009, 30.6.2009, c. 3.3 [f]; 4A_54/2008, 29.4.2008, c. 5.3.2 [f]; VERDE, N 390 ss; GUYAZ/VAUTIER EIGENMANN, p. 204 s.; cf. déjà TERCIER, Préjudice réfléchi, p. 264; ENGEL, p. 487; *contra*: PIOTET, Avantage, p. 534 ss.

[1922] Cf. N 594 ss *supra*.

[1923] Cf. FALB, p. 345, pour l'ancienne procédure bernoise, qui qualifiait de lésé l'employeur dont l'employé était accusé d'avoir volé un client, compte tenu de l'art. 101 CO; en *Allemagne* voir SCHALL, p. 575, qui reconnaît, en cas d'escroquerie triangulaire, la qualité de lésé de la dupe, bien qu'elle ne soit pas titulaire du patrimoine touché.

[1924] Cf. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 45; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 188; PERRIER DEPEURSINGE, CPP annoté, Art. 115 p. 180; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 9; NYDEGGER, p. 60 s.; JEANNERET/DROZ, N 47; TF, 6B_960/2017, 2.5.2018, c. 1.1 [f]; 6B_439/2016, 21.4.2017, c. 2.1 [f]; 6B_252/2013, 14.5.2013, c. 2.1 [f].

est générale et «impersonnelle», en ce sens qu'elle touche tout le monde à la fois, mais aussi, et surtout, personne en particulier[1925]. Les biens juridiques collectifs appartiennent à l'État ou à la société en général, ils n'acceptent pas de titulaire individuel, de sorte que les infractions qui les protègent ne produisent généralement pas de lésés[1926]. Ensuite, même pour les infractions protégeant des biens juridiques individuels, l'interprétation ne permet que d'identifier le *cercle* des lésés *potentiels*, soit les titulaires du bien juridique individuel en question. Pour que ceux-ci puissent être qualifiés de lésés, encore faut-il que ce bien juridique ait effectivement été lésé ou mis en danger par le comportement reproché au prévenu et ce, de façon directe ou immédiate; c'est l'objet de la seconde condition de l'atteinte, son caractère direct, qui sera examinée ci-après.

804 Précisons enfin que cette notion de périmètre de protection de l'infraction se retrouve aussi chez les auteurs – essentiellement alémaniques – qui ne font pas du caractère personnel de l'atteinte une condition spécifique du statut de lésé prévue à l'art. 115 CPP[1927]. Ces auteurs consacrent également des développements à la titularité du bien juridique; seulement, ils ne figureront généralement pas dans un chapitre dédié, mais seront présentés en lien avec le caractère direct de l'atteinte[1928].

C. Perspective de droit comparé

805 La notion de périmètre ou de champ de protection de l'infraction se retrouve également dans la définition du lésé chez certains de nos voisins, en particulier en Allemagne et en France, pays qui ont exercé une influence déterminante sur le droit pénal suisse, chacun à leur manière. Le droit allemand a théorisé le concept de bien juridique et montré toute son utilité pour la résolution de questions de droit pénal matériel et formel. Le droit français a développé l'action civile dans le procès pénal, qui a été importée dans plusieurs cantons suisses, avant d'être reprise dans le CPP. Il se justifie d'exposer brièvement comment ces ordres juridiques étrangers traitent de la qualité de lésé en procédure pénale, en particulier s'agissant du périmètre de protection de l'infraction.

806 Cette mise en perspective doit permettre de confirmer que la conception du lésé en procédure pénale suisse n'est pas isolée, mais s'inscrit au contraire dans une tendance générale qui se retrouve chez (certains de) nos voisins. La notion de lésé ne se recoupe toutefois pas parfaitement dans ces trois ordres juridiques, et les droits allemand et français connaissent certaines spécificités nationales, qui méritent d'être mentionnées en tant qu'elles peuvent servir de source d'inspiration pour l'analyse de l'art. 115 CPP.

[1925] Cf. aussi HILF, FS Donatsch, p. 389: *«keiner Opfer ist, wenn jeder Opfer ist»*. On pourrait aussi dire que l'atteinte touche tout le monde, mais trop peu, et donc personne suffisamment.
[1926] La situation spécifique de l'État sera examinée ci-dessous: cf. N 1009 ss *infra*.
[1927] Cf. not. WEILENMANN, N 308; NYDEGGER, p. 61; STOLL, p. 420; ECHLE, Adhäsionsklage, p. 21; BOMMER, Überblick, p. 186; voir déjà DROESE, Akteneinsicht, p. 29.
[1928] Cf. N 402 *supra*.

1. Approche similaire en droit allemand

Pendant longtemps, le droit de procédure pénale allemand ne connaissait pas de définition légale du lésé *(Verletzter)*. La notion apparaissait dans de nombreuses (plus de 30) dispositions du *Strafprozessordnung* (StPO/D), au sein d'institutions juridiques variées[1929], sans être toutefois interprétée de façon uniforme, mais en fonction des buts propres à chacune de ces institutions[1930]. En pratique, les développements les plus complets sur la notion de lésé se retrouvent le plus souvent en lien avec la *Klageerzwingungsverfahren* (§§ 172 ss StPO/D), soit la procédure qui permet au lésé de recourir contre une décision de classement de la procédure par le ministère public. 807

Il est intéressant de noter que, en 1986 déjà, à l'occasion d'une modification législative destinée à renforcer la position du lésé[1931], le gouvernement allemand retenait que «[d]*ie nähere Bestimmung des Verletzten in Grenzbereichen sollte der Rechtsprechung überlassen bleiben*»[1932] – soit une formulation quasi identique à celle du Conseil fédéral dans le Message de 2005 sur le CPP[1933] –, tout en précisant ensuite que *«eine notwendigerweise generalisierende gesetzliche Regelung könnte, wie auch ausländische Regelungen zeigen, zu einer grösseren Rechtssicherheit nicht nennenswert beitragen»*[1934]. 808

Toutefois, dans le cadre d'une révision partielle du StPO/D, entrée en vigueur le 1er juillet 2021[1935], le législateur allemand a finalement introduit une définition générale du lésé, sur le modèle de celle qui valait jusqu'alors dans le cadre de la *Klageerzwingungsverfahren*[1936]. Cette définition, qui vaut désormais pour l'ensemble du code[1937], a la teneur suivante: 809

[1929] Not. la *Klageerzwingungsverfahren* (§ 172 StPO/D), la *Privatklage* (§§ 374 ss StPO/D), la *Nebenklage* (§§ 395 ss StPO/D), l'*Adhäsionsklage* (§§ 403 ss StPO/D) et les *Sonstige Befugnisse des Verletzten* (§§ 406d ss StPO/D).

[1930] BGHSt 4, 202 (203); 5, 85 (87); 18, 283 (284); HELMKEN, Opfer, p. 175 ss; ENDLER, p. 36 ss; KK StPO-MOLDENHAUER, § 172 N 18a; SK StPO-WOHLERS, § 172 N 23; MüKo StPO-KÖLBEL, § 172 N 14; cf. déjà WEIGEND, Deliktsopfer, p. 415 ss (critique).

[1931] *Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, in *Bundestags-Drucksache* 10/5305, 10.4.1986.

[1932] *Bundestags-Drucksache* 10/5305, 10.4.1986, p. 16.

[1933] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1170: *«Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Definition der Geschädigteneigenschaft in Randbereichen wie bis anhin Rechtsprechung und Lehre zu überlassen ist»*.

[1934] *Bundestags-Drucksache* 10/5305, 10.4.1986, p. 16 s.

[1935] *Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften* du 25.6.2021, in *Bundesgesetzblatt* 2021 I (Nr. 37) 2099 ss.

[1936] *Bundestags-Drucksache* 19/27654, 17.3.2021, p. 100.

[1937] *Bundestags-Drucksache* 19/27654, 17.3.2021, p. 99 s.; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 373b N 1; *contra*: LR StPO-WENSKE, § 373b N 9; KK StPO-ALLGAYER, § 373b N 3, pour qui la notion de lésé continue à s'analyser pour chaque norme séparément.

§ 373b Begriff des Verletzten

(1) Im Sinne dieses Gesetzes sind Verletzte diejenigen, die durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben.

(2) Verletzten im Sinne des Absatzes 1 gleichgestellt sind

1. der Ehegatte oder der Lebenspartner,
2. der in einem gemeinsamen Haushalt lebende Lebensgefährte,
3. die Verwandten in gerader Linie,
4. die Geschwister und
5. die Unterhaltsberechtigten

einer Person, deren Tod eine direkte Folge der Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, gewesen ist.

810 Bien que, comme nous allons le voir ci-dessous, cette définition s'avère par certains aspects plus large que son pendant suisse, elle se fonde sur des éléments similaires, voire identiques à ceux de l'art. 115 al. 1 CPP : sont ainsi des lésés, notamment, les personnes ayant été directement *(unmittelbar)* atteintes dans leurs biens juridiques *(in ihren Rechtsgütern)* par l'infraction. Or, cette notion d'atteinte aux biens juridiques du lésé est analysée, de la même manière qu'en droit suisse, à l'aide du périmètre ou du champ de protection *(Schutzbereich)* de l'infraction, qui doit s'étendre à un bien juridique individuel dont le lésé est titulaire[1938].

811 Dans le cadre de la révision de 2021, le législateur allemand est parti de l'idée que la titularité d'un bien juridique individuel coïncidait avec l'exigence d'une atteinte directe *(unmittelbar)*[1939]. La doctrine, pour sa part, qualifie cette dernière exigence de superflue et s'en tient au *Schutzbereich* : soit l'infraction protège un bien juridique individuel, et donc une personne déterminée peut en être titulaire et subir une atteinte à celui-ci, soit elle protège exclusivement un bien juridique collectif, et donc il n'y a pas de place pour une atteinte (directe ou non) à un quelconque bien juridique individuel[1940]. Nous verrons toutefois ci-dessous que ce caractère direct pourrait bien, à

[1938] *Cf. pour le nouvel § 373b StPO/D :* KK StPO-ALLGAYER, § 373b N 9 s. ; LR StPO-WENSKE, § 373b N 25 s. ; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 373b N 5 ; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 41 N 5 et § 65 N 3 ; *cf. l'approche similaire pour le § 172 StPO/D* : OLG Brandenburg BeckRS 2008 17207 ; OLG Stuttgart NStZ 1997 254 ; LR StPO-GRAALMANN-SCHEERER, § 172 N 52, 55 ; SK StPO-WOHLERS, § 172 N 25, 27 ss ; HEFENDEHL, Verletzten, p. 588 s., 589 ; HELMKEN, Opfer, p. 182, 187 ; KÜPPER, p. 282 s. *(« Schutzbereichlehre »)* ; *contra* : SCHALL, p. 573 ss, qui veut remplacer ce critère par celui d'une *« spezifische Nähebeziehung »*, qui se retrouve toutefois déjà chez les partisans de la *« Schutzbereichlehre »*.

[1939] *Bundestags-Drucksache* 19/27654, 17.3.2021, p. 100.

[1940] LR StPO-WENSKE, § 373b N 11 ; SCHALL, p. 571 nbp 23 ; BRAND, p. 750 s. ; HELMKEN, Opfer, p. 182 ; GILGER, p. 292. Critique ég. SK StPO-WOHLERS, § 172 N 25 ; cf. déjà FRISCH, p. 8.

l'instar de ce que nous proposons en droit suisse pour l'art. 115 CPP, être compris dans le sens d'un lien de causalité directe[1941].

Notons cependant que cette nouvelle définition légale étend la qualité de lésé au-delà du seul *Schutzbereich*, puisqu'elle qualifie également de lésés les personnes ayant directement subi un dommage *(«unmittelbar einen Schaden erlitten haben»)* par l'infraction. Avec cette formulation, qui reprend la terminologie européenne[1942], le législateur allemand entendait couvrir les hypothèses dans lesquelles la norme ne protège certes pas un bien juridique individuel, mais où un particulier subit néanmoins une atteinte dans ses droits ou ses intérêts juridiques, l'exemple cité dans les travaux législatifs étant les *Aussagedelikte*, qui ne protègent que l'administration de la justice[1943]. 812

Reste à voir si les tribunaux reconnaîtront à cette partie de phrase une véritable portée pratique. La doctrine semble partagée: alors que certains auteurs estiment que cette extension de la qualité de lésé devrait favoriser une forme d'action populaire, notamment en matière environnementale[1944], la majorité de la doctrine se montre attachée à une conception pénale du lésé, dépendante avant tout du périmètre de protection de l'infraction, et donc du bien juridique protégé par celle-ci[1945]. On notera que cette dernière approche n'empêche nullement l'admission d'un lésé pour les *Aussagedelikte*, si l'on peut retenir que ces infractions protègent également, à côté de l'administration de la justice, un bien juridique individuel, comme c'est d'ailleurs le cas en droit suisse[1946]. 813

2. Approche similaire en droit français

Un détour par le droit français conforte aussi cette idée de champ de protection de l'infraction, que l'on examine la question sous l'angle – traditionnel – de l'action civile ou – comme le propose un courant doctrinal récent – de l'action pénale dite «privée». 814

Dans le cadre de l'action civile tout d'abord – soit l'une des institutions les plus complexes du droit de procédure pénale français[1947] –, l'art. 2 al. 1 CPP/F prévoit expressément que le dommage causé par l'infraction doit être à la fois personnel et direct: 815

[1941] Cf. N 1152 ss *infra*.

[1942] Cf. la Directive 2012/29/UE sur les droits des victimes, qui définit la victime comme «toute personne physique ayant subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique, mentale, ou émotionnelle ou une perte matérielle, qui a été directement causé par une infraction pénale» (art. 2 al. 1 let. a ch. i).

[1943] *Bundestags-Drucksache* 19/27654, 17.3.2021, p. 100 s.

[1944] KK StPO-ALLGAYER, § 373b N 11, citant ég. les infractions au droit du marché des capitaux.

[1945] LR StPO-WENSKE, § 373b N 11, 25 ss; BeckOK StPO-WEINER, § 373b N 13; cf. aussi ROXIN/SCHÜNEMANN, § 41 N 6.

[1946] Cf. N 993 *infra*.

[1947] PRADEL, p. 274; cf. aussi KLINGLER, N 505.

Article 2

L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction.

816 Bien que cet article ne contienne aucune définition du lésé ou de la victime en tant que tels, ce qui a pu être regretté en doctrine[1948], il ouvre néanmoins l'action civile à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Même si ces deux notions sont très proches l'une de l'autre et sont parfois confondues[1949], c'est toutefois en lien avec la condition du préjudice *personnel* que la jurisprudence de la Cour de cassation a développé, dès la fin des années 1950, la théorie des *infractions d'intérêt général*[1950]. Selon celle-ci, l'action civile de la victime est exclue lorsque l'infraction en cause ne protège qu'un intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt particulier ou privé[1951] – le parallèle avec les biens juridiques individuels et collectifs en droit suisse est frappant. Autrefois florissante, notamment en matière économique, cette théorie a été critiquée en doctrine et a eu tendance à reculer dans la jurisprudence de ces dernières années, au point d'être parfois qualifiée de «moribonde»[1952]. Elle continue toutefois à être appliquée pour un nombre restreint d'infractions[1953], au point que certains affirment que la théorie des infractions d'intérêt général est bel et bien vivante («le cadavre bouge encore»), mais qu'elle a simplement été expurgée de ses excès passés[1954]. Cette théorie supporte en tout cas l'idée, défendue ici, selon laquelle le type de bien juridique protégé par l'infraction va déterminer le caractère personnel ou non de l'atteinte subie par le lésé. La doctrine récente raisonne à l'aide de la figure du bien juridique protégé – souvent appelé en France valeur sociale protégée – pour délimiter le cercle des personnes pouvant se prévaloir d'un préjudice personnel et donc se constituer partie civile[1955].

[1948] MARIAT, Action civile, p. 189; DETRAZ, Notion textuelle, p. 78.

[1949] DEBOVE/FALLETTI, p. 619; PRADEL/VARINARD, Grands arrêts procédure, p. 137.

[1950] DEBOVE/FALLETTI, p. 619; PRADEL/VARINARD, Grands arrêts procédure, p. 137; PRADEL, p. 268 ss; DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, N 1374; cf. déjà LARGUIER JEAN, Action individuelle et intérêt général, quelques réflexions sur le juge pénal et l'action civile, in Mélanges Louis Hugheney, Paris 1964, 87 ss, p. 90; cpr. toutefois GUINCHARD/BUISSON, N 1363, qui l'associent au préjudice *direct*.

[1951] PRADEL/VARINARD, Grands arrêts procédure, p. 141 ss; LACAZE, Bien juridique, N 718 nbp 1473.

[1952] BONFILS, L'action civile, Essai sur la nature juridique d'une institution, Marseille 2000, N 39, cité par DETRAZ, Infractions d'intérêt général, N 2.

[1953] Par ex. l'atteinte à l'autorité de la justice (art. 424-24 ss CP/F) ou l'atteinte au secret de la défense nationale (art. 413-9 ss CP/F); cf. GUINCHARD/BUISSON, N 1304 et 1363; PRADEL/VARINARD, Grands arrêts procédure, p. 148 ss; PRADEL, p. 269 s.; cf. aussi DETRAZ, Infractions d'intérêt général, N 28, avec d'autres exemples.

[1954] DETRAZ, Infractions d'intérêt général, N 3 et 28 ss; MARTINELLE, N 130.

[1955] DARSONVILLE, p. 39 s. et ALIX, toutes deux en référence à Crim., 12.3.2019, Bull. crim. 2019, n° 53; MARIAT, Recevabilité, qui lie intérêt personnel et bien juridique protégé; cf. aussi DETRAZ, Préjudice écologique, N 24 nbp 82.

Au-delà de la théorie des infractions d'intérêt général, la doctrine française a connu, dans les années 1970, un vif débat sur la nature juridique de l'action civile elle-même, qui opposait – et oppose toujours – les partisans d'une conception dualiste à ceux d'une conception unitaire de l'action civile[1956]. Selon la *conception dualiste*, l'action civile n'est pas la même lorsqu'elle est exercée devant les juridictions civiles ou les juridictions pénales. Dans ce dernier cas, elle poursuit un double objectif, à savoir non seulement la réparation du préjudice causé à la victime, mais aussi la répression de l'auteur de l'infraction, puisqu'elle a pour effet de déclencher l'action publique[1957]. Il s'agirait alors d'une action «duale», «dissociée», «à double visage», comprenant à la fois un aspect indemnitaire et un aspect vindicatif[1958]. À l'opposé, la *conception unitaire* défend l'idée que l'action civile, même exercée devant les tribunaux pénaux, reste toujours une action en réparation, indépendante de l'action publique[1959]. 817

La portée pratique de cette controverse ne doit pas être surestimée, car même les partisans de la conception unitaire de l'action civile admettent désormais l'existence d'une autre action, de nature pénale, qui permet à la victime de l'infraction, au travers de sa constitution de partie civile, de mettre en mouvement l'action publique et de participer à la procédure[1960]. Sans l'affirmer clairement, la jurisprudence penche néanmoins en faveur de la conception dualiste de l'action civile, en reconnaissant depuis longtemps que «l'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu»[1961]. Le parallèle avec l'action pénale accessoire et l'action civile adhésive du lésé en procédure pénale suisse est, une nouvelle fois, frappant. 818

Se fondant sur cette distinction entre action civile à vocation réparatrice et action pénale à vocation répressive, une partie de la doctrine française propose d'en tirer des conclusions sur la définition du titulaire de chaque action. Alors que la *victime civile*, partie demanderesse à une action civile comprise comme n'ayant plus qu'une finalité réparatrice, peut être définie de manière large, la *victime pénale*, partie demanderesse à une action pénale à finalité répressive, doit être comprise de manière plus restric- 819

[1956] Pour une présentation, cf. AMBROISE-CASTÉROT/BONFILS, N 169 ss.

[1957] Solution consacrée par le célèbre arrêt *Laurent-Athalin*, rendu sous l'empire du Code d'instruction criminelle (CIC): Crim., 8.12.1906, D. 1907 I 207. Sur cet arrêt, cf. LEROY, p. 199 s.; GUINCHARD/BUISSON, N 1291 s.

[1958] VAN DE KERCHOVE, Intérêt, p. 92; AMBROISE-CASTÉROT, N 175 ss; LACAZE, Action pénale, N 3.

[1959] RASSAT, Procédure pénale, N 220; LEROY, p. 194 ss; BONFILS, 60 ans, N 11 s.; dans une perspective suisse: WEILENMANN, N 102.

[1960] AMBROISE-CASTÉROT/BONFILS, N 171 s.; BONFILS, 60 ans, N 11.

[1961] Crim., 8.6.1971, D. 1971 594; CourEDH (GC), Perez c. France, n° 47287/99, 12.2.2004, § 69: «la Cour de cassation admet l'action civile à des fins purement répressives, ce qui peut conduire la doctrine à parler, indifféremment d'ailleurs, ‹d'action civile à but répressif› ou de ‹constitution de partie civile à but répressif›»; Hamer c. France, 7.8.1996, n° 19953/92, § 74: «le droit français opère une distinction entre la constitution de partie civile proprement dite et l'action civile en réparation du préjudice subi du fait de l'infraction»; DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, N 1341 ss; MARIAT, Recevabilité, p. 1.

tive[1962]. Le champ de protection de l'infraction doit précisément permettre de limiter le cercle des demandeurs à cette action pénale dite «privée»[1963]. La victime pénale – ou «partie lésée» (cf. art. 1 al. 2 CPP/F) – se définirait alors comme celle qui a subi le résultat infractionnel, c'est-à-dire le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction ayant été lésé ou mis en danger par celle-ci[1964]. Ce courant doctrinal récent importe donc la notion de bien juridique – concept d'inspiration germanique qui n'était jusqu'alors guère discuté dans la théorie générale de l'infraction en France[1965] – dans sa définition du lésé en procédure pénale, qui finit par se rapprocher, ici aussi, de celle de l'art. 115 al. 1 CPP.

II. Biens juridiques individuels

820 Pour subir une atteinte personnelle, le lésé de l'art. 115 al. 1 CPP doit être titulaire du bien juridique protégé par l'infraction, respectivement d'un des biens juridiques co-protégés par l'infraction. Cette notion de titularité du bien juridique se rapporte avant tout aux biens juridiques individuels, ce qui s'explique par les éléments suivants.

A. Reprise de l'ancienne notion de «lésé typique»

821 Tout d'abord, l'acception du terme lésé comme se référant au titulaire d'un bien juridique individuel avait déjà cours avant l'entrée en vigueur du CPP, sous l'égide des anciens codes de procédure pénale cantonaux, mais aussi de l'ancienne loi fédérale sur la procédure pénale (PPF) et de la jurisprudence rendue à propos du droit de plainte prévu à l'art. 30 al. 1 CP[1966].

822 Le Tribunal fédéral avait à l'époque tracé un certain nombre de «lignes directrices» destinées à harmoniser, dans la mesure du possible, la notion de lésé au sein de ces diverses réglementations[1967]. Il en ressortait – plus ou moins explicitement – que le lésé se concevait avant tout en lien avec les infractions protégeant des biens juridiques individuels; il s'entendait alors comme le titulaire du bien juridique contre lequel l'acte punissable était, par définition, dirigé[1968]. La doctrine de l'époque allait égale-

[1962] RABUT-BONALDI, p. 324 ss, 381 s., 391; MARTINELLE, N 280 s. et 319 s.; LACAZE, Bien juridique, N 721.

[1963] Dont le pendant est l'action pénale «publique», exercée par le ministère public: RABUT-BONALDI, p. 421; cf. aussi MARIAT, Recevabilité; LACAZE, Bien juridique, N 706 s.

[1964] RABUT-BONALDI, p. 198 ss, 328 s., 429 ss; LACAZE, Bien juridique, N 709 ss; MARIAT, Recevabilité; MARTINELLE, N 280 ss; cf. ég. Cass., Recueil annuel 2024, p. 18. Sans aller aussi loin, OLLARD, p. 585, propose néanmoins de réserver l'action civile (art. 2 CPP/F) à la seule victime pénale, soit la personne ayant subi le résultat pénal de l'infraction, laquelle pourrait, une fois la recevabilité de son action admise, demander la réparation de tous les chefs de préjudice en résultant (cf. art. 3 CPP/F), soit une conception très proche de celle du CPP; dans ce dernier sens, cf. aussi DETRAZ, Notion textuelle, p. 76 s.

[1965] Cf. nbp. 1036 *supra*.

[1966] Cf. WEILENMANN, N 251; GARBARSKI, RPS 2012, p. 165; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 4; cf. déjà STRÄULI, Pourvoi, N 81 ss.

[1967] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 18; DROESE, Akteneinsicht, p. 3 ss; cf. déjà BRUNNER, p. 25. Voir aussi ATF 138 IV 258 c. 2.2: *«bestimmte Grundsätze»*.

ment dans ce sens[1969], ce qui permettait au Tribunal fédéral d'affirmer qu'il s'agissait là d'une conception générale prévalant en droit de procédure pénale suisse[1970].

Quant à la jurisprudence cantonale, si certains cantons avaient dans un premier temps adopté une approche dite «civiliste» de la notion de lésé, qui se désintéressait du bien juridique pour se concentrer sur l'existence d'un dommage au sens civil du terme[1971], tous avaient néanmoins fini par s'aligner sur la conception «pénaliste», qui était fonction de la titularité d'un bien juridique individuel[1972]. Le risque était qu'en se montrant trop restrictif dans l'interprétation du lésé par rapport aux lignes directrices du Tribunal fédéral, les cantons se voient condamnés pour application arbitraire (art. 9 Cst.) de leur propre droit de procédure pénale[1973]. Cependant, rien ne les empêchait d'aller plus loin et de reconnaître la qualité de lésé à d'autres personnes qu'au seul titulaire du bien juridique[1974]. 823

[1968] ATF 117 Ia 135 c. 2a: «*Als Geschädigter ist nur* […] *der Träger des durch die Strafdrohung geschützten Rechtsgutes, gegen das sich die Straftat ihrem Begriff nach richtet*»; cf. ég. ATF 129 IV 95 c. 3.1 et 3.5; 123 IV 184 c. 1c; 120 Ia 220 c. 2b et 2c; 119 Ia 342 c. 2b; TF, 6B_870/2009, 18.3.2010, c. 1.2 [f]; 1P.393/2004, 26.1.2005, c. 4 [d]; 1P.448/2004, 4.10.2004, c. 2.2 [f]; cf. aussi TANNER, p. 23 s.; MAURER, p. 133.

[1969] PIQUEREZ, p. 330; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 1; SCHMID, Strafprozessrecht, N 502 s.; JABORNIGG, p. 15; CORBOZ, Pourvoi, p. 137 s.; STRÄULI, Pourvoi, N 87 ss; DERISBOURG-BOY, p. 29; cf. déjà BRUNNER, p. 25; HARTMANN, p. 458 s.; PFENNINGER, Verletzte, p. 182; REHBERG, Strafantrag, p. 248 s. (pour l'art. 30 al. 1 CP); BAUMANN, p. 21; pour plus d'explications et d'autres références, cf. WEILENMANN, N 253 ss.

[1970] ATF 117 Ia 135 c. 2a; 120 Ia 220 c. 3b; TF, 1P.620/2001, 21.12.2001, c. 2.1 [f].

[1971] *Genève:* GARBARSKI, RPS 2012, p. 177 ss; GARBARSKI, SJ 2010, p. 48 s.; REY, Art. 12 N 1.2.1 et Art. 24 N 1.1.1.1; MACALUSO, Quelques aspects, p. 96; TF, 6B_680/2013, 6.11.2013, c. 3.2 [f]; *Vaud*: JdT 1948 III p. 37; *Berne*: FALB, p. 332, 341 ss; RJB 1960 p. 332 avec la note de WAIBLINGER, p. 346 s.; *Neuchâtel*: TC NE, RJN 2006 125.

[1972] *Vaud:* TF, 6B_390/2008, 9.7.2008, c. 3.2 [f]; 1P.620/2001, 21.12.2001, c. 2.1 [f]; JdT 2000 III 60 et la note de MOREILLON; BOVAY BENOÎT/DUPUIS MICHEL/MONNIER GILLES/MOREILLON LAURENT/PIGUET CHRISTOPHE, Procédure pénale vaudoise, 3e éd., Bâle 2008, Art. 83 N 2; *Genève*: GARBARSKI, RPS 2012, p. 177 ss; REY, Art. 12 N 1.2.1 s.; HEYER/MONTI, p. 162 ss; HARARI/ROTH/STRÄULI, p. 421; *Neuchâtel*: BAUER/CORNU, Art. 4 N 2 ss; TC NE, RJN 2000 p. 200; *Fribourg*: TF, 6B_491/2008, 7.10.2008, c. 2.1.1 [f]; PILLER/POCHON, N 31.2; *Jura*: RJJ 1998 p. 173; RJJ 1997 p. 72; *Valais* Dans ce premier chapitre: DUCROT, p. 334; *Berne*: MAURER, p. 132 ss; RJB 1997 p. 578; RJB 1985 p. 521; *Tessin*: 1P.309/2002, 31.10.2002, c. 3 [i]; RUSCA/SALMINA/VERDA, Art. 69 N 1 et 5; Commentario CPP-GALLIANI/MARCELLINI, Art. 115 N 8; *Zurich*: DROESE, Akteneinsicht, p. 9 ss; SCHMID, Strafprozessrecht, N 502 ss; BRUNNER, p. 27; *Thurgovie*: ZWEIDLER, § 54 N 1; cf. ég. les références citées in ATF 117 Ia 135 c. 2a; *Schaffhouse*: RAWYLER, p. 126 s.; *Saint-Gall*: OBERHOLZER, Grundzüge[2], N 580 ss; *Argovie*: TF, 1P.759/2006, 27.3.2007, c. 2.3.5 [d]; cf. ég. la pratique du *Tribunal pénal fédéral* sous l'aPPF: MOREILLON/DUPUIS/MAZOU, p. 96 ss.

[1973] Voir par ex. ATF 117 Ia 135 c. 2c (Thurgovie); 118 Ia 14 c. 2b (Zurich); 119 Ia 342 c. 2b (Zurich); 120 Ia 220 c. 3c (Zurich); cf. aussi WEILENMANN, N 251.

[1974] Notamment pour leur permettre de se constituer parties plaignantes au civil: cf. par ex. TF, 1P.759/2006, 27.3.2007, c. 2.3.5 [d] (Argovie); TF, 1P.620/2001, 21.12.2001, c. 2.1 [f].

DROESE qualifiait ainsi le lésé correspondant aux lignes directrices du Tribunal fédéral de lésé au sens matériel du terme, qu'il distinguait du lésé au sens formel du terme, dont la définition dépendait de la réglementation cantonale en cause et pouvait aller au-delà – mais pas en-deçà – de la notion matérielle de lésé[1975].

824 Le lésé compris comme le titulaire du bien juridique individuel protégé par l'infraction en cause était alors qualifié de «lésé direct»[1976] ou de *«tatbeständlich Verletzter»*[1977], expression pouvant se traduire par «lésé typique», en référence à la notion de typicité *(Tatbestandsmässigkeit)*. Cette dénomination souligne que le lésé était alors considéré comme celui qui était personnellement visé par le comportement typique, ce qui se concevait avant tout pour les infractions dirigées contre des biens juridiques individuels.

825 La notion de *«tatbeständlich Verletzter»* a par la suite été reprise dans les travaux préparatoires du CPP, notamment dans le rapport explicatif à l'appui de l'avant-projet de 2001, qui y faisait explicitement référence dans sa version allemande et l'associait aux biens juridiques individuels[1978]. La phrase se retrouve à l'identique ou presque dans le Message du Conseil fédéral de 2005, toujours dans sa version allemande uniquement: «*Bei den Straftatbeständen, die individuelle Rechtsgüter wie Leib und Leben, Vermögen, Ehre etc. schützen, sind dies die so genannten* tatbeständlich Verletzten»[1979]. De manière générale, on note que le législateur n'a pas entendu, avec l'art. 115 CPP, s'écarter de la conception du lésé qui prévalait auparavant[1980], de sorte que ce sont les biens juridiques individuels qui sont concernés au premier plan. L'expression «lésé typique» est du reste toujours utilisée par une partie importante de la doctrine alémanique[1981].

[1975] DROESE, Akteneinsicht, p. 4 s.; JABORNIGG, p. 14; NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, p. 1058.

[1976] ATF 117 Ia 135 c. 2a *(«unmittelbar Geschädigte»)*; 98 IV 241 *(«unmittelbar Verletzter»)*. Récemment: ATF 145 IV 237 c. 5.1.1 (art. 73 CP).

[1977] DROESE, Akteneinsicht, p. 4, en référence à la jurisprudence zurichoise; LIEBER, p. 180; SCHMID, Strafprozessrecht, N 503; REHBERG, Adhäsionsprozess, p. 631; BRUNNER, p. 25; PFENNINGER, Verletzte, p. 182; BAUMANN, p. 22; TF, 6B_557/2010, 9.3.2011, c. 5.1 [d].

[1978] Rapport explicatif A-P CPP, ch. 233.1 p. 89: «*Dies sind mindestens bei jenen Straftatbeständen, die individuelle Rechtsgüter wie Leib und Leben, Vermögen, Ehre etc. schützen, die sogenannten* tatbeständlich Verletzten» (nous mettons en évidence). La version française, moins précise, évoquait seulement la «personne qui est touchée par l'infraction» (p. 90).

[1979] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1169 s. (nous mettons en évidence). Comp. avec la version française (p. 1148), qui ne reprend pas l'expression.

[1980] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1148; cf. aussi ATF 138 IV 258 c. 2.2; 143 IV 77 c. 2.2.

[1981] BSK StPO-KÜFFER, Art. 105 N 3; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 21; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 684; SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 115 N 2; NYDEGGER, p. 62; ZK StPO²-LIEBER, Art. 115 N 1.

B. Jurisprudence et doctrine

826 Ensuite, depuis l'entrée en vigueur du CPP en 2011, il est très largement, pour ne pas dire unanimement admis que le lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP se définit comme le titulaire d'un bien juridique *individuel* protégé par l'infraction en cause.

827 Cette position est d'abord celle du *Tribunal fédéral*, ainsi que cela ressort de son principal considérant-type sur la qualité de lésé[1982]:

> «La notion de lésé est définie à l'art. 115 al. 1 CPP. Il s'agit de toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction […]. Lorsque la norme ne protège pas en première ligne les biens juridiques individuels, seule est considérée comme lésée la personne qui est affectée dans ses droits par l'infraction sanctionnée par la norme en cause, pour autant que l'atteinte apparaisse comme la conséquence directe du comportement de l'auteur. Il suffit, dans la règle, que le bien juridique individuel dont le lésé invoque l'atteinte soit protégé secondairement ou accessoirement, même si la disposition légale protège en première ligne des biens juridiques collectifs. En revanche, celui dont les intérêts privés ne sont atteints qu'indirectement par une infraction qui ne lèse que des intérêts publics, n'est pas lésé au sens du droit de procédure pénale […]».

828 Même si certaines parties de ce considérant prêtent à confusion, notamment quant à la qualité de lésé en présence d'infractions protégeant des biens juridiques collectifs, situation que nous examinerons ci-dessous[1983], on en déduit cependant aisément qu'un lésé ne se conçoit que par rapport à un bien juridique individuel:

> En reprenant et en reformulant le considérant reproduit ci-dessus, on peut dire que la situation classique est celle dans laquelle la norme protège «en première ligne les biens juridiques individuels». Lorsque tel n'est pas le cas, à savoir lorsque la «disposition légale protège en première ligne des biens juridiques collectifs», un lésé n'entre en considération que si cette disposition protège, «secondairement ou accessoirement» au moins, un bien juridique individuel. Par opposition, il n'y a pas de place pour un lésé en présence d'une infraction «qui ne lèse que des intérêts publics», et donc aucun bien juridique individuel.

829 Certains autres arrêts du Tribunal fédéral en français se réfèrent expressément au Message du Conseil fédéral pour retenir que:

> «Les droit touchés sont les biens juridiques individuels tels que la vie et l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc.»[1984].

[1982] ATF 147 IV 269 c. 3.1; cf. aussi TF, 6B_615/2015, 29.10.2015, c. 1.1 [f] n.p. in ATF 141 IV 444. Pour le même considérant en allemand: ATF 148 IV 170 c. 3.2; 145 IV 491 c. 2.3.1; 141 IV 454 c. 2.3.1; 140 IV 155 c. 3.2; 138 IV 258 c. 2.3; cf. aussi TF, 6B_856/2018, 19.8.2019, c. 3.3 [d] n.p. in ATF 145 IV 433.

[1983] Cf. N 901 ss *infra*.

[1984] ATF 141 IV 1 c. 3.1; 139 IV 78 c. 3.3.3, et les très nombreux arrêts non publiés, dont TF, 1B_537/2021, 13.1.2022, c. 2.1 [f]; cf. déjà TF, 6B_557/2010, 9.3.2011, c. 5.1 [d]

830 Une autre phrase, qui apparaît dans de nombreux autres arrêts non publiés de la (I^e^ et désormais aussi II^e^) Cour de droit pénal, résume parfaitement la position du Tribunal fédéral :

> « Lorsque la norme protège un bien juridique individuel, la qualité de lésé appartient au titulaire de ce bien »[1985].

831 Cette position est également celle de la *doctrine* majoritaire, pour ne pas dire unanime : qu'il s'agisse des commentaires du CPP[1986], des précis, manuels et autres ouvrages généraux de procédure pénale[1987] ou des monographies et articles traitant spécifiquement de la question[1988], l'immense majorité de la doctrine s'accorde à dire que le lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP est nécessairement titulaire d'un bien juridique individuel protégé par l'infraction en cause.

C. Théorie des biens juridiques et conception pénaliste du lésé

832 Enfin, et plus fondamentalement, la conception du lésé en tant que titulaire d'un bien juridique individuel protégé par l'infraction en cause s'avère cohérente avec la théorie générale des biens juridiques *(Rechtsgutslehre)* et ses implications en droit pénal matériel. Nous avons vu que les biens juridiques individuels se définissaient précisément par rapport à leur titulaire, qui était une personne (physique ou morale) déterminée[1989]. Cette personne n'est autre que le lésé au sens du droit de procédure pénale (art. 115 CPP), qui se définit à son tour comme le titulaire du bien juridique – individuel, donc – protégé par l'infraction.

[1985] Cf. par ex. TF, 7B_11/2023, 27.9.2023, c. 3.2.1 [f] ; 6B_670/2021, 7.12.2021, c. 4.3 [f] ; 6B_191/2021, 11.8.2021, c. 3.1 [f]

[1986] PC CPP, Art. 115 N 2 ; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 21 ; ZK StPO-Lieber, Art. 115 N 1a s. ; Perrier Depeursinge, CPP Annoté, Art. 115 p. 180 s. ; CR CPP-Perrier Depeursinge, Art. 115 N 10 s. ; CR CPP-Bendani, Art. 104 N 11 ; Schmid/Jositsch, PK, Art. 115 N 3 ; Pitteloud, Art. 115 N 249 ; StPO Komm. Textausgabe-Kiener, p. 93 ; Commentario CPP-Galliani/Marcellini, Art. 115 N 7 ; *plus nuancé* : OFK StPO-Riklin/Taormina, Art. 115 N 2 et 2a.

[1987] Oberholzer, Grundzüge, N 662 ; Schmid/Jositsch, Handbuch, N 684 ; Donatsch/Summers/Wohlers, p. 114 ; Pieth/Geth, p. 123 ; Schnell/Steffen/Bähler, p. 143 ; Jeanneret/Kuhn, N 7014 ss ; Piquerez/Macaluso, N 850, 854 ss ; Riedo/Fiolka/Niggli, N 856 ; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, N 399.

[1988] Cf. not. Perrier Depeursinge/Garbarski/Muskens, p. 188 s. ; Capus/Mbiyavanga, p. 48 ; Weilenmann, N 272 ; Perrier Depeursinge, CEMAJ 2020, p. 99 ss ; Echle, Begriff, p. 326, 329 ; Nydegger, p. 62 ss ; Tanner, p. 52 ss ; Demarmels, p. 47 s. ; Echle, Adhäsionsklage, p. 18 ss ; Hilf, FS Donatsch, p. 388 s. ; Garbarski, SJ 2017, p. 126, 129 ; Bommer, Überblick, p. 184 ss ; Jeanneret/Droz, N 46 ss ; Garbarski, RPS 2012, p. 163 s. ; cf. ég. Godel/Margot, p. 7 s. (art. 84*a* al. 1 PPM) ; *plus nuancés* : Graf, Gesellschaftsorgane, N 345 ss ; Graf, Geschädigtenstellung, N 14 nbp 11 ; Garbaski, SJ 2013, p. 125 s. (une atteinte directe dans ses intérêts privés suffit).

[1989] Cf. N 493 ss *supra*

Les infractions protégeant des biens juridiques individuels se caractérisent par le fait qu'elles répriment un comportement de l'auteur ayant des répercussions sur autrui – le lésé. Bien souvent, cette composante relationnelle entre l'auteur et le lésé se déduit aisément, à la simple lecture du texte de l'infraction[1990]. Il est constant que des infractions comme les lésions corporelles (art. 122 s. CP), le viol (art. 190 CP) ou le vol (art. 139 CP) supposent que l'auteur s'en prenne à autrui en portant atteinte à un bien juridique dont ce dernier est titulaire. L'identification de cet «autrui» – et donc du lésé – ne posera alors guère de difficultés[1991]. 833

Le fait que le lésé doive être titulaire d'un bien juridique individuel s'avère en outre cohérent avec les distinctions opérées ci-dessus entre différentes catégories de biens juridiques individuels, soit les biens juridiques strictement personnels *vs*. non strictement personnels et, surtout, les biens juridiques librement disponibles *vs*. non librement disponibles[1992]. S'agissant de la première distinction, nous avons vu qu'elle avait été développée afin de permettre à d'autres personnes que le lésé – compris comme le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction – de déposer plainte pénale (art. 30 al. 1 CP) lorsque l'infraction en cause protégeait des biens juridiques non strictement personnels. Cette exception, même si nous allons voir qu'elle est critiquable[1993], ne vient que confirmer la règle voulant que le lésé (au sens de l'art. 30 al. 1 CP comme de l'art. 115 al. 1 CPP) est d'abord conçu comme le titulaire de biens juridiques *individuels*, qu'ils soient strictement personnels ou non. 834

Quant à la seconde distinction, liée aux biens juridiques librement disponibles, elle touche au motif justificatif du consentement du lésé, dans le cadre duquel la notion de lésé s'interprète de la même manière qu'à l'art. 115 CPP, puisque son consentement ne se conçoit que pour les infractions protégeant des biens juridiques individuels. Les biens juridiques collectifs, quant à eux, ne sont pas à disposition des particuliers, qui ne peuvent donc pas valablement consentir à une atteinte dirigée contre de tels biens. On peut y voir un argument lié à la systématique – interne[1994] – de la loi, la notion de lésé devant recevoir une interprétation uniforme dans l'ensemble du droit pénal, matériel comme procédural[1995]. 835

Enfin, nous avons vu ci-dessus que le législateur avait consacré dans le CPP une *conception pénaliste* du lésé, qui est fonction du bien juridique protégé, ce qui permettait aussi d'expliquer pourquoi on lui reconnaît une vocation strictement pénale à intervenir à la procédure pénale, en qualité de partie plaignante demanderesse au pénal[1996]. 836

[1990] Ce qui ne signifie toutefois pas nécessairement que l'identification du bien juridique protégé par cette infraction soit aussi facile: cf. N 606 *supra*.
[1991] Dans le même sens: MACALUSO/PIQUEREZ, N 854; cf. aussi HILF, FS Donatsch, p. 382.
[1992] Cf. N 496 ss et N 505 ss *supra*.
[1993] Cf. N 866 ss *infra*.
[1994] Cf. N 44 *supra*.
[1995] Pour une approche commune *en Allemagne* entre les notions de lésé en procédure pénale et de consentement du lésé en droit pénal matériel: cf. HIRSCH, p. 48, 50 s.
[1996] Cf. N 730 ss *supra*.

Cette qualité pour agir tire son fondement d'une prétention du lésé, déduite de ses droits de la personnalité, à faire constater par une autorité judiciaire le tort qui lui a été causé par l'infraction. Une telle prétention ne se conçoit qu'en lien avec un bien juridique individuel, qui appartient au lésé en sa qualité de personne, et qui a été atteint (lésé ou mis en danger) par l'infraction reprochée au prévenu.

D. Distinction entre personnes physiques et personnes morales

837 Au moment de décomposer la notion de lésé et d'analyser le sujet de l'atteinte, nous avons vu qu'il devait s'agir d'une «personne» (cf. art. 115 al. 1 CPP), ce par quoi il fallait entendre tant les personnes physiques que les personnes morales[1997]. Or, la condition de la titularité de biens juridiques individuels s'analyse différemment selon la nature de la personnalité juridique du lésé.

1. Personnes physiques

838 Les personnes physiques peuvent, en soi, être titulaires de tout bien juridique individuel: vie, intégrité physique, liberté, autodétermination sexuelle, honneur, patrimoine, etc.

839 Leur situation ne commande pas de remarque particulière, sauf peut-être pour rappeler que, comme nous l'avons déjà vu en lien avec le sujet de l'atteinte, le droit pénal protège non seulement la vie humaine (art. 111 ss CP), mais aussi la vie embryonnaire, au travers de l'infraction d'interruption de grossesse punissable (art. 118 CP)[1998]. Dans ce cas, le titulaire de la vie embryonnaire est l'embryon, respectivement le fœtus, qui peut acquérir rétroactivement la qualité de lésé en cas de tentative (art. 22 CP), pour peu qu'il naisse vivant. La Cour de justice genevoise a récemment reconnu que, dans une telle situation, le nouveau-né – qui agissait par son curateur – pouvait prétendre à la qualité de lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP[1999].

2. Personnes morales

840 Les personnes morales, en revanche, n'ont pas à leur disposition une palette aussi large de biens juridiques individuels, puisqu'elles sont, par définition, dépourvues de certaines qualités humaines. La possibilité qu'elles soient titulaires de biens juridiques individuels commande dès lors un examen séparé et plus poussé que celui qui vaut pour les personnes physiques[2000]. À noter que la question spécifique de la qualité de lésé de l'État (et des autres personnes morales de droit public) sera examinée ci-après dans un chapitre dédié[2001].

1997 Cf. N 274 et N 285 ss *supra*.

1998 Cf. N 286 *supra*.

1999 CJ GE, ACPR/264/2021, 23.4.2021, c. 1 et 3.2: recours (recevable mais rejeté au fond) contre un classement pour tentative d'interruption de grossesse (art. 118 al. 2 *cum* 22 al. 1 CP) reprochée au compagnon de la mère du nourrisson.

2000 Cf. aussi MUSKENS, Statut, N 818 ss, avec des exemples.

2001 Cf. N 1009 ss *infra*.

a. L'art. 53 CC comme source d'inspiration

La jurisprudence a pris en compte cette réalité propre aux personnes morales: considérant que l'infraction de menaces (art. 180 CP) protégeait les sentiments de paix intérieure et de sécurité, le Tribunal fédéral a estimé, dans l'ATF 141 IV 1, que les personnes morales ne pouvaient ressentir ni sentiments de paix ou de sécurité, ni peur, de sorte qu'elles ne pouvaient être titulaires du bien juridique protégé par cette infraction[2002]. 841

Cet arrêt a été jugé contradictoire avec une autre décision, rendue à peine deux ans auparavant en matière civile (ATF 138 III 337), dans laquelle le Tribunal fédéral avait reconnu qu'un organe d'une personne morale, lorsque celle-ci était victime d'une atteinte à sa personnalité, ressentait pour elle une souffrance, qui habilitait la personne morale à réclamer en son nom propre une indemnité pour *tort moral* (art. 49 CO)[2003]. 842

Cette contradiction doit selon nous être nuancée: il faut en effet distinguer la question de la jouissance des droits de la personnalité de celle de la réparation du tort moral. La première suppose de distinguer entre les droits qui sont indissociables de la nature humaine et ceux qui ne le sont pas. On reconnaît ainsi aux personnes morales un droit à la protection de l'honneur, de la sphère privée ou secrète et des données personnelles, ainsi qu'un droit au développement économique, lequel était d'ailleurs en jeu dans l'ATF 138 III 337[2004]. C'est seulement si la personne morale est atteinte dans ses propres droits de la personnalité que se posera la seconde question, celle de la possibilité de demander une réparation pour tort moral en raison de cette atteinte, qui doit se résoudre à la lumière des conditions de l'art. 49 CO (réservée aux art. 28*a* al. 3 CC et 9 al. 3 LCD)[2005]. En ce sens, la situation se rapproche de celle qui prévaut en procédure pénale: la qualité de lésé d'une personne morale dépendra de la titularité du bien juridique protégé par l'infraction en cause. Une fois cette qualité acquise, la personne morale pourra se constituer partie plaignante (art. 118 CPP) et faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure pénale (art. 122 al. 1 CPP), parmi lesquelles figurent l'indemnisation du tort moral, aux conditions de l'art. 49 CO[2006]. 843

Or, sur ce dernier point, les critiques adressées à l'ATF 138 III 337 nous paraissent justifiées: les personnes morales ne peuvent pas ressentir de souffrance, même au travers de leurs organes; la douleur éventuellement ressentie par ces derniers ne l'est pas 844

[2002] ATF 141 IV 1 c. 3.2.4 et 3.2.5.

[2003] ATF 138 III 337 c. 6.1. Cf. BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11 N 106; AEBI-MÜLLER/CAMENZIND, p. 509 s., notant la contradiction avec l'ATF 141 IV 1.

[2004] ATF 138 III 337 c. 6.1, 1er et 3ème paragraphes; pour l'évolution de la jurisprudence civile à cet égard, cf. MUSKENS, Statut, N 255 ss.

[2005] On rappellera que l'art. 49 CO ne fait que définir la notion de tort moral et les conditions de réparation de celui-ci, mais ne constitue pas une norme de responsabilité. Cf. CR CO-I WERRO/PERRITAZ, Intro. art. 47-49 CO N 6; GRAF-HURNI, p. 19 s.; AKIKOL, p. 412 s.

[2006] Fondées sur la responsabilité civile du prévenu pour acte illicite (art. 41 ss CO), cf. ATF 148 IV 432 c. 3.1.2.

au nom de la personne morale, mais en leur nom propre[2007]. Ainsi, une personne morale, même lésée par l'infraction, ne devrait selon nous pas pouvoir demander d'indemnité fondée sur l'art. 49 CO par adhésion à la procédure pénale. Sans aller aussi loin, la jurisprudence pénale se montre cependant particulièrement restrictive dans l'admission d'un tort moral pour les personnes morales[2008].

845 Mais revenons à l'ATF 141 IV 1: après avoir nié la qualité de lésé s'agissant des menaces (art. 180 CP), le Tribunal fédéral a ensuite retenu que l'infraction de contrainte (art. 181 CP) visait pour sa part à protéger la libre formation et le libre exercice de la volonté, soit des biens juridiques dont les personnes morales sont titulaires, puisque l'art. 55 CC leur reconnaît la capacité de former et d'exprimer, au travers de leurs organes, une volonté et d'agir en conséquence[2009].

846 Plus récemment, c'est la nature du bien juridique protégé par l'art. 261bis al. 4, 1ère partie CP (discrimination raciale), à savoir la dignité humaine, qui a permis au Tribunal fédéral d'affirmer qu'une personne morale ne pouvait en être titulaire[2010]. Le Tribunal pénal fédéral a également jugé dans ce sens en niant à une association la qualité de lésée par rapport aux infractions de génocide (art. 264 CP) et de crime contre l'humanité (art. 264a CP) en lien avec l'assassinat en Suisse de l'un de ses membres par un commando iranien[2011].

847 Bien qu'aucun de ces arrêts n'en fasse état, c'est en définitive l'art. 53 CC (jouissance des droits civils) qui doit guider la réflexion[2012]. Selon cette disposition, les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté. Si l'art. 53 CC a pour vocation première de régler des questions de droit privé[2013], il exprime un principe général qui s'étend aux autres domaines du droit, no-

[2007] CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 49 N 4; BSK OR I-KESSLER, Art. 49 N 7; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11 N 106; AEBI-MÜLLER/CAMENZIND, p. 509 s.; AKIKOL, p. 411 ss et 414. *Contra*: BK OR-BREHM, Art. 49 N 42, pour qui les organes ne sont pas seulement les bras d'une personne morale, mais aussi sa volonté et même son âme (!); GRAF-HURNI, p. 23 ss, avec d'autres arguments encore (application effective de l'art. 49 CO et sentiment de justice; compatibilité avec la CEDH); MUSKENS, Statut, N 278 s., qui y voit une confirmation de la théorie de la réalité, dans laquelle les organes font partie intégrante de la personne morale.

[2008] TF, 6B_1272/2021, 28.4.2022, c. 1.1 [f]; 6B_925/2015, 9.2.2016, c. 3 [d], tous deux sur les prétentions civiles de la partie plaignante dans le cadre de l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF.

[2009] ATF 141 IV 1 c. 3.3.2. C'est également le cas pour l'art. 325^{quater} CP (Inobservation des prescriptions légales sur la protection des locataires d'habitations et de locaux commerciaux; ancien art. 325bis aCP), qui constitue une forme particulière de contrainte et protège la libre formation et le libre exercice de la volonté du locataire (cf. ATF précité c. 3.4.1).

[2010] TF, 1B_250/2020, 6.10.2020, c. 3.4 [d] en référence à l'art. 7 Cst. Dans le même sens: CR Cst.-DUBEY, Art. 7 N 37; NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, p. 1067 s.; cf. aussi ATF 140 II 384 c. 3.3.4 (*nemo tenetur* et personnes morales).

[2011] TPF, BB.2023.128, 12.2.2024, c. 3.3 [f]; cf. ég. TPF 2021 210, rendu dans la même affaire.

[2012] Cf. déjà en matière pénale ATF 108 IV 21 c. 2.

[2013] Cf. CR CC I-XOUDIS, Art. 53 N 1.

tamment au droit pénal[2014]. Le critère déterminant suppose de se demander si l'institution juridique ou l'activité en cause se rapporte ou non à des attributs typiquement humains[2015]. Pour ce faire, il convient d'interpréter la norme considérée, pour déterminer si elle s'étend aux personnes morales au regard de leurs caractéristiques propres. La doctrine relative à l'art. 53 CC retient que la question de savoir si une personne morale peut se prévaloir d'une infraction pénale afin de se constituer partie plaignante dépend du «champ de protection» de la norme violée[2016]. On retombe donc dans ce qui a été vu ci-dessus à propos de l'existence d'une atteinte personnelle au bien juridique, qui est fonction du périmètre de protection de l'infraction.

b. Biens juridiques indissociables de la nature humaine

Le point de savoir si une personne morale peut être personnellement lésée par une infraction dépend ainsi de la nature du bien juridique individuel protégé par l'infraction. 848

Au rang des attributs indissociables de la nature humaine figurent la vie et l'intégrité physique, l'intégrité sexuelle ou encore la famille[2017], de sorte que les personnes morales ne peuvent pas être titulaires des biens juridiques correspondants, protégés par les dispositions du Titre 1 (art. 111 ss CP), du Titre 5 (art. 187 ss CP) et du Titre 6 (art. 213 ss CP) de la Partie spéciale[2018]. 849

Il en va de même du *sentiment de piété*[2019], bien juridique protégé par l'art. 262 CP (atteinte à la paix des morts)[2020], qui prescrit le respect du défunt et l'intangibilité de son corps, et dont les personnes morales ne peuvent par définition pas être titulaires, ne mourant pas et ne laissant pas de cadavre derrière elles. 850

Les infractions contre la *liberté* du Titre 4 (art. 180 ss CP) doivent être examinées séparément, comme cela ressort de l'ATF 141 IV 1 examiné ci-dessus pour les menaces (art. 180 CP) et la contrainte (art. 181 CP). 851

[2014] Pour s'en convaincre, on consultera les nombreux exemples de droit public et de droit pénal dans les commentaires de l'art. 53 CC: BSK ZGB I-REITZE, Art. 53 N 11 ss; WEBER, p. 128 ss; BK ZGB-RIEMER, Art. 53 N 37 ss, 74 ss. Cf. ég le raisonnement de l'ATF 140 IV 162 c. 4.7.1 (art. 121 CPP et fusion).

[2015] CR CC I-XOUDIS, Art. 53 N 5.

[2016] CR CC I-XOUDIS, Art. 53 N 8.

[2017] BK ZGB-RIEMER, Art. 53 N 60, pour les droits de la personnalité. Cf. aussi les termes «sexe» et «parenté» dans la liste (exemplative) de l'art. 53 CC.

[2018] Parmi les infractions contre la famille, on réservera celle d'enlèvement de mineur (art. 220 CP), poursuivie sur plainte, pour laquelle l'autorité de protection de l'enfant ou l'entité administrative à qui le droit de désigner le lieu de résidence de l'enfant a été attribué peuvent déposer plainte en qualité de lésé individuel (art. 115 al. 2 CPP *cum* 30 al. 1 CP): CR CP II-SAUTEREL, Art. 220 N 29. Cpr. avec le droit de plainte spécial de l'autorité pour violation d'une obligation d'entretien (art. 217 al. 2 CP), sa qualité de lésé découlant ici directement de l'art. 115 al. 2 CPP: CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 15.

[2019] BSK ZGB I-REITZE, Art. 53 N 8, pour les droits de la personnalité.

[2020] PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 262 N 1; BSK StGB-FIOLKA, Art. 262 N 6; cf. aussi PC CP, Art. 262 N 1: protection du cadavre *humain*, de son lieu de repos et de la cérémonie funéraire; pour des développements, cf. TSCHUMY, N 439 ss.

852 À noter que, s'agissant de l'infraction de *menaces* (180 CP), MUSKENS soutient qu'une personne morale devrait pouvoir en être victime lorsque ses organes sont alarmés ou effrayés par une menace grave, ce qui s'impose par cohérence avec le droit civil et conduirait tout au plus à reconnaître le statut de lésé tant à la personne morale qu'à l'organe en tant que tel, lorsque ce dernier est menacé en tant qu'organe[2021]. Nous sommes beaucoup plus circonspects: les sentiments de paix intérieure et de sécurité sont à notre sens intrinsèquement liés aux qualités de la personne humaine, de sorte qu'une menace adressée à un organe ne rejaillit pas sur la personne morale elle-même. Cette dernière ne peut être ni «alarmée», ni «effrayée» au sens de l'art. 180 al. 1 CP, même par l'entremise de ses organes. Ces derniers ressentent un sentiment de peur pour eux-mêmes et non pour la personne morale dont ils sont les organes, laquelle ne saurait intervenir en procédure pénale en tant que lésée supplémentaire. L'approche restrictive du Tribunal fédéral emporte notre conviction[2022]. Si une cohérence doit absolument être recherchée avec la jurisprudence de droit civil (bien qu'elle traite, nous l'avons vu, avant tout du tort moral et non du bien juridique), alors ce ne pourrait être que dans le sens d'un alignement avec celle rendue en matière pénale.

853 Parmi les autres infractions contre la liberté, on ne conçoit pas qu'une personne morale puisse être victime de mariage forcé (art. 181*a* CP), de traite d'êtres *humains* (art. 182 CP) ou encore de séquestration ou d'enlèvement (art. 183 CP)[2023].

854 Enfin, notons que la *victime*, qui est définie comme le lésé ayant subi une atteinte à son intégrité physique, psychique ou sexuelle (art. 116 al. 1 CPP), ne peut être qu'une personne physique, et non une personne morale, précisément en raison du fait que les personnes morales ne peuvent pas subir des atteintes de ce type[2024].

c. Biens juridiques dissociables de la nature humaine

855 En revanche, comme les personnes morales peuvent disposer de leur propre *patrimoine*[2025], elles sont elles-mêmes titulaires du bien juridique du même nom, protégé par les infractions du Titre 2 (art. 137 ss CP)[2026]. Cela vaut d'ailleurs tant pour les infractions contre la valeur du patrimoine *(Vermögenswertdelikte)* que pour celles contre

[2021] MUSKENS, Statut, N 853.

[2022] Cf. ATF 141 IV 1 c. 3.2.4: «même si la menace porte sur un dommage causé à la personne morale, seule la personne physique qui aura été effrayée ou alarmée par celle-ci pourra être lésée par l'infraction».

[2023] Sur l'art. 183 CP: BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 183 N 5 (bien juridique est la liberté de mouvement corporelle) et N 31 (victime est une personne physique). Cf. ég. art. 10 al. 2 Cst.: tout être *humain* a droit à la liberté personnelle, notamment à la *liberté de mouvement* (CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10 N 35).

[2024] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 116 N 4, et la référence à TF, 6B_948/2008, 23.3.2009, c. 1.2.2 [d] (art. 1 al. 1 aLAVI); CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 7 et 116 N 5; JEANNERET/DROZ, N 55; MUSKENS, Statut, N 820.

[2025] Aspect qui est au cœur de leur reconnaissance par la loi comme le moyen technique le plus approprié pour réaliser des projets collectifs (réalité technique; cf. CR CC I-XOUDIS, Intro. Art. 52-59 N 4 et Art. 53 N 5; cf. aussi MUSKENS, Statut, N 126 s.).

[2026] JEANNERET/DROZ, N 56 ss; MUSKENS, Statut, N 822 ss.

le pouvoir de disposition *(Delikte gegen die Verfügungsmacht)*[2027]. C'est ici une conséquence de l'autonomie qui est reconnue aux personnes morales en matière patrimoniale. Une expression de cette autonomie se retrouve dans la jurisprudence constante du Tribunal fédéral qui affirme que lorsqu'une infraction contre le patrimoine est perpétrée au détriment d'une personne morale, seule celle-ci peut prétendre à la qualité de lésée, à l'exclusion de ses actionnaires, ayants droit économiques ou créanciers[2028]. Cette autonomie patrimoniale s'exprime aussi dans les arrêts qui admettent que l'actionnaire et administrateur unique d'une société anonyme unipersonnelle peut se rendre coupable de gestion déloyale (art. 158 CP) commise au préjudice de cette dernière, même si, sur un plan économique, il ne fait qu'un avec sa société[2029].

856 À noter qu'une personne morale peut aussi être victime d'extorsion (art. 156 CP) ou d'usure (art. 157 CP), infractions qui protègent le patrimoine et dont le texte légal n'exige pas que la personne violentée ou menacée d'un dommage sérieux (extorsion), respectivement dont la gêne ou l'inexpérience aura été exploitée (usure), soit identique à celle qui consent à l'acte préjudiciable ou qui conclut le contrat usurier. L'auteur peut ainsi très bien agir sur l'organe personne physique d'une personne morale pour atteindre cette dernière[2030].

857 Il en va en principe de même pour *l'honneur* pénalement protégé (art. 173 ss CP), dont les personnes morales sont également titulaires, ce que la jurisprudence reconnaît depuis longtemps[2031]. En définissant, dans ses arrêts récents, l'honneur protégé par le droit pénal comme un «droit au respect, qui est lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'homme» ou «en tant qu'être humain», le Tribunal fédéral semble avant tout viser les personnes physiques[2032]. Il retient néanmoins qu'une personne morale peut être atteinte dans son honneur lorsqu'il est allégué qu'elle a une activité ou un but propre à la rendre méprisable selon les conceptions morales généralement admises[2033], ou lorsqu'en évoquant le comportement mé-

[2027] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 54 s. et 56 ss. Sur cette distinction, cf. déjà N 647 *supra* (exemples). En *Allemagne*, cf. SATZGER, Unternehmen, p. 502.

[2028] ATF 140 IV 155 c. 3.3.1; 141 IV 380 c. 2.3.3; 148 IV 170 c. 3.3.1. Pour plus de détails, cf. N 1163 ss *infra*, en lien avec le caractère direct de l'atteinte.

[2029] ATF 141 IV 104 c. 3.2; 117 IV 259 c. 3b et 4; TF, 6B_1043/2021, 9.12.2022, c. 6.3.1 [d]; pour des développements, cf. MUSKENS, Statut, N 826 ss; cf. ég. CJ GE, ACPR/554/2020, 21.8.2020, c. 3.4; cpr. TF, 7B_21/2023, 1.10.2024, c. 3.2.3 [f] pour les conflits d'intérêts.

[2030] Pour l'*art. 156 CP*: BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 156 N 13; PC CP, Art. 156 N 10. Pour l'*art. 157 CP*: ATF 80 IV 15 c. 1, qui retient qu'une personne morale peut aussi se trouver dans une situation de dépendance *(«Notlage»)* au sens de l'art. 157 CP; 86 IV 65 c. 2; TF, 6B_993/2017, 20.8.2019, c. 4.5.4 [i].

[2031] ATF 71 IV 36; 96 IV 148; 108 IV 21 c. 2; 114 IV 14 c. 2a; 124 IV 262 c. 2a. Plus récemment: TF, 6B_1020/2018, 1.7.2019, c. 5.1.1 [f]; cf. aussi ATF 148 I 226 c. 5.2, qui se réfère à l'ATF 114 précité.

[2032] ATF 145 IV 462 c. 4.2.2; 148 IV 409 c. 2.3 et 2.3.2; cf. aussi CR CP II-RIEBEN/MAZOU, Intro Art. 173-178 N 12: conception normative de l'honneur comme une «valeur qui appartient à tout individu du fait de sa qualité de personne appartenant à l'espèce humaine».

[2033] Par ex. si elle est assimilée à une organisation criminelle ou à un parti politique que l'histoire a rendu méprisable: TF, 6S.295/2000, 1.11.2000, c. 4a [f].

prisable de ses organes ou employés, l'auteur la dénigre elle-même[2034]. La doctrine est également d'avis que les personnes morales jouissent d'une réputation distincte de celles de leurs représentants et qu'elles peuvent donc se prévaloir de la protection offerte par les art. 173 ss CP[2035].

858 Trois points demeurent toutefois controversés ou obscurs. Premièrement, il n'est pas clair si une personne morale peut aussi être lésée par une injure (art. 177 CP) qui, par définition, doit lui être adressée directement[2036]. Deuxièmement, nous avons vu que la jurisprudence estimait que certaines entités dépourvues de la personnalité juridique, comme les sociétés en nom collectif, pouvaient également être lésées dans leur honneur, ce qui s'opposait selon nous au texte de l'art. 115 al. 1 CPP, qui exige que le lésé soit une «personne»[2037]. On peut ajouter ici que la distinction fondée sur la personnalité juridique, si elle peut parfois sembler artificielle par rapport à certaines communautés de personnes qui remplissent des fonctions sociales importantes et qui pourraient en soi être atteintes dans leur réputation (par ex. les familles), n'en demeure pas moins fondée sur un critère clair et praticable[2038]. Troisièmement, on dénie généralement aux collectivités publiques et aux autres personnes morales de droit public la titularité du droit à l'honneur, élément qui sera examiné ci-dessous en lien avec la qualité de lésé de l'État[2039].

859 Hormis le patrimoine et l'honneur, les personnes morales disposent également de leur propre *domaine secret et privé*, de sorte qu'elles pourraient être lésées par les infractions prévues aux art. 179 ss CP. Le Tribunal fédéral l'avait en tout cas envisagé pour l'infraction d'enregistrement non autorisé de conversations (art. 179ter CP) dans un *obiter dictum*, en retenant que même si seules des personnes physiques pouvaient participer à une conversation, il pouvait arriver qu'elles y prennent part en tant qu'organes, employés ou auxiliaires d'une personne morale, auquel cas la sphère privée de cette dernière bénéficiait de la protection pénale[2040]. La doctrine partage cette

[2034] TF, 6B_1020/2018, 1.7.2019, c. 5.1.1 [f]; 6B_119/2017, 12.12.2017, c. 3.1 [f]. L'atteinte doit être dirigée contre la personne morale elle-même et non uniquement contre les individus qui agissent pour elle (par ex. un article qui critique le comportement d'un chauffeur d'une entreprise de transport); cf. CR CP II-RIEBEN/MAZOU, Intro Art. 173-178 N 49.

[2035] MUSKENS, Statut, N 839; PK StGB-TRECHSEL/LEHMKUHL, Vor art. 173 N 15; AK StGB-ABO YOUSSEF, Vor Art. 173 N 2; BSK StGB-RIKLIN, Vor Art. 173 N 40; JEANNERET/DROZ, N 63; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, Intro Art. 173-178 N 48 ss.

[2036] Ce qui dépend aussi de la conception, not. normative, de l'honneur. Cf. MUSKENS, Statut, N 835 ss; ATF 114 IV 14 c. 2b; en général: BSK StGB-RIKLIN, Vor Art. 173 N 6 ss.

[2037] Cf. N 312 *supra*, en référence à l'ATF 114 IV 14.

[2038] BSK StGB-RIKLIN, Vor Art. 173 N 41; cf. aussi MUSKENS, Statut, N 839; *contra*: STRATENWERTH/BOMMER, § 11 N 12; AK StGB-ABO YOUSSEF, Vor Art. 173 N 2.

[2039] Cf. N 1091 ss *infra*.

[2040] ATF 111 IV 63 c. 2, qui a toutefois laissé la question ouverte car l'enregistrement litigieux avait eu lieu lors de l'assemblée générale d'une commune ecclésiastique, soit lors d'une conversation tenue en son sein, à laquelle la commune ne pouvait pas participer en tant qu'interlocuteur, même au travers de ses organes (c. 3). Cet arrêt ne tranche pas non plus la question de savoir si les personnes morales de droit public sont également protégées par les art. 179bis ss CP. Cf. aussi ATF 146 IV 126 c. 3.3.

position[2041]. Toutefois, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a opéré un revirement de jurisprudence, retenant que les art. 179bis et 179ter CP ne protègent plus seulement les conversations se rapportant au domaine secret ou privé, mais la liberté individuelle de s'exprimer en toute liberté, sans craindre que ses propos ne soient enregistrés sans sa volonté, et cela peu importe le contenu de la conversation et la qualité en laquelle ses participants se sont exprimés[2042]. À notre sens, cet arrêt, tout en étendant le champ d'application de ces normes, a également réduit le cercle des personnes habilitées à s'en plaindre, le limitant aux personnes physiques prenant part à la conversation litigieuse, même si elles agissent en qualité d'organe d'une personne morale et que leurs déclarations portent sur la sphère privée de celle-ci. Cette conclusion ne vaut toutefois pas pour les autres infractions contre le domaine secret et privé, qui commandent un examen séparé. Ainsi, l'art. 179quater CP (Violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues), doit s'étendre aux personnes morales[2043], mais pas l'art. 179septies CP (utilisation abusive d'une installation de télécommunication), qui réprime le fait d'«inquiéter» ou d'«importuner» autrui, ce qui touche au sentiment de tranquillité, lequel n'est pas accessible aux personnes morales[2044].

Toujours pour le domaine secret et privé, l'entrée en vigueur, le 1er septembre 2023, de la nouvelle *loi sur la protection des données* (LPD)[2045] a apporté quelques changements à la titularité de ce bien juridique par des personnes morales. Tout d'abord, le fait que la nouvelle LPD ne protège plus les données personnelles des personnes morales, mais seulement celles des personnes physiques (cf. art. 1 LPD)[2046] a eu pour effet collatéral que l'infraction de soustraction de données personnelles (art. 179novies CP) ne protège plus les biens juridiques – en l'occurrence le caractère privé des données – des personnes morales[2047]. Ensuite, à la faveur de la révision totale de la LPD, le législateur a décidé d'introduire une toute nouvelle infraction à *l'art. 179decies CP*, qui réprime *l'usurpation d'identité*[2048]. Cette disposition protège la personnalité de la personne dont l'identité a été usurpée[2049]. La question de savoir si elle protège seulement l'identité des personnes physiques ou également celles des personnes morales n'est pas tranchée, et la loi ne livre pas d'indice à cet égard. On pourrait affirmer que 860

[2041] MUSKENS, Statut, N 841 s.; JEANNERET/DROZ, N 65; PK StGB-TRECHSEL/LEHMKUHL, Art. 179ter N 5; cf. aussi les références citées in AK StGB-ABO YOUSSEF/KONOPATSCH, Art. 179decies N 13 *in fine*.

[2042] ATF 146 IV 126 c. 3.5 et 3.6.

[2043] PK StGB-TRECHSEL/LEHMKUHL, Art. 179quater N 3a.

[2044] Question laissée ouverte in OGer ZH, UE170241, 7.12.2017, c. 4.2 *in fine*; sur le bien juridique protégé par l'art. 179septies CP: ATF 150 IV 273 c. 3.2 s. (qui utilise le terme victime); CR CP II-BICHOVSKY/MOREILLON, Art. 179septies N 3

[2045] RO 2022 491.

[2046] Pour une comparaison avec le régime de l'aLPD, cf. MUSKENS, Statut, N 282 ss.

[2047] Ce que retient expressément le Message LPD 2017, p. 6741.

[2048] «Quiconque utilise l'identité d'une autre personne sans son consentement dans le dessein de lui nuire ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire»

[2049] Message LPD 2017, p. 6741.

les personnes morales ont également une identité, tirée de leur personnalité, qui s'exprime par leur nom, leur but, les autres inscriptions figurant au registre du commerce (notamment le numéro d'identification des entreprises) ou, pour reprendre les exemples cités dans le message, une adresse Internet, un numéro de compte bancaire voire un nom d'utilisateur[2050]. Cette identité, qui sert à les reconnaître et à les individualiser parmi toutes les autres personnes morales existantes, pourrait être usurpée par autrui. Par ailleurs, si la norme a été introduite conjointement à la LPD révisée, qui ne protège plus les données des personnes morales, elle n'a été intégrée au projet législatif qu'à la suite de l'adoption par les Chambres fédérales d'une motion parlementaire, laquelle ne se référait pas à la LPD[2051]. L'élément à notre sens décisif est le Message du Conseil fédéral en allemand et italien, lequel emploie des termes (*« Identität eines Menschen », « Persönlichkeit des Individuums », « personalità dell'individuo »*) qui ne peuvent désigner que des personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales[2052]. Cet avis est partagé par la doctrine majoritaire[2053].

861 Parmi les infractions contre la *liberté*, hormis la contrainte (art. 181 CP) déjà examinée, il est admis que les personnes morales jouissent de la *liberté de domicile (Hausrecht)* et peuvent ainsi être lésées par l'art. 186 CP (violation de domicile)[2054]. En revanche, la nouvelle infraction d'*harcèlement* (art. 181b CP), entrée en vigueur le 1er janvier 2026[2055], protège selon son texte légal la « libre détermination de la façon de vivre » du lésé ou, selon le rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, la « liberté intérieure de la victime de gérer sa vie conformément à sa volonté », la « libre formation et le maintien de son équilibre psychique » et son « sentiment de sécurité »[2056], soit autant de biens juridiques indissociables de la nature humaine.

862 Les personnes morales disposent en outre d'un *intérêt au secret*, qu'il soit de fabrication, commercial (art. 162 CP)[2057] ou professionnel (art. 321 CP)[2058].

[2050] Message LPD 2017, p. 6741, qui cite aussi des éléments propres à l'identité des personnes physiques (origine, photo, statut social et familial), ce qui n'invalide toutefois pas l'hypothèse.

[2051] Motion Comte 14.3288 « Faire de l'usurpation d'identité une infraction pénale en tant que telle » ; Message LPD 2017, p. 6584 ; AK StGB-Abo Youssef/Konopatsch, Art. 179decies N 13.

[2052] FF 2017 6941, p. 7127 [d] et FF 2017 5939, p. 6111 [i].

[2053] Cf. CR CP II-Métille, Art. 179decies N 15 ; Vuille Joëlle/Perrier Depeursinge Camille/Arnal Justine, Cybercriminalité et infractions pénales, in Camille Perrier Depeursinge Camille/Sylvain Métille/Joëlle Vuille (éds), Lutter contre la cybercriminalité en Suisse, Berne 2024, 27 ss, p. 31 ; Reber Yannick, Der neue Tatbestand des Identitätsmissbrauchs nach Art. 179decies E-StGB, ex ante 2/2020 33 ss, p. 34 s. *Contra* : AK StGB-Abo Youssef/Konopatsch, Art. 179decies N 13 et l'arrêt cantonal vaudois cité.

[2054] PK StGB-Trechsel/Mona, Art. 186 N 1 ; PC CP, Art. 186 N 20. En *Allemagne* : Satzger, Unternehmen, p. 502.

[2055] RO 2025 740.

[2056] Initiative parlementaire « Étendre au harcèlement obsessionnel (« stalking ») le champ d'application des dispositions du CP relatives aux délits », Rapport CAJ-CN du 22.2.2024, FF 2024 751, p. 22.

[2057] BSK StGB-Niggli/Hagenstein, Art. 162 N 57 et les références citées.

Les personnes morales étant titulaires d'une liberté de conscience et de croyance[2059], elles devraient également pouvoir être titulaires du bien juridique protégé par l'art. 261 CP (atteinte à la liberté de croyance et des cultes), qui est le respect des convictions religieuses d'autrui[2060]. 863

Enfin, en droit pénal accessoire, il est admis que les personnes morales jouissent d'un droit au libre développement économique et peuvent, en tant que concurrentes affectées par un acte de concurrence déloyale, déposer plainte pénale selon l'art. 23 al. 1 et 2 LCD[2061]. 864

E. Quelques configurations particulières

Au-delà de la distinction entre personnes physiques et personnes morales, la question de la titularité du bien juridique individuel protégé par l'infraction et de son impact sur la qualité de lésé en procédure pénale se pose avec une acuité particulière dans certains types de situations. 865

1. Propriétaire et autres ayants droit sur la chose

Nous avons brièvement évoqué, au moment de présenter le lésé plaignant au sens de l'art. 115 al. 2 CPP, le fait que la jurisprudence avait étendu la notion de lésé pour les infractions poursuivies sur plainte[2062]. Lorsque l'infraction ne protège pas un bien juridique strictement personnel, il est en effet admis que le lésé au sens de l'art. 30 al. 1 CP ne se limite pas au titulaire du bien juridique, mais comprend également toute personne «directement touchée dans sa sphère juridique par l'infraction ou à qui incombe la responsabilité de conserver la chose»[2063]. 866

Cette extension de la qualité de lésé a d'abord été développée pour les délits poursuivis sur plainte. Elle a notamment permis de reconnaître à l'emprunteur de la chose détruite le droit de porter plainte pénale pour dommages à la propriété (art. 144 CP)[2064]. Il en est allé de même pour l'ayant droit – autre que le propriétaire – privé de l'usage de la chose par un délit d'appropriation (*Aneignungsdelikt*; art. 137 à 140 CP) pour- 867

[2058] Cf. dans ce sens CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, Art. 321 N 106, en référence à l'art. 55 CC; cf. aussi TF, 7B_984/2024, 30.4.2025, c. 4.1.2 [f].

[2059] Pour l'art. 15 Cst.: CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, Art. 15 N 43 ss (Églises, communautés religieuses, associations, fondations, voire certaines sociétés commerciales); ATF 145 I 121 c. 1.4; 142 I 195 c. 5.2 et 5.3.

[2060] ATF 120 Ia 220 c. 3b (bien juridique) et 3d (communauté religieuse lésée); BSK StGB-FIOLKA, Art. 261 N 7 (bien juridique) et 13 (communauté religieuse lésée). Cette liberté de conscience et de croyance ne s'étend pas au sentiment de piété, qui n'est pas lié aux croyances religieuses (TSCHUMY, N 442) et qui demeure réservé aux personnes physiques. Cf. N 850 *supra*.

[2061] ATF 120 IV 38 c. 2a. En droit civil: ATF 121 III 168 c. 3a; CR CC I-XOUDIS, Art. 53 N 9.

[2062] Cf. N 434 ss *supra*.

[2063] ATF 144 IV 49 c. 1.2; cf. aussi N 434 *supra*.

[2064] ATF 74 IV 6 c. 2, confirmé in ATF 102 II 85 c. 4a; 117 IV 437 c. 1b. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque le dommage n'a pas entravé l'emprunteur dans l'utilisation de la chose: ATF 144 IV 49 c. 1.3 (simple bosse sur le capot de la voiture).

suivi sur plainte[2065]. Elle a également trouvé application pour des infractions ne protégeant pas le patrimoine, par exemple pour la violation de domicile (art. 186 CP)[2066].

868 Récemment, dans un arrêt non publié et passé relativement inaperçu, le Tribunal fédéral a encore étendu cette définition, en l'appliquant, semble-t-il pour la première fois, au lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. L'affaire concernait le cas d'un vol (art. 139 CP) d'une Porsche prise en *leasing*. Après avoir relevé que le vol figurait parmi les infractions contre le patrimoine (art. 137 ss CP), le Tribunal fédéral a estimé que le lésé pour ce type d'infractions était « toute personne qui a un intérêt à l'usage de l'objet, volé ou endommagé par exemple, soit en d'autres termes toute personne à qui incombe la responsabilité de conserver l'objet »[2067]. Il transpose ainsi sa jurisprudence sur l'art. 30 al. 1 CP, qui était jusqu'alors limitée aux infractions poursuivies sur plainte (et contre des biens juridiques non strictement personnels), à l'entier des infractions contre le patrimoine. Notre Haute Cour précise que « [l']idée sous-jacente demeure que le locataire, et d'autres potentiels ayants droit, ont un intérêt direct, dans le cadre de l'exercice de leur droit de faire usage de la chose, à la préservation de la valeur de celle-ci et peuvent donc être tout autant touchés par sa défaillance que le bailleur, ou plus généralement le propriétaire, qui a, pour sa part, perdu la valeur réelle correspondante »[2068]. Ces éléments lui permettent de reconnaître au preneur de leasing, dont la situation s'apparente à celle d'un locataire, la qualité de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP pour le vol[2069].

869 Cet arrêt, pour pragmatique qu'il soit, entraîne toutefois une dangereuse généralisation de la jurisprudence sur le droit de plainte pénale de l'ayant droit, qui était déjà contestable en soi, pour les raisons suivantes.

870 L'extension originelle du droit de plainte à l'emprunteur de la chose détruite remonte à une époque où le Code pénal distinguait encore entre les « infractions contre la propriété » (art. 137-147 aCP) et les « infractions contre les droits pécuniaires » (art. 148-159 aCP)[2070], avec parmi les premières les dommages à la propriété (art. 145 aCP) qui, en bonne logique, ne protégeaient que les choses « appartenant à autrui ». Elle paraît quelque peu dépassée depuis la révision de 1995[2071], qui a d'abord regroupé ces deux

[2065] ATF 118 IV 209 c. 3b (larcin [art. 138 aCP ; désormais vol d'importance mineure, art. 139 *cum* 172^ter CP], mais qui étend cette conclusion au vol poursuivi sur plainte [art. 137 ch. 3 aCP, désormais art. 139 ch. 4 CP]) ; 121 IV 258 c. 2b et c (art. 141 et 141^bis CP).

[2066] TF, 6B_295/2020, 22.7.2020, c. 1.4 et 1.5 [d], qui concernait une plainte déposée par un employé d'une personne morale ; cf. aussi OFK StGB-DONATSCH/HEIMGARTNER, Art. 30 N 7 ; AK StGB-NYDEGGER, Art. 30 N 14.

[2067] TF, 7B_11/2023, 27.9.2023, c. 3.2.2 [f].

[2068] TF, 7B_11/2023, 27.9.2023, c. 3.2.2 [f], en référence not. à l'ATF 118 IV 209 c. 3.

[2069] TF, 7B_11/2023, 27.9.2023, c. 3.2.3 et 3.3 [f] ; sur le contrat de leasing, cf. aussi TF, 7B_1213/2024, 8.4.2025, c. 4.2.3 [f].

[2070] *« Strafbaren Handlungen gegen das Eigentum »* et *« Strafbaren Handlungen gegen das Vermögen überhaupt »* : BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 7 ss ; NIGGLI, Ultima ratio, p. 252 ss ; CASSANI, Protection, p. 103 ss.

[2071] Infractions contre le patrimoine et faux dans les titres (Message CP 1991 ; RO 1994 2290).

catégories en une seule, les «infractions contre le patrimoine» (art. 137-161bis CP) puis, surtout, a précisé dans la loi que les dommages à la propriété pouvaient désormais porter sur une chose «appartenant à autrui *ou* frappée d'un droit d'usage ou d'usufruit au bénéfice d'autrui» (art. 144 al. 1 CP). Le législateur a ainsi sciemment étendu le bien juridique protégé par la norme, afin de permettre notamment au locataire de déposer plainte pénale[2072], marquant ainsi son attachement à une conception traditionnelle du lésé comme titulaire du bien juridique en question.

Or, il ne l'a pas fait pour les autres infractions qui relevaient anciennement des infrac- 871
tions contre la propriété, dont les délits d'appropriation (*Aneignungsdelikte*; art. 137, 138 ch. 1 al. 1, 139 et 140 CP), qui portent toujours sur une chose «appartenant à autrui» *(«fremd»)*, notion qui renvoie à la propriété civile[2073]. Comme le relève CASSANI, «[l]a définition par les droits réels de la *chose appartenant à autrui* est un principe qui a permis de délimiter la protection pénale du patrimoine et de construire sa systématique»[2074]. Lorsque le législateur entend protéger d'autres ayants droit que le seul propriétaire de la chose, il le mentionne spécifiquement dans la disposition légale, comme à l'art. 141 CP (soustraction d'une chose immobilière), à l'art. 145 CP (détournement de choses frappées d'un droit de gage ou de rétention) ou, justement, à l'art. 144 CP (dommages à la propriété)[2075]. Tel n'est pas le cas à l'art. 139 CP, et la reconnaissance de la qualité de lésé au titulaire d'un droit personnel (leasing) sur la chose volée – en plus du propriétaire – revient à étendre le bien juridique protégé de manière contraire à l'art. 1 CP.

Certes, toutes ces dispositions appartiennent à la catégorie générale des infractions 872
contre le pouvoir de disposition *(Delikte gegen die Verfügungsmacht)*, de sorte qu'il serait possible de dire qu'elles ne protègent pas seulement le propriétaire, mais aussi tout ayant droit sur la chose, qui peut donc être titulaire du bien juridique protégé[2076]. Toutefois, cette catégorie générale sert surtout à souligner que le droit de propriété en tant que tel n'est pas touché par une infraction pénale (le propriétaire d'une chose volée en reste propriétaire, cf. art. 934 al. 1 CC), réalité que ne restitue que trop mal l'expression infractions contre la propriété *(Eigentumsdelikte)*[2077]. Il n'en reste pas moins que le bien juridique protégé et son titulaire doivent toujours être recherchés individuellement pour chaque infraction en cause. À l'art. 139 CP, le caractère *«fremd»* de

[2072] Message CP 1991, p. 980 s., en référence à l'ATF 74 IV 6 cité plus haut et aux critiques de la doctrine. Mais la notion de «droit d'usage» à l'art. 144 CP comprend aussi l'usufruit, la servitude, le droit de passage ou d'habitation, le bail à loyer ou à ferme, le prêt à usage, le leasing ou tout autre droit d'usage contractuellement conféré (TF, 7B_74/2023, 30.9.2024, c. 2.2.3 [f])

[2073] ATF 132 IV 5 c. 3.3; TF, 7B_74/2023, 30.9.2024, c. 2.2.3 [f]; CJ GE, ACPR/544/2024, 24.7.2024, c. 3.2; BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 42.

[2074] CASSANI, Protection, p. 175 (mise en évidence d'origine).

[2075] BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 48.

[2076] Ce qui a le mérite d'éviter d'avoir recours à l'extension du droit de plainte voulue par le TF. Cf. dans ce sens MUSKENS, Statut, N 5222; cf. déjà FIOLKA, Rechtsgut, p. 603.

[2077] Cf. BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 27, qui relèvent que le seul véritable *Eigentumsdelikt* est l'art. 144 CP; cf. aussi ATF 118 IV 209 c. 3b.

la chose soustraite souligne que c'est le pouvoir de disposition du *propriétaire* qui est protégé[2078], contrairement à aux dispositions qui protègent également le patrimoine d'autres ayants droit sur la chose.

873 Cette situation peut parfois mener à des situations insatisfaisantes, mais pas pour le leasing, les contrats de leasing prévoyant généralement une obligation pour le preneur de leasing de souscrire une assurance contre le vol du véhicule[2079]. En revanche, on peut penser au cas du vol d'un objet appartenant à un proche de l'auteur, mais qui l'avait loué à un tiers. Dans ce cas, l'infraction serait poursuivie uniquement sur plainte, car commise au préjudice d'un proche (art. 139 ch. 4 *cum* 110 al. 1 CP), lequel pourrait faire obstacle à la poursuite pour protéger l'auteur (dont il est proche), ce qui s'avérerait préjudiciable pour le tiers, qui n'a rien demandé. Cette configuration, outre qu'elle devrait rarement se présenter en pratique, commande éventuellement une intervention législative. Elle ne justifie en tout cas pas une interprétation extensive de la notion de lésé tout entière[2080].

874 En dehors des infractions contre le patrimoine, cet élargissement de la qualité de lésé pour la *violation de domicile* (art. 186 CP) s'avère inutile. En effet, la jurisprudence admet depuis longtemps que le bien juridique protégé par cette disposition est la liberté de régner sur son domicile *(Hausrecht)*, qui appartient au locataire également, même par rapport au propriétaire[2081], ce qui ressort d'ailleurs expressément du texte légal, qui évoque – par deux fois – la notion d'« ayant droit ».

875 L'extension jurisprudentielle du cercle des personnes habilitées à porter plainte pénale, puis désormais du cercle des personnes lésées au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, doit donc être rejetée[2082]. Elle repose sur des considérations de politique criminelle qui ne trouvent aucune d'assise dans le texte légal et qui relèvent du travail du législateur, lequel n'a d'ailleurs pas manqué de réagir lorsque cela s'avérait nécessaire. Elle tranche avec la notion de lésé consacrée dans le CPP et le CP et se fonde sur des notions vagues (« sphère juridique », « intérêt direct », « responsabilité de conserver la chose », etc.) qui ne sont pas explicitées par la loi et qui sont source d'insécurité juridique[2083]. Elle fait fi de la systématique légale des infractions contre le patrimoine, notamment des *Aneignungsdelikte*. Elle s'avère enfin inutile, puisqu'une interprétation rigoureuse de

[2078] Dans ce sens, TF, 6B_60/2014, 24.6.2014, c. 3.3.1 [d].

[2079] ATF 134 IV 210 c. 5.4, dans lequel le paiement par l'assurance au donneur de leasing après l'annonce du vol (fictif) du véhicule avait mis fin à l'obligation du preneur de leasing de payer les redevances ; cf. aussi TF, 7B_1213/2024, 8.4.2025, c. 4.4.3 [f].

[2080] *Contra :* BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 139 N 215 ss, qui y voient un cas d'application de la jurisprudence du TF sur le droit de plainte étendu (mais pas, curieusement, pour l'art. 137 ch. 2 al. 3 CP : BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 137 N 60 [contraire à l'art. 30 al. 1 CP]).

[2081] ATF 83 IV 154 c. 1 ; 118 IV 167 c. 1c ; 128 IV 81 c. 3a ; TF, 6B_971/2020, 19.1.2021, c. 5.4 [d] ; cf. toutefois ATF 146 IV 320 c. 2.4 (droit du propriétaire vis-à-vis de tiers).

[2082] Dans ce sens, cf. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 54 et 95 (pourtant cités dans l'arrêt du TF sur le leasing) ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 13 N 45.

[2083] Critique ég. sur le caractère imprécis des termes employés : RIEDO, Strafantrag, p. 147 ss.

la notion générale de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP permet souvent de parvenir au même résultat.

2. Infractions triangulaires

Une seconde situation particulière qui commande qu'on y consacre certains développements est celle dans laquelle l'infraction s'inscrit dans une *relation triangulaire* ou *tripartite* entre l'auteur, le lésé et un tiers, qui peut lui-même aussi être lésé. Plusieurs configurations sont envisageables. Elles montrent toutes l'importance de déterminer précisément le ou les biens juridiques (individuels, ici) protégés par l'infraction en cause, dont va ensuite dépendre la question de leur titularité et donc de la qualité de lésé. 876

a. Escroquerie au procès

L'exemple classique d'une telle triangulation est celui de l'escroquerie (art. 146 CP), infraction qui peut être réalisée lorsque l'auteur, par une tromperie astucieuse, aura déterminé la dupe à un acte préjudiciable aux intérêts pécuniaires d'un tiers, sur le patrimoine duquel la dupe avait un pouvoir de disposition, en fait ou en droit; on parle alors d'escroquerie triangulaire *(«Dreiecksbetrug»)*[2084]. 877

L'escroquerie est une infraction qui protège exclusivement le patrimoine, et non par exemple la libre formation de la volonté ou la liberté contractuelle[2085]. Il s'ensuit que le titulaire du bien juridique, et donc le lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, est la personne dont le patrimoine a été touché, et non la dupe dont l'erreur aura permis de causer cette atteinte, même si le texte de l'art. 146 al. 1 CP la désigne en tant que «victime»[2086]. 878

Un cas typique d'escroquerie triangulaire est *l'escroquerie au procès (Prozessbetrug)*, qui consiste à tromper astucieusement le juge aux fins de le déterminer à rendre une décision – matériellement fausse – préjudiciable au patrimoine de la partie adverse ou d'un tiers[2087]. Dans ce cas, le lésé est donc la partie ou le tiers dont le patrimoine est atteint et non la justice ou les juges qui ont été trompés[2088]. Cette situation a pour effet 879

[2084] CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 101; PK StGB-TRECHSEL/JENAL, Art. 146 N 18; ATF 133 IV 171 c. 4.3; 126 IV 113 c. 3a.

[2085] ATF 122 IV 197 c. 2c; TF, 6B_525/2012, 5.11.2012, c. 3.3 [f]; pour des développements sur le bien juridique protégé, cf. BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 9 ss.

[2086] TF, 6B_525/2012, 5.11.2012, c. 3.3 [f]; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, p. 114; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 56; CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 173 s.; *contra*: JEANNERET/DROZ, N 58 *in fine* et la nbp 104, qui font à notre sens une lecture erronée de l'ATF 133 IV 171.

[2087] ATF 122 IV 197 c. 2; TF, 6B_807/2021, 7.6.2022, c. 4.1.2 [f]; 6B_941/2021, 9.3.2022, c. 3.4.1 [f]; CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 104.

[2088] TF, 6B_525/2012, 5.11.2012, c. 3.3 [f]; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 56.

que l'escroquerie au procès ne sera poursuivie que sur plainte lorsqu'elle est commise au préjudice d'une partie qui s'avère être un proche ou un familier de l'auteur (cf. art. 146 al. 3 CP)[2089].

b. Infractions en matière bancaire

880 Au-delà de l'escroquerie au procès, un autre cas typique d'escroquerie triangulaire est celui dans lequel l'infraction est commise en *matière bancaire*, puisqu'elle met aux prises à la fois la banque, le client et l'auteur, même si d'autres configurations sont possibles[2090]. La question ne se limite du reste pas à l'escroquerie, mais concerne aussi l'infraction d'abus de confiance portant sur des valeurs patrimoniales (art. 138 ch. 1 al. 2 CP). La jurisprudence retient en effet que les valeurs patrimoniales peuvent être confiées à l'auteur d'un abus de confiance non seulement par la « victime », mais également par un tiers, envisageant ainsi que les faits s'inscrivent dans des rapports triangulaires[2091]. Il peut en aller de même de la gestion déloyale (art. 158 CP), lorsque l'auteur dispose, au nom de la banque (cf. art. 29 CP), d'un pouvoir de disposition indépendant et autonome sur les avoirs du client[2092].

881 La problématique de la qualité de lésé lorsque l'infraction est commise au sein d'une banque est particulièrement complexe, car transversale. Elle mêle en effet des notions de droit pénal, de droit de procédure pénale et de droit privé (droits réels et droit des contrats), voire de droit réglementaire. Elle nécessite de consulter la documentation contractuelle liant les parties, qui peut être très fournie, et commande également de prendre un peu de hauteur en analysant leurs rapports d'un point de vue peut-être plus économique et moins juridique. Nous nous contenterons ici d'en présenter les grandes lignes, en renvoyons respectueusement le lecteur aux études plus poussées qui y ont déjà été consacrées[2093].

[2089] TF, 6B_525/2012, 5.11.2012, c. 3.3 [f]; CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 142, qui parlent d'« escroquerie domestique ».

[2090] Cf. ATF 150 IV 169 c. 5.2.2, retenant une escroquerie triangulaire en cas d'obtention illicite de *crédits Covid-19*, avec la banque comme dupe et l'organisation de cautionnement comme lésée, confirmé in TF, 6B_95/2024, 6.2.2025, c. 3.4.2 et 4.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 201. Selon nous, c'est toutefois la banque qui est dupe et lésée, puisque c'est elle qui subit directement un préjudice (même temporaire) lorsqu'elle conclut le contrat de crédit. L'organisation de cautionnement peut tout au plus prétendre à la qualité de partie fondée sur l'art. 121 al. 2 CPP (cf. N 1218 *infra*). Pour un autre cas similaire, cf. TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.7 et 6.4.10 [d] n.p. in ATF 151 IV 228 (art. 51 LAP).

[2091] ATF 118 IV 239 c. 2a et 2b, qui ajoute que l'auteur peut agir comme auxiliaire du paiement ou de l'encaissement, en tant que représentant direct ou indirect, notamment comme employé d'une entreprise, organe d'une personne morale ou fiduciaire; cf. ég. ATF 101 IV 162 c. 2a; TF, 6B_972/2022, 12.1.2024, c. 3.1.2 s. [f]; 6B_918/2019, 28.11.2019, c. 5.3 [f]; en matière bancaire, cf. surtout STOLL, p. 420 ss; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Eigenmacht, p. 244 ss.

[2092] Pour une excellente illustration des différentes infractions entrant en ligne de compte et de leur articulation : TF, 6B_819/2018, 25.1.2019, c. 3.9 ss [f].

[2093] Not. celles de GARBARSKI (RPS 2012, p. 186 ss; SJ 2013, p. 128 s.; SJ 2017, p. 131 s.).

La principale question dans ce domaine est celle de savoir qui, de la banque ou du client, est lésé par l'infraction commise sur les avoirs[2094] de ce dernier. En schématisant, on peut distinguer deux grandes configurations : soit l'infraction a été commise par un collaborateur de la banque (appelé ici *intraneus*), qui aurait par exemple commis des malversations sur le compte d'un client, soit elle a été commise par un tiers extérieur à celle-ci *(extraneus)*, par exemple un gérant de fortune indépendant au bénéfice d'une procuration sur le compte ou un escroc qui parvient à se faire passer pour le client auprès de la banque. 882

Dans le premier cas *(intraneus)*, après quelques tergiversations ces dernières années, la jurisprudence considère désormais que c'est d'abord la banque qui est lésée par les infractions – généralement : abus de confiance (art. 138 CP), escroquerie (art. 146 CP), gestion déloyale (art. 158 CP), voire faux dans les titres (art. 251 CP) – commises par son employé, puisque les fonds déposés sur le compte du client deviennent la propriété de la banque par mélange et qu'elle reste tenue, sur le plan contractuel, d'honorer la créance en exécution du client[2095]. Le client lui-même n'a donc pas la qualité de lésé, sauf si la banque refuse, pour une raison ou pour une autre, de lui recréditer les fonds détournés, auquel cas il doit être admis à la procédure au côté de la banque, n'étant pas assuré d'un « dédommagement complet »[2096]. 883

La situation, qui s'était quelque peu stabilisée ces dernières années, risque toutefois d'être bouleversée par un arrêt de 2022, rendu en matière civile, dans lequel le Tribunal fédéral a retenu qu'en cas de détournements commis par un employé de banque, le dommage était subi par le client, en raison d'actes illicites de l'employé au sens de l'art. 41 CO, le client disposant alors du concours entre l'action délictuelle contre l'employé indélicat et l'action en responsabilité contractuelle contre la banque, mais pas d'une action en exécution *(Erfüllungsklage)* contre celle-ci[2097]. La distinction opérée par cet arrêt entre fraude interne et fraude externe à la banque n'est pas convaincante[2098]. Si elle devait toutefois être maintenue, elle risquerait d'avoir pour effet qu'en cas d'actes commis par un *intraneus*, seul le client pourrait se voir reconnaître la qualité de lésé en procédure pénale, à l'exclusion de la banque, ce qui consacrerait 884

[2094] Pour simplifier, on retiendra qu'il s'agit ici de sommes d'argent (monnaie scripturale), mais la situation peut aussi se présenter avec des titres intermédiés ou d'autres actifs financiers. Pour un ex. récent avec des titres obligataires : CJ GE, ACPR/544/2024, 24.7.2024, c. 3.

[2095] TF, 1B_118/2017, 13.6.2017, c. 3.1 [f] ; 1B_438/2016, 14.3.2017, c. 2.2.1 [f] ; 6B_199/2011 et 6B_215/2011, 10.4.2012 c. 5.3.5.2 [d] ; CJ GE, ACPR/280/2017, 2.5.2017 c. 3.2 ; GARBARSKI, RPS 2012, p. 191 s. ; GARBARSKI, SJ 2013, p. 128 ; BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 132b, qui y voit un cas de gestion déloyale (art. 158 CP) ; pour la distinction avec l'abus de confiance (art. 138 ch. 1 al. 2 CP), cf. TF, 6B_1017/2022, 7.6.2023, c. 2.1 [f].

[2096] TF, 1B_190/2016, 1.9.2016 c. 2.3 [f] ; cf. ég. TF, 6B_199/2011 et 6B_215/2011, 10.4.2012 c. 5.3.5.3 [d] ; CJ GE, ACPR/363/2020, 2.6.2020, c. 1.1 ; ACPR/355/2016, 13.6.2016, c. 2.2 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 57 ; GARBARSKI, SJ 2017, p. 132 ; JEANNERET/DROZ, N 58 ; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Eigenmacht, p. 248 s. ; *contra* : BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 203c (que la banque).

[2097] ATF 149 III 105 c. 4.2 et 4.3.

[2098] Pour une critique circonstanciée : THÉVENOZ/HIRSCH, p. 168 ss.

un retour à une solution que le Tribunal fédéral avait adopté dans un arrêt de 2003 et qui avait été vivement critiquée par la doctrine[2099].

885 Dans le second cas *(extraneus)*, la situation est moins claire encore, à tout le moins du point de vue pénal. Au civil, la jurisprudence retient que le défaut de légitimation du donneur d'ordre ou l'existence de faux non décelés font partie des risques inhérents à l'activité bancaire, de sorte que c'est d'abord la banque qui subit le dommage lorsqu'elle débite le compte, puisqu'elle est exposée à devoir payer une seconde fois au client («qui paie mal paie deux fois»), qui dispose contre elle d'une action en exécution *(Erfüllungsklage)*[2100]. En pratique toutefois, les conditions générales bancaires prévoient régulièrement des clauses de transfert de risques, permettant aux établissements bancaires de reporter le dommage sur la tête de leurs clients, sauf en cas de faute grave[2101]. Une partie de la doctrine pénaliste prend appui sur cette réalité contractuelle pour affirmer qu'en cas de clause de transfert de risques valable, seul le client serait lésé par la fraude externe[2102]. On retomberait ici sur le cas d'une escroquerie triangulaire, avec la banque dupée et le client lésé. Il est toutefois permis de douter, avec une autre partie de la doctrine, que des conditions générales puissent affecter la titularité du bien juridique protégé par l'infraction ; en outre, dès lors que la validité de ces clauses est souvent contestée par le client, les autorités pénales n'auront d'autre choix que d'accepter, ici aussi, à la fois la banque et son client comme parties à la procédure[2103].

886 On voit donc qu'en matière bancaire, la question de la qualité de lésé de la banque, respectivement du client, prendra bien souvent une coloration civile, puisqu'elle dépendra des rapports de propriété sur les avoirs en compte, du contenu de clauses contractuelles, de l'existence d'un litige civil parallèle ou encore de prétentions en responsabilité contractuelle ou délictuelle. Bien que pragmatique, cette orientation n'est pas sans rappeler une conception «civiliste» du lésé, qui a pourtant été abandonnée avec le CPP[2104].

2099 TF, 6S.709/2000, 26.5.2003, c. 5.3.2 [d] ; cf. aussi TF, 1B_531/2011, 28.11.2011 c. 3.2 [i] ; 6B_344/2007, 1.7.2008, c. 3.4 [d] (art. 70 al. 1 *in fine* CP) ; pour les critiques, fondées sur les rapports de propriété civile, cf. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 57 ; GARBARSKI, RPS 2012, p. 188 ss.

2100 ATF 146 III 387 c. 3.2 et 5.1 ; 146 III 121 c. 3.1.2 ; cf. aussi ATF 149 III 105 c. 4.3.

2101 ATF 146 III 387 c. 5.2 ; 132 III 449 c. 2. De telles clauses ne valent que pour les fraudes externes et seraient nulles en cas de fraude interne : THÉVENOZ/HIRSCH, p. 170.

2102 BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 57a s. ; MOREILLON/MAZOU, p. 78 s. ; cf. aussi TF, 6B_568/2013, 13.11.2013, c. 4.1 s. [d], pour l'action civile adhésive du client ; parvenant au même résultat : BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 203a *ab initio* ; cpr. GARBARSKI, SJ 2017, p. 133 : un critère d'appréciation parmi d'autres. *Contra* : MAEDER STEFAN, Was ist eine Banküberweisung ? ContraLegem 2018/1, p. 30 : toujours la banque.

2103 Cf. CR CPII-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 177 ; STOLL, p. 421 ; LOMBARDINI CARLO, Banques et blanchiment d'argent, 3e éd., Genève 2016, p. 134.

2104 Cf. aussi CJ GE, ACPR/280/2017, 2.5.2017 c. 3.2 *in fine*, qui relève que la banque est alors placée dans la position de choisir qui sera ou non partie plaignante.

On peut dès lors se demander, avec PERRIER DEPEURSINGE, si une approche plus «pénaliste» ou même économique de la question ne devrait pas être privilégiée[2105]. En ce sens, il faudrait retenir que les infractions entrant en ligne de compte – abus de confiance sur des valeurs patrimoniales (art. 138 ch. 1 al. 2 CP), escroquerie (art. 146 CP), voire gestion déloyale (art. 158 CP) – protègent toutes la valeur du patrimoine en tant que tel *(Vermögenswertdelikte)*[2106], patrimoine qui comprend également les créances du client à l'égard de la banque. Qu'elles soient commises par un employé peu scrupuleux, un gérant externe indélicat ou un escroc particulièrement rusé, ces infractions portent avant tout sur le compte en banque du client; elles sont donc aussi (surtout?) dirigées contre le patrimoine de ce dernier. Le client est lésé dans son propre bien juridique dès lors que l'infraction entraîne une atteinte, même passagère, à son patrimoine, peu importe qu'il soit ensuite entièrement indemnisé par la banque, ce qui peut tout au plus avoir un effet sur sa qualité de demandeur au civil. Ce raisonnement conduit à retenir que le client de la banque est toujours lésé, au côté de cette dernière, lorsqu'une infraction touche à son propre compte bancaire[2107]. On notera au passage que, en matière de séquestre et de confiscation, la jurisprudence reconnaît depuis longtemps la qualité pour recourir au titulaire d'un compte bancaire, qui jouit sur ses avoirs d'un droit personnel «équivalant économiquement à un droit réel»[2108]. 887

c. Biens juridiques mixtes (improprement dits)

Un dernier exemple de triangulation est celui des infractions protégeant des *biens juridiques mixtes improprement dits*, que nous avons présentées comme des infractions qui protègent simultanément plusieurs biens juridiques appartenant à la même catégorie, qu'il s'agisse de biens juridiques individuels ou de biens juridiques collectifs[2109]. Nous nous limiterons ici aux biens juridiques individuels, dès lors que la qualité de lésé en lien avec les biens juridiques collectifs fera l'objet de développements détaillés ci-après. 888

Contrairement aux cas d'escroquerie au procès ou d'infractions en matière bancaire examinés ci-avant, qui concernaient une infraction protégeant un seul bien juridique (en l'occurrence le patrimoine) et cherchaient à savoir qui en était véritablement le ti- 889

[2105] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 106, dont la position à cet égard a ainsi évolué: cpr. CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 24 s.

[2106] Par opposition aux *Delikte gegen die Verfügungsmacht* (cf. N 647 *supra* [Exemples]); cf. BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 14; MAEDER, Gefährdung, N 32.

[2107] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 106 et 113; cf. aussi MUSKENS, Statut, N 825, qui distingue entre le propriétaire *juridique* (la banque) et le propriétaire *économique* (le client) du bien juridique protégé par l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP; STOLL, p. 421 s., avec des développements sur les art. 138 et 146 CP; cf. déjà JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Eigenmacht, p. 248 s.; *contra*: BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 203c: le lésé est soit la banque, soit le client, mais pas les deux, ce qui mènerait au «chaos»; BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 132b.

[2108] TF, 1B_490/2020, 9.12.2020, c. 2.2 [f]; 1B_388/2016, 6.3.2017, c. 3.2 [f]; 6S.667/2000, 19.2.2001 c. 2c [f], qui parle même de «réalité économique».

[2109] Cf. N 570 *supra*.

tulaire, la situation qui nous occupe ici est celle d'infractions protégeant plusieurs biens juridiques distincts.

890 À titre d'exemples, on peut citer le *brigandage* (art. 140 CP) ou *l'extorsion* (art. 156 CP), infractions qui protègent à la fois à la fois le patrimoine et la liberté, voire l'intégrité corporelle (pour l'art. 140 ch. 4 CP)[2110]. On peut aussi penser à certaines infractions contre la liberté qui protègent plusieurs biens juridiques distincts. Ainsi, la *traite d'êtres humains* (art. 182 CP) protège l'autodétermination des personnes par rapport à leur sexualité, leur force de travail et leur intégrité corporelle ; en matière de traite à des fins d'exploitation du travail, par exemple, on doit admettre que la force de travail a une valeur économique, de sorte que le patrimoine des victimes de la traite est également protégé, au côté de leur liberté[2111]. On pense aussi à la *prise d'otage* (art. 185 CP), infraction qui protège deux facettes distinctes de la liberté, à savoir la liberté de mouvement et la liberté de décision[2112].

891 Les comportements réprimés par ces dispositions peuvent parfois être réalisés même si les titulaires des biens juridiques co-protégés ne coïncident pas[2113]. Ainsi, pour le brigandage (art. 140 CP), on peut envisager que l'auteur commette un vol en usant de violences à l'égard d'une personne qui n'était pas elle-même propriétaire de l'objet volé, mais qui représente un obstacle dans l'achèvement du plan de l'auteur[2114], par exemple un gardien de nuit qui surprend un cambrioleur lors du vol d'un tableau dans un musée. Dans ce cas, tant le musée, touché dans son patrimoine, que le gardien, touché dans son intégrité corporelle, pourront prétendre à la qualité de lésé. Il en va de même en cas de prise d'otage (art. 185 CP), qui suppose par définition une relation tripartite, l'auteur privant l'otage de sa liberté personnelle afin de contraindre un tiers à un certain acte.

892 La délimitation entre la prise d'otage et le brigandage pose d'ailleurs des questions délicates : la jurisprudence estime que ces deux infractions entrent en concours idéal – aucune ne saisissant pleinement le comportement de l'autre et leurs biens juridiques ne se recouvrant pas entièrement – quand l'auteur menace des employés de banque pour qu'ils lui donnent accès au coffre (art. 140 CP) tout en se rendant maître de clients non impliqués, toujours dans le but de contraindre les employés de lui ouvrir le coffre (art. 185 CP)[2115]. Une partie de la doctrine critique cette position, estimant que le brigandage absorbe dans ce cas la prise d'otage, le tiers étant simplement une victime supplémentaire du brigand[2116]. L'enjeu touche ici à la peine (-plancher et

[2110] *Art. 140 CP :* BSK StGB-RIEDO/NIGGLI, Art. 140 N 13 ; GRAVEN/STRÄULI, p. 94. *Art. 156 CP* : ATF 129 IV 22 c. 4.1 ; BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 156 N 1.

[2111] PERRIN, Traite, p. 275 s., 650 et 687 ss ; MERIBOUTE/BURGENER, p. 210 ; MERIBOUTE, N 425 ; cf. aussi ATF 150 IV 48 c. 3.3.

[2112] BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 185 N 5 ; CR CP II-PELLET, Art. 185 N 2 s.

[2113] Concédons toutefois que pour la traite d'êtres humains (art. 182 CP), ce sera généralement le même lésé qui sera touché dans deux biens juridiques distincts.

[2114] BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 140 N 28, 34 et 41

[2115] ATF 133 IV 297 c. 4.1-4.3. Cf. aussi TF, 6B_27/2020, 20.4.2020, c. 1.3.3, pour un concours entre le brigandage (art. 140 CP) et la séquestration (art. 183 CP).

-menace), cas échéant à son aggravation en cas de concours, mais pas à la qualité de lésé, qui est donnée dans tous les cas.

On peut rencontrer des situations similaires en cas d'extorsion (art. 156 CP) lorsque l'auteur, par des violences ou la menace d'un dommage sérieux, détermine une personne à des actes préjudiciables aux intérêts pécuniaires d'un tiers, situation expressément visée par le texte légal. L'infraction produit alors deux lésés, l'un touché dans sa liberté, l'autre dans son patrimoine. Tel sera typiquement le cas lorsque l'auteur s'en prend à l'organe d'une personne morale afin de le contraindre à un acte préjudiciable au patrimoine de cette dernière[2117]. Une situation analogue peut se présenter avec l'usure (art. 157 CP), à la différence près qu'ici, seul le patrimoine est protégé, et non la libre formation de la volonté[2118]. Dès lors, le lésé sera celui dont le patrimoine a été lésé ou mis en danger par le contrat usurier, même s'il ne correspond pas avec la personne dont la situation de faiblesse a été exploitée par l'auteur[2119]. Par exemple, lorsque le bénéficiaire de l'aide sociale conclut un contrat de bail au loyer usuraire, mais qui est pris en charge par la collectivité, c'est selon nous cette dernière qui est seule lésée au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[2120]. 893

3. Mise en danger du patrimoine et préjudice passager

Enfin, en lien avec les infractions contre le patrimoine, deux situations particulières méritent encore d'être mentionnées, en ce qu'elles illustrent, une nouvelle fois, la conception pénaliste de la notion de lésé en procédure pénale. Elles concernent toutes deux les infractions contre le patrimoine en tant que tel *(Vermögenswertdelikte)*, qui ont d'ailleurs été évoquées ci-dessus en lien avec les infractions triangulaires en matière bancaire. Les *Vermögenswertdelikte* se caractérisent par le fait qu'ils ne se rapportent à aucun objet spécifique, si ce n'est au patrimoine en lui-même, compris dans sa valeur économique, ce qui s'exprime par l'exigence de la survenance d'un *dommage*, élément constitutif qui peut être écrit ou non écrit[2121]. 894

Exemples:

L'exigence d'un dommage résulte explicitement du texte des art. 146 (escroquerie), 147 (utilisation frauduleuse d'un ordinateur), 148 (abus de cartes-chèques et de cartes de

[2116] BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 185 N 9 et 55; BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 140 N 197, qui semblent toutefois se contredire au N 34, en affirmant que la menace d'un tiers qui n'est pas chargé de protéger la chose doit être qualifiée de prise d'otage.

[2117] Cf. déjà N 856 *supra* et les références.

[2118] BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 157 N 2: liberté est protégée *«höchstens indirekt»*; cf. aussi ATF 80 IV 15 c. 1 (élément systématique).

[2119] CR CP II-MAZOU, Art. 157 N 33; cf. aussi ATF 80 IV 15 c. 1 (élément littéral).

[2120] Cf. dans ce sens BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 157 N 12 et 35. *Contra*: MAURON, Restitution, N 473; KV/KO-SCHOLL, Art. 71 N 466, pour qui seuls les locataires sont lésés, soit un argument pour interpréter plus largement le lésé au sens de l'art. 70 al. 1 *i.f.* CP afin d'y inclure la collectivité publique, ce qui n'est selon nous pas nécessaire.

[2121] MAEDER, Gefährdung, N 32 ss; BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 14; PC CP, Rem. prél. aux art. 137 ss, N 6.

crédit), 149 (filouterie d'auberge), 151 (atteinte astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui), 156 (extorsion et chantage), 158 (gestion déloyale) et 159 CP (détournement de retenues sur les salaires).

Cette exigence ne ressort pas du texte, mais constitue néanmoins un élément constitutif non écrit des art. 138 ch. 1 al. 2 CP (abus de confiance sur des valeurs patrimoniales), 141bis (utilisation sans droit de valeurs patrimoniales) et 148*a* CP (obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale).

895 En premier lieu, le dommage exigé par ces infractions se définit comme une lésion du patrimoine sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif, mais aussi d'une *mise en danger du patrimoine* telle qu'elle a pour effet d'en diminuer la valeur du point de vue économique[2122]. Cette dernière notion de «mise en danger du patrimoine» est particulièrement difficile à cerner, surtout parce qu'elle peut faire penser à une infraction de mise en danger *(Gefährdungsdelikt)*, alors qu'en réalité, les infractions visées sont toutes des infractions de lésion *(Verletzungsdelikte)* – la lésion résidant précisément dans la survenance du dommage[2123].

896 Pour retenir un dommage causé par une mise en danger, la jurisprudence se fonde sur un critère comptable : le patrimoine est diminué sur le plan économique lorsque sa mise en danger doit être reflétée au bilan, si celui-ci est correctement établi, sous la forme d'un ajustement de valeur ou d'une provision[2124]. En matière d'escroquerie (art. 146 CP), un dommage prenant la forme d'une mise en danger du patrimoine peut notamment survenir lors de l'*octroi d'un crédit (Kreditbetrug)*, si le risque effectivement encouru par le bailleur de fonds est plus élevé que celui qu'il avait anticipé sur la base des informations trompeuses qui lui avaient été données par l'emprunteur quant à sa solvabilité ou ses capacités financières. Le crédit se révèle alors moins sûr que prévu, ce qui aurait dû se traduire par une diminution de sa valeur au bilan du prêteur. Dans un tel cas de figure, le dommage se produit non pas au moment du défaut de remboursement, mais déjà lors de la conclusion du contrat de prêt[2125]. Il correspond à la différence avec la valeur du prêt qui aurait été accordé en l'absence de tromperie. Selon la jurisprudence, cela vaut même lorsque le prêt était couvert par des sûretés, car la solvabilité de l'emprunteur exerce notamment une influence sur le taux d'intérêts fixé[2126]. Une telle forme de dommage patrimonial a notamment été retenue par le Tribunal fédéral dans les cas d'escroquerie aux crédits Covid-19[2127].

[2122] Jurisprudence constante : ATF 150 IV 169 c. 5.2.1 ; 147 IV 73 c. 6.1 ; 142 IV 346 c. 3.2 ; 129 IV 124 c. 3.1 ; 122 IV 279 c. 2a ; 121 IV 104 c. 2c ; CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 108.

[2123] TF, 6B_480/2018, 13.9.2019, c. 1.1.2 [d]. Pour des approfondissements sur cette notion, cf. surtout MAEDER, Gefährdung, N 305 ss ; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 185 ss.

[2124] ATF 150 IV 169 c. 5.2.1 ; 142 IV 346 c. 3.2 ; 129 IV 124 c. 3.1 ; 123 IV 17 c. 3d ; 122 IV 179 c. 2a ; 121 IV 104 c. 2c ; critiques : BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 202.

[2125] ATF 102 IV 84 c. 4 ; TF, 6B_112/2018, 4.3.2019, c. 6.2.2 [d ; 5 juges] ; *contra* : BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 206 : dès le versement du prêt.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la mise en danger du patrimoine peut donc déjà entraîner sa lésion, lorsque sa valeur économique s'en trouve considérablement[2128] diminuée. Le lésé est ici en quelque sorte lésé avant même d'être vraiment lésé. Nous examinerons ci-dessus ce qu'il en est des (véritables) infractions de mise en danger[2129]. 897

En second lieu, et dans le prolongement de ce qui précède, il est généralement admis que le dommage peut n'être que provisoire ou *passager*[2130]. L'infraction n'est pas annulée rétroactivement si l'auteur répare le dommage qu'il a causé au lésé. Toujours en matière d'escroquerie (art. 146 CP), cette condition est ainsi remplie dès que la dupe est amenée à conclure un contrat préjudiciable, peu importe qu'il soit annulable pour cause de dol (art. 28 CO) ou que les prestations n'aient pas encore été exécutées[2131]. En cas d'escroquerie au crédit *(Kreditbetrug)*, le remboursement ultérieur du prêt conformément à l'accord contractuel ne peut effacer l'atteinte patrimoniale intervenue au moment de la conclusion du contrat[2132]. La réparation du dommage par l'auteur peut toutefois être prise en compte au stade de la fixation de la peine (art. 48 let. d CP), de l'octroi du sursis (art. 42 al. 3 CP) ou en tant que motif d'opportunité des poursuites (art. 53 CP). 898

Transposés à la notion de lésé au sens de l'art. 115 CPP, ces principes ne font que conforter la cohérence de l'approche pénaliste du lésé: compris dans une conception civiliste, le lésé qui aurait été dédommagé par le prévenu (ou son assurance) perdrait toute qualité pour agir en procédure pénale, alors que le droit pénal matériel le considère toujours comme lésé par l'infraction, compte tenu de l'atteinte causé à son bien juridique par le comportement de l'auteur. Contrairement au dommage, l'atteinte au bien juridique n'est pas passagère, mais perdure dans le temps[2133]. Le lésé qui a été dédommagé perd tout au plus le bénéfice de l'action civile adhésive (art. 119 al. 2 let. b et 122 ss CPP). Il conserve néanmoins la faculté d'agir comme demandeur au pé- 899

[2126] TF, 6B_1081/2019, 15.5.2020, c. 1.2.3 [d]; 6B_480/2018, 13.9.2019, c. 1.1.2 [d]; 6B_112/2018, 4.3.2019, c. 6.2.2 s. [d; 5 juges]; cpr. TF, 6B_54/2019, 3.5.2019, c. 3.4 [f]: pas de dommage lorsque des bijoux appartenant à un tiers sont remis par le prévenu à une caisse publique de prêt sur gage, laquelle acquiert un droit de gage sur ceux-ci (art. 884 al. 2 CC). En doctrine, cf. MAEDER, Gefährdung, N 1006 ss; CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 109; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 206 ss.

[2127] ATF 150 IV 169 c. 5.2.

[2128] Cf. CASSANI, Protection, p. 81 (critique); cpr. BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 206 s.: en pratique, le dommage ne peut être déterminé que lorsque la créance est réduite à zéro.

[2129] Cf. N 1259 ss *infra*, en lien avec le caractère directe de l'atteinte au bien juridique.

[2130] ATF 150 IV 169 c. 5.2.1; 123 IV 17 c. 3d; 121 IV 104 c. 2c; TF, 6B_150/2017, 11.1.2018, c. 3.3 [d] n.p. in ATF 144 IV 52; PK StGB-TRECHSEL/JENAL, Art. 146 N 26; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 166; BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 130; CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 110; MAEDER, Gefährdung, N 430 s.

[2131] CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 110.

[2132] ATF 150 IV 169 c. 5.2.1; VITALINI, N 37.

[2133] Dans un sens similaire, cf. PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 106 nbp 30.

nal (art. 119 al. 2 let. a CPP), car malgré la réparation du dommage, il porte encore la marque de la lésion de son bien juridique.

900 Ce qui précède permet de dire que le droit de procédure pénale suisse suit une *«crime scene conception of victimhood»*[2134].

III. Biens juridiques collectifs

901 Il nous reste désormais à déterminer ce qu'il en est de l'autre grande catégorie de biens juridiques: les biens juridiques collectifs. Intuitivement, les développements qui précèdent sur les biens juridiques individuels permettent déjà d'anticiper un premier élément de réponse: les infractions protégeant des biens juridiques collectifs ne produisent pas de lésé en procédure pénale.

902 Pourtant, la situation n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît, et la jurisprudence a admis, à titre d'exception, que de telles infractions pouvaient aussi, dans certaines situations particulières, produire des lésés. Nous allons toutefois voir que cette position n'est pas dénuée d'ambiguïté et qu'une autre lecture, plus systématique, est nécessaire afin d'appréhender les notions de lésé et d'atteinte personnelle en présence d'une infraction contre des biens juridiques collectifs.

A. Principe: pas d'atteinte personnelle

903 L'affirmation selon laquelle une infraction protégeant un bien juridique collectif n'accepte pas de lésé individuel s'explique par le fait qu'elle ne cause aucune atteinte personnelle, dont un particulier, personne privée, pourrait se revendiquer[2135]. Cinq arguments viennent conforter cette position.

1. Pas de titulaire individuel

904 Premièrement, les biens juridiques collectifs n'appartiennent par définition à aucune personne déterminée, ce qui permet de les distinguer des biens juridiques individuels. Nous avons en effet vu que les biens juridiques collectifs se caractérisaient par leur «non-distributivité»[2136], en ce sens qu'il n'était, précisément, pas possible de les assigner à un individu particulier. Ils appartiennent en réalité à la société tout entière ou à l'État.

905 Transposée à la notion de lésé compris comme le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction, cette caractéristique a pour conséquence que les biens juridiques collectifs échappent à tout titulaire individuel. Dans ce cas, l'atteinte causée par l'infrac-

[2134] Expression empruntée à NASH ANDREW, Victims by definition, Washington University Law Review, Vol. 85 (2008), Issue 6, p. 1419 ss, p. 1441, qui ajoute: *«a party has suffered an injury, and thus qualifies as a victim, if an injury was identifiable at the moment when the crime occurred, notwithstanding later remedial developments»*.

[2135] La situation particulière de l'État fera l'objet de développements dans le chapitre 6.

[2136] Cf. N 516 s. *supra*.

tion est diluée au sein de la société, sans qu'un de ses membres ne puisse prétendre à être touché plus que les autres, de sorte que l'atteinte est «impersonnelle». Les biens juridiques collectifs appartiennent à tout le monde, certes, mais trop peu, et donc à personne suffisamment. Avec HILF, il faut retenir que *«keiner Opfer ist, wenn jeder Opfer ist»*[2137]. La lésion ou la mise en danger de tels biens ne cause pas une atteinte personnelle à autrui et aucun particulier ne peut dès lors revendiquer la qualité de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP.

906 Cette position est confortée par les travaux préparatoires du CPP, notamment le message du Conseil fédéral, qui précise que les droits touchés sont les «*biens juridiques individuels* tels que la vie et l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc.»[2138], formulation qui semble exclure les biens juridiques collectifs. Elle s'avère en outre cohérente avec d'autres institutions juridiques de droit pénal matériel qui raisonnent à l'aide du bien juridique, comme nous l'avons vu ci-dessus pour le consentement du lésé en tant que motif justificatif, qui ne s'envisage pas en présence d'une infraction contre des biens juridiques collectifs[2139]. Elle trouve aussi l'appui de la doctrine et de la jurisprudence, qui retiennent – en substance – qu'en présence d'un délit ne protégeant que des biens juridiques collectifs, il n'y a pas de place pour un quelconque lésé[2140].

907 Mais, au-delà de ces éléments, l'absence de titularité individuelle des biens juridiques collectifs s'explique aussi par d'autres arguments, plus fondamentaux.

2. Pas d'action populaire en procédure pénale

908 Deuxièmement, admettre que le lésé puisse être titulaire de biens juridiques collectifs reviendrait à (ré-)instaurer une action populaire, qui est pourtant exclue en procédure pénale suisse.

a. Notion d'action populaire et délimitations

909 L'action populaire *(quivis ex populo)*, dont les origines remontent au droit romain, est une forme d'action qui a pour objet la défense de l'intérêt général et qui se caractérise par l'absence de restriction de la qualité pour agir, n'importe quel citoyen pouvant la déclencher[2141]. L'action populaire existe encore aujourd'hui dans certains pays[2142].

[2137] HILF, FS Donatsch, p. 389.

[2138] Message CPP, ch. 2.3.3.1 p. 1148; cf. aussi ch. 2.3.1.1 p. 1141 s., s'agissant du refus de reconnaître la qualité de partie aux associations.

[2139] Cf. N 834 *supra*.

[2140] En doctrine, cf. surtout CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 11; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 68; cf. aussi N 831 *supra* et les références citées; dans la jurisprudence, cf. récemment TF, 7B_75/2023, 10.10.2024, c. 1.5.1 [f] (LEI); cf. toutefois N 948 ss *infra* sur le considérant-type du TF pour ce type d'infractions.

[2141] Cf. VOEFFRAY, p. 24 ss, 48 ss; MARQUIS, p. 214; ATF 137 II 40 c. 2.2.

[2142] Par ex. en *Espagne* avec l'*acción popular* (art. 270 CPP/ES), aux *États-Unis* avec les *citizen suits* ou au *Portugal* (art. 52 al. 2 Cst./P). Cf. VOEFFRAY, p. 39 ss; CourEDH, Asociación de víctimas del terrorismo c. Espagne, n° 54102/00, 29.3.2001.

Sauf rares exceptions[2143], le droit suisse ne connaît pas l'institution, ce que soulignent de nombreuses lois de procédure en faisant dépendre la qualité pour agir (ou pour recourir) de l'existence d'un *intérêt digne de protection*[2144]. Cette exigence implique en effet un rapport suffisamment étroit avec l'objet du litige, la seule poursuite d'un intérêt général et abstrait à la correcte application du droit ne suffisant pas[2145]. La frontière avec l'action populaire devant être tracée pour chaque domaine du droit particulier[2146], il convient de se demander où elle se situe en procédure pénale.

910 L'action populaire doit être distinguée d'autres formes d'actions, comme *l'action des organisations* (aussi appelée action associative) ou *l'action collective* (aussi appelée action de groupe ou *class action*), qui se situent à mi-chemin entre l'action individuelle et l'action populaire. L'action des organisations existe tant en procédure civile (cf. art. 89 CPC) qu'en procédure administrative, cette dernière permettant à certaines organisations de recourir soit dans un but idéal, en vertu d'une habilitation spéciale, soit dans un but «égoïste», dans l'intérêt de leurs membres. À noter que, dans son arrêt sur les Aînées pour le climat, la CourEDH a consacré une véritable qualité pour agir des associations en matière climatique, qui aura des répercussions importantes en droit interne suisse[2147]. En matière civile, le Conseil fédéral avait soumis fin 2021 un projet au Parlement visant à modifier le CPC afin de permettre aux associations de faire valoir des actions en réparation du dommage et d'introduire la possibilité de conclure des transactions collectives ; le Parlement a décidé en 2025 ne pas entrer en matière sur le projet[2148].

911 Ces mouvements en faveur de l'action des organisation et de l'action collective ne se retrouvent pas en procédure pénale suisse, le législateur ayant renoncé à accorder la qualité de partie dans le CPP aux associations dont le but est de protéger des intérêts généraux[2149]. Plusieurs initiatives parlementaires postérieures visant à octroyer des

[2143] Par ex. la procédure de plainte prévue à l'art. 94 al. 2 LRTV (cf. ATF 137 II 40 c. 2.2). Pour une véritable action populaire en matière environnementale : MAGISTRO, p. 269 s.

[2144] Au niveau fédéral, cf. not. art. 89 al. 1 let. c LTF, art. 25 al. 2, 25a et 48 al. 1 let. c PA, art. 59 LPGA et art. 25 al. 1 LPD ; à ce sujet, voir ATF 147 I 280 c. 6.2.1, 146 I 145 c. 4.1 ; 144 I 43 c. 2.1, 135 II 145 c. 6.1, 133 V 188 c. 4.1 et 4.3, qui retiennent tous que cette exigence vise à exclure l'action populaire. Au niveau constitutionnel, cf. la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.) ; à ce sujet, voir ATF 144 II 233 c. 4.4 et 8.4 ; 143 I 336 c. 4.1.

[2145] ATF 146 I 145 c. 4.1 ; 144 I 43 c. 2.1 ; 137 II 40 c. 2.3.

[2146] ATF 147 I 280 c. 6.2.1 ; 146 I 145 c. 4.1 ; POLTIER, p. 156.

[2147] CourEDH, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse (GC), n° 53600/20, 9.4.2024, § 489 ss, spéc. 502 (qualité pour agir des associations), § 521 ss (art. 8 CEDH) et § 615 ss, spéc. 621 à 622 (art. 6 § 1 CEDH). À noter que les associations sont dispensées d'établir que leurs adhérents auraient eux-mêmes eu la qualité de victime (§ 502), condition exigée par le TF dans le cadre du recours corporatif «égoïste» (ATF 150 II 123 c. 4.4). Sur un impact possible de l'arrêt en procédure pénale, cf. GIROUD/ROTH, p. 392 et 395.

[2148] FF 2021 3049 (Projet) ; FF 2021 3048 (Message) ; BO CN 382 ; BO CE 855.

[2149] Message CPP, ch. 2.3.1.1 p. 1141 s., répondant à deux motions en matière de discrimination raciale et de négationnisme (art. 261bis CP) ; ATF 147 IV 269 c. 3.2 et 3.4 (Asloca) ; 144 IV 240 c. 2.4.2 ; TPF, BB.2012.174, 12.12.2012, c. 3.4 [d] (Fonds Bruno Manser) ; cf. aussi ATF 143 IV 77 c. 4.6 *in fine* : au législateur de décider (toujours pour l'art. 261bis CP).

droits en procédure pénale à des associations ont été rejetées[2150]. Sur ce point, la situation en Suisse se distingue fortement de celle prévalant en France, pays dans lequel l'action civile des associations, fondée sur une habilitation spéciale dans la loi (cf. art. 2-1 à 2-24 CPP/F), joue un rôle important et parfois décrié[2151].

b. Évolution historique en procédure pénale

912 Le rôle du lésé en procédure pénale est l'aboutissement d'une longue évolution historique, dont nous avons déjà présenté certains aspects et qu'il ne nous appartient pas de retracer ici[2152], sauf pour souligner que, dès ses origines, l'action du lésé s'est construite en opposition à l'action populaire. Le droit pénal romain, de type accusatoire, distinguait en effet entre les délits privés, qui étaient traités comme des litiges entre particuliers, dont la poursuite était laissée à l'initiative du lésé ou de sa famille, et les délits publics, qui portaient gravement atteinte à l'ordre politique ou religieux, dont la poursuite pouvait être assumée par chaque citoyen, sous la forme d'une accusation populaire[2153].

913 Au Moyen-Âge, le développement de la justice seigneuriale, puis ecclésiastique, a vu l'avènement du système inquisitoire et, avec lui, une institutionnalisation de la poursuite pénale, confiée à des juges professionnels pouvant agir d'office, le lésé étant progressivement relégué à l'arrière-plan, souvent comme simple dénonciateur[2154]. Les grandes codifications française et prussienne du XIX^{e} ont toutefois permis, nous l'avons vu, une certaine réhabilitation du lésé, au travers de l'action civile adhésive, de la plainte pénale ou de l'accusation privée *(Privatstrafklage)*, soit autant d'instruments importés ensuite par les cantons suisses dans leurs propres codes de procédure pénale[2155].

[2150] Initiative parlementaire CN (11.420) – Lutte contre le blanchiment d'argent et la corruption. Octroi du droit de plainte et de recours; Initiative parlementaire CN (15.460) – Lutter contre les discriminations raciales, antisémites et homophobes. Introduire un droit de recours pour les organisations de défense de minorités.

[2151] GIROUD/ROTH, p. 392 ss (aussi pour l'Espagne et la Belgique); PARIZOT, Action pénale partagée, p. 256; PIN, p. 63, qui distingue entre combat solidaire et combat militant; CARBONNIER, p. 148 ss; sur le lien avec la victime, cf. TERRYN FABIENNE, Le rôle de la victime sur l'accès au juge pénal des associations, in Virginie Donier/Béatrice Lapérou-Scheneider (éds), L'accès au juge, Recherche sur l'effectivité d'un droit, Bruxelles 2013, p. 276 ss.

[2152] Cf. déjà N 704 ss *supra*, s'agissant de l'anonymisation du lésé dans le bien juridique. Pour des développements historiques, cf. WEILENMANN, N 13 ss; TANNER, p. 8 ss; JABORNIGG, p. 178 ss; en *Allemagne*, cf. WEIGEND, Deliktsopfer, p. 24 ss.

[2153] VOEFFRAY, p. 26 ss; PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 102 s.

[2154] PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 106 s.; PIQUEREZ/MACALUSO, N 124, 127; CAPUS, p. 56; TANNER, p. 10 s.; WEILENMANN, N 74 s.; CONVERSET, p. 8. Sur l'évolution du système accusatoire vers le système inquisitoire, cf. aussi FOUCAULT, p. 147 ss, 161 ss et 241. Sur la persistance de certaines actions populaires pénales à cette époque en Europe et en Suisse, cf. PFENNINGER, Popularstrafklage, p. 259 ss.

[2155] Puis au niveau fédéral pour la plainte pénale. Cf. N 709 ss *supra*, à propos du mouvement de «redécouverte» du lésé.

914 En Suisse, au début du XX^e siècle, certains auteurs souhaitaient aller plus loin encore, en donnant à tout citoyen (disposant du droit de vote)[2156] le droit de renvoyer le prévenu en jugement ou de recourir contre un classement de la procédure, afin de contrôler l'activité du ministère public, jugé trop dépendant du pouvoir exécutif[2157]. Cette forme d'accusation ou de recours populaire ne s'est cependant jamais imposée, et les possibilités de participer à la procédure et d'appuyer l'accusation publique, voire de soutenir soi-même l'accusation *(Privatstrafklage)*, n'ont été concédées qu'au lésé, puis à la victime avec la LAVI[2158]. Reste désormais à voir ce qu'il en est en droit actuel.

c. Qualité pour recourir et qualité pour agir du lésé

915 Dans le Code de procédure pénale, on peut tout d'abord observer que, au sein des dispositions générales sur les voies de recours, l'art. 382 al. 1 CPP soumet la qualité pour recourir des autres parties que le ministère public à l'existence d'un *intérêt juridiquement protégé* à l'annulation ou à la modification de la décision. Cette exigence permet déjà, à l'instar de ce qui vaut pour les autres lois de procédure, d'exclure le principe si ce n'est de l'action, à tout le moins du *recours populaire*[2159]. En effet, le recourant doit établir que la décision attaquée viole une règle de droit qui a pour but de protéger ses intérêts et qu'il peut en conséquence en déduire un droit subjectif[2160]; il doit donc être personnellement touché par la norme dont il invoque la violation.

916 Cette notion d'*intérêt juridique* au recours traverse tout notre droit de procédure pénale et n'est pas limitée au CPP. Elle se retrouve aussi dans la loi sur le Tribunal fédéral, dans la qualité pour recourir en matière pénale (art. 81 al. 1 let. b LTF), mais pas dans la qualité pour recourir en matière civile ou administrative, fondée sur l'existence d'un *intérêt digne de protection* (art. 76 al. 1 let b et 89 al. 1 let. c LTF). L'intérêt digne de protection, qui peut être un intérêt de fait, se définit comme l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait[2161]. C'est en se fondant sur cette notion plus large d'intérêt digne de protection que la doctrine propose d'élargir la qualité pour recourir dans certains domaines, notamment en matière environnementale[2162]. En matière pénale toutefois, les lois de procé-

[2156] Et donc à l'exclusion des femmes (!), à l'époque.

[2157] PFENNINGER, Popularstrafklage, p. 268 ss; PFENNINGER, Verletzte, p. 186; BAUMANN, p. 135. À ce sujet, cf. WEILENMANN, N 56 ss; ROTH, Opportunité, p. 247.

[2158] WEILENMANN, N 59, 67 ss, 77; OEHEN, Strafkläger, p. 10 s.; CORBOZ, LAVI, p. 76.

[2159] Cf. déjà ATF 121 IV 317 c. 1a; 133 I 33 c. 1.1 (art. 88 aOJ); TF, 6S.323/2003, 24.11.2003, c. 2.2.1 [f] (LCD). Plus récemment: ATF 143 IV 77 c. 4.6.

[2160] ATF 145 IV 161 c. 3.1. Cf. aussi N 800 *supra* (sous Notions voisines).

[2161] Cf. Comm. LTF-DONZALLAZ, Art. 89 N 26; Comm. LTF-BOVEY, Art. 76 N 37.

[2162] Récemment: REHMANN MERET, Besondere Betroffenheit als Element der Beschwerdebefugnis im Umweltrecht, thèse Zurich 2024, qui propose d'abandonner le critère de l'atteinte particulière au sens de l'art. 89 al. 1 let. b LTF (N 626), après avoir retracé l'évolution historique de la qualité pour recourir (N 162 ss, spéc. N 244 ss sur l'introduction en 1968 de l'intérêt digne de protection en procédure administrative [aOJ et PA]).

dure continuent d'exiger un intérêt juridique[2163], ce qui marque un premier signal fort en faveur d'une limitation du cercle des personnes habilitées à recourir, et donc de l'exclusion d'un recours populaire.

Toutefois, au-delà des voies de recours, l'absence d'action populaire en procédure pénale suisse s'explique aussi par la position qui est reconnue au lésé au sein du CPP. Nous avons vu que ce dernier disposait d'un intérêt à agir comme demandeur à deux actions distinctes, une action pénale (accessoire) et une accession civile (adhésive). Ce double rôle procédural impose un examen séparé par rapport à l'action populaire. 917

Le lésé qui se constitue partie plaignante comme demandeur *au civil* (art. 119 al. 2 let. b CPP) est déjà touché plus que quiconque par l'infraction, qui lui a causé un dommage dont il demande réparation, ou qui l'a dépossédé d'un objet dont il demande la restitution (ou la réintégrande)[2164] ; la distinction avec l'action populaire se fait ici aisément. 918

En revanche, la situation est moins évidente s'agissant de la partie plaignante demanderesse *au pénal* (art. 119 al. 2 let. a CPP), le législateur ayant ici conféré au lésé la faculté de se constituer partie « à la seule fin de soutenir l'action pénale » *(Nebenstrafklage)*, indépendamment de toute prétention civile contre l'auteur[2165]. Dès lors que la qualité de partie plaignante demanderesse au pénal découle directement de celle de lésé (art. 115 CPP)[2166], la frontière avec l'action populaire doit se faire au niveau de ce dernier. Or, il nous apparaît que la notion d'atteinte personnelle, comprise comme la titularité d'un bien juridique *individuel* protégé par l'infraction en cause, constitue justement un critère de démarcation utile ou, pour reprendre la terminologie sur la qualité pour agir, un « rapport suffisamment étroit avec l'objet du litige »[2167]. 919

Admettre, dans la situation inverse, que des particuliers puissent être titulaires de biens juridiques *collectifs* et accéder ainsi à la qualité de lésé ouvrirait la voie à une action populaire déguisée puisque, par définition, ces biens collectifs servent un intérêt général, qui transcende la simple somme des intérêts individuels[2168]. Cela est particulièrement vrai des biens juridiques sociaux, dont on a vu qu'ils appartenaient à la société dans son ensemble et avaient, en ce sens, un caractère supra-individuel[2169]. 920

[2163] Pour une comparaison : CR Cst.-DANG/NGUYEN, Art. 29 N 32 ss.

[2164] Sur les fondements divers des conclusions civiles adhésives, cf. ATF 148 IV 432 c. 3.1.3.

[2165] ATF 139 IV 78 c. 3.3.3, confirmé in ATF 139 IV 84 c. 1.1 ; 141 IV 231 c. 2.5 ; 146 IV 76 c. 2.2.2 ; 148 IV 24 c. 2.6.4. Cpr. le recours au TF (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF) : 146 IV 76 c. 3.2 ; 141 IV 1 c. 1.1 ; cpr. la teneur de la LTF avant 2011, qui excluait quasiment tout recours du lésé non victime : ATF 136 IV 29 c. 1.7.2 ; 133 IV 228 c. 2.3. Pour des développements sur la *Nebenstrafklage*, cf. N 731 ss *supra*.

[2166] Cf. ATF 139 IV 78 c. 3.3.3 : « Il suffit d'être lésé » ; ATF 145 IV 491 c. 2.4.13 : « *einzig unter der Bedingung einer Geschädigtenstellung* ».

[2167] Cf. N 909 *supra*.

[2168] On renvoie aux développements sur les biens juridiques collectifs en général (cf. N 525 *supra*) ainsi que sur l'approche dualiste défendue ici (cf. N 530 *supra*). Cf. aussi en *droit allemand* LENK, p. 58 s. ; KÜPPER, p. 283.

[2169] Cf. N 541 *supra*.

Permettre à chaque membre de la société de se constituer partie plaignante reviendrait alors à consacrer une action populaire, exercée dans l'intérêt de tous. Or, le seul intérêt général des citoyens à voir les infractions poursuivies et leurs auteurs punis ne suffit pas pour leur reconnaître la qualité de lésé[2170]. Tel est également la position de la CourEDH, qui considère qu'en matière pénale, la Convention ne garantit ni le droit à la « vengeance privée », ni une *actio popularis*[2171].

921 En *Allemagne*, une partie minoritaire de la doctrine défend une conception plus large du lésé, comprenant également les biens juridiques collectifs, dans le cadre de la *Klageerzwingungsverfahren* (§ 172 StPO/D)[2172]. Cette procédure permet de recourir contre les décisions de classement du ministère public, dans le but de garantir le respect du principe de la légalité. Au moment de l'introduire, il avait été décidé de n'octroyer cette possibilité qu'au lésé, car la création d'un véritable recours populaire n'était pas susceptible de récolter une majorité suffisante au *Bundestag*[2173]. Le compromis trouvé doit toutefois conduire, selon ces auteurs, à interpréter largement la notion de lésé, afin de permettre un véritable contrôle du principe de la légalité ; en ce sens, la procédure prévue au § 172 StPO/D serait une sorte d'« action populaire limitée »[2174].

922 Cette position ne peut pas être transposée en *droit suisse*, qui reconnaît au lésé une vocation strictement pénale à participer à la procédure afin de faire reconnaître le tort qui lui a été causé par l'infraction. Cette qualité pour agir sur le plan pénal ne vise pas à faire contrôler le respect du principe de la légalité par les autorités pénales, mais découle, nous l'avons vu, des droits de la personnalité de la personne lésée[2175]. Elle trouve sa source dans l'atteinte au bien juridique individuel du lésé causée par l'infraction.

d. Un reliquat d'action populaire : la dénonciation

923 En définitive, celui qui se prétend lésé en invoquant une infraction protégeant exclusivement des biens juridiques collectifs ne fait que requérir la poursuite d'un intérêt général, ce qui ne suffit pas pour retenir qu'il est touché dans ses propres droits (au sens de l'art. 115 al. 1 CPP) par ladite infraction.

924 La jurisprudence le qualifie d'ailleurs de simple dénonciateur[2176], soulignant ainsi que les faits qu'il a portés à la connaissance des autorités pénales ne le concernaient pas

[2170] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 25.

[2171] Cf. CourEDH, Perez c. France (GC), 12.2.2004, n° 47287/99, § 70 ; cf. aussi CourEDH, Asociación de víctimas del terrorismo c. Espagne (déc.), n° 54102/00, 29.3.2011, s'agissant de l'accusation populaire de droit espagnol : requête irrecevable. L'exclusion de l'*actio popularis* dans le système de la CEDH était au cœur de l'arrêt CourEDH, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse (GC), n° 53600/20, 9.4.2024, § 460, 481 ss.

[2172] SCHALL, p. 574 ; MüKo StPO-KÖLBEL, § 172 N 21 ss ; HEFENDEHL, Verletzten, p. 594.

[2173] LR StPO-GRAALMANN-SCHEERER, § 172 N 2 ; HELMKEN, Opfer, p. 178 ; SCHALL, p. 573.

[2174] SK StPO-WOHLERS, § 172 N 3 ; HELMKEN, Opfer, p. 178.

[2175] Cf. N 742 ss *supra*.

personnellement. On notera à cet égard que, pour sa part, la *dénonciation (Strafanzeige, denuncia)*[2177] se rapproche d'une forme d'action populaire, puisque l'art. 301 CPP donne à «chacun» le droit de dénoncer une infraction (al. 1), d'en obtenir une confirmation écrite si la dénonciation a été faite oralement (al. 1bis), puis d'être informé, à sa demande, de la suite qui en a été donnée (al. 2)[2178]. Cette action populaire est toutefois très limitée, puisque ce droit à l'information est le seul qui est reconnu au dénonciateur[2179]. Le dénonciateur ne peut notamment pas recourir contre une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement du ministère public, contrairement à ce qui était prévu dans certains cantons romands avant l'unification de la procédure pénale[2180] et qui est toujours prévu en droit français, par exemple[2181].

3. Rôle du ministère public

925 Troisièmement, et dans le prolongement direct des développements qui précèdent sur l'action populaire, un autre argument plaide pour l'absence de titularité individuelle des biens juridiques collectifs. Il concerne le rôle exercé par le ministère public dans le procès pénal moderne et, plus spécifiquement, dans notre Code de procédure pénale[2182].

926 Autorité de poursuite pénale (art. 12 let. b CPP), le ministère public est responsable de l'exerce uniforme de l'action publique (art. 16 al. 1 CPP); il lui incombe de conduire la procédure préliminaire, de poursuivre les infractions dans le cadre de l'instruction et, le cas échéant, de dresser l'acte d'accusation et de soutenir l'accusation (cf. art. 16 al. 2 CPP), voire de clôturer l'instruction par un autre mode prévu par la loi (classement, ordonnance pénale)[2183]. Durant l'instruction, en tant qu'autorité investie de la direction de la procédure (art. 61 al. 1 let. a CPP), le ministère public établit l'état de fait et l'appréciation juridique du cas de telle sorte qu'il puisse mettre un terme à la procédure préliminaire (cf. art. 308 al. 1 CPP). S'il décide de renvoyer le prévenu en jugement, le ministère public est en quelque sorte rétrogradé au rang de simple partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. c CPP); il endosse alors la qualité d'accusateur public, chargé de soutenir l'accusation devant le tribunal[2184].

[2176] ATF 147 IV 269 c. 3.1; 145 IV 491 c. 2.4.13; TF, 1B_166/2022, 27.2.2023, c. 5.2 [f].

[2177] À l'origine, la *denunciatio* était une procédure obligatoire lors des visites de l'évêque dans les monastères.

[2178] Cf. dans le même sens ROTH, Opportunité, p. 247 s.

[2179] Message CPP, p. 1241. Sur les contours de ce droit, cf. GIROUD/ROTH, p. 387 ss.

[2180] *Genève:* HARARI/ROTH/STRÄULI, p. 422 s., 431, 452; ROTH, Opportunité, p. 248; CHAIX/BERTOSSA, p. 200; *Fribourg*: CLERC, Procès pénal, p. 111.

[2181] Art. 40-3 CPP/F. Cf. à cet égard PIN, p. 70, craignant une dérive vers l'action populaire.

[2182] Qui suit le «modèle du ministère public II»: cf. PIQUEREZ/MACALUSO, N 703 ss; Message CPP, p. 1077 ss.

[2183] PIQUEREZ/MACALUSO, N 701. Sur la problématique de la concentration des pouvoirs en mains du ministère public, notamment lorsqu'il rend une ordonnance pénale, qui représente plus 90% des cas de condamnations: WOHLERS, Vogelperspektive, p. 238 ss.

[2184] Cf. ATF 138 IV 142 c. 2.2.2. Sur le rôle de partie du ministère public, cf. déjà METTLER, p. 146 ss. Sur la «double casquette» du ministère public dans le CPP et les problèmes d'instruction à décharge et d'égalité des armes avec le prévenu: PIGUET/DYENS, p. 314 s.

a. Représentant de l'État et de la société au procès pénal

927 Sur un plan grammatical, tout d'abord, le terme *Staats-anwaltschaft* en allemand se traduit littéralement par «défense» ou «avocat de l'État»[2185]. En français, l'art. 16 al. 1 CPP souligne que le ministère *public* est responsable de l'exercice uniforme l'action *publique*, ce qui permet seulement d'affirmer que cette mission poursuit un intérêt *public*. Les versions allemande et italienne s'avèrent bien plus précises, en parlant de *prétention pénale* ou *répressive* (*Strafanspruch*; *pretesa punitiva*)[2186], laquelle est qualifiée d'*étatique* (*staatlicher Strafanspruch*; *pretesa punitiva dello Stato*). Cette formulation renvoie à la conception du ministère public en tant que représentant de l'État, chargé d'exercer en son nom l'action publique, aussi appelée action pénale[2187], en poursuivant les auteurs d'infractions et en soutenant ou en «représentant» l'accusation devant les tribunaux *(«die Anklage vertreten»)*[2188]. C'est donc l'une des principales missions du ministère public que de représenter les intérêts de l'*État* au procès pénal, en exerçant en son nom l'action publique, dont ce dernier a le monopole (art. 2 al. 1 CPP)[2189]. L'exercice, au nom de l'État, de l'action publique, instituée dans l'intérêt public, explique aussi la large admission de la qualité pour recourir du ministère public au niveau cantonal (art. 381 CPP) et, dans une moindre mesure[2190], au niveau fédéral (art. 81 al. 1 let. b ch. 3 LTF)[2191].

928 Toutefois, le ministère public n'agit pas seulement au nom de l'État, mais également – par extension – au nom de la *société* tout entière[2192]. C'est ici une conséquence de la théorie du contrat social, en vertu de laquelle les citoyens abandonnent une parcelle de leur liberté à l'État, en échange de quoi ce dernier s'engage à assurer leur sécurité, et donc à poursuivre les infractions[2193]. La position du ministère public comme garant des intérêts des citoyens est aujourd'hui unanimement reconnue, au niveau suisse

[2185] Le mot *Anwalt* (du verbe *walten*) exprimait à l'origine l'idée de puissance, puis de représentant de la puissance d'autrui. Cf. ‹https://www.dwds.de/wb/Staatsanwalt› (30.5.2025).

[2186] L'expression *«Strafanspruch»* se retrouve aussi *en Allemagne*, où BINDING l'avait utilisée pour remplacer le terme *«Strafklagrecht»*, trop connoté et trop proche du procès civil: cf. JUNG, Verhältnis, p. 265 s., lequel propose de parler de *«Strafbefugnis»*, terme qui souligne mieux l'atteinte induite par la sanction pénale.

[2187] Qui en est un synonyme plus précis. Cf. pour la *France* MARIAT, Recevabilité, p. 1.

[2188] Cf. art. 16 al. 2 et 337 al. 4 CPP. Voir aussi METTLER, p. 231, qui parle de représentation d'intérêts publics étatiques au procès.

[2189] ATF 134 IV 36 c. 1.4.5; SK StPO-KELLER, Art. 16 N 10; METTLER, p. 149; cf. aussi ATF 151 IV 98 c. 1.2.2: «mandat de répression pénale» exercé par le ministère public.

[2190] À la différence de l'art. 381 CPP, l'art. 81 LTF ne dispense pas le ministère public de l'exigence de *«Beschwer»* (intérêt matériel au recours): ATF 151 IV 98 c. 1.2.1 s.

[2191] Pour *l'art. 381 CPP*: ATF 147 IV 505 c. 4.4.1, qui réserve le principe de la bonne foi (c. 4.4.2 et 4.4.3); 140 I 125 c. 2.3; 139 IV 199 c. 4. Pour *l'art. 81 al. 1 let. b ch. 3 LTF*: ATF 147 IV 2 c. 1.4 et 1.8; 145 IV 65 c. 1.2; 134 IV 36 c. 1.4.3; TF, 6B_693/2019, 28.6.2019, c. 3.1.1 [f].

[2192] Cf. ATF 147 IV 505 c. 4.4.1 («représentant de la société»); cf. aussi ATF 151 IV 98 c. 1.2.1; Message CPP, ch. 2.3.1.1 p. 1142; cf déjà ZÜRCHER, AP-CP 1908, p. 247 s., pour les outrages à la morale publique.

[2193] BECCARIA, Des délits et des peines, 1764, § II; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1; DONGOIS/LUBISHTANI, p. 173 ss.

comme international. Elle figure expressément dans la définition du ministère public par le Conseil de l'Europe: «On entend par ‹ministère public› l'autorité chargée de veiller, *au nom de la société* et dans l'intérêt général, à l'application de la loi lorsqu'elle est pénalement sanctionnée»[2194]. Dans le même sens, le Parquet européen est parfois désigné comme l'*«Advokatin aller Unionsbürger»*[2195]. Aux États-Unis, tout procès pénal oppose le peuple d'un certain État à l'accusé *(«People of the State of New York versus X»)*. Ce rôle s'explique par le trouble *social* que cause la commission d'une infraction pénale et qui appelle une réaction de la part de la société; dans nos systèmes actuels, cette réaction prend la forme d'une sanction pénale[2196], qui ne peut être prononcée qu'au terme d'un procès réglementé, ritualisé, intenté par la société contre l'auteur de l'infraction[2197]. Comme la société ne peut toutefois raisonnablement agir elle-même, il lui faut un représentant: le ministère public[2198].

929 Au-delà de l'aspect strictement littéral, cette conception est aussi le fruit d'une longue *évolution historique*. L'apparition du ministère public comme acteur du procès pénal est étroitement liée à l'émergence de l'État lui-même. À l'époque où l'État tirait encore sa légitimité de la personne du roi, un corps de fonctionnaires – les procureurs du roi – était chargé de défendre les intérêts de la couronne en justice (les cas royaux). On considérait alors que le prestige du roi s'opposait à ce qu'il descendît lui-même dans l'arène judiciaire, de sorte qu'il lui fallait un représentant ou, pour filer la métaphore du combat, un champion, en la personne du procureur[2199].

930 Après la Révolution française et l'abolition de la monarchie, le ministère public a été conservé en tant qu'organe de l'État mais, avec le transfert de souveraineté de la personne du roi vers la nation tout entière, sa légitimité aurait dû elle aussi trouver un ancrage populaire, de manière à pouvoir le qualifier de représentant de la société et de garant des libertés individuelles[2200]. Or, contrairement à certaines idées reçues[2201], tel n'a pas été le cas. Des études ont montré que le maintien du ministère public a d'abord été un moyen, pour l'État, de continuer à faire valoir ses intérêts au procès pénal, ce

[2194] Recommandation Rec(2000)19 du Comité des Ministres (Conseil de l'Europe) sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, 6.10.2000, point 1, p. 4 (nous mettons en évidence).

[2195] MEYER FRANK, in Hans-Roger Herrnfelld/Robert Esser (éds), Europäische Staatsanwaltschaft, Handbuch, Baden-Baden 2022, § 3 N 3.

[2196] Sous réserve des instruments de justice restaurative: cf. PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 109 ss et 135 ss.

[2197] PIQUEREZ/MACALUSO, N 2, 7; DONGOIS/LUBISHTANI, p. 173, 177.

[2198] PARIZOT, Action pénale partagée, p. 248.

[2199] FOUCAULT, p. 224 ss, 241; cf. aussi LUMINATI, p. 341; METTLER, p. 159 ss. Il s'agissait d'ailleurs d'une exception à la maxime «nul ne plaide par procureur»: SPIRIDÈS CONSTANTIN, Étude historique et critique sur la maxime «Nul en France ne plaide par procureur hormis le roi», thèse Paris 1897, p. 15, 47 ss et 82 s.

[2200] Voir pour la *France* RASSAT, Ministère public N 187 s.; MARIAT, L'équilibre, N 519; LUMINATI, p. 341. Pour l'*Allemagne*, cf. WOHLERS, Staatsanwaltschaft, p. 331 s.

[2201] Notamment en *Allemagne*, où le ministère public a longtemps été glorifié comme le *«Kind der Revolution»*, cf. WOHLERS, Staatsanwaltschaft, p. 331 s.

que les libéraux ont accepté (ou toléré) comme une conséquence nécessaire du système plus accusatoire – phase de jugement orale, publique et contradictoire – qu'ils étaient parvenus à mettre en place[2202]. À cela s'ajoute que l'institution était alors le plus souvent rattachée au pouvoir exécutif. De champion du roi, le ministère public s'est ainsi mué en bras armé du gouvernement[2203]. Ce n'est qu'avec le renforcement progressif de son indépendance vis-à-vis de l'exécutif que l'expression « représentant de la société » a véritablement pris tout son sens. En parallèle, toutefois, le ministère public a continué à être désigné comme le représentant de l'État également. En Suisse, la position et le rôle du ministère public, que ce soit dans les cantons ou au niveau de la Confédération, a connu une évolution similaire[2204].

b. Sauvegarde des biens juridiques collectifs au travers de l'action publique

931 Ramené à la problématique qui nous occupe, le rôle du ministère public en tant que représentant à la fois de l'État et de la société implique la défense – par procuration – des *biens juridiques collectifs* dont ces derniers sont titulaires, à savoir les biens juridiques *étatiques* pour l'État et les biens juridiques *sociaux* pour la société[2205].

932 Le Tribunal fédéral dénie la qualité de lésé (art. 115 al. 1 CPP) aux entités étatiques pour les infractions les touchant dans leurs prérogatives de puissance publique au motif que, dans un tel cas, « la sauvegarde des intérêts publics incombe au ministère public »[2206], étant précisé que, par « intérêts publics », il faut comprendre les biens juridiques collectifs[2207]. Nous examinerons plus en détails cette situation dans le chapitre suivant. À ce stade, il suffit de constater que ce qui vaut pour l'État lui-même doit valoir à plus forte raison pour les particuliers : si la qualité de lésé est refusée à une entité publique dont la mission est pourtant de « défendre ou de promouvoir »[2208] un bien juridique collectif protégé par l'infraction, alors il doit en aller de même pour le particulier qui n'entretient pas un rapport aussi étroit avec ledit bien collectif. Dans un cas comme dans l'autre, la défense de ce bien juridique collectif est en quelque sorte absorbée par la mission du ministère public.

933 On pourrait opposer à ces arguments que le ministère public est également appelé à intervenir lorsque l'infraction ne protège que des *biens juridiques individuels*, et donc

[2202] Pour l'*Allemagne* et la *Suisse*, cf. WOHLERS, Staatsanwaltschaft, p. 330 s., 337 ; LUMINATI, p. 343 ; pour la *France*, cf. MARIAT, L'équilibre, N 519.

[2203] OBERHOLZER, Staatsanwaltschaft, N 5 : *« verlängerter Arm der Regierung »*.

[2204] Pour des développements, cf. LUMINATI, p. 342 ss ; WOHLERS, Staatsanwaltschaft, p. 337 ss ; METTLER, p. 171 ss.

[2205] Cf. N 537 ss *supra* sur ces deux catégories de biens juridiques collectifs.

[2206] TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.4 [f]. Pour une casuistique, cf. GRODECKI, État des lieux, p. 387 s.

[2207] Cpr. les arrêts rendus en allemand, plus clairs : TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.5 [d] ; 1B_450/2019, 14.5.2020, c. 2.2 [d] ; voir aussi BRANDENBERGER, p. 229 ; cf. N 475 s. *supra*, sur le rapprochement entre le bien juridique et le terme intérêt. *Contra* : GRODECKI, État des lieux, p. 388 ; KRIEGER AEBLI, p. 421, qui semblent en faire une condition à part entière, distincte du bien juridique.

[2208] Cf. TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.1 [f] ; 1B_576/2018, 26.7.2019, c. 2.4 [f].

qu'il existe déjà un potentiel lésé. En ce sens, le rôle du ministère public ne serait pas de prendre la défense de certains types de biens juridiques collectifs, mais uniquement de soutenir l'action pénale contre l'auteur de l'infraction. En réalité, on admet depuis longtemps[2209] que chaque infraction trouble l'ordre social et comporte ainsi un aspect public ou collectif, même lorsqu'elle vise au premier chef à protéger un bien juridique individuel[2210]. C'est ce qui explique que le ministère public est aussi chargé de poursuivre d'office de telles infractions[2211]. Seulement, celles-ci comprennent un aspect supplémentaire, d'ordre privé, du fait qu'elles portent atteinte à une ou plusieurs personnes déterminées, ou plutôt à un ou plusieurs biens juridiques individuels. Certains estiment même que cet aspect privé doit passer au premier plan, de sorte que «la protection de l'intérêt public associé à la répression pénale se trouve partiellement subordonnée à la protection de l'intérêt privé de la victime»[2212].

934 Dans tous les cas, si la défense de cet intérêt privé est laissée à la victime, ou plutôt au lésé, qui peut ainsi se constituer partie plaignante et faire valoir ses droits en procédure, celle de l'intérêt public reste entre les mains du ministère public. Or, quand l'infraction en cause protège uniquement un bien juridique collectif, la poursuite de l'intérêt public à la répression pénale se confond avec la protection dudit bien; en exerçant l'action pénale, le ministère public agit dans l'intérêt public et, par la même occasion, défend (ou réaffirme) les biens collectifs touchés par l'infraction[2213].

c. Principe de la légalité des poursuites et indépendance

935 Il résulte de ce qui précède que les particuliers ne peuvent pas être titulaires de biens juridiques collectifs car ceux-ci sont déjà sauvegardés par le ministère public[2214]. Ils ne sont donc pas lésés par les infractions protégeant de tels biens. Cette situation emporte certaines conséquences pratiques: une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement, voire une ordonnance pénale[2215], rendue par le ministère public pour une infraction de ce type ne pourra faire l'objet d'aucun recours (ou d'opposition), faute de lésé et donc de partie plaignante[2216]. L'absence de contrôle judiciaire de ce type de décisions peut s'avérer problématique, ce d'autant que le risque d'influences

[2209] On renvoie ici aux travaux de BECCARIA, ROUSSEAU ou encore DURKHEIM. Pour une présentation critique: DE LAGASNERIE, p. 195 ss et 245.

[2210] FIOLKA, Rechtsgut, p. 196; CASSANI, FS Schmid, p. 397. En Allemagne: HEFENDEHL, Rechtsgüter, p. 60. En France: OLLARD, p. 577; DETRAZ, Infractions d'intérêt général, N 9.

[2211] Sous réserve de celles poursuivies sur plainte uniquement (art. 30 ss CP), pour lesquelles le plaignant conserve la «disponibilité» de l'action publique (cf. ATF 146 IV 238 c. 3.2.2).

[2212] DONGOIS/LUBISHTANI, p. 174; DE LAGASNERIE, p. 245; cf. aussi dans ce sens ATF 135 IV 12 c. 3.4.3 (pour l'art. 53 CP). *Contra*: CAPUS, p. 423.

[2213] On peut ici faire le lien avec la prévention générale positive: cf. N 718 *supra*.

[2214] Dans le même sens: SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 689; TANNER, p. 53 s. Plus critiques: GIROUD/ROTH, p. 395.

[2215] Mode de clôture de plus en plus utilisé comme outil de justice négociée, not. par le MPC.

[2216] Et faute d'intérêt juridiquement protégé du prévenu à recourir contre une telle décision, qui lui sera généralement favorable (sauf si elle viole sa présomption d'innocence).

ou de pressions politiques est particulièrement grand pour certaines infractions protégeant des biens juridiques collectifs[2217].

936 Ce risque d'ingérence est toutefois limité par deux principes gouvernant l'activité et l'organisation du ministère public : le principe de la légalité des poursuites (art. 7 al. 1 CPP) et celui de l'indépendance (art. 4 al. 1 CPP). Les procureurs sont en principe[2218] tenus d'ouvrir une instruction dès qu'ils ont connaissance d'indices laissant présumer l'existence d'une infraction, même si celle-ci protège un bien juridique collectif. Par ailleurs, bien que le ministère public occupe une place à part au sein des institutions étatiques[2219], il doit bénéficier d'une indépendance suffisante par rapport au pouvoir exécutif – suisse comme étranger – pour être à l'abri de toute pression politique[2220]. Cela vaut d'autant plus dans le système du CPP, qui concentre entre ses mains les pouvoirs d'instruire et de poursuivre, lui laisse une large marge d'appréciation dans la conduite de la procédure et lui confie certaines compétences de nature juridictionnelle[2221]. L'indépendance du ministère public est une expression, voire une finalité du principe de la séparation des pouvoirs ; elle participe de la notion d'État de droit[2222]. En droit interne, cette indépendance est garantie par l'art. 4 al. 1 CPP, disposition qui, en tant que principe directeur, doit servir de guide à l'interprétation des autres règles de procédure[2223].

937 Cette interprétation ne saurait toutefois aller jusqu'à remettre en question le principe selon lequel les « droits » au sens de l'art. 115 al. 1 CPP s'entendent exclusivement de biens juridiques individuels, de sorte que les particuliers ne peuvent pas être lésés par des infractions protégeant exclusivement des biens juridiques collectifs. Tout au plus pourrait-on se demander si la démarche consistant à « découvrir », pour certaines infractions, un bien juridique individuel protégé accessoirement ou secondairement par rapport à un bien juridique collectif[2224], ne participe pas d'un certain contrôle – certes indirect[2225] – de l'activité du ministère public par le titulaire de ce bien individuel. La

[2217] TUMINI, p. 21 s., qui cite l'abus d'autorité (art. 312 CP), la gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP), les actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP) et le service de renseignements économiques (art. 273 CP).

[2218] Le principe de la légalité des poursuites est en effet tempéré par l'opportunité des poursuites dans certains cas exhaustivement prévus par la loi (art. 8 CPP et le renvoi aux art. 52 à 54 CP). À ce sujet, cf. RUTSCHMANN, p. 193 ss.

[2219] Il ne relève ni tout à fait du pouvoir judiciaire, ni tout à faire du pouvoir exécutif : BSK StPO-GETH, Art. 14 N 14a ; OBERHOLZER, Staatsanwaltschaft, N 5 ss ; MARTENET, Architecture, p. 128 ; METTLER, p. 73 ss ; CR CPP-HENZELIN/MAEDER MORVANT, Art. 14 N 13 ss. Pour une analyse de droit *français, allemand* et *italien*, cf. MARIAT, L'équilibre, N 95 ss.

[2220] BSK StPO-WIPRÄCHTIGER/FREY, Art. 4 N 1 et 35 ; CR CPP-VERNIORY, Art. 4 N 10.

[2221] Pour l'ordonnance pénale. Cf. TUMINI, p. 23 s. ; cf. aussi ATF 141 IV 178 c. 3.3.2.

[2222] MARTENET, Architecture, p. 32 s. ; CR CPP-VERNIORY, Art. 4 N 10 ; cf. aussi CourEDH, Gudmundur Andri Ástrádsson c. Islande (GC), n° 26374/18, 1. 12. 2020, § 144.

[2223] CR CPP-VERNIORY, Art. 4 N 6 ss.

[2224] Cf. N 947 ss *infra*.

[2225] Car s'exerçant au travers des droits la partie plaignante, dont la vocation première n'est pas de veiller à l'indépendance du ministère public, et revenant à une autorité judiciaire, généralement la juridiction de recours.

prévention des risques d'ingérence passe toutefois avant tout par un renforcement de l'indépendance institutionnelle du ministère public – élection, période de fonction, révocation, surveillance – plutôt que par une extension générale de la qualité de lésé en procédure pénale[2226].

938 Par contraste, il n'est guère étonnant de trouver, dans les pays – comme la *France* – où le ministère public est historiquement plus proche du pouvoir exécutif et où son action est guidée par le principe d'opportunité des poursuites, des propositions visant à définir plus largement le cercle des personnes lésées, afin de permettre un contrôle de l'activité du parquet et de combattre son inertie au travers de constitutions de partie civile dans des domaines exposés politiquement[2227]. Du reste, les auteurs qui, au début du XX^{e} siècle, plaidaient pour l'introduction d'une action pénale populaire en *Suisse* la justifiaient précisément en raison du fait que, à cette époque, le ministère public ne présentait pas toutes les garanties d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif[2228]. Cet argument se retrouve encore aujourd'hui pour l'action populaire espagnole[2229].

4. Caractère praticable de la procédure

939 Quatrièmement, en combinant les arguments liées à l'absence d'action populaire et au rôle du ministère public en procédure pénale suisse, il est possible d'en avancer un autre, qui a trait au caractère praticable de la procédure. Admettre que des particuliers puissent être titulaires de biens juridiques collectifs comporterait en effet le risque de voir un nombre potentiellement indéterminé de personnes vouloir participer à la procédure. Par exemple, dans une affaire de faux dans les titres (art. 251 CP) ayant été relayée dans la presse, on pourrait imaginer qu'une multitude de citoyens se disent atteints dans la confiance qu'ils plaçaient jusqu'alors dans la valeur probante des titres au sein des relations juridiques[2230] et demandent à se constituer parties plaignantes. Pour prendre un exemple un peu moins fictif, on peut imaginer un cas de pollution des sols d'une commune, due à l'activité d'une ancienne usine d'incinération, dans lequel les habitants ayant cultivé des légumes dans leurs jardins pourraient revendiquer la qualité de lésés par rapport à une infraction au droit de l'environnement (par ex. art. 60 LPE) qui serait reprochée à l'ancien responsable de l'usine d'incinération.

[2226] TUMINI, *passim*; GETH CHRISTOPHER/SCHINDLER BENJAMIN, Aufsicht über die Bundesanwaltschaft, Gutachten zuhanden der Geschäftsprüfungskommissionen beider Räte, 3.2.2021, N 124; BSK StPO-GETH, Art. 14 N 13 ss. Aucun de ces auteurs ne remet en question l'absence de lésé en présence d'infractions contre des biens juridiques collectifs.

[2227] Cf. LACAZE, Action pénale, N 4 s., 8 s. On pense ici également au rôle des associations.

[2228] PFENNINGER, Popularstrafklage, p. 268 et 278, en référence aux délits sans victimes pour lesquels un contrôle citoyen est plus pressant en raison de considérations politiques ou de liens de dépendances administratifs (infractions contre l'État, contre l'autorité publique, contre les devoirs de fonctions, etc.); cf. aussi CLERC, Procès pénal, p. 69 et 110.

[2229] LACAZE, Action pénale, N 12.

[2230] Cf. ATF 129 IV 53 c. 3.4, qui distingue entre les victimes directement touchées par un délit contre le patrimoine et les *«übrigen Teilnehmer am Rechts- bzw. Geschäftsverkehr»*.

940 Le risque serait d'être confronté à une forme d'action populaire, ou en tout cas à une action pénale (accessoire) généralisée et démultipliée, avec des conséquences drastiques en termes d'organisation de la procédure, susceptibles d'entraîner un retard difficilement compatible avec le principe de la célérité (art. 5 CPP) voire, de manière générale, avec la garantie de l'accès au juge (art. 29*a* Cst.) dont doit bénéficier le prévenu[2231].

941 Sous l'égide de l'ancien droit de procédure pénale cantonale, le Tribunal fédéral avait refusé de se laisser guider par de tels motifs de praticabilité pour nier la qualité de lésé à 30 actionnaires d'une société en faillite par rapport à l'infraction de faux renseignements sur des entreprises commerciales (art. 152 CP)[2232]. Dans un arrêt de principe rendu en 2017 sur la discrimination raciale (art. 261bis al. 4, 1ère partie CP), notre Haute Cour a toutefois admis que la reconnaissance de la qualité de parties plaignantes aux membres d'un groupe discriminé en raison de sa religion comporterait des *« unhaltbare Folgen »*, puisque cela permettrait à un nombre incalculable de personnes dans le monde entier – par ex. des millions de catholiques ou de musulmans – de participer à la procédure pénale, ce qui reviendrait à consacrer une action populaire qui serait un « cauchemar pour les praticiens »[2233]. Même si cet arrêt ne concernait pas une infraction protégeant un bien juridique collectif à proprement parler[2234], les réflexions qu'il contient, empreintes de pragmatisme, doivent selon nous valoir *mutatis mutandis* pour ce type d'infractions.

942 En matière de droit public[2235], la jurisprudence reconnaît que, même si le simple fait qu'un grand nombre de personnes soient susceptibles d'être touchées ne suffit pas pour leur dénier la qualité de partie, l'aspect pratique joue néanmoins un rôle important, en ce sens que l'activité administrative ne doit pas être paralysée par une conception trop large du cercle des parties[2236]. Il est intéressant de noter que le Tribunal fédéral lie cet argument au rôle de l'administration, à qui il incombe en premier lieu de défendre l'intérêt public et de mettre en œuvre le droit objectif[2237], soit une formulation qui rappelle fortement celle que nous avons vu ci-dessus pour le ministère public.

[2231] Sur les problèmes posés en pratique par les procédures comportant de nombreuses parties plaignantes, cf. PELLEGRINI PETER, Leitung von Verfahren mit einer grossen Anzahl von geschädigten Personen, FP 1/2014 p. 35 ss. Devant la CPI : PETROSSIAN, p. 139.

[2232] TF, 1P.604/1999, 21.1.2000, c. 2d [d] (art. 153 CP et qualité de lésé en droit zurichois).

[2233] *« Albtraum für Justizpraktiker »*, cf. ATF 143 IV 77 c. 4.6 et les références citées ; voir aussi GARBARSKI, SJ 2017, p. 130 s.

[2234] L'art. 261bis al. 4, 1ère partie CP protège en effet la dignité humaine, soit un bien juridique individuel : cf. ATF 143 IV 77 c. 2.4.1.

[2235] Mais le droit pénal n'est jamais loin : l'affaire portait sur la prolongation de l'autorisation au sens de l'art. 271 CP dans le cadre du conflit fiscal avec les USA.

[2236] TF, 2C_1156/2016, 29.6.2018, c. 2.4.2 et 2.4.3 [d ; 5 juges].

[2237] TF, 2C_1156/2016, 29.6.2018, c. 2.4.3 [d ; 5 juges].

5. Sens littéral possible de l'art. 115 al. 1 CPP

Cinquièmement, un dernier argument d'ordre littéral ou grammatical soutient le principe selon lequel il ne peut y avoir de lésé individuel lorsque l'infraction protège un bien juridique collectif. Toute autre solution s'avérerait en effet difficilement compatible avec l'énoncé de l'art. 115 al. 1 CPP qui, pour rappel, définit le lésé comme «toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction». En dépit de sa faible densité normative[2238], cette formulation ne permet pas de considérer qu'un délit contre un bien juridique collectif pourrait atteindre une personne dans ses droits propres. L'expression «dont les droits ont été touchés» sous-entend en effet une atteinte particulière, une relation suffisamment étroite – d'ordre juridique – avec l'«infraction» dont il est question. Or, lorsque cette infraction protège un bien juridique collectif, elle touche un nombre indéterminé de personnes, sans que l'une ne se détache et puisse faire valoir une atteinte plus étroite que celle subie par toutes les autres. 943

À cela s'ajoute que le terme «directement» *(«unmittelbar»)*, dans ce contexte[2239], doit se comprendre comme désignant les infractions qui touchent *immédiatement* les droits des particuliers, ce qui permet d'exclure celles protégeant des biens juridiques collectifs, pour lesquelles cette atteinte n'est qu'indirecte. 944

En définitive, reconnaître à une personne privée la titularité de biens juridiques collectifs reviendrait à étendre l'art. 115 al. 1 CPP au-delà de son sens littéral possible et consacrerait une application par analogie de cette norme au détriment du prévenu, puisqu'elle étendrait de manière excessive la notion de lésé et démultiplierait le nombre de lésés potentiels. Une telle interprétation s'avérerait contraire au «principe de la légalité du droit de la procédure pénale»[2240]. 945

6. Synthèse intermédiaire

Il faut considérer que les particuliers ne sont pas lésés au sens de l'art. 115 al. 1 CPP par les infractions protégeant des biens juridiques collectifs, ce qui est conforté par les cinq arguments présentés ci-dessus sur l'absence de titularité individuelle de tels biens, le rejet d'une action populaire en procédure pénale, le rôle du ministère public, le caractère praticable de la procédure et le sens littéral possible de la loi. Les trois premiers arguments relèvent à notre sens de la *systématique interne* de la loi, puisqu'ils visent tous à assurer une cohérence matérielle entre différentes institutions de procédure pénale, voire de droit pénal matériel[2241]. Le quatrième (caractère praticable) appartient plutôt à l'interprétation *téléologique* ou, plus exactement, à l'une de ses facettes, l'interprétation dite réaliste, qui prend en considération le contexte factuel réel de la norme envisagée, en particulier le caractère praticable de l'interprétation propo- 946

[2238] Cf. N 242 *supra*.
[2239] Cf. N 402 ss *supra* sur la signification du terme «directement» à l'art. 115 al. 1 CPP.
[2240] Sur cette notion, cf. N 163 ss *supra*.
[2241] Cf. N 44 ss *supra* sur la systématique interne de la loi.

sée[2242]. Quant au cinquième et dernier argument, il touche à l'élément d'interprétation *littéral* et vient conforter le résultat auquel parviennent les quatre autres, résultat qui trouve une expression dans le texte de l'art. 115 al. 1 CPP et reste donc couvert par le sens littéral possible de cette disposition.

B. Exception tirée de la jurisprudence?

947 Le Tribunal fédéral, s'il paraît partager cette approche dans son principe, a néanmoins admis, au travers d'une formule déjà ancienne, mais toujours régulièrement citée, qu'un lésé pouvait aussi entrer en considération lorsque l'infraction protégeait un bien juridique collectif. Nous allons toutefois voir que ce qui semble être une exception au principe énoncé ci-dessus – pas d'atteinte personnelle, et donc pas de lésé individuel en cas d'infraction contre des biens juridiques collectifs – n'en est en réalité pas une.

1. Le considérant-type du Tribunal fédéral

a. Une première formule ambiguë

948 La formule, qui apparaît pour la première fois dans des arrêts non publiés de la fin des années 1980[2243], est finalement consacrée en 1991 dans un arrêt publié au recueil officiel:

> *«Bei Delikten, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen, wird angenommen, nur diejenigen Personen könnten als Geschädigte betrachtet werden, die durch derartige Delikte tatsächlich in ihren Rechten beeinträchtigt wurden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist»*[2244].

949 Elle a depuis lors été reprise dans de nombreux arrêts sur la qualité de lésé, rendus tant en application des anciens codes de procédures cantonaux[2245] que de l'art. 115 al. 1 CPP[2246]. Aujourd'hui, on la retrouve presque inchangée dans le principal considérant-type du Tribunal fédéral sur la qualité de lésé:

> «Lorsque la norme ne protège pas en première ligne les biens juridiques individuels, seule est considérée comme lésée la personne qui est affectée dans ses droits par l'infraction sanctionnée par la norme en cause, pour autant que l'atteinte apparaisse comme la conséquence directe du comportement de l'auteur»[2247].

[2242] BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 325 ss, spéc. N 328; KRAMER/ANETH, p. 198 s.; PIAGET, Thèse, p. 100.

[2243] TF, arrêt du 11.8.1987 dans la cause W.J., c. 2 [d]; arrêt du 6.1.1988 dans la cause W.J. et consorts, c. 2 [d]; arrêt du 8.1.1998 dans la cause L.B., c. 2a [d].

[2244] ATF 117 Ia 135 c. 2a.

[2245] ATF 123 IV 184 c. 1c; 120 Ia 220 c. 3b; 119 Ia 342 c. 2b; 118 Ia 14 c. 2b; cf. ég. ATF 129 IV 95 c. 3.1 (LAVI); TF, 6B_908/2009, 3.11.2010, c. 2.3.1 [f] n.p. in ATF 136 IV 188 (aPPF); 1P.393/2004, 26.1.2005, c. 4 [d] et les arrêts cités.

[2246] ATF 148 IV 170 c. 3.2; 147 IV 269 c. 3.1; 145 IV 491 c. 2.3.1; 141 IV 454 c. 2.3.1; 140 IV 155 c. 3.2; 138 IV 258 c. 2.3; cf. aussi TF, 6B_856/2018, 19.8.2019, c. 3.3 [d] n.p. in ATF 145 IV 433; 6B_615/2015, 29.10.2015, c. 1.1 [f] n.p. in ATF 141 IV 444.

[2247] ATF 147 IV 269 c. 3.1. Cf. aussi les arrêts cités à la nbp précédente.

Cette formule est ambiguë à plusieurs égards. Ainsi, la première partie (*«Bei Delikten, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen…»* ou «Lorsque la norme ne protège pas en première ligne les biens juridiques individuels…») peut être comprise comme désignant une infraction ne protégeant que des biens juridiques collectifs. C'était d'ailleurs dans ce sens que l'entendait le Tribunal fédéral en 1987 dans son tout premier arrêt (non publié) sur la question, qui évoquait les *«Straftatbeständen, welche den Schutz der Allgemeinheit bezwecken»*[2248]. Toutefois, cette première partie pourrait aussi être comprise comme se référant à une infraction qui protège «en première ligne» *(«primär»)* des biens juridiques collectifs et, en «seconde ligne» seulement, des biens juridiques individuels. Si nous allons voir que c'est effectivement dans ce sens qu'elle doit être comprise, à ce stade, la confusion demeure. 950

Cette première ambiguïté n'est pas levée par le reste de la formule, qui reconnaît la qualité de lésé à la personne affectée «dans ses droits» par l'infraction en cause, pour autant que cette atteinte soit «la conséquence directe» du comportement de l'auteur. Il s'agit là d'une formulation creuse, qui se limite à paraphraser l'art. 115 al. 1 CPP, sans apporter de précision supplémentaire. Par ailleurs, comme relevé par la doctrine[2249], ce passage ne se prononce pas sur la problématique du champ de protection de l'infraction, mais uniquement sur le rapport de causalité directe devant exister entre l'acte délictueux et l'atteinte aux droits du lésé[2250]. En d'autres termes, à suivre le Tribunal fédéral, n'importe quelle infraction protégeant des biens juridiques collectifs pourrait léser des particuliers, dès lors que ces derniers auront été directement atteints dans l'un de leurs droits – comprendre: dans l'un de leurs biens juridiques[2251] – par le comportement en cause. Toujours selon cette approche, il importerait peu que le bien juridique touché soit ou non protégé par l'infraction en cause. Par exemple, en cas de violation simple des règles de la circulation routière (art. 90 al. 1 LCR), disposition qui vise à protéger la sécurité routière, bien juridique collectif, l'automobiliste dont le véhicule aura été endommagé pourrait prétendre à la qualité de lésé, son patrimoine ayant été directement atteint par l'accident causé par l'auteur[2252]. 951

Une telle conception reviendrait à complètement laisser de côté la question du champ de protection de l'infraction, ou plutôt à l'étendre de manière illimitée, puisque toute infraction protégeant des biens juridiques collectifs serait susceptible de léser autrui. 952

[2248] Cf. TF, arrêt n.p. du 11.8.1987 dans la cause W.J., c. 2 [d], cité in ATF 117 Ia 135 c. 2a. Cf. aussi ATF 123 IV 184 c. 1c: «Lorsque l'infraction en cause protège en première ligne l'intérêt collectif».

[2249] BOMMER, Überblick, p. 185 s.; NYDEGGER, p. 61, 63; cf. aussi PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 101 nbp 7; cpr. OBERHOLZER, Grundzüge, qui reprend cette formule pour parler tant du champ de protection (N 666) que du lien de causalité (N 665).

[2250] Dans le même sens, cf. GARBARSKI, RPS 2012, p. 185.

[2251] Cf. N 376 *infra* sur l'assimilation du terme «droits» à ceux de «biens juridiques» dans ce contexte. Voir aussi ATF 123 IV 184 c. 1c, qui reprend la formule, mais en parlant des «intérêts privés» des particuliers.

[2252] Cf. BOMMER, Überblick, p. 185, en référence à l'ATF 138 IV 258; cf. aussi OFK StPO-RIKLIN/TAORMINA, Art. 115 N 2b.

Cela remettrait en cause le principe selon lequel une atteinte à bien juridique collectif est, par définition, impersonnelle, en ce sens qu'elle ne touche personne en particulier[2253]. En outre, cela aurait pour conséquence pratique une démultiplication du nombre de lésés potentiels, le seul critère du lien de causalité directe ne permettant pas de limiter suffisamment le cercle des personnes concernées, ce d'autant moins qu'une atteinte à n'importe quel bien juridique individuel (intégrité corporelle, patrimoine, honneur, sphère privée, liberté, etc.) serait considérée comme suffisante, pourvu qu'elle soit directe. Il en résulterait une importante insécurité juridique autour de la notion de lésé. Cette approche doit donc être rejetée.

b. Une tentative de clarification

953 Heureusement, peu de temps après l'entrée en vigueur du CPP, le Tribunal fédéral est venu quelque peu clarifier la situation, en rajoutant progressivement deux nouvelles phrases à sa formule initiale[2254]. Ensemble, elles forment aujourd'hui le considérant-type principal sur le lésé de l'art. 115 al. 1 CPP :

> «Lorsque la norme ne protège pas en première ligne les biens juridiques individuels, seule est considérée comme lésée la personne qui est affectée dans ses droits par l'infraction sanctionnée par la norme en cause, pour autant que l'atteinte apparaisse comme la conséquence directe du comportement de l'auteur. *Il suffit, dans la règle, que le bien juridique individuel dont le lésé invoque l'atteinte soit protégé secondairement ou accessoirement, même si la disposition légale protège en première ligne des biens juridiques collectifs. En revanche, celui dont les intérêts privés ne sont atteints qu'indirectement par une infraction qui ne lèse que des intérêts publics, n'est pas lésé au sens du droit de procédure pénale*»[2255].

954 La première phrase *(«Il suffit, dans la règle […]»)* permet de s'assurer que le lésé n'est pas le titulaire de n'importe quel droit ou bien juridique, mais seulement d'un bien juridique *individuel* qui est de plus *protégé* par l'infraction en question, ne serait-ce qu'à titre secondaire ou accessoire. Le concept de champ ou de périmètre de protection de l'infraction se trouve ainsi pleinement réhabilité. Une même infraction peut parfaitement protéger plusieurs biens juridiques distincts, collectifs et/ou individuels, chacun à une intensité différente (protection primaire *vs*. secondaire ou accessoire). Ce qui compte, pour admettre la qualité de lésé, c'est que ce dernier soit titulaire de l'un des biens juridiques individuels en question, peu importe son degré de protection, et que ce bien ait été directement atteint par le comportement reproché au prévenu.

[2253] Cf. N 905 *supra*. Dans le même sens, CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 11 («Cette jurisprudence ne se concilie que difficilement avec la remarque précédente […]»).

[2254] D'abord dans des arrêts en allemand : ATF 138 IV 258 c. 2.3 (2e phrase), puis ATF 140 IV 155 c. 3.2 (1e phrase), tous deux avec des références à la doctrine.

[2255] ATF 147 IV 269 c. 3.1 (nous mettons en évidence). Cf. ég. ATF 148 IV 170 c. 3.2 ; 145 IV 491 c. 2.3.1 ; 141 IV 454 c. 2.3.1 ; TF, 6B_856/2018, 19.8.2019, c. 3.3 [d] n.p. in ATF 145 IV 433 ; 6B_615/2015, 29.10.2015, c. 1.1 [f] n.p. in ATF 141 IV 444. Cf. déjà N 827 *supra* pour ce considérant-type.

La seconde phrase *(« En revanche, celui dont […] »)*, quant à elle, est loin d'être aussi précise. Il est tout d'abord inexact de retenir qu'une infraction *lèse* ou *atteint* des biens juridiques. Techniquement, une infraction *protège* des biens juridiques, lesquels ne sont *atteints* (lésés ou mis en danger) que par le comportement (typique) de l'auteur[2256]. Certes, le texte de l'art. 115 al. 1 CPP lui-même n'est pas des plus limpide, puisqu'il évoque des droits directement *touchés* par une *infraction*[2257]. Nous avons toutefois vu que, en fonction du sens à donner au mot «infraction», cette formulation pouvait être comprise comme désignant soit le périmètre de protection de l'infraction, soit une atteinte en lien de causalité directe avec le comportement en cause[2258]. 955

Bien qu'il ne l'affirme pas explicitement dans ce second passage, le Tribunal fédéral paraît effectivement distinguer entre ces deux caractéristiques, en évoquant d'une part l'atteinte directe ou indirecte *(« dont les intérêts privés ne sont atteints qu'indirectement »)* et d'autre part le périmètre de protection de l'infraction *(« une infraction qui ne lèse que des intérêts publics »)*[2259]. Toutefois, la tournure de la phrase semble exiger que, même lorsque l'infraction protège exclusivement des biens juridiques collectifs, l'on examine quand même si des biens juridiques individuels (des *« intérêts privés »*) ont ou non été directement *« atteints »*. Cet examen est à notre sens superflu, car ces biens juridiques individuels sont, dans une telle situation, précisément exclus du périmètre de protection de l'infraction. Avant de pouvoir être atteint (directement ou non) par le comportement du prévenu, encore faut-il que le bien juridique individuel concerné soit effectivement protégé par la norme. Si tel n'est pas le cas, l'examen doit s'arrêter là, sans qu'il faille en plus examiner la question du caractère direct (ou immédiat) de l'atteinte, qui relève à notre sens du lien de causalité, fondé sur les circonstances du cas d'espèce. 956

Cela étant, cette seconde phrase du Tribunal fédéral devient plus claire si l'on considère qu'il est ici uniquement question du champ de protection de l'infraction, et qu'on remplace dès lors les verbes *léser* ou *atteindre* par celui de *protéger*. Cela suppose de retenir que le terme «directement» à l'art. 115 al. 1 CPP se rapporte au périmètre de protection de l'infraction, en sorte que le lésé doit être titulaire d'un bien juridique *directement protégé* par l'infraction en cause[2260]. Dans cette optique, il est cohérent pour notre Haute Cour d'affirmer que, lorsqu'une infraction protège (*vs*. lèse) exclusivement des biens juridiques collectifs, elle ne protège (*vs*. n'atteint) qu'indirectement des biens juridiques individuels, ce qui ne suffit pas pour admettre 957

[2256] Cf. aussi BOMMER, Überblick, p. 185.

[2257] Cf. BOMMER, Überblick, p. 185: *« Die dem Gesetz geschuldete Wortwahl ist allerdings verwirrend »*.

[2258] Cf. N 409 *supra*.

[2259] Cf. aussi la même phrase en allemand: *« Werden indes durch Delikte, die (nur) öffentliche Interessen verletzen, private Interessen bloss mittelbar beeinträchtigt, ist der Betroffene nicht Geschädigter im Sinne des Strafprozessrechts »* (ATF 148 IV 170 c. 3.2; 140 IV 155 c. 3.2; cf. ég. ATF 141 IV 454 c. 2.3.1).

[2260] Cf. dans ce sens le regeste de l'ATF 138 IV 258. Cf. déjà N 409 *supra*.

la qualité de lésé[2261]. Une protection exclusive est forcément directe, et tout ce qui n'est pas directement protégé ne peut l'être qu'indirectement. Dès lors, la protection exclusive d'une certaine catégorie de biens juridiques exclut toute protection directe d'une autre catégorie de biens juridiques. Cette seconde phrase gagnerait en précision en étant reformulée de manière à mieux exprimer cet enchaînement logique, par exemple de la manière suivante :

> *« En revanche, lorsqu'une infraction ne protège que des intérêts publics, alors elle ne protège qu'indirectement d'éventuels intérêts privés, de sorte que leur titulaire n'est pas lésé au sens du droit de procédure pénale ».*

958 Notons toutefois qu'en suivant cette approche, on serait forcé d'admettre qu'un même bien juridique, tout en étant protégé « secondairement » ou « accessoirement » par l'infraction, l'est aussi « directement »[2262], ce qui paraît difficile à se représenter conceptuellement. Il paraît plus logique et surtout plus simple de dire qu'un bien juridique est soit protégé par une infraction – peu importe son degré : au premier plan, au second plan, principalement, accessoirement –, soit n'est pas protégé du tout. Une autre question est ensuite de savoir si ce bien juridique protégé est bien directement atteint par le comportement concrètement reproché au prévenu.

c. Une réception inégale en pratique

959 La plupart du temps, les tribunaux appliquent la formule du Tribunal fédéral et les principes qu'elle énonce de façon conséquente, en se basant sur le champ de protection de l'infraction en cause afin de déterminer si, outre un bien juridique collectif, celle-ci protège également un bien juridique individuel, dont la personne qui prétend à la qualité de lésé pourrait être titulaire. Doivent être particulièrement remarqués les arrêts dans lesquels le tribunal termine son raisonnement immédiatement après avoir constaté que l'infraction en cause ne protégeait qu'un bien juridique collectif, ce qui lui permet de dénier à la personne concernée la qualité de lésé[2263].

960 Tel n'est hélas pas toujours le cas. La jurisprudence ajoute parfois que, dans ces situations, d'éventuels biens juridiques individuels ne peuvent être atteints qu'indirectement *(« Allfällige Individualinteressen werden bloss mittelbar beeinträchtigt »)*[2264]. Comme nous l'avons vu ci-dessus, cette position s'explique par le fait que le terme « directement » de l'art. 115 al. 1 CPP est utilisé par les tribunaux comme un

[2261] Dans ce sens : TF, 6B_243/2015, 12.6.2015, c. 2.1 [f] ; 6B_1346/2016, 20.9.2017, c. 3 [f]. L'inverse doit valoir également : une norme protégeant exclusivement des biens juridiques individuels ne touche qu'indirectement d'éventuels biens juridiques collectifs. Cf. aussi, de manière générale, NIGGLI/MUSKENS, Recht und Moral, N 25.

[2262] Cf. NYDEGGER, p. 63 s. : *« Primärer Schutz eines Rechtsgutes und unmittelbarer Schutz (auch noch) eines anderen Rechtsgutes schliessen sich also offenbar nicht aus »*.

[2263] Par ex. : ATF 145 IV 433 c. 3.6 (art. 258, 259, 260 et 296 CP) ; TF, 6B_761/2016, 16.5.2017, c. 3.4.1 (art. 305 CP) et 3.4.4 (art. 42 et 43 *cum* 17 LFo) [d] ; 6B_1274/2018, 22.1.2019, c. 2.2 [f] (art. 305 CP) ; 1C_661/2020, 15.4.2021, c. 4.1 [d] (art. 305 et 322ter ss CP) ; 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.1 (art. 287 CP), 7.2.2 (art. 305 CP) et 7.2.4 (art. 314 CP) [f] ; 6B_1374/2020, 11.3.2021, c. 2.5 [f] (art. 305ter CP) ; TPF 2013 164 c. 1.7 (art. 273 CP) ; CJ GE, ACPR/139/2021, 4.3.2021, c. 2.3.3 (art. 28 LFAIE).

facteur discriminant entre les biens juridiques collectifs et les biens juridiques individuels : si seul un bien juridique collectif est directement protégé par l'infraction, alors d'éventuels biens juridiques individuels ne peuvent l'être qu'indirectement.

961 Nous avons déjà expliqué pourquoi il était selon nous plus clair – et aussi plus conforme au texte légal – d'associer le caractère direct/indirect au lien de causalité (atteinte directe) et non à la titularité du bien juridique protégé par l'infraction (atteinte personnelle)[2265]. Cette protection n'est pas directe ou indirecte, mais elle existe ou n'existe pas : si seul un bien juridique collectif est protégé, alors aucun bien juridique individuel ne peut l'être, que ce soit directement ou même indirectement[2266]. Dire, comme le fait le Tribunal fédéral, qu'un bien juridique individuel n'est alors qu'indirectement protégé revient finalement à dire qu'il ne l'est pas du tout car, à suivre ce raisonnement, on pourrait affirmer que n'importe quel bien juridique individuel est indirectement protégé par n'importe quelle infraction. En effet, on pourrait soutenir que même la vie est indirectement protégée par les infractions contre le patrimoine, puisqu'atteindre autrui dans son patrimoine peut aussi le priver de ses moyens de subsistance, de sorte que la distinction perd toute portée pratique[2267]. Mieux vaut réserver le caractère direct/indirect à l'atteinte au bien juridique plutôt qu'à sa protection. Certains autres arrêts rendent compte du malaise de notre Haute Cour au moment d'appliquer ses propres formules ambigües[2268].

962 Par ailleurs, l'affirmation en question reste problématique en ce qu'elle entretient une confusion entre la *protection* exclusive (et donc directe) de certains biens juridiques et l'*atteinte* indirecte causée à d'autres biens juridiques, alors que ces termes renvoient selon nous à deux concepts différents et indépendants. Il est ainsi tout à fait possible d'imaginer que, contrairement à ce que sous-entend ce passage, une infraction *protégeant* exclusivement des biens juridiques collectifs puisse *atteindre* directement, dans le cas concret, un bien juridique individuel. Toutefois, faute de porter sur un bien juridique (individuel) protégé par l'infraction, cette atteinte directe ne suffira pas à fonder la qualité de lésé de son titulaire.

Exemples :

Dans l'ATF 129 IV 95, le Tribunal fédéral a retenu que le *négationnisme* (art. 261bis al. 4, 2ème partie CP) protégeait exclusivement la paix publique, tout en reconnaissant que, selon les circonstances (déclaration faite à un survivant de l'Holocauste), le comportement de l'auteur pouvait gravement porter atteinte à autrui, notamment à son inté-

[2264] ATF 145 IV 433 c. 3.5.4 et 3.6. Cf. aussi ATF 150 IV 255 c. 3.2.4 ; 148 IV 66 c. 1.4.1 ; 145 IV 491 c. 2.4.13 *(« naturgemäss »)* ; 129 IV 97 c. 1.6 (« le cas échéant ») ; 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.1 et 7.2.4 [f] ; 1B_201/2011, 9.6.2011, c. 2.2 [f] ; TPF 2013 164 c. 1.7.

[2265] Cf. N 406 ss *supra*.

[2266] Dans le même sens, NYDEGGER, p. 63 nbp 35. Cf aussi TF, 1B_96/2018, 24.5.2018, c. 2.2 [d] *(« wenn überhaupt »)*.

[2267] Cf. dans ce sens NIGGLI/MUSKENS, Recht und Moral, N 26.

[2268] Cf. par ex. TF, 6B_421/2022, 13.2.2023, c. 5.3.2 [f] ; 6B_243/2015, 12.6.2015, c. 2.1 [f] ; 6B_1346/2016, 20.9.2017, c. 3 [f].

grité psychique ; cet élément n'a cependant pas été considéré comme déterminant, car la réalisation de l'infraction ne dépend pas d'une telle atteinte à autrui[2269]. Il ressort de cet arrêt que même une infraction protégeant un bien juridique collectif (la paix publique) peut atteindre directement (au sens d'un lien de causalité directe) le bien juridique individuel d'autrui. Ce qui compte, toutefois, c'est que le bien juridique individuel en question soit protégé – le Tribunal fédéral ajoute : directement – par l'infraction en cause, ce qui n'est pas le cas de l'art. 261bis al. 4, 2ème partie CP[2270].

L'automobiliste dont la voiture est endommagée ensuite d'une *violation simple des règles de la circulation routière* (art. 90 al. 1 LCR) est directement atteint dans l'un de ses biens juridiques individuels par le comportement de l'auteur (qui aura par ex. brûlé un feu rouge). Cette atteinte directe ne suffit toutefois pas à fonder la qualité de lésé, le bien juridique individuel lésé n'étant pas protégé par l'infraction en cause[2271].

Une compagnie de remontées mécaniques ou la commune propriétaire des pistes de ski subissent directement une atteinte à leur patrimoine en cas d'*entrave à la circulation publique* (art. 237 CP) commise par deux skieurs hors-piste ayant déclenché une avalanche en amont du domaine skiable, en raison des frais de recherche et de remise en état qu'elles ont dû supporter. Toutefois cette atteinte directe n'est pas pertinente ici, l'art. 237 CP protégeant uniquement la vie et l'intégrité corporelle comme biens juridiques individuels[2272].

963 On peut aussi déplorer les arrêts, certes isolés, qui semblent se contenter d'une protection *indirecte* d'un bien juridique individuel, au côté d'un bien juridique collectif protégé à titre principal, pour admettre la qualité de lésé[2273].

964 Enfin, une dernière série d'arrêts va plus loin encore, puisqu'après avoir pourtant affirmé que l'infraction en cause protégeait uniquement un bien juridique collectif, les tribunaux examinent malgré tout si celui qui se prétend lésé a subi une atteinte directe dans ses intérêts privés en raison du comportement de l'auteur[2274]. Une telle manière

[2269] ATF 129 IV 95 c. 3.4.1 ss. Critique : NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 512 ss, spéc. 517.

[2270] Dans l'ATF 129 IV 95, même s'il est plusieurs fois question *d'atteinte* directe (*unmittelbare Betroffenheit* ou *Beeinträchtigung*), c'est en définitive *le champ de protection* de l'infraction qui a été déterminant, cf. c. 3.5 : «*Allein das allgemeine Rechtsgut des öffentlichen Friedens wird durch diese Tatbestandsvariante unmittelbar* geschützt. *Individuelle Rechtsgüter werden nur mittelbar* geschützt» (nous mettons en évidence). C'est d'ailleurs ce passage qui est repris en doctrine pour expliquer qu'il n'y a en principe pas de lésé en présence d'infractions ne protégeant que des biens juridiques collectifs : CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 11 et la nbp 33.

[2271] BOMMER, Überblick, p. 185 ; cpr. ATF 138 IV 258 c. 3.1 et 3.2 *(«mittelbare Folge»)*.

[2272] Cpr. TF, 6B_402/2016, 28.11.2017, c. 1.3.2 [f] : «Les frais de sauvetage ne sont toutefois qu'une atteinte indirecte au patrimoine de la recourante en considération de l'infraction en cause» ; cf. aussi ATF 104 II 95 c. 2a et 2b, en matière de responsabilité civile (art. 41 CO), qui retient qu'en cas d'incendie par négligence (art. 222 CP), seuls les propriétaires des forêts détruites sont directement lésés ; les frais supportés par la commune pour l'intervention des pompiers ne constituent en revanche qu'un dommage indirect.

[2273] ATF 145 IV 335 c. 4.5.1, ainsi que les arrêts genevois cités in ATF 129 IV 322 c. 2.2.3 (art. 305bis CP) ; TF, 6B_152/2007, 13.5.2008, c. 5.2.2 [f] (art. 318 CP) ; 1P.600/2006, 21.12.2006, c. 3.2 [d] (art. 292 CP) ; cf. aussi BSK StGB-PIETH/SCHULTZE, Art. 307 N 1.

de faire illustre le caractère ambigu de la toute première formule du Tribunal fédéral, qui permet de concevoir un lésé pour n'importe quelle infraction protégeant des biens juridiques collectifs, le seul critère étant une atteinte directe dans l'un des nombreux biens juridiques individuels de la personne concernée[2275]. En pratique, on observe que cet examen a, à chaque fois, conduit à nier à l'intéressé la qualité de lésé, permettant ainsi aux juges de s'épargner la question, parfois délicate, de déterminer si, au-delà d'un bien juridique collectif, un bien juridique individuel n'était pas, en vérité, co-protégé par la disposition en question. Pour toute pragmatique et pratique qu'elle soit, la démarche n'en reste pas moins discutable d'un point de vue méthodologique.

Des tâtonnements similaires se retrouvent chez nos voisins. En *Allemagne*, la jurisprudence sur la notion de lésé est critiquée en ce qu'elle se fonde sur les *«faktische Umstände der einzelnen Tat»*, alors que l'élément déterminant devrait plutôt être *«die in der Ausgestaltung der Strafnormen zum Ausdruck kommende normative Wertenscheidung des Gesetzgebers»*[2276]. En *France*, la Cour de cassation préfère volontiers statuer sur la recevabilité de l'action civile *in concreto*, en relevant l'absence de préjudice direct et personnel souffert par le demandeur, plutôt que se prononcer *in abstracto*, ce qui supposerait qu'elle prenne parti sur la nature d'intérêt général de l'infraction en cause[2277]. 965

2. *Conséquence: une casuistique importante*

Conséquence du manque de cohérence des formules générales énoncées par la jurisprudence, la matière a très vite donné lieu à une importante casuistique. La question de savoir si, à côté d'un bien juridique collectif, une infraction protège également un bien juridique individuel a en effet beaucoup occupé les tribunaux ces dernières années. C'est d'ailleurs l'un des principaux mérites de la jurisprudence relative à l'art. 115 CPP que d'avoir permis de clarifier le champ de protection de certaines normes de droit pénal matériel jusqu'alors controversées, même si ces avancées ponctuelles n'auront hélas pas toujours permis de consolider les principes applicables à la qualité de lésé en procédure pénale. Nous présentons ici un aperçu de cette casuistique, qui ne prétend pas à l'exhaustivité, mais vise plutôt à donner un aperçu de la diversité des situations dans lesquelles ces questions se sont posées[2278]. 966

[2274] TF, 1B_253/2019, 11.11.2019, c. 5 [d] (art. 292 CP); 6B_966/2019, 15.10.2019, c. 2.1.2 et 2.3 [f] (art. 153 CP); 6B_968/2018, 8.4.2019, c. 2.2.2 [d] (art. 153 CP); 1B_489/2011, 24.1.2012, c. 2.2 [f] (art. 306 CP); TPF, BB.2021.95, 10.1.2022, c. 3.4 [f] (art. 154 LIMF).

[2275] Cf. N 948 ss *supra*. Et cela peu importe si les biens juridiques individuels en question sont ou non protégés par l'infraction. Cf. TF, 1B_489/2011, 24.1.2012, c. 2.2 [f], dans lequel le TF retient d'abord que «si l'art. 306 CP protège indirectement les intérêts privés des autres parties au litige, il tend en premier lieu à sauvegarder la justice dans la recherche de la vérité», puis examine si des intérêts privés ont été directement «touchés» par les actes en causes.

[2276] SK StPO-WOHLERS, § 172 N 28.

[2277] DETRAZ, Infractions d'intérêt général, N 2.

[2278] Pour d'autres ex., cf. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 45 ss, spéc. N 68 ss; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 3 s.; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 11.

967 La jurisprudence a ainsi retenu que les infractions suivantes co-protégeaient un bien juridique collectif et un juridique individuel, de sorte *qu'un lésé pouvait entrer en ligne de compte* s'agissant de ce dernier :

> La *rixe* (art. 133 CP)[2279] ; les *faux renseignements sur des entreprises commerciales* (art. 153 CP)[2280] ; les *infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes* (art. 163 ss CP)[2281] ; l'*entrave à la circulation publique* (art. 237 CP)[2282] ; les infractions de *faux dans les titres* (art. 251, 254, 317 et 318 CP)[2283] ; l'*atteinte à la liberté de croyance et des cultes* (art. 261 CP)[2284] ; la *discrimination raciale* (art. 261bis al. 4, 1ère partie CP)[2285] ; les *violences ou menaces contre les autorités et les fonctionnaires* (art. 285 CP)[2286] ; la *soustraction d'objets mis sous main de l'autorité* (art. 289 CP)[2287] ; l'*insoumission à une décision de l'autorité* (art. 292 CP)[2288] ; la *dénonciation calomnieuse* (art. 303 CP)[2289] ; le *blanchiment d'argent* (art. 305bis CP)[2290] ; la *fausse déclaration d'une partie en justice* (art. 306 CP) et le *faux témoignage* (art. 307 CP)[2291] ; l'*abus d'autorité* (art. 312 CP)[2292] ; la *violation du secret de fonction* (art. 320 CP)[2293] ; les dispositions de droit pénal cantonal sur le *tapage nocturne*[2294] et la *police des constructions*[2295].

968 En revanche, la jurisprudence considère que les infractions suivantes protègent exclusivement des biens juridiques collectifs, de sorte *qu'aucun lésé ne peut entrer en ligne de compte* :

> Les *fausses communications aux autorités chargées du registre du commerce* (art. 153 CP)[2296] ; l'*obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire* (art. 170 CP)[2297] ; les *menaces alarmant la population* (art. 258 CP), la *provocation publique au crime ou à la violence* (art. 259 CP) et l'*émeute* (art. 260 CP)[2298] ; le *négationnisme* (art. 261bis al. 4, 2ème

[2279] ATF 141 IV 454 c. 2.3.2.
[2280] TF, 6B_1050/2019, 20.11.2019, c. 1.4 et 1.5 [f] ; 1P.604/1999, 21.1.2000, c. 2c et d [d] ; CJ GE, ACPR/393/2021, 11.6.2021, c. 2.2.1. Cf. ég. ATF 131 III 306 c. 3.2.2.
[2281] ATF 148 IV 170 c. 3.4.1 ; 140 IV 155 c. 3.3.2 ; TF, 6B_1185/2019, 13.1.2020, c. 2.2 [f]. Cf. toutefois N 968 *infra* s'agissant de l'art. 170 CP.
[2282] TF, 6B_402/2016, 28.11.2017, c. 1.3 [f]. Cf. aussi ATF 149 IV 116 c. 5.2.4.
[2283] ATF 148 IV 170 c. 3.5.1 et 140 IV 155 c. 3.3.3 (art. 251 CP) ; TF, 6B_1115/2021, 21.3.2022, c. 3.4 [d] (art. 254 CP) ; ATF 147 IV 269 c. 3.3 (art. 317 CP) ; TF, 4C.156/2005, 28.9.2005, c. 3.5.5 [f] et 6B_152/2007, 13.5.2008, c. 5.2.2 [f] (art. 318 CP).
[2284] ATF 120 Ia 220 c. 3c.
[2285] Pour autant que la discrimination soit dirigée contre une personne déterminée, et non contre un groupe de personnes : ATF 143 IV 77 c. 2.4.1 et 4 ; 128 I 218 c. 1.5.
[2286] TF, 6B_883/2018, 18.12.2018, c. 3.2 [d] ; BSK StGB-HEIMGARTNER, Vor Art. 285 N 29.
[2287] TF, 6B_900/2018, 27.9.2019, c. 2.2.3 [f].
[2288] TF, 1P.600/2006, 21.12.2006, c. 3.2 [d] ; 1B_253/2019, 11.11.2019, c. 5 [d] (plus nuancé).
[2289] ATF 141 IV 444 c. 3.2 ; TF, 6B_243/2015, 12.6.2015, c. 2.2 et 2.4.2 [f].
[2290] ATF 146 IV 211 c. 4.2.1 ; 129 IV 322 c. 2.2.4 ; TF, 6B_931/2020, 22.3.2021, c. 3 [f].
[2291] TF, 6B_1014/2020, 10.2.2021, c. 3.2 et 3.3.1 [f] ; 1B_304/2020, 3.12.2020, c. 3.4 [f].
[2292] TF, 1B_40/2020, 18.6.2020, c. 6.1 [f] ; 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.3 [f].
[2293] TF, 1B_29/2018, 24.8.2018, c. 2.3 et 2.4 [d] ; cf. aussi ATF 145 IV 491 c. 2.3.2.
[2294] ATF 118 Ia 14 c. 2b.
[2295] TF, 6B_761/2016, 16.5.2017, c. 3.4.5 [d] (Schwytz) in FP 1/2018 14 ss.
[2296] TF, 6B_966/2019, 15.10.2019, c. 2.1.2 et 2.3 [f] ; 6B_968/2018, 8.4.2019, c. 2.2.2 [d].
[2297] TF, 1B_418/2022, 17.1.2023, c. 3.1 [f] ; critique : GUISAN, Qualité de partie plaignante.

partie CP)[2299] ; les *actes exécutés sans droit pour un État étranger* (art. 271 CP)[2300] ; le *service de renseignements politiques* (art. 272 CP)[2301] ou *économiques* (art. 273 CP)[2302] ; la *fraude électorale* (art. 282 CP)[2303] ; l'*usurpation de fonctions* (art. 287 CP)[2304] ; l'*outrage aux États étrangers* (art. 296 CP)[2305] ; l'*entrave à l'action pénale* (art. 305 CP)[2306] ; le *défaut de vigilance en matière d'opérations financières* (art. 305ter CP)[2307] ; la g*estion déloyale des intérêts publics* (art. 314 CP)[2308] ; les infractions de *corruption d'agents publics* (art. 322ter ss CP)[2309] ; les *dispositions pénales de la LStup*[2310] ; la *violation simple des règles de la circulation routière* (art. 90 al. 1 LCR)[2311] ; les *contraventions à la LCdF* (art. 86 al. 1 LCdF)[2312] ; les infractions en *droit pénal de l'environnement* (LPN, LFo, LPE)[2313] ; l'*exploitation d'informations* d'initiés (art. 154 LIMF)[2314] ; les *actes visant à éluder le régime de l'autorisation* (art. 28 LFAIE)[2315].

3. Quelques points de repères

Nous l'avons vu, la jurisprudence s'efforce depuis longtemps de dégager certains principes ou certaines lignes directrices permettant de régler la situation, toujours plus fréquente en pratique, dans laquelle un particulier soutient avoir été lésé par une infraction protégeant – principalement du moins – des biens juridiques collectifs. Si, au fil des années, le considérant-type du Tribunal fédéral à ce propos s'est progressivement étoffé, nous avons toutefois vu qu'il restait encore obscur ou contradictoire sur certains aspects et qu'il n'était pas toujours appliqué de manière cohérente par les tribunaux, au point que la matière est désormais marquée par une importante casuistique, 969

[2298] ATF 145 IV 433 c. 3.5.
[2299] ATF 129 IV 95 c. 3.5.
[2300] TF, 8G.125/2003, 9.12.2003, c. 1.3 [f] ; cf. aussi ATF 148 IV 66 c. 1.4.1.
[2301] TPF, BB.2024.149, 10.12.2024, c. 2.3.2 et 2.6 [f] ; cpr. AUBERT, p. 611, sous l'ancienne procédure pénale genevoise.
[2302] TPF 2013 164 c. 1.7 [d] ; *contra* : BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 77b.
[2303] TF, 7B_980/2023, 6.2.2024, c. 3.2.1 [d].
[2304] TF, 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.1 [f].
[2305] ATF 145 IV 433 c. 3.5.
[2306] TF, 6B_1274/2018, 22.1.2019, c. 2.2 [f] ; 6B_761/2016, 16.5.2017, c. 3.4.1 [d].
[2307] TF, 6B_1374/2020, 11.3.2021, c. 2.5 [f].
[2308] TF, 1C_67/2020, 23.11.2020, c. 1.3.3 [d], qui mentionne toutefois la qualité de lésé de l'État ; 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.4 [f].
[2309] TF, 1C_661/2020, 15.4.2021, c. 4.1 [d] ; 6B_511/2019, 14.1.2020, c. 1.4 [f] (art. 322ter et s. CP) ; sur la question de la qualité de lésé de l'État, cf. N 1009 ss *supra*.
[2310] TF, 6B_1181/2013, 13.6.2014, c. 3.2.2 [d], cité par GRODECKI/JEANNERET, Art. 19 N 1 ; cf. aussi ATF 150 IV 255 c. 3.2.4 (art. 20 LStup) ; 151 IV 277 c. 2.4.1 et 2.4.2, qui ne l'exclut toutefois pas totalement pour l'art. 19 al. 1 let. c *cum* al. 2 let. a LStup.
[2311] ATF 138 IV 258 c. 3.1, 3.2 et 4.1.
[2312] ATF 145 IV 491 c. 2.4.9.
[2313] TF, 1B_96/2018, 24.5.2018, c. 2.2 [d] (art. 24 ss LPN) ; 6B_761/2016, 16.5.2017, c. 3.4.4 [d] (art. 42 et 43 *cum* 17 LFo) in FP 1/2018 14 ss ; OGer TG, RBOG 2011 178 (art. 61 al. 1 let. g LPE) ; OGer ZH, UE140296, 3.8.2015, c. 10 (art. 61 al. 1 let. a LPE) ; *cf.* déjà TF, 1P.448/2004, 4.10.2004, c. 2 [f] (Loi neuchâteloise sur le traitement des déchets).
[2314] TPF, BB.2021.95, 10.1.2022, c. 3.4 [f].
[2315] CJ GE, ACPR/139/2021, 4.3.2021, c. 2.3.3.

ce qui complique la lisibilité de l'ensemble. Il ne s'agit pas ici de proposer notre propre interprétation de chaque infraction en cause, ce qui dépasserait de loin le cadre du présent travail, mais plutôt de donner quelques points de repères permettant de naviguer dans la matière.

a. Cadre de la réflexion: les biens juridiques mixtes (proprement dits)

970 À y regarder de plus près, la situation qui nous occupe ici n'est pas celle des biens juridiques collectifs, mais plutôt celle des *biens juridiques mixtes*, notion que nous avons définie comme désignant les cas dans lesquels deux (ou plus) biens juridiques de catégories différentes – collectifs *et* individuels – sont protégés simultanément par une même infraction. Plus exactement, il s'agit là de biens juridiques mixtes proprement dits, par opposition aux biens juridiques mixtes improprement dits, soit lorsque deux biens juridiques de la même catégorie – collectifs *ou* individuels – sont protégés simultanément par une même infraction[2316]. Nous renvoyons ici au chapitre consacré à ce sujet, qui explique et détaille ces nuances[2317].

971 Il résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral analysée ci-dessus que, en dépit de formules imprécises ou malheureuses, l'enjeu principal est toujours de savoir si, aux côtés d'un ou plusieurs biens juridiques collectifs, l'infraction en question protège aussi un bien juridique individuel au moins, dont le lésé pourrait être titulaire[2318]. Le paradigme reste inchangé[2319]: il s'agit toujours d'interpréter la disposition légale pour en déterminer le périmètre de protection, soit le ou les biens juridiques qu'elle tend à protéger. Un lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP n'entrera en considération que si un bien juridique individuel est compris dans ce périmètre, pour autant que la personne concernée en soit titulaire – ce qui implique un examen différent selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. La protection parallèle d'un ou plusieurs biens juridiques collectifs est sans incidence sur la qualité de lésé, car l'atteinte causée à de tels biens n'est ressentie par personne en particulier, les biens juridiques collectifs n'admettant par définition aucun titulaire individuel.

972 En résumé, les principes que nous avons développés ci-avant au sujet du caractère personnel de l'atteinte en cas d'infraction contre des biens juridiques individuels sont parfaitement transposables à la situation examinée ici, qui est celle des biens juridiques mixtes. Nous pouvons dès lors affirmer que la jurisprudence n'a pas consacré d'exception au principe selon lequel il n'y a pas de lésé individuel en cas d'infractions protégeant exclusivement des biens juridiques collectifs.

[2316] Dans ce cas, soit il s'agit de deux biens juridiques collectifs et la question de leur titularité ne se pose en principe pas, soit il s'agit de deux biens juridiques individuels et nous pouvons renvoyer à nos développements ci-dessus: cf. N 888 ss *supra*.

[2317] Cf. N 570 ss *supra*.

[2318] Cf. l'expression *«zumindest auch»* en droit allemand: OLG Celle NStZ 2007 483; SCHALL, p. 571 (critique); cf. déjà KÜPPER, p. 282.

[2319] *Contra:* HARARI, p. 24 et nbp 108, qui voyait dans la formule du TF un signe d'une approche plus «civiliste» de la qualité de lésé.

b. Protection primaire, secondaire, alternative ou cumulative

Lorsque l'infraction protège des biens juridiques collectifs, il ne peut y avoir de lésé que lorsqu'elle protège aussi – ou «co-protège» – un bien juridique individuel. La possibilité d'une telle *protection simultanée* ou *parallèle* ressort clairement des arrêts du Tribunal fédéral: 973

> «Selon la jurisprudence, est atteint directement dans ses droits le titulaire du bien juridique protégé par la norme, *même si ce bien n'est pas unique*»[2320].
>
> «*Unmittelbar verletzt und damit in eigenen Rechten betroffen ist, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten* oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts ist»[2321].

Cette configuration soulève immédiatement la question de *l'intensité de la protection* de chaque bien juridique et de son impact sur la personne du lésé. L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la qualité de lésé a en effet montré qu'une norme pouvait à la fois protéger «en première ligne» (*«in erster Linie»* ou *«primär»*) un certain bien juridique et, «secondairement ou accessoirement» seulement *(«nur nachrangig oder als Nebenzweck»)*, un autre bien juridique[2322]. On peut dire que dans un tel cas, le premier bien juridique donne son «coloris principal» à l'infraction[2323]. Cette perspective est aussi adoptée pour trancher certaines questions de droit pénal matériel[2324]. 974

L'influence *allemande* aura été déterminante ici, puisque la phrase du Tribunal fédéral dans son considérant-type sur la qualité de lésé (d'abord en allemand: «*Im Allgemeinen genügt es, wenn das von der geschädigten Person angerufene Individualrechtsgut durch den verletzten Straftatbestand auch* nur nachrangig oder als Nebenzweck *geschützt wird, selbst wenn der Tatbestand* in erster Linie *dem Schutz von kollektiven Rechtsgütern dient*»)[2325] provient du commentaire bâlois de l'art. 115 CPP[2326], lequel se fonde à son tour sur l'un des principaux commentaires du StPO/D, à la formulation presque identique («*Es reicht aber aus, dass die nach der Behauptung des Antragstellers verletzte Strafrechtsnorm* nur nachrangig oder als Nebenzweck *ein ihn betreffendes individuelles Rechtsgut schützt, selbst wenn ihr Schutzbereich* in erster Linie *staatliche Interessen, Gemeinschaftswerte oder fremde Individualrechtsgüter schützt*»)[2327]. 975

[2320] ATF 146 IV 76 c. 2.2.1; TF, 6B_615/2015, 29.10.2015, c. 1.1 [f] n.p. in ATF 141 IV 444.

[2321] ATF 145 IV 491 c. 2.3; 143 IV 77 c. 2.2; 141 IV 454 c. 2.3.1; 141 IV 380 c. 2.3.1; 140 IV 155 c. 2.3; 138 IV 258 c. 2.2 (nous mettons à chaque fois en évidence).

[2322] Cf. N 953 ss *supra*. Cf. aussi TC VD, CREP 16.9.2022/531 c. 5.2, qui parle de protection «spécifique» ou GIROUD/ROTH, p. 386, qui parlent de protection «subsidiaire» ou «complémentaire».

[2323] Cf. pour le droit français FERNANDEZ, p. 143; MARTINELLE, N 139.

[2324] Ainsi pour le consentement du lésé (ATF 150 IV 255 c. 3.2.4), le concours (art. 49 CP; ATF 133 IV 256 c. 4.3; 99 IV 9 c. 2b) ou la réparation du dommage (art. 53 CP; ATF 135 IV 12 c. 3.4.2; TF, 6B_152/2007, 13.5.2008, c. 5.2.2 [f]); cf. ég. ATF 128 IV 154 c. 3.1 (art. 220 CP).

[2325] ATF 140 IV 155 c. 3.2 (nous mettons en évidence); cf. aussi ATF 141 IV 454 c. 2.3.1. Pour la même formule en français, cf. N 953 *supra*.

[2326] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 21 et 46.

976 La situation classique est celle dans laquelle la norme en cause protège en première ligne un bien juridique collectif, ce qui résulte souvent de son emplacement systématique, au sein de l'un des titres de la partie spéciale nommés d'après de tels biens[2328]. La question qui se pose ensuite est celle de savoir si, malgré cette protection principale, la norme vise quand même à protéger secondairement ou accessoirement un bien juridique individuel. Si tel est le cas, la qualité de lésé peut s'envisager par rapport audit bien. Une protection seulement secondaire ou accessoire d'un bien juridique individuel est donc suffisante. La même conclusion s'impose *a fortiori* pour les cas, plus anecdotiques, dans lesquels une infraction protège avec la même intensité *(« gleichermassen »)* un bien juridique collectif et un bien juridique individuel[2329], voire en première ligne un bien juridique individuel et en seconde ligne seulement un bien juridique collectif[2330].

977 Une telle protection n'est toutefois pas donnée pour chaque infraction. Il arrive en effet qu'une norme ne protège aucun bien juridique individuel, pas même de façon secondaire ou accessoire, mais uniquement des biens juridiques collectifs. Tel est le cas, selon le Tribunal fédéral, lorsque « d'éventuels intérêts privés à la poursuite de l'infraction apparaissent d'emblée à tel point en retrait derrière l'intérêt public que la norme ne peut être appréhendée que comme protégeant exclusivement [ledit intérêt public] »[2331]. Faute de bien juridique individuel, il ne peut y avoir de lésé individuel.

978 Il n'est pas toujours aisé de déterminer si l'on se trouve en présence d'une infraction protégeant simultanément un bien juridique collectif et un bien juridique individuel (que ce soit avec la même intensité ou non), ou d'une infraction protégeant exclusivement un bien juridique collectif[2332]. La question devra être résolue au travers de l'interprétation de la norme en cause[2333].

979 Le *droit allemand* connaît d'autres nuances encore, puisqu'il admet qu'une infraction puisse protéger *alternativement* ou, au contraire, *cumulativement* un bien juridique collectif et un bien juridique individuel. La situation peut être illustrée à l'aide du § 164 StGB/D *(Falschverdächtigung)*, disposition qui concentre l'essentiel des controverses[2334] : cette norme peut être vue comme protégeant exclusivement la bonne administration de la justice *(Rechtspflegetheorie)* ou exclusivement l'intérêt des particuliers

[2327] LR StPO-Graalmann-Scheerer, § 172 N 56 (nous mettons en évidence). Le BSK cite la 26e éd. de 2008, mais la phrase se retrouve à l'identique dans la 27e éd. de 2018.

[2328] Sur le rôle de l'élément systématique dans la détermination du bien juridique, cf. N 640 *supra*.

[2329] Possibilité évoquée pour l'art. 261 CP dans l'ATF 120 Ia 220 c. 3c.

[2330] Cf. pour l'art. 152 CP : TF, 1P.604/1999, 21.1.2000, c. 2c [d]. Cf. aussi ATF 150 IV 255 c. 3.2.4 : le TF n'exclut pas un éventuel consentement du lésé pour une infraction qui protégerait en premier lieu un bien juridique individuel et en second lieu un bien juridique collectif, ce qui n'est toutefois pas le cas de l'art. 20 LStup en l'occurrence.

[2331] Pour l'art. 305 CP : TF, 6B_143/2020, 1.4.2020, c. 1.2 [f] ; 6B_1274/2018, 22.1.2019, c. 2.2.1 [f] ; 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.2 [f] ; cf. aussi ATF 104 IV 238 c. 1e.

[2332] Cf. Nydegger, p. 64, qui qualifie cette exercice de « casse-tête » de l'art. 115 CPP.

[2333] Cf. N 594 ss *supra* sur la détermination du bien juridique par l'interprétation.

[2334] Roxin/Greco, § 13 N 34 s. ; Schönke/Schröder-Bosch/Schittenhelm § 164 N 1a s.

à ne pas subir de poursuites étatiques injustifiées *(Individualgutstheorie)*. Une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence considère toutefois que ces biens juridiques sont tous deux protégés, mais alternativement, de sorte qu'une atteinte à l'un d'entre eux suffit déjà pour remplir l'énoncé légal *(Alternativitätstheorie)*. Certains estiment au contraire que ces deux biens juridiques sont protégés cumulativement, et donc que l'infraction n'est réalisée que s'ils sont simultanément atteints par le comportement de l'auteur *(Kumulationstheorie)*.

En Allemagne, le choix entre l'une ou l'autre de ces conceptions aura des répercus- 980
sions importantes sur des questions de droit pénal matériel, notamment sur le poids à donner au motif justificatif du consentement du lésé[2335]. À notre sens, il est également susceptible de toucher des questions de procédure, dont celle, justement, de la qualité de lésé: en cas de protection alternative, on peut imaginer des situations dans lesquelles seul le bien juridique collectif aura été lésé ou mis en danger par le comportement de l'auteur, sans toutefois qu'un bien juridique individuel n'ait été atteint simultanément, par exemple lorsqu'un faux témoignage ou une fausse déclaration en justice n'entraîne aucune détérioration de la position procédurale de la partie concernée, car il n'est pas repris dans le raisonnement du tribunal. Tel semble bien être le cas en droit suisse, à tout le moins pour les art. 306 et 307 CP[2336], même si le débat autour d'une protection alternative ou cumulative des biens juridiques ne se retrouve pas en des termes identiques dans la doctrine ou la jurisprudence de notre pays[2337].

Toutefois, la question devrait avant tout s'examiner par rapport à la seconde caractéris- 981
tique de l'atteinte, son caractère *direct*, et non son caractère personnel: l'intéressé est ici bien titulaire de l'un des biens juridiques protégés – alternativement ou cumulativement – par l'infraction en cause, mais ce bien n'aura pas été directement atteint par le comportement concrètement reproché au prévenu[2338].

[2335] Cf. ROXIN/GRECO, § 13 N 34 s., aussi pour le § 168 StGB/D *(Störung der Totenruhe)* et le § 315c StGB/D *(Strassenverkehrsgefährdung)*. Sur le consentement du lésé, cf. N 505 ss *supra*.

[2336] Pour l'*art. 307 CP* (faux témoignage) en particulier: TF, 6B_1014/2020, 10.2.2021, c. 3.2 et 3.3.1 [f]; 6B_243/2015, 12.6.2015, c. 2.1 et 2.4.1 [f]. Pour l'*art. 306 CP* (fausse déclaration d'une partie en justice): TF, 1B_304/2020, 3.12.2020, c. 3.4 [f]. Cpr. l'*art. 303 CP* (dénonciation calomnieuse), pour lequel toute dénonciation à l'autorité implique au moins une atteinte à l'honneur de la personne concernée (ATF 141 IV 444 c. 3.2) et, le cas échéant, à son patrimoine, sa liberté, sa sphère privée ou son intégrité psychique (TF, 6B_243/2015, 12.6.2015, c. 2.2 et 2.4.2 [f]; BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 303 N 6; cf. N 992 ss *infra*).

[2337] Cf. toutefois ATF 145 IV 335 c. 4.5.1, qui refuse de reconnaître la protection alternative du patrimoine et de l'administration de la justice par l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305bis CP); cf. ég. BAZZI, N 54, 57 et 59, qui critique la protection alternative de deux biens juridiques par l'art. 273 CP (service de renseignements économiques), soit la souveraineté territoriale et l'économie nationale, qui se trouvent dans un *«Zustand der losen Koexistenz»* permettant au juge de convoquer celui qui paraît nécessaire pour sanctionner un comportement jugé répréhensible dans le cas d'espèce.

[2338] Sur le caractère direct de l'atteinte, cf. N 1136 ss *infra*.

982 En définitive, dans la perspective qui nous intéresse ici, le niveau ou le degré de protection – primaire, secondaire, équivalente, alternative, voire cumulative – du bien juridique importe peu; ce qui compte, pour fonder l'atteinte personnelle subie par le lésé, c'est qu'on soit en présence d'un bien juridique *individuel* compris dans le *périmètre de protection* de l'infraction, à quelque niveau que ce soit.

c. Un bien juridique social comme indice?

(i) En général

983 En considérant l'importante casuistique qui existe en la matière, on peut aussi se poser la question de la catégorie du bien juridique collectif (co-)protégé par l'infraction en cause. Nous avons vu ci-dessus que les biens juridiques collectifs se divisaient en deux catégories distinctes, les biens juridiques sociaux et les biens juridiques étatiques[2339]. Les premiers visent à préserver certains espaces de liberté nécessaire à la vie en société et entretiennent par définition une plus grande proximité avec les biens juridiques individuels que les seconds, qui touchent au bon fonctionnement de l'appareil étatique. Cette composante personnelle plus marquée chez les biens juridiques sociaux pourrait faciliter l'émergence d'un bien juridique de nature individuelle, protégé parallèlement au bien juridique collectif, et dont un lésé pourrait être titulaire.

984 Cette idée est notamment défendue en Allemagne par HEFENDEHL[2340], pour qui les biens juridiques sociaux ne font sens qu'en réseau *(«Netzwerkgüter»)* et supposent ainsi la participation d'un certain nombre de membres de la société pour fonctionner; dès lors que des particuliers ont «exercé l'option» offerte par ce type de biens juridiques collectifs, ils peuvent être touchés dans un bien juridique individuel et prétendre ainsi à la qualité de lésé. Cet auteur cite l'exemple des fausses déclarations en justice (§§ 153 ss StGB/D) et de l'escroquerie au marché des capitaux (§ 264a StGB/D). Quant aux infractions contre les biens juridiques étatiques, elles ne fondent selon lui pas la qualité de lésé, à moins qu'en plus d'une certaine institution étatique, elles protègent aussi l'objet de l'infraction lui-même (par ex. un fonctionnaire menacé)[2341].

985 En reprenant la casuistique présentée ci-dessus, on constate une certaine corrélation entre ces deux catégories et les cas dans lesquels la jurisprudence admet l'existence parallèle d'un bien juridique individuel (biens juridiques mixtes) ou retient, au contraire, la protection exclusive d'un bien juridique collectif. Ainsi, l'existence d'un bien juridique *social*, visant à garantir certains espaces de liberté –confiance dans la valeur d'un titre et loyauté dans les relations commerciales (art. 251 CP), paix religieuse et sentiments religieux (art. 261 CP), libre circulation sur la voie publique (art. 237 CP) –, peut marquer la présence d'un bien juridique individuel, dont le titulaire, s'il est entravé dans l'exercice de la liberté en cause, devrait se voir reconnaître

[2339] Cf. N 537 ss *supra*.

[2340] HEFENDEHL, Verletzten, p. 592 ss; cf. aussi MüKo StPO-KÖLBEL, § 172 N 21 ss. En droit suisse, cette approche est reprise par VERDE, N 453, en droit de la responsabilité civile (infractions pénales comme *Schutznormen* au sens de l'art. 41 CO).

[2341] HEFENDEHL, Verletzten, p. 599.

la qualité de lésé. Par opposition, lorsqu'un bien juridique *étatique* est en cause, la protection parallèle d'un bien juridique individuel paraît tout de suite beaucoup plus hasardeuse, puisqu'on vise ici avant tout à préserver les institutions étatiques – bonnes relations de la Suisse avec l'étranger (art. 296 CP), sécurité des exploitations ferroviaires (art. 86 LCdF), administration de la justice (art. 305 et 305ter CP), objectivité et impartialité du processus décisionnel étatique (art. 322ter ss CP) –, sans toucher les intérêts de particuliers.

Mais cette correspondance n'est pas toujours parfaite: à elle seule, la catégorie (social/étatique) du bien juridique en cause ne permet par exemple pas d'expliquer pourquoi la confiance placée dans la valeur d'un titre dans les relations commerciales marque la protection parallèle d'un bien juridique individuel pour le faux dans les titres (art. 251 CP), mais pas la foi publique attachée au Registre du commerce pour les fausses communications aux autorités chargées de ce registre (art. 153 CP). De même, on ne voit pas de différence fondamentale entre, d'une part, l'abus d'autorité (art. 312 CP), qui protège l'intérêt de l'État à un usage raisonné de la puissance publique par ses fonctionnaire, mais aussi l'intérêt des citoyens à ne pas être en proie à un usage arbitraire dudit pouvoir et, d'autre part, l'usurpation de fonctions (art. 287 CP), qui protège uniquement la puissance publique, plus précisément la confiance en celle-ci et le bon fonctionnement de l'État, et aucun bien juridique individuel. Enfin, certaines infractions protègent certes un bien juridique social, sans toutefois admettre de lésé, faute de bien juridique individuel co-protégé, comme pour l'art. 154 LIMF en droit des marchés financiers, qui vise à protéger le bon fonctionnement du marché financier suisse et l'égalité des chances entre investisseurs[2342]. 986

(ii) Le cas des menaces alarmant la population (art. 258 CP)

La présence d'un bien juridique social dans le champ de protection de l'infraction permet quand même d'analyser d'un œil critique certains arrêts tirés de cette casuistique. Dans l'ATF 145 IV 433, le Tribunal fédéral retient que le bien juridique protégé par les *menaces alarmant la population* (art. 258 CP) est le sentiment de sécurité de cette dernière, pour en conclure que l'infraction ne protège aucun bien juridique individuel, pas même de manière secondaire ou accessoire, dont un lésé pourrait être titulaire[2343]. 987

Ce raisonnement – qui se fonde uniquement sur la doctrine, sans analyse du texte même de l'infraction – nous semble un peu court. La doctrine en question précise d'ailleurs que le sentiment de sécurité est un sentiment individuel, le but de la norme étant de protéger la tranquillité d'esprit de la population et d'éviter qu'elle ne soit inutilement inquiétée[2344]. L'art. 258 CP est conçu comme une infraction de résultat, de sorte que l'auteur doit effectivement avoir «alarmé» la majorité du public visé, qui 988

[2342] Cf. N 546 *supra*.

[2343] ATF 145 IV 433 c. 3.5.1 et c. 3.6; cf. aussi TF, 6B_787/2022, 5.12.2022, c. 3.2.3 [d] in RSJ 119/2023 p. 392; TF, 1B_344/2019, 16.1.2020, c. 2.2 [f]; TC NE, RJN 2021 331 c. 2b et c.

[2344] BSK StGB-FIOLKA, Art. 258 N 8 s.; CR CP II-LIVET/DOLIVO-BONVIN, Art. 258 N 1; PC CP, Art. 258 N 2; SCHUBART/VEST, Art. 258 N 2; cpr. pour l'art. 259 CP: ATF 152 IV 14 c. 4.4.3.

doit avoir ressenti un sentiment d'insécurité[2345]. L'auteur doit s'adresser à une population, comprise comme un cercle important de personnes, mais également comme toutes celles qui se trouvent, en tant que représentantes du public, plutôt par hasard et pour un temps court dans un lieu déterminé, par exemple un magasin, un transport public ou un stade sportif[2346]. La menace peut même s'adresser à une personne déterminée, pour autant que celle-ci représente un groupe et que le danger qui la menace implique que d'autres membres de ce groupe doivent également craindre pour eux-mêmes[2347]. Enfin, il est admis que l'art. 258 CP l'emporte sur l'art. 180 CP en tant que *lex specialis*, puisqu'il constitue un cas de menaces qualifiées[2348].

989 Ces éléments nous conduisent à retenir que l'art. 258 CP protège certes un bien juridique collectif, mais qui est en réalité issu d'une «collectivisation» de biens juridiques individuels: c'est le sentiment de sécurité partagé par un grand nombre de personnes (physiques)[2349], formant ensemble une population, qui est protégé. Les individus qui, au sein de cette population, ont effectivement été inquiétés par les menaces proférées par l'auteur sont selon nous titulaires du bien juridique individuel. La nécessité d'éviter un afflux de constitutions de partie plaignante et de poser une limite raisonnable au cercle des personnes lésées ne peut donc pas être résolue à l'aide de la seule condition de l'atteinte personnelle. On pourrait toutefois envisager de le faire à l'aide de la condition de l'atteinte directe, à la manière de ce qu'a retenu le Tribunal fédéral s'agissant de la discrimination raciale, comme nous le verrons ci-dessous[2350].

990 À noter que, dans l'ATF 145 IV 433, le Tribunal fédéral aurait pu se contenter de relever que la personne qui revendiquait la qualité de lésé était un État étranger – en l'occurrence la Turquie, pour une manifestation ayant eu lieu devant son consulat à Zurich – et qu'en tant que personne morale de droit public, qui plus est souveraine[2351], cet État était dénué de tout sentiment de sécurité.

[2345] BSK StGB-FIOLKA, Art. 258 N 21. La preuve d'un sentiment partagé par la population, masse amorphe, étant par définition difficile à apporter, la doctrine propose de se fonder sur l'auditions de personnes représentatives ou sur un rapport de police: HEIMGARTNER STEFAN, Amokdrohung bei «Freunden» auf facebook – keine Schreckung der Bevölkerung? Jusletter 6.7.2015, N 12.

[2346] Mais pas 290 amis Facebook: ATF 141 IV 215 c. 2.3.4 s.

[2347] TF, 6B_175/2014, 3.7.2014, c. 2.3.1 [d]: menace adressée à une travailleuse sociale lors d'un entretien dans les locaux du service d'aide sociale comptant au moins 200 travailleurs; BSK StGB-FIOLKA, Art. 258 N 20; CR CP II-LIVET/DOLIVO-BONVIN, Art. 258 N 8; PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 258 N 1 (mais critiques sur cet arrêt particulier). On se rapproche de la théorie de la représentation en matière d'infractions créant un danger collectif: ATF 148 IV 247 c. 3 (art. 224 CP); cf. aussi ATF 149 IV 116 c. 5.2.4 (art. 237 CP); cf. N 564 *supra*.

[2348] BSK StGB-FIOLKA, Art. 258 N 34; SCHUBART/VEST, Art. 258 N 24, qui raisonnent par rapport au bien juridique individuel protégé; PC CP, Art. 258 N 17; *contra*: ECHLE, Begriff, p. 327.

[2349] Et non morales: cf. déjà N 841 *supra*, pour les menaces (art. 180 CP); pour l'art. 258 CP, cf. OGer ZH, UE190132, 19.11.2019 c. 4c.

[2350] Cf. N 1249 ss *infra*.

[2351] Cf. sur cet argument N 1019 ss *infra*.

En définitive, la catégorie du bien juridique collectif – social ou étatique – protégé à titre principal ou secondaire par l'infraction en cause peut parfois s'avérer utile pour déterminer si un bien juridique individuel est également co-protégé, à titre secondaire ou principal, par celle-ci. Il s'agit toutefois seulement d'un indice, qui ne saurait remplacer l'interprétation de la norme à l'aide des éléments littéral, systématique et historique (mais pas téléologique), ainsi que la consultation de la doctrine et de la jurisprudence. On note du reste que, pour retenir qu'une certaine infraction protège un bien juridique social ou étatique, il faudra préalablement l'avoir interprétée, processus au cours duquel le juge devrait déjà pouvoir déterminer si un bien juridique individuel est également protégé. 991

d. La protection de biens juridiques individuels «en blanc»

Toujours au regard de l'importante casuistique sur la question, on constate que certaines infractions ou certains groupes d'infractions protégeant en première ligne un bien juridique collectif disposent d'un champ de protection extrêmement large, s'étendant potentiellement à tout type de bien juridique individuel. Ces infractions fonctionnent en quelque sorte comme des «catalyseurs à biens juridiques individuels» ou, en d'autres termes, protègent des biens juridiques individuels «en blanc». 992

(i) Une dérive de la jurisprudence

C'est d'abord le cas de la *dénonciation calomnieuse* (art. 303 CP), de la *fausse déclaration d'une partie en justice* (art. 306 CP) et du *faux témoignage* (art. 307 CP), dispositions qui protègent en premier lieu la bonne administration de la justice, mais également, à titre secondaire ou accessoire, les biens juridiques individuels des parties à la procédure, tels que l'honneur, la liberté, le patrimoine[2352], la sphère privée ou l'intégrité psychique[2353], étant précisé que cette liste n'est, selon la jurisprudence, pas exhaustive[2354]. 993

C'est ensuite le cas des infractions de *faux dans les titres* (art. 251 ss), qui protègent en première ligne la confiance particulière placée dans un titre ayant valeur probante dans 994

[2352] Avec alors pour conséquence de rendre le témoin ou la partie responsable civilement du dommage provenant d'une autre infraction, par ex. une escroquerie (art. 146 CP). Cf. MUSKENS, PJA 2021, p. 132 (critique).

[2353] *Art. 303 CP:* ATF 136 IV 170 c. 2.1; 132 IV 20 c. 4.1; TF, 7B_30/2022, 3.11.2023, c. 2.3 [f]; 6B_971/2019, 7.2.2020, c. 1 [d]; 6B_243/2015, 12.6.2015, c. 2.2 et 2.4.2 [f]. *Art. 306 CP*: TF, 1B_304/2020, 3.12.2020, c. 3.4 [f]. *Art. 307 CP*: TF, 6B_312/2015, 2.9.2015, c. 1.1 [d]; 6B_243/2015, 12.6.2015, c. 2.1 et 2.4.2 [f]; cpr. ATF 141 IV 444 c. 3.2 (sceptique pour l'honneur). En doctrine, cf. PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 102; BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 303 N 6, Art. 306 N 5 et Art. 307 N 5.

[2354] Cf. le terme *«usw.»* (*und so weiter*, soit *et cetera* ou etc.) à la fin de la phrase suivante: *«Darüber hinaus schützen die Bestimmungen aber auch die Persönlichkeitsrechte von zu Unrecht angeschuldigten Personen mit Bezug auf deren Ehre, Freiheit, Privatsphäre, Vermögen usw.»* (TF, 6B_312/2015, 2.9.2015, c. 1.1 [d]; cf. ég. ATF 136 IV 170 c. 2.1; 132 IV 20 c. 4.1); cf. ég. TF, 7B_30/2022, 3.11.2023, c. 2.3 [f]: «divers biens juridiques protégés, tels [suit la liste précitée]».

les rapports juridiques ainsi que la loyauté commerciale[2355]. Il en va de même du *faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques* (art. 317 CP) et du *faux certificat médical* (art. 318 CP), qui protègent tous deux la confiance du public dans la valeur probante de tels documents ainsi que, pour l'art. 317 CP uniquement, la confiance spéciale dont jouissent les actes officiels de l'État et l'intérêt de ce dernier à une gestion fiable par ses fonctionnaires[2356]. Toutefois, à côté de ces biens juridiques collectifs, il est admis que ces trois infractions protègent aussi des biens juridiques individuels, de sorte qu'une personne pourra être considérée comme lésée par un faux lorsque ce dernier vise précisément à lui nuire[2357] ou qu'elle prend sur la base du faux des *«nachteilige rechtserhebliche Entscheidungen»*[2358]. Conçue à l'origine pour les situations dans lesquelles le faux était l'un des éléments d'une infraction contre le patrimoine[2359], cette configuration a depuis lors été étendue à d'autres biens juridiques individuels, tels que l'honneur, la liberté, la réputation commerciale ou encore le droit à l'information des actionnaires[2360].

995 C'est enfin le cas de *l'abus d'autorité* (art. 312 CP), infraction qui protège tant l'intérêt de l'État à pouvoir compter sur des fonctionnaires fiables faisant un usage raisonné du pouvoir de puissance publique qui leur a été conféré que celui des citoyens à ne pas être en but à un exercice incontrôlé et arbitraire du pouvoir ainsi confié[2361]. Cette dernière formulation permet d'appréhender une grande variété d'atteintes à des biens juridiques individuels[2362] : l'intégrité corporelle, la liberté, le patrimoine ou plus généralement encore les droits des parties en procédure[2363].

2355 ATF 148 IV 170 c. 3.5.1 ; 142 IV 119 c. 2.2 ; 140 IV 155 c. 3.3.3 ; 129 IV 53 c. 3.2.

2356 *Art. 317 CP :* ATF 147 IV 269 c. 3.3 ; TF, 1B_40/2020, 18.6.2020, c. 6.2 [f]. *Art. 318 CP* : TF, 6B_152/2007, 13.5.2008, c. 5.2.2 [f].

2357 ATF 148 IV 170 c. 3.5.1 ; 147 IV 269 c. 3.3 ; 140 IV 155 c. 3.3.3. Cpr. pour l'at. 254 CP (suppression de titres) : TF, 6B_1115/2021, 21.3.2022, c. 3.4 [d] et 6B_1228/2018, 4.3.2019, c. 1.2.1 [d] : sont protégés les intérêts du bénéficiaire du titre supprimé.

2358 TF, 6B_917/2015, 23.2.2016, c. 3.2 [d] ; cpr. ATF 148 IV 170 c. 3.5.1 *(«Dispositionen»)*

2359 Cf. déjà ATF 119 Ia 342 c. 2b et l'arrêt cantonal cité ; plus récemment : ATF 148 IV 170 c. 3.5.1 ; TF, 7B_587/2023, 11.9.2024, c. 2.2.3 [f] ; 6B_1185/2019, 13.1.2020, c. 2.2 [f]. L'exemple-type est la création d'un faux puis son utilisation dans le cadre d'une tromperie astucieuse constitutive d'une escroquerie (art. 146 CP) : ATF 129 IV 53 c. 3.

2360 Cf. ATF 147 IV 269 c. 3.3 (honneur) ; TF, 6B_752/2020, 8.6.2021, c. 2.4 [f] (réputation) ; 6B_496/2012, 18.4.2013, c. 5.5 [f] (droit à l'information) ; CJ GE, ACPR/393/2021, 11.6.2021, c. 2.2.2 (droit à l'information) ; ACPR/414/2018, 3.8.2018, c. 1.2 (honneur et liberté) ; cf. aussi OBERHOLZER, Grundzüge, N 669 et 679 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 73 ; CR CP II-KINZER, Art. 251 N 167 ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 101 s. nbp 12 (critique) ; VERDE, N 673.

2361 ATF 127 IV 209 c. 1b ; TF, 6B_970/2020, 23.12.2020, c. 3.6.2 [d] ; 1B_40/2020, 18.6.2020, c. 6.1 [f] ; 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.3 et 7.3 [f], qui évoque une protection secondaire des biens juridiques individuels.

2362 Cf. TF, 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.3 [f], qui parle d'une «atteinte à l'intérêt privé».

2363 Cf. par ex. TF, 6B_1012/2017, 23.3.2018, c. 1 [f] (fouille de sécurité par la police [abus d'autorité retenu]) ; CJ GE, ACPR/33/2020, 14.1.2020, c. 3.2 (dépôt, par un employé de l'Office des faillites, d'une requête visant à priver le recourant de la jouissance de son chalet [abus d'autorité nié]) ; TF, 1B_40/2020, 18.6.2020, c. 6.1 [f] (policiers accusés d'avoir écarté un moyen

On pourrait encore mentionner *l'insoumission à une décision de l'autorité* (art. 292 CP), qui vise à assurer le respect des injonctions des autorités et protège ainsi l'expression de la puissance publique[2364]. Si, en 2019, le Tribunal fédéral a retenu que cette norme ne protégeait qu'indirectement les intérêts de la personne en faveur de qui la décision inexécutée avait été rendue et nié dès lors sa qualité de lésé[2365], il l'avait auparavant admise dans un litige concernant des mesures provisionnelles civiles[2366] et semble toujours l'envisager pour certains types de décisions, notamment en matière de droit de réponse (art. 28*g* ss CC)[2367].

Dans ces situations, la jurisprudence justifie son approche par le contenu ouvert et indéterminé des normes en question, qui évoquent par exemple le «dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui» (art. 251 ch. 1 CP) ou encore le «dessein de nuire à autrui» (art. 312 CP). La conséquence est toutefois une extension presque sans limite du champ de protection de l'infraction, susceptible de comprendre, outre un certain bien juridique collectif, n'importe quel autre bien juridique individuel. On peut ici faire un parallèle avec les normes «en blanc» *(Blankettstrafnorm)*, à savoir celles qui déclarent globalement punissables des actes décrits dans d'autres dispositions légales ou réglementaires[2368], et dont la compatibilité avec le principe de la légalité (art. 1 CP) dépend du caractère prévisible, pour le justiciable, de la décision à rendre[2369]. En effet, l'interprétation de ces infractions par le Tribunal fédéral revient à consacrer une sorte de protection «en blanc» de biens juridiques individuels – pour certains déjà protégés par d'autres dispositions –, qu'il suffirait d'aller puiser dans le réservoir de l'ordre juridique puis de placer dans le champ de protection de la norme. Cette situation paraît incompatible avec l'exigence de précision de la base légale *(Bestimmtheitsgebot)*, dont on a vu qu'elle s'étendait au bien juridique protégé par l'infraction, qui doit à tout le moins être reconnaissable pour le justiciable[2370]. Comment ce dernier peut-il en effet prévoir les conséquences de ses actes avec un certain degré de certitude si la norme sanctionne des comportements pouvant porter atteinte à n'importe quel bien juridique individuel? Le fait que les infractions en question protègent en première ligne des biens juridiques collectifs, parfois d'une simple mise en danger abstraite, ne permettait pas au législateur de s'abstenir de décrire ou d'évoquer avec suffisamment de précision les biens juridiques individuels protégés au second plan seulement, ce d'autant plus lorsque cela conduit à la reconnaissance de la qualité de lésé et à sa participation à la procédure pénale. 996

de preuve mettant en cause des agents de sécurité et d'avoir arrangé les auditions de ces derniers [qualité de lésé admise]).

2364 ATF 147 IV 145 c. 1.4.4; BSK StGB-RIEDO/BONER, Art. 292 N 12 ss, 15.

2365 TF, 1B_253/2019, 11.11.2019, c. 5.1 et 5.3 [d]; cf. ECHLE, Begriff, p. 326 s.

2366 TF, 1P.600/2006, 21.12.2006, c. 3.2; cf. aussi TF, 1B_250/2008, 13.5.2009, c. 7 [d].

2367 TF, 1B_253/2019, 11.11.2019, c. 5.3 [d]; cf. les ex. cités par PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 292 N 1.

2368 TF, 6B_315/2022, 29.9.2022, c. 1.2.2 [f]; cf. aussi EICKER, Ermittlung, p. 173 ss, pour les différents types de renvois possibles.

2369 Cf. N 136 *supra*.

2370 Cf. N 604 et N 631 *supra*.

997 En doctrine, la protection de biens juridiques «en blanc» *(Blankettrechtsgut)* est défendue par PIETH s'agissant des infractions contre l'administration de la justice pénale. Cet auteur considère que les infractions concernées, notamment le *blanchiment d'argent* (art. 305bis CP), protègent en réalité les biens juridiques des infractions objet de la poursuite pénale, de sorte que l'administration de la justice ne serait plus qu'un bien juridique «en blanc»[2371]. Cette position a été critiquée par MUSKENS, qui estime qu'elle ôte au concept de bien juridique toute son utilité dans la concrétisation et la délimitation de la punissabilité. Cet auteur se montre en principe opposé à la protection conjointe de divers biens juridiques par une même infraction. Tout au plus est-il prêt à admettre qu'en cas d'infraction contre un bien juridique collectif, l'atteinte au bien juridique individuel correspondant puisse fonder la qualité de lésé[2372].

(ii) Pour une interprétation restrictive

998 Le Tribunal fédéral semble bien conscient du déficit de précision dont souffrent ces divers énoncés légaux et cherche, d'une certaine manière, à y remédier, puisqu'il exige, pour ces infractions, que le lésé allègue les faits déterminants et expose précisément en quoi consiste l'atteinte affirmée à son bien juridique individuel du fait du comportement dénoncé[2373]. On peut toutefois se demander si cette exigence, qui vaut déjà de manière générale pour tout lésé selon l'art. 115 CPP[2374], conserve encore une portée propre s'agissant des infractions ici en cause.

999 Surtout, il aurait été selon nous plus cohérent de mener la réflexion non pas au niveau du droit de procédure, mais en amont, au niveau du droit matériel. Dans cette perspective, le manque de précision des normes en question devrait conduire à leur *interprétation restrictive*, voire à leur réduction téléologique, afin d'éviter qu'elles soient appliquées par analogie à des situations qu'elles n'avaient pas vocation à régler[2375]. Une telle analyse de droit matériel excède les limites de ce travail, aussi nous contenterons-nous des quelques réflexions suivantes.

[2371] BSK StGB-PIETH, Vor Art. 305bis N 53.

[2372] MUSKENS, PJA 2021, p. 131 s.; MUSKENS, Statut, N 810, avec l'exemple de la santé en cas d'infraction contre la santé publique, ou des droits à la bonne administration de la justice (mais pas du patrimoine) en cas de blanchiment d'argent.

[2373] Pour l'*art. 312 CP*: TF, 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.3 [f]; 6B_970/2020, 23.9.2020, c. 3.6.2 [d]. Cf. les exigences similaires pour l'*art. 307 CP*: TF, 6B_92/2018, 17.5.2018, c. 2.2: «Les particuliers ne seront donc considérés comme des lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par le faux témoignage, ce qu'ils doivent exposer»; cf. ég. TF, 7B_40/2022, 8.5.2024, c. 2.3 *in fine* [f]. Cf. aussi pour l'*art. 318 CP*: ATF 147 IV 269 c. 3.3, et pour l'*art. 251 CP*: ATF 140 IV 155 c. 3.3.3, arrêts qui examinent les allégués de celui qui se prétend lésé.

[2374] Cf. N 358 ss *supra*.

[2375] L'analogie est ici *malam partem*, puisqu'elle étend le champ de protection, et donc le champ d'application de la norme. Cf. N 135 *supra*, sur le lien entre exigence de précision de la base légale et interdiction de l'analogie, et N 137 *supra* sur la réduction téléologique.

Transposée au périmètre de protection de l'infraction, cette interprétation restrictive permettrait tout d'abord de considérer que le faux dans les titres (art. 251 ss CP) ne protège de façon accessoire que le *patrimoine*, et non plus d'autres biens juridiques individuels, ce qui paraît plus en ligne avec le bien juridique collectif de la loyauté commerciale ou de la bonne foi en affaires, qui présente un aspect patrimonial évident[2376]. L'utilisation par l'auteur d'un titre falsifié constitue d'ailleurs régulièrement le moyen de réaliser une tromperie astucieuse au sens de l'art. 146 CP[2377]. Certes, la formulation de l'art. 251 CP est très large à cet égard, puisque l'auteur doit agir dans le dessein de porter atteinte soit aux «intérêts pécuniaires», soit aux «droits» d'autrui. Mais c'est justement le caractère vague du terme «droits» qui autorise les interprétations les plus créatives et, parfois, les plaintes les plus cavalières. Une telle insécurité juridique ne se justifie pas du point de vue du prévenu et doit mener à n'appréhender que les atteintes patrimoniales, en ligne avec le bien juridique de la loyauté commerciale. Tout au plus pourrait-on admettre la qualité de lésé de celui qui, en tant que partie à un acte juridique, a été trahi dans *la confiance* qu'il avait placée dans la valeur probante du titre, confiance en vertu de laquelle il a effectué (ou s'est abstenu d'effectuer) un acte qui s'est avéré préjudiciable (ou bénéfique en cas d'abstention) à ses intérêts pécuniaires[2378]. 1000

Il serait aussi possible de limiter le périmètre de protection secondaire de la dénonciation calomnieuse (art. 303 CP) à *l'honneur* de la personne ayant fait l'objet de la dénonciation, ce qui paraît justifié au regard de la relation étroite que cette norme entretient avec l'infraction de calomnie (art. 174 CP)[2379]. 1001

Plutôt que de dire que les art. 306 et 307 CP co-protègent l'honneur, la liberté, le patrimoine ou même la sphère privée des parties à la procédure, on pourrait plus simplement considérer que ces dernières disposent, précisément en leur qualité de parties, d'un intérêt à ce que les témoins et les autres parties au procès respectent leur obligation de dire la vérité, et que la détérioration de la *situation probatoire des parties au procès* suffirait à leur reconnaître la qualité de lésé, comme semblent le retenir certains 1002

[2376] Cf. déjà Message CP 1918, p. 62: «Les délits contre les titres ne sont pas dirigés exclusivement contre le patrimoine»; plus récemment: TF, 7B_587/2023, 11.09.2024, c. 2.3.3 [f], retenant que la qualité de lésé ne peut être admise «que» lorsque le faux présumé constitue un élément d'une infraction contre le patrimoine; TF, 6B_416/2013, 5.11.2013, c. 2.3 [d], qui parle de *«Geschäftsinteressen»*; ATF 148 IV 170 c. 3.5.1: *«nachteiligen rechtserheblichen Dispositionen»*; cf. aussi PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 101 s. nbp 12, critique par rapport au droit de contrôle des actionnaires/associés en vertu du droit des sociétés.

[2377] ATF 128 IV 18 c. 3a; TF, 6B_290/2021, 4.5.2022, c. 1.1 [f]; CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 37.

[2378] Cpr. BSK StGB II-BOOG, Vor Art. 251 N 6, avec une formule restrictive: *«konkreten Gefährdung ganz bestimmter Interessen von Einzelpersonen»*; VERDE, N 674; voir aussi NIGGLI/MUSKENS, Unerlaubte Handlung, p. 502 en référence à TF, 4A_26/2015, 21.5.2015, c. 2.2 [d].

[2379] Cf. ATF 141 IV 444 c. 3.2: «[l'art. 174 CP] est déjà entièrement comprise dans [l'art. 303 CP], qui protège ainsi l'honneur privé, *en plus* de l'administration de la justice» (mise en évidence d'origine).

arrêts récents[2380]. Tel ne serait toutefois plus le cas si l'on doit retenir que les déclarations litigieuses n'ont eu aucune incidence sur le jugement au fond (ou sur une éventuelle décision sur mesures provisionnelles)[2381], sauf à considérer qu'une simple mise en danger suffit[2382].

1003 En revanche, la jurisprudence qui retient, depuis l'arrêt *Banca Popolare di Milano*, que le *blanchiment d'argent* (art. 305bis CP) protège, outre l'administration de la justice pénale, également le patrimoine de la personne lésée par l'infraction préalable[2383], doit être confirmée. Il n'est pas question ici de protéger «en blanc» n'importe quel bien juridique individuel, mais uniquement le patrimoine; cette possibilité ne semble pas avoir été envisagée pour d'autres types de crimes préalables[2384]. Cette approche emporte aussi notre conviction en ce qu'elle est fondée sur la systématique (interne) de la loi[2385], à savoir le lien étroit qu'entretient l'infraction de blanchiment avec la confiscation, laquelle intervient non seulement dans l'intérêt de l'État («le crime ne doit pas payer»), mais aussi dans l'intérêt du lésé, en ce sens que l'État ne doit pas s'enrichir au détriment du lésé (cf. art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP)[2386]. Le lien avec le patrimoine est suffisamment caractérisé pour admettre que ce bien juridique est également co-protégé par l'art. 305bis CP.

[2380] Dans ce sens, cf. TF, 7B_40/2022, 8.5.2024, c. 2.2.2 [f] et 6B_314/2024, 21.6.2024, c. 3.1 [f]: «essentiellement les droits de procédure» de la partie; MUSKENS, Statut, N 810. Cf. la situation en *Allemagne*: KK StPO-MOLDENHAUER, § 172 N 26; LR StPO-GRAALMANN-SCHEERER, § 172 N 71 ss; pour une approche similaire aux *États-Unis*: CASSEL/MORRIS, p. 56 ss.

[2381] Certains arrêts vont effectivement dans ce sens (TF, 6B_1014/2020, 10.2.2021, c. 3.3.1 [f]; 1B_304/2020, 3.12.2020, c. 3.4 [f]; 6B_1281/2018, 4.3.2019, c. 2.2 [f]), alors que d'autres vont plus loin et retiennent (selon nous à tort) que «lorsque le litige à l'origine de la dénonciation pénale n'est pas encore terminé, on ignore si les prétendues fausses déclarations en justice auront ou non une quelconque influence sur le jugement à rendre» et qu'«à ce stade, il s'agit de pures conjectures» qui conduisent à nier la qualité de lésé (TF, 6B_92/2018, 17.5.2018, c. 2.3 [f]; 6B_1144/2018, 6.2.2019, c. 3 [f]; 6B_987/2020, 4.3.2021, c. 1.2 [f], tous en référence à l'ATF 123 IV 184 c. 1c, dans lequel la procédure était pourtant terminée).

[2382] Cf. dans ce sens la jurisprudence zurichoise citée in ATF 120 Ia 220 c. 3b: *«einen Nachteil erleidet bzw. dem ein solcher droht»*; cf. aussi TF, 1P.580/2001, 22.1.2002, c. 2.3 [d].

[2383] ATF 129 IV 322 c. 2.2.4; confirmé in ATF 146 IV 211 c. 2.3.1; 145 IV 335 c. 3.1 (cpr. toutefois c. 4.5.1); 133 III 323 c. 5.1.

[2384] ATF 146 IV 211 c. 2.3.1 (*«aus Delikten gegen das Vermögen»* et *«Bei Eigentums- und Vermögensdelikten»*); cf. aussi ATF 145 IV 237 c. 3.2.2 *ab initio*. Moins clairs: ATF 145 IV 335 c. 4.5.1 *(«individuelle Rechtsgüter»)*; 129 IV 322 c. 2.2.4 (*«Straftaten gegen Individualinteressen»*, puis *«Eigentums- und Vermögensdelikten»*); en doctrine, cf. BSK StGB-BAUMANN, Art. 70/71 N 4; cf. déjà CASSANI, FS Schmid, p. 398, 402 ss, 408 ss.

[2385] Cf. N 655 ss *supra*, sur le rôle de cet élément dans la détermination du bien juridique.

[2386] Cf. récemment ATF 145 IV 237 c. 3.1, 3.2.2, 3.2.3, pour l'allocation au lésé (art. 73 CP); cf. ég. ATF 129 IV 322 c. 2.2.4, aussi sur la restitution au lésé (art. 70 al. 1 *in fine* CP); *contra*: MUSKENS, PJA 2021, p. 130, qui considère que la confiscation ne sert pas les intérêts du lésé et que la *«blosse Möglichkeit»* d'une allocation selon l'art. 73 CP n'y change rien. Il faut toutefois prendre en compte que l'art. 73 CP fonde une véritable *prétention* du lésé contre l'État (cf. ATF 145 IV 237 c. 3.1 *in fine* et les références citées). Sur le lien entre confiscation, blanchiment d'argent et qualité de lésé, cf. aussi N 1329 ss *infra*.

Enfin, on devrait restreindre la protection secondaire de l'art. 312 CP à la *liberté personnelle* de la personne confrontée à l'abus d'autorité, ce qui paraît cohérent avec le fait que l'exercice de la puissance publique au sens de cette disposition se caractérise par (ou s'épuise dans)[2387] un acte de contrainte *(«Zwang»)*, défini comme l'usage de la force physique ou de pressions psychiques portant atteinte à la liberté personnelle d'autrui[2388]. Ouvrir la porte à la qualité de lésé pour d'autres types d'atteintes, notamment patrimoniales, semble incompatible avec la conception du droit pénal en tant qu'*ultima ratio*. Le justiciable dispose déjà de voies de droit pour faire contrôler et annuler la décision ou l'acte matériel qu'il estime abusif. Il peut en outre saisir les tribunaux d'une action en responsabilité de l'État pour demander la réparation de son préjudice. Enfin, le fait que les infractions contre le patrimoine entrent en principe en concours idéal avec l'abus d'autorité[2389] est un ultime signe que ce bien juridique n'est pas co-protégé par l'art. 312 CP. 1004

IV. Synthèse

Dans ce chapitre, nous avons analysé la condition de l'atteinte personnelle au bien juridique. Le caractère personnel de l'atteinte est une condition à part entière, et essentielle, de la qualité de lésé. Il suppose que le lésé soit titulaire du bien juridique protégé par l'infraction, ce qui renvoie au périmètre de protection de cette dernière, concept que l'on retrouve également en droit allemand et en droit français. La première configuration, classique, est celle dans laquelle l'infraction protège un bien juridique individuel: le lésé est alors le titulaire de ce bien; on dit d'ailleurs qu'il s'agit du lésé «typique», en référence à la typicité de l'infraction. La situation des personnes morales mérite ici une attention particulière, car elles ne peuvent être titulaires que des biens juridiques individuels qui ne sont pas attachés par essence à la nature humaine. Enfin, certains cas limites ont été présentés, notamment lorsque l'infraction s'inscrit dans une relation triangulaire entre l'auteur, le lésé et un tiers, ce qui commande une analyse rigoureuse de la titularité du bien juridique protégé. 1005

La seconde configuration, nettement moins évidente que la première, est celle dans laquelle l'infraction en cause protège un bien juridique collectif. En principe, ce type de biens juridiques n'admet aucun titulaire individuel, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, car *(i)* ils ne se laissent assigner à aucun particulier, *(ii)* notre droit de procédure pénale ne connaît pas l'action pénale populaire, *(iii)* le ministère public est déjà chargé de leur défense, *(iv)* la procédure ne doit pas perdre son caractère prati- 1006

[2387] Récemment: ATF 149 IV 128 c. 1.3.

[2388] PC CP, Art. 312 N 12. Cf. aussi CR CP II-POSTIZZI/SALMINA, Art. 312 N 6 ss, en référence à la *Freiheitsgefährdungstheorie*, par opposition à la *Staatschadenstheorie*. Voir aussi la doctrine majoritaire qui retient que l'art. 181 CP (contrainte) est absorbé par l'art. 312 CP: PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 312 N 10; PC CP, Art. 312 N 27; cf. aussi la notion de traitement inhumain et dégradant (art. 3 CEDH), qui est donnée lorsqu'on brise la résistance physique ou morale de la victime (cf. TF, 7B_10/2023, 6.9.2023, c. 1.3.1 [f]).

[2389] CR CP II-POSTIZZI/SALMINA, Art. 312 N 36.

cable et *(v)* le sens littéral possible de l'art. 115 al. 1 CPP interdit toute autre interprétation.

1007 Toutefois, depuis quelques dizaines d'années maintenant, la jurisprudence admet qu'un lésé puisse également entrer en ligne de compte pour ce type d'infractions. Elle le justifie au travers d'une formule restée ambiguë, voulant que seule peut être considérée comme lésée la personne qui est affectée dans ses droits par l'infraction, pour autant que l'atteinte apparaisse comme la conséquence directe du comportement de l'auteur. Cette formule empiète inutilement sur la seconde condition de l'atteinte, son caractère direct, et mélange champ de protection et comportement de l'auteur, ce qui a conduit au développement d'une importante casuistique, qui souffre d'un manque de lisibilité.

1008 À notre sens, ce qui est présenté comme une exception à la règle n'en est pas une: le lésé est toujours titulaire d'un bien juridique individuel, lequel peut toutefois être protégé à côté d'un bien juridique collectif. On se trouve donc dans la situation des biens juridiques dits «mixtes». Le niveau de protection (primaire, secondaire, alternative ou cumulative) du bien juridique individuel par rapport au bien juridique collectif n'importe pas, pas plus que le type de bien juridique collectif en cause, même si le fait qu'il s'agisse d'un bien juridique social (plutôt qu'un bien juridique étatique) augmente les chances de protection parallèle d'un bien juridique individuel. Nous avons enfin constaté une tendance à vouloir consacrer une forme de protection «en blanc» de biens juridiques individuels aux côtés de biens juridiques collectifs, par exemple pour le faux dans les titres (art. 251 CP) ou le faux témoignage (art. 307 CP). Cette tendance est difficilement compatible avec le principe de la légalité (art. 1 CP). On doit lui préférer une interprétation stricte, voire une réduction téléologique des dispositions en cause, de manière à mieux délimiter les biens juridiques individuels qu'elles (co-)protègent.

Chapitre 6 : **Atteinte personnelle et qualité de lésé de l'État**

Les développements du chapitre précédent sur l'atteinte personnelle subie par le lésé, notion qui renvoie au périmètre de protection et à la titularité d'un bien juridique individuel protégé ou co-protégé par celle-ci, à l'exclusion d'un bien juridique collectif, sont susceptibles d'être complètement remis en question par une forme particulière de lésé, qui n'a cessé de prendre de l'ampleur ces dernières années : l'État lésé par une infraction. Cette nouvelle catégorie de lésé est particulièrement intéressante car elle fait office de « test » pour les principes généraux développés autour de l'art. 115 al. 1 CPP, en particulier le caractère personnel de l'atteinte au bien juridique. Elle pousse la réflexion au-delà du seul droit de procédure pénale, puisqu'elle suppose de faire le lien avec des notions propres au droit public et au droit constitutionnel. Elle mérite donc d'être abordée dans un chapitre dédié. 1009

Dans la deuxième partie de ce travail, nous avons vu que l'État et les autres personnes morales de droit public (suisses ou étrangères) pouvaient aussi être les sujets d'une atteinte selon l'art. 115 al. 1 CPP, puisqu'ils jouissent de la personnalité juridique et qu'ils peuvent dès lors être considérés comme une « personne » au sens de cette disposition[2390]. Il nous reste désormais à voir s'ils peuvent aussi être les sujets d'une atteinte *personnelle*, et donc s'ils peuvent bien être titulaires d'un bien juridique protégé par une infraction pénale. Nos développements se concentreront sur la qualité de lésé de l'État lui-même, ce par quoi nous entendons les collectivités publiques (Confédération, cantons, communes), mais nous examinerons aussi la situation des autres personnes morales de droit public ainsi que des États étrangers lorsque cela s'avérera nécessaire en raison des particularités par rapport à l'État suisse. 1010

Dans ce chapitre, nous exposerons le principe, qui est celui de l'absence d'atteinte personnelle de l'État **(I.)**, puis l'exception, qui admet la qualité de lésé de l'État lorsqu'il est touché comme un privé **(II.)**. Nous présenterons ensuite une stratégie de contournement de la problématique qui est à l'œuvre, et qui revient à octroyer une qualité de partie *ad hoc* à l'État **(III.)**. Nous terminerons par une brève synthèse **(IV.)**. 1011

[2390] Cf. N 316 ss *supra*.

I. Principe : pas d'atteinte personnelle

1012 Le principe qui prévaut en la matière est l'absence de qualité de lésé (art. 115 al. 1 CPP) de l'État, qui ne peut pas être personnellement touché par une infraction. Ce principe ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral, dont on peut tirer trois arguments principaux. Nous verrons toutefois que, comme tout principe, il connaît aussi une exception, lorsque l'État est touché comme un privé.

A. L'approche du Tribunal fédéral

1013 Avant l'entrée en vigueur du CPP, on trouvait déjà quelques arrêts – essentiellement cantonaux – qui traitaient de la qualité de lésé d'une commune, d'un canton voire de la Confédération[2391]. La doctrine évoquait parfois la question, mais de manière superficielle seulement et souvent par rapport à une problématique bien précise[2392]. Dans la plupart des cas, la composante étatique de l'entité concernée ne faisait toutefois pas l'objet d'un examen spécifique.

1014 Après l'entrée en vigueur du CPP, la question a beaucoup plus intéressé la doctrine et occupé les tribunaux cantonaux[2393]. Il faudra toutefois attendre 2018 pour que le Tribunal fédéral s'empare pour la première fois de la problématique, dans une affaire qui concernait la qualité de lésé d'un service communal d'aide sociale. S'appuyant principalement sur la doctrine – dont un commentaire du *Strafprozessordnung* allemand[2394] –, notre Haute Cour a alors posé les principes suivants[2395] :

> «*Die Geschädigtenstellung des Staates verlangt […], dass dieser durch die Straftat nicht nur in den öffentlichen Interessen beeinträchtigt, sondern in seinen persönlichen*

[2391] Outre les arrêts déjà cités sous N 326 *supra*, dans lesquels cette qualité avait été admise, cf. ceux dans lesquels elle avait été niée : OGer BE, RJB 1977 283 ; RJB 1976 347 ; RJB 1952 80 ; BJP 2010 n° 697 ; KG GR, PKG 1993 n° 41 p. 146 ; cf. aussi ATF 78 IV 213.

[2392] SCHMID, Strafprozessrecht, N 507 s. ; DROESE, Akteneinsicht, p. 7 s., 20 ; FALB, p. 342 ; STAUB, Art. 43 N 6 ; ISCH, p. 3 ; CONRAD, p. 39 ; pour la *restitution ou l'allocation au lésé* : SCHMID, Art. 70-72 N 66, 70 et Art. 73 N 15 s. ; SCHMID, Beschlagnahme, p. 25 ; ACKERMANN JÜRG-BEAT, Geldwäschereinormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten ? in Niklaus Schmid/Jürg-Beat Ackermann (éds), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zurich 1999, 35 ss, p. 36 nbp 2 ; pour la *corruption* : DROESE, Akteneinsicht, p. 20 s. ; HARARI, p. 24 ; QUELOZ NICOLAS, Le problème de la corruption en droit pénal suisse, en particulier dans le domaine de la construction, RPS 115/1997 409 ss, p. 415.

[2393] BSK StPO^2-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 39-40 (comme déjà la 1^e éd. de 2011) ; BRANDENBERGER, p. 226 ss ; ZK StPO^2-LIEBER, Art. 115 N 2a ; cf. aussi KG SZ, BEK 2017 124, 19.2.2018, c. 2b ; KG SG, ZS.2014.11, 12.8.2014, c. 3b, in GVP 2014 Nr. 71 ; KG SG, AK.2018.127, 21.6.2018, c. 2e.

[2394] LR StPO-GRAALMANN-SCHEERER, § 172 N 60 (soit la 26^e éd. de 2008, mais le renvoi vaut toujours pour la 27^e éd. de 2018, citée d'ailleurs in TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.5 [d] n.p. in ATF 151 IV 228) ; ainsi que BSK StPO^2-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 39 s. ; BRANDENBERGER, p. 226 ss ; ZK StPO^2-LIEBER, Art. 115 N 2a. Ces deux premières références citaient déjà le même commentaire du StPO allemand.

[2395] TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.5 s. [d], in FP 2019 420 avec note de KRIEGER AEBLI.

Rechten unmittelbar verletzt worden ist […], respektive dass er durch die Straftat in seinen Rechten wie ein Privater verletzt worden ist […]. Nicht als geschädigt im Sinne von Art. 115 StPO gelten in der Regel die Verwaltungsträger des Gemeinwesens, wenn sich die Straftat gegen Rechtsgüter richtet, für welche sie zuständig sind, wie dies etwa auf das kantonale Sozialamt bei Sozialhilfebetrug zutrifft […]. In solchen Fällen handelt der Staat hoheitlich, d.h. er nimmt bei der Verrichtung der öffentlichen Aufgabe ausschliesslich öffentliche und keine eigenen individuellen Interessen wahr, womit er von der Straftat auch nicht in seinen persönlichen Rechten unmittelbar betroffen und verletzt ist. Der Verwaltungsträger kann, soweit er hoheitlich wirkt, nicht gleichzeitig Träger des Rechtsguts sein, für dessen Schutz, Kontrolle und Verwaltung gerade er, kraft seiner ihm auferlegten öffentlichen Aufgaben, einstehen muss und entsprechend selber dafür verantwortlich ist. […] Die öffentlichen Interessen an der strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung des Beschuldigten werden im Strafverfahren durch die Staatsanwaltschaft wahrgenommen».

Ces principes ont depuis lors été confirmés à de nombreuses reprises, également dans des arrêts de principe, au point qu'il existe désormais un véritable considérant-type sur la qualité de lésé de l'État, qu'on retrouve, avec quelques nuances linguistiques, dans des arrêts en français[2396]: 1015

«Pour que la qualité de lésé soit reconnue à l'État, il ne suffit pas que celui-ci soit touché par l'infraction en cause dans des intérêts publics qu'il a pour mission de défendre ou de promouvoir *(«für welche er zuständig ist»)*; il doit être atteint directement dans ses droits personnels comme un privé. Lorsque l'organe étatique agit en tant que détenteur de la puissance publique, il défend des intérêts publics et ne peut pas être simultanément touché directement dans des intérêts individuels qui lui sont propres; dans ce cas, la sauvegarde des intérêts publics, dont il est le garant, incombe au Ministère public».

L'approche prônée par la jurisprudence se veut restrictive: la règle est l'absence de qualité de lésé de l'État, la reconnaissance d'une telle qualité ne devant intervenir qu'à titre exceptionnel, lorsque l'État est touché comme un privé[2397]. Cette position est partagée par l'immense majorité de la doctrine, pour autant qu'elle se prononce sur la question[2398]. 1016

[2396] TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.1.1 [f]; 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.1 [f]; 1B_576/2018, 26.7.2019, c. 2.4 [f]; *en allemand*, cf. TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.4.4 [d]; TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.3 [d] n.p. in ATF 151 IV 228; TF, 6B_267/2020, 27.4.2021, c. 2.1.2 [d]; 1B_250/2020, 6.10.2020, c. 3.2 [d], in FP 2021 440 avec note de TAORMINA; 1B_450/2019, 14.5.2020, c. 2.2 [d], in FP 2021 185 avec note de SCHWAIBOLD.

[2397] GRODECKI, État des lieux, p. 386; WEISS, p. 436; BRANDENBERGER, p. 226, qui distingue bien la règle et l'exception; TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.5 [d]: *«in der Regel»*.

[2398] OBERHOLZER, Grundzüge, N 661; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 40; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 689; GRODECKI, État des lieux, p. 386; WEISS, p. 436; CAPUS/MBIYAVANGA, p. 49 s.; SCHWAIBOLD, p. 187 ss; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 3c s.; DANGUBIC/CLERC, p. 478; SCHNELL/STEFFEN/BÄHLER, p. 150 s.; KRIEGER AEBLI, p. 421 s.; GODEL/MARGOT, p. 11 s. (pour la PPM); cf. aussi FRANK/MARKWALDER, p. 314; *plus nuancé*: TAORMINA, p. 443.

1017 À bien analyser les considérants du Tribunal fédéral, on constate que l'exclusion de la qualité de lésé de l'État est fondée sur le fait qu'il ne subit en principe pas d'atteinte *personnelle*. Les arrêts précités retiennent en effet que l'organe étatique n'est pas touché dans des « intérêts individuels propres » ni *« in seinen persönlichen Rechten unmittelbar betroffen und verletzt »*. On rappellera que dans sa jurisprudence sur l'art. 115 CPP en général, le Tribunal fédéral ne fait pas (ou plus) de l'atteinte personnelle une condition spécifique de la qualité de lésé, ce qui nous semble regrettable[2399]. On ne peut que saluer le fait qu'il raisonne ici à nouveau à l'aide de cet élément, même dans un cadre limité.

B. Les trois arguments principaux

1018 Cette approche restrictive se fonde essentiellement sur trois arguments, qui peuvent chacun être présentés par un adjectif qualifiant la situation de l'État. Le premier argument est celui de la souveraineté : l'État ne peut pas être personnellement lésé par une infraction dans ses prérogatives souveraines, car il est *intouchable*. Le deuxième argument est lié aux institutions : les intérêts étatiques sont déjà sauvegardés par le ministère public, de sorte que l'État est *évincé* du procès pénal. Le troisième argument est d'ordre fonctionnel : même si l'on devait reconnaître la qualité de lésé de l'État, ce dernier ne pourrait de toutes les façons pas exercer les droits qui sont attachés à cette qualité ; il devient alors *inoffensif*.

1. L'argument de la souveraineté

a. L'État intouchable

1019 L'État n'est pas seulement doté de la personnalité morale, il est aussi et surtout une entité souveraine. Depuis les travaux de BODIN au XVI^e^ siècle, la souveraineté est au cœur de la théorie générale de l'État[2400]. Cette souveraineté se manifeste par l'exercice de la puissance publique, privilège étatique, comprise comme un pouvoir de commandement unilatéral, une inégalité de principe entre l'État et ses administrés, et dont le droit pénal est la marque la plus éclatante[2401]. Cette notion est à la base de l'un des principaux critères de distinction entre droit public et droit privé : le critère de la subordination. Il consiste à se demander si les rapports juridiques en cause confèrent à une partie une position supérieure à l'autre, supériorité qui s'exprime par un pouvoir de

[2399] Cf. N 399 ss *supra* sur la confusion entre l'atteinte personnelle et directe dans la pratique.

[2400] BODIN la définissait comme la puissance absolue (soit indivisible et illimitée) et perpétuelle (soit continue et impersonnelle) d'une République, et donc de l'État (cf. NAY OLIVIER, Histoire des idées politiques, Armand Collin, Paris 2021, p. 172 ss).

[2401] MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 10, 17 ; BEAUD, Puissance, p. 16, 18 ; BEAUVAIS, Souveraineté, p. 72 ; cf. aussi ATF 144 II 376 c. 7.1 ; CAPUS NADJA, Strafrecht und Souveränität, Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, thèse habil. Bâle, Berne 2010, p. 55 ss.

contrainte propre au droit public, par des décisions unilatérales ou des actes matériels, contrairement au droit privé, marqué par l'égalité des parties et l'autonomie de leur volonté[2402].

Ces notions de souveraineté et de puissance publique se retrouvent tout naturellement dans la jurisprudence sur la qualité de lésé de l'État: l'atteinte personnelle est exclue lorsque l'État agit *«hoheitlich»*, soit littéralement de manière souveraine, expression que les arrêts en français traduisent par «en tant que détenteur de la puissance publique»[2403]. En matière pénale, tel est par exemple le cas des infractions au droit des assurances sociales[2404], des délits fiscaux[2405], des infractions au droit des étrangers, des crimes et délits dans la poursuite pour dettes et la faillite ou encore des infractions de droit pénal de l'environnement, qui atteignent typiquement l'État dans des prérogatives de puissance publique[2406]. 1020

Toutefois, certains passages du considérant-type reproduit ci-dessus montrent que le Tribunal fédéral refuse déjà la qualité de lésé à l'entité étatique dès lors qu'elle a «pour mission de défendre ou de promouvoir» le bien juridique protégé ou que ce bien juridique entre dans son domaine de compétence et, par conséquent, qu'il s'inscrit dans l'exécution d'une *tâche publique*[2407]. Or, cette notion recouvre un champ d'activité plus étendu que l'activité souveraine au sens classique du terme: une tâche peut être publique sans impliquer le recours à la puissance publique, par exemple en matière de soins médicaux[2408]. Le Tribunal fédéral a ainsi nié la qualité de lésé à un hôpital public en cas de violences contre son personnel soignant (art. 285 CP), au mo- 1021

[2402] ATF 138 II 134 c. 4.1 et 4.4.1; 125 II 480 c. 2b; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 17, 99 s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 24; FUHRIMANN, p. 19 et 38 s. Sur le caractère souverain des actes matériels: ATF 148 II 218 c. 4.3; 144 II 233 c. 4.1.

[2403] Cpr. TF, 6B_267/2020, 27.4.2021, c. 2.1.2 [d] et 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.1 [f]; cf. aussi BRANDENBERGER, p. 226 et 228 *(«Hoheitsgewalt»)*; KRIEGER AEBLI, p. 421 *(«Subordinationsverhältnis»)*

[2404] TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.5.2 [d] (Office AI); TF, 1B_450/2019, 14.5.2020, c. 2.3 [d] (art. 148a CP; caisse de chômage); 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.4 [f] (art. 148a CP; association de communes); TF, 6B_267/2020, 27.4.2021, c. 2.2 s. [d] (art. 105 s. LACI; SECO); TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.5 s. [d] (aide sociale; service communal); cf. aussi TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.4 [d] n.p. in ATF 151 IV 228.

[2405] Cf. TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.4 [d] n.p. in ATF 151 IV 228.

[2406] Pour plus d'exemples: BRANDENBERGER, p. 227; GRODECKI, État des lieux, p. 390 s.; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 40.

[2407] TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.5 [d]: *«wenn sich die Straftat gegen Rechtsgüter richtet, für welche sie zuständig sind»* et *«bei der Verrichtung der öffentlichen Aufgabe»*; les arrêts en français reprennent cette première expression en allemand dans le texte: TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.1 [f]; cf. aussi BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 54a.

[2408] ATF 149 IV 138 c. 3.2;; 141 II 182 c. 3.4; 100 Ia 277 c. 3. Sur la notion de tâche publique: ATF 148 II 218 c. 3.2; 138 II 134 c. 4.3.1; CR Cst.-MARTENET, Art. 35 N 24 s. Sur les soins médicaux: ATF 139 III 252 c. 1.3; FUHRIMANN, p. 18; JAAG, p. 633 s.

tif que la perturbation, en l'espèce de son service de chirurgie, l'avait touché dans des « fonctions officielles »[2409].

1022 Dans un arrêt de 2025, le Tribunal fédéral a évoqué ces deux conceptions de la notion de souveraineté, qui peut renvoyer soit aux cas dans lesquels il existe une relation de subordination entre État et administrés, soit aux cas dans lesquels une réglementation de droit public oblige l'État à agir (ce qui correspond à l'hypothèse de l'exécution d'une tâche publique mentionnée ci-dessus)[2410]. Le Tribunal fédéral n'a pas eu à décider laquelle de ces conceptions devait l'emporter, car dans le cas d'espèce, aucune n'était donnée : l'affaire concernait des cautionnements octroyés par la Confédération pour financer des navires suisses de haute mer, qui prenaient la forme de contrats de droit public (pas de subordination) que la Confédération était libre de conclure *(« Kann-Vorschrift »)*[2411]. Notre Haute Cour en a conclu que la Confédération n'agissait pas de manière souveraine et qu'elle pouvait être lésée par l'infraction d'escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 51 LAP *cum* art. 14 al. 1 DPA) reprochée au prévenu[2412].

b. Appréciation critique

1023 En mêlant souveraineté et tâche publique, la jurisprudence consacre une forme de souveraineté édulcorée ou en perte de puissance (publique). Elle délaisse le critère de la subordination au profit du critère fonctionnel et se concentre donc sur la réalisation d'une tâche publique[2413]. Elle retient qu'une entité étatique ne peut pas être simultanément *(« gleichzeitig »)* titulaire du bien juridique qu'elle est déjà précisément chargée de protéger, de contrôler et de gérer en vertu des tâches publiques qui lui sont confiées[2414]. Cette approche s'avère cohérente avec la doctrine de droit administratif, qui retient que la personnalité morale dont sont pourvus les acteurs étatiques ne joue de rôle que lorsqu'ils sont touchés comme le serait n'importe quel particulier. Dans la plupart des cas, ces entités exerceront une tâche publique, domaine dans lequel elles

[2409] TF, 1B_576/2018, 26.7.2019, c. 2.4 et 2.5 [f]. On peut aussi penser aux institutions de prévoyance professionnelle (LPP), qui ne peuvent pas (contrairement aux assureurs sociaux soumis à la LPGA), rendre de décisions de manière souveraine ; cf. TF, 6B_22/2019, 22.3.2019, c. 5.3 et 5.6 [d], sur les prétentions civiles au sens de l'art. 122 al. 1 CPP ; sur cet arrêt, cf. WEISS, p. 439.

[2410] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.6 [d] n.p. in ATF 151 IV 228 ; cf. ég. TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.4.5 [d].

[2411] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.8 s. [d] n.p. in ATF 151 IV 228, en référence à l'Ordonnance du Conseil fédéral du 14 juin 2002 sur le cautionnement de prêts pour financer des navires suisses de haute mer (RS 531.44).

[2412] Même si l'arrêt l'acquitte ensuite d'une partie des faits reprochés (c. 9.6) ; sur cet arrêt, cf. aussi GARBARSKI/FROSSARD.

[2413] En droit public, cf. PFLÜGER, N 252 *(« funktionale Betrachtungsweise »)* ; JAAG, p. 632.

[2414] TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.5 [d], qui reprend mot pour mot BRANDENBERGER, p. 226 s., laquelle se fondait sur LR StPO-GRAALMANN-SCHEERER, § 172 N 60. Les arrêts en français reprennent certes cette idée de simultanéité, mais n'évoquent pas la titularité du bien juridique (cf. par ex. TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.1 [f]).

ne jouissent d'aucune liberté publique et n'ont ni droits, ni obligations; leurs attributions sont des *compétences*, dans l'exercice desquelles leur qualité de personne morale ne déploie aucun effet[2415]. L'entité administrative agit en tant qu'elle est compétente, non pas en tant que sujet de droit[2416]. Ramenés à la qualité de lésé, ces principes permettent d'affirmer que, dans la mesure où l'organe étatique est chargé d'accomplir une tâche publique, il ne peut pas être touché dans ses propres *droits* par l'infraction au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, et ne subit donc pas d'atteinte personnelle dans son bien juridique. L'État est alors intouchable et l'atteinte qu'il subit, impersonnelle.

Toutefois, la position du Tribunal fédéral n'est pas exempte de critiques. Sur un plan sémantique, tout d'abord, on peut se demander s'il faut encore véritablement parler de souveraineté ou s'il ne faudrait pas, compte tenu de la jurisprudence précitée, remplacer le terme *hoheitlich* par le terme *amtlich*. Sur un plan systématique, ensuite, cette approche ne vient qu'ajouter à la confusion qui existe déjà en droit pénal autour de certaines notions très proches qui sont définies en fonction soit de l'exécution de tâches publiques, soit de l'exercice de la puissance publique, soit des deux (fonctionnaire [art. 110 al. 3 CP]; agent public [322ter ss CP]; autorité [art. 104 al. 2 CPP])[2417]. 1024

Par ailleurs, la notion de tâche publique a des contours très flous, surtout depuis que l'État s'est ouvert à l'économie de marché et a intensifié le recours au droit privé pour mener ses activités. Il serait incohérent de nier la qualité de lésé de l'État lorsque, pour réaliser ses tâches publiques, il agit en tant qu'acteur économique sur le marché et s'expose aux mêmes risques que les autres participants, dont celui d'être «victime» d'une infraction. Tel serait par exemple le cas lorsqu'il loue une salle communale ou qu'il administre une banque cantonale en concurrence avec des banques privées. Il en va de même lorsque l'infraction porte sur des biens qui relèvent du domaine public (un parc) ou du patrimoine administratif (une école)[2418]. On peut aussi penser aux cas, de plus en plus nombreux, dans lesquels l'exécution d'une tâche publique a été déléguée à une entité privée. Si une conception large de la notion de tâche publique se justifie pleinement dans la perspective d'une meilleure protection des droits fondamentaux (cf. art. 35 al. 2 Cst.), elle peut s'avérer insatisfaisante lorsqu'elle a pour effet d'exclure la qualité de lésé en procédure pénale. 1025

De plus, l'approche du Tribunal fédéral omet de prendre en compte que l'État est bien titulaire de certains biens juridiques collectifs, les biens juridiques étatiques qui, 1026

[2415] MOOR, Personnes morales, p. 534 et 536.

[2416] MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 19 s.; MOOR/POLTIER, p. 70. Cf. toutefois MOOR, Personnes morales, p. 530, qui précise que, dans les faits, l'octroi de la personnalité morale aura souvent valeur de symbole dans la volonté d'autonomiser l'entité créée.

[2417] Pour l'*art. 110 CP*: ATF 141 IV 329 c. 1.3 et 1.4; TF, 6B_972/2017, 26.2.2018, c. 2.3.1 [d]; CR CP I-VERNIORY, Art. 110 al. 3 N 4; *art. 322ter ss CP*: ATF 150 IV 86 c. 5.1; *art. 104 CPP*: ATF 144 IV 240 c. 2.5. Pour la notion d'*autorité*, cf. aussi les art. 7 al. 2 let. b et 23 CPP (ATF 149 IV 183 c. 3.4; CR CPP-BOUVERAT, Art. 23 N 10) ainsi que les art. 28 al. 4, 110 al. 5, 285 s., 292 s. et 303 CP (ATF 114 IV 34 c. 2a; 119 IV 273 c. 3).

[2418] BRANDENBERGER, p. 228; GRODECKI, État des lieux, p. 390; *contra* (pour le domaine public): BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 39.

conceptuellement, lui appartiennent en propre[2419]. En d'autres circonstances, la jurisprudence n'hésite pas à qualifier l'État comme titulaire *(« Träger »)* de biens juridiques collectifs, même lorsqu'il agit de façon souveraine *(« hoheitlich »)*[2420], certains arrêts allant jusqu'à affirmer que la collectivité publique serait alors lésée *(« geschädigt »)* par l'infraction[2421]. On pressent bien que, parmi ces biens juridiques étatiques, une distinction devra être faite entre ceux, majoritaires, qui appartiennent à l'État en tant qu'institution (par ex. l'administration de la justice ou l'intégrité des fonctionnaires) et ceux à la composante personnelle beaucoup plus marquée, qui se rapprochent de biens juridiques individuels (par ex. les biens, l'honneur ou le domaine secret de l'État)[2422]. Mais ni la titularité du bien juridique, ni l'exécution d'une tâche publique ne permettent d'opérer cette distinction, qui devra donc se fonder sur d'autres critères.

1027 Enfin, le raisonnement du Tribunal fédéral semble avoir été pensé avant tout pour les infractions commises par un auteur extérieur à l'État *(extraneus)*, mais néglige la situation dans laquelle l'auteur appartient lui-même à l'appareil étatique *(intraneus)*, en tant que fonctionnaire, agent public ou membre d'une autorité. Tel est le cas des infractions contre les devoirs de fonction du Titre 18 (art. 312 - 322bis CP) ou de corruption (passive) du Titre 19 (art. 322^{quater}, 322^{sexies} et 322^{septies} al. 2 CP), qui sont des infractions propres pures, ne pouvant être commises que par un auteur tenu par un devoir particulier ; on pense aussi à certaines infractions propres mixtes, qui érigent en circonstance aggravante le fait, pour l'auteur, d'être membre d'une autorité, tel que l'abus de confiance qualifié (cf. art. 138 ch. 2 CP)[2423]. La qualité de lésé de l'État est ici beaucoup plus délicate : il est certes responsable, en vertu de ses tâches publiques, du bien juridique touché par l'infraction, mais on pourrait aussi retenir que le comportement de l'auteur, en tant qu'il consiste précisément en une violation des devoirs dus à l'État, ne peut pas être imputé – sur le plan interne – à ce dernier, qui pourrait dès lors prétendre à la qualité de lésé.

1028 En définitive, le premier argument avancé par la doctrine et la jurisprudence, s'il exprime un principe valable sur le papier – l'État souverain agit dans des « conditions exorbitantes du droit commun »[2424], de sorte qu'il ne peut pas être touché par une infraction comme tout autre sujet de droit –, est toutefois source d'incertitudes dans son

[2419] Sur les biens juridiques étatiques, cf. N 548 ss *supra*.

[2420] ATF 148 IV 66 c. 1.4.1 (art. 271 CP) ; 142 IV 175 c. 4.8.1 (délits politiques) ; 129 IV 1997 c. 1.6 (art. 270 CP) ; 104 IV 238 c. 1d (Titres 13 à 15) ; TF, 1P.448/2004, 4.10.2004, c. 2 [f] (infraction à une loi cantonale sur les déchets) ; TPF, BB.2024.97, 10.10.2024, c. 3.1 (art. 271 CP) [f] ; cf. aussi CR CP I-HARARAI/LINIGER GROS, Art. 4 N 6 *(Staatschutzprinzip)*.

[2421] TF, 7B_783/2023, 15.10.2024, c. 8.4.2 [d] (art. 146 CP) ; 1C_66/2020, 23.11.2020, c. 1.2.2 [d] (art. 314 CP) ; 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.4 [f] (art. 314 CP) ; cf. aussi BSK VStrR-ACHERMANN/FRANK, Art. 2 N 203 : *« Unmittelbar geschädigt ist immer nur der Staat »*.

[2422] Cf. pour le patrimoine étatique en lien avec l'art. 14 DPA : TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 228.

[2423] Sur ces distinctions, cf. CR CP I-STRÄULI, Art. 26 N 5 ss.

[2424] Pour reprendre une expression classique du droit français : GAUDEMET YVES, Droit administratif, 24^{e} éd., Paris 2022, p. 50.

application concrète. Il ne permet pas de séparer de manière fiable les cas dans lesquels l'État serait lésé de ceux dans lesquels il ne l'est pas. Il doit donc être complété par d'autres critères.

2. L'argument institutionnel

a. L'État évincé

Le deuxième argument régulièrement avancé par la pratique pour exclure la qualité de lésé de l'État a trait à la distribution des rôles[2425] avec un autre acteur classique du procès pénal: le ministère public. La réflexion consiste à se demander si le ministère public ne personnifie pas déjà l'État au procès pénal, ce qui devrait logiquement conduire à évincer ce dernier dudit procès. Cette position ressort sans ambiguïté du considérant-type du Tribunal fédéral, qui retient que, lorsque l'État agit de manière souveraine, «la sauvegarde des intérêts publics, dont il est le garant, incombe au ministère public»[2426]. Les arrêts en allemand sont ici plus précis encore, en décrivant ce à quoi ces intérêts publics se rapportent, soit *«an der strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung der beschuldigten Person»*[2427]. Le ministère public serait donc chargé de représenter les intérêts publics étatiques au procès pénal. 1029

Nous avons déjà vu, au moment d'examiner la possibilité pour les particuliers d'être titulaires de biens juridiques collectifs, que cette position du ministère public ressortait des termes de la loi (art. 16 CPP) et s'expliquait d'un point de vue historique[2428]. Sur un plan téléologique, le ministère public, en tant que représentant de l'État au procès pénal, a pour mission principale d'exercer en son nom l'action publique, dont l'État a le monopole (art. 2 al. 1 CPP)[2429]. Ce but empêche que l'État soit doublement représenté au procès pénal. On retrouve ce raisonnement pour la notion d'accusateur public selon l'art. 81 al. 1 let. b ch. 3 LTF, qui désigne uniquement l'autorité chargée de défendre l'intérêt public devant le juge cantonal (ou fédéral) de dernière instance, à l'exclusion des autorités administratives chargées de poursuivre des contraventions (art. 17 CPP), des autorités cantonales d'exécution des peines (art. 372 CP) ou des autres autorités ayant la qualité de partie (art. 104 al. 2 CPP)[2430]. Dans ces situations, l'exercice de l'action publique incombe au seul ministère public, lequel est aussi 1030

[2425] En référence à BRANDENBERGER, p. 225, qui parle de *«Rollenverteilung»*.

[2426] TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.1 [f].

[2427] TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.4.8 [d]; TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.6 [d]; BRANDENBERGER, p. 226.

[2428] Cf. N 927 ss *supra*.

[2429] ATF 134 IV 36 c. 1.4.5; SK StPO-KELLER, Art. 16 N 10; METTLER, p. 149.

[2430] ATF 147 IV 2 c. 1.7 et 1.8 (art. 17 CPP); ATF 133 IV 121 c. 1.2 (autorité d'exécution); TF, 6B_98/2019, 28.1.2019, c. 2.4 [d] (autorité d'exécution); 6B_693/2019, 28.6.2019, c. 3.1.1 [f] (commune); 6B_1381/2019, 13.11.2020, c. 4 [d] (Office fédéral du service civil [art. 104 al. 2 CPP]); 6B_99/2019, 18.4.2019, c. 1.2 [d] (Confédération [art. 104 al. 2 CPP et 23 al. 3 LCD]; 6B_721/2010, 7.2.2011, c. 1.2.4 [f] (ville prononçant une amende de droit cantonal).

chargé de sauvegarder les intérêts des *« tangierte Behörden »*, cela afin d'éviter une *« Doppelvertretung des Staates »* en procédure pénale[2431].

1031 Cette préoccupation tend toutefois à perdre en importance pratique, au vu de la tendance actuelle – critiquable, comme nous le verrons ci-après[2432] – consistant à reconnaître à toujours plus d'entités étatiques (autres que le ministère public) la qualité de partie (art. 104 al. 2 CPP) et celle pour recourir au niveau cantonal (art. 381*a* CPP) et fédéral (art. 81 al. 2 LTF). Cette diversification des intérêts au procès pénal passe toutefois par des habilitations expresses, et non par la qualification d'un organe étatique en tant que lésé.

1032 Une telle situation pourrait également s'avérer problématique du point de vue de la *séparation des pouvoirs*[2433] : cet argument se retrouve surtout en doctrine[2434], qui soutient que l'admission d'une entité étatique en qualité de lésé aurait pour effet de soumettre les décisions du ministère public à un contrôle qui n'est pas prévu par la loi. Il n'appartient pas à des entités administratives d'exercer une surveillance des tâches du ministère public, pas plus que de veiller au respect du principe de la légalité des poursuites (art. 7 CPP) ou à la protection des biens juridiques collectifs par le droit pénal. Ces missions incombent uniquement au ministère public. En décider autrement permettrait à l'entité publique d'étendre, au travers de l'institution de la partie plaignante, ses compétences et sa sphère d'influence à un domaine qui n'est pas le sien, au mépris du principe de la séparation des pouvoirs. Ce risque se retrouve aussi en présence d'un État étranger ; il est d'ailleurs exacerbé lorsque ce dernier mène déjà sa propre procédure pénale à l'étranger, par exemple pour l'infraction préalable au blanchiment d'argent (art. 305bis CP) faisant l'objet de la procédure domestique[2435].

b. Appréciation critique

1033 Le principe de la séparation des pouvoirs ne doit pas mener au cloisonnement ou à l'isolement total de chaque pouvoir par rapport aux deux autres. Selon la CourEDH, en effet, « une certaine interaction entre les trois pouvoirs est non seulement inévitable mais aussi nécessaire », tant « qu'aucun d'eux n'empiète indûment sur les fonctions et

[2431] TF, 6B_1381/2019, 13.11.2020, c. 4 [d] ; 6B_99/2019, 18.4.2019, c. 1.2 [d] ; cf. ég. ATF 145 IV 65 c. 1.2 ; TF, 6B_486/2021, 21.7.2021, c. 1.4 [d], qui va jusqu'à déclarer irrecevable le recours du condamné contre la levée d'une mesure ambulatoire, motif pris que l'intérêt à la sécurité publique est sauvegardé par le ministère public exclusivement.

[2432] Cf. N 1109 ss *infra*.

[2433] Sur cette notion, cf. MARTENET, Séparation, N 6 ss et 16 ss ; MARIAT, L'équilibre, N 93 s., qui utilise les concepts de *distinction*, de *séparation* et de *distribution* des pouvoirs, cette dernière se subdivisant elle-même en *balance* et en *isolement* des pouvoirs, le tout devant assurer ce que l'auteur appelle un *équilibre* des pouvoirs.

[2434] MAZZUCCHELLI, p. 212 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 40 ; BRANDENBERGER, p. 229 ; KRIEGER AEBLI, p. 422 ; cf. aussi TF, 6B_1381/2019, 13.11.2020, c. 4 [d] et 6B_99/2019, 18.4.2019, c. 1.2 [d] (art. 81 al. 1 let. b LTF), admettant le caractère problématique au regard de ce principe ; KG SG, ZS.2014.11, 12.8.2014, c. 3b, in GVP 2014 Nr. 71.

[2435] Sur cette situation, cf. MAZZUCCHELLI, p. 213 s.

compétences des autres»[2436]. Sous cet angle, la position de la doctrine ne nous semble pas aller de soi. Certes, l'admission d'une partie étatique à la procédure entraîne forcément des interactions avec les autorités pénales, ce qui augmente, par essence, le risque de pressions ou d'influences de la part de l'exécutif[2437]. Ce danger seulement abstrait n'est cependant pas suffisant pour empêcher cette partie d'agir en justice[2438].

En outre, le CPP prévoit déjà la possibilité de reconnaître à des *autorités* la qualité de partie (art. 104 al. 2 CPP). Le législateur est manifestement parti de l'idée que le ministère public disposait dans ce cas d'une indépendance suffisante par rapport à une autorité administrative, et donc au pouvoir exécutif. On ne voit pas en quoi il en irait autrement si l'autorité devait intervenir en tant que partie plaignante, ce d'autant que les droits octroyés à ces autorités correspondent déjà à ceux d'une partie plaignante. 1034

De plus, la procédure pénale s'accompagne d'un certain nombre de *garde-fous*: outre les garanties générales de procédure – dont le droit à un procès équitable et le principe de la bonne foi (art. 3 CPP) –, on peut citer l'obligation de documenter tous les actes de procédure (art. 76 et 77 CPP)[2439], y compris d'éventuels contacts informels entre le procureur et l'une des parties, fût-elle étatique. La violation de cette obligation peut, selon les circonstances, mener à la récusation du magistrat[2440]. Les parties, en particulier le prévenu, disposent donc de moyens pour sanctionner une trop grande promiscuité entre le ministère public et le pouvoir exécutif, qu'il soit suisse ou étranger. 1035

Le CPP connaît aussi un *principe d'universalité des recours* contre les actes du ministère public (art. 393 al. 1 let. a CPP), qui permet aux parties de faire contrôler (et non de contrôler elles-mêmes)[2441] le bien-fondé de l'essentiel des décisions prises par ce dernier[2442]. Ce large contrôle est opéré par une autorité judiciaire indépendante, l'autorité de recours (art. 20 CPP), que le Tribunal fédéral va jusqu'à qualifier d'autorité «hiérarchiquement supérieure» au ministère public[2443]. Dans l'esprit du législateur, le principe d'universalité des recours doit venir contrebalancer les importants pouvoirs octroyés au ministère public lors de la phase de l'instruction[2444]. Il s'inscrit dans un système de *checks and balances* et concrétise ainsi le principe de la séparation des 1036

[2436] CourEDH, Gudmundur Andri Ástrádsson c. Islande (GC), n° 26374/18, 1.12.2020, § 215; cf. aussi ATF 149 I 329 c. 5.2.

[2437] Cf. MAZZUCCHELLI, p. 213, en cas de poursuite pénale menée à l'étranger, par ex. pour le crime préalable au blanchiment d'argent (art. 305bis CP).

[2438] Cf. aussi CourEDH, Thiam c. France, n° 80018/12, 18.10.2018, § 62, 73 ss, 85, s'agissant de la qualité de partie civile du président de la République (à l'époque: Nicolas Sarkozy).

[2439] Cf. ATF 143 IV 408 c. 8.2; TF, 6B_749/2022, 12.5.2023, c. 3.1.2 [f; 5 juges], qui retiennent que le procès-verbal permet, autre autres fonctions, «la vérification du respect des règles de procédure et garantit ainsi qu'elle se soit déroulée correctement».

[2440] TPF, BB.2018.195, 3.4.2019, c. 2.5 [f], en lien avec un voyage du procureur en Ouzbékistan, pays dans lequel la prévenue était détenue; cpr. CARNICÉ/GRODECKI, p. 135 ss.

[2441] Cf. TF, 6B_1381/2019, 13.11.2020, c. 4 [d]: *«überprüfen zu lassen»*.

[2442] Sous réserve de l'art. 394 CPP. ATF 144 IV 81 c. 2.3.1; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1957 ss.

[2443] Cf. ATF 148 IV 17 c. 2.3, en matière de récusation.

[2444] Message CPP, ch. 1.5.2.3 p. 1081; ATF 143 IV 475 c. 2.5; TF, 1B_485/2021, 26.11.2021, c. 2.4.1 [f]; CR CPP-STRÄULI, Art. 393 N 14.

pouvoirs en procédure pénale. Dans cette perspective, l'admission d'une partie lésée, même étatique, à la procédure permet de réduire le risque que des décisions importantes – non-entrée en matière, classement, voire ordonnance pénale – soient prises pour des motifs extérieurs à ceux prévus par la loi, sans aucun contrôle judiciaire subséquent, ce qui participe d'un certain *(ré-)équilibrage institutionnel*.

1037 Reste le risque que l'organe étatique, par hypothèse soucieux «d'étouffer l'affaire», instrumentalise sa position de partie plaignante pour inciter le ministère public à rendre une décision favorable au prévenu, laquelle ne fera vraisemblablement l'objet d'aucun contrôle judiciaire. Comme nous l'avons vu ci-dessus pour les biens juridiques collectifs, ce risque peut être limité en garantissant et en renforçant l'indépendance institutionnelle du ministère public[2445]. En outre, dans une telle situation, le ministère public devrait pouvoir considérer que la constitution de partie plaignante procède d'un abus de droit (art. 3 al. 2 let. a CPP)[2446] – car étrangère aux buts de l'institution (cf. art. 118 et 119 CPP) – et, partant, exclure l'entité étatique de la procédure[2447].

1038 En définitive, l'argument institutionnel, qui consiste à soutenir que l'État est déjà représenté au procès pénal par le ministère public, et que toute autre solution entrainerait une emprise du pouvoir exécutif sur ce dernier, n'est pas non plus tout à fait convaincant. Le ministère public continue de diriger la procédure préliminaire (*«Staatsanwaltschaft als Herrin des Vorverfahrens»*[2448]). Le fait que la qualité de lésé puisse revenir à une entité étatique ne remet pas en question cette position privilégiée, pas plus qu'elle ne permet de dire que les intérêts étatiques sont déjà suffisamment sauvegardés par le ministère public. Cela vaut à plus forte raison lorsqu'une entité étatique étrangère est concernée, comme l'a d'ailleurs admis le Tribunal fédéral[2449]. Même combinés, les deux premiers arguments ne suffisent donc pas à expliquer l'exclusion de principe de l'État en qualité de lésé. Il nous faut poursuivre le raisonnement.

3. L'argument fonctionnel

a. L'État inoffensif

1039 Le troisième argument suppose de se demander si, même admis en tant que lésé, l'État peut véritablement exercer les droits que le CPP reconnaît au lésé ou si, justement, sa

[2445] Cf. N 935 ss *supra*. On pense aussi à l'approbation des décisions par un procureur général (art. 322 al. 1 CPP), voire à la fonction de contrôle exercée par les médias, légitimés à consulter ce type de décisions (cf. ATF 147 I 463 c. 3.1; 137 I 16 c. 3.2).

[2446] Dont l'interdiction concerne non seulement les autorités, mais aussi les parties à la procédure: CR CPP-HOTTELIER, Art. 3 N 19.

[2447] Cf. pour le lésé en général BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 118 N 9a, et la référence à TPF, BB.2021.86, 6.4.2022, c. 7.1 [f]; cf. ég. BSK StPO-GETH/REIMANN, Art. 3 N 88; BOMMER, Verletztenrechte, p. 223 nbp 812.

[2448] TF, 6B_256/2017, 13.9.2018, c. 1.2.1 [d; 5 juges]; OFK StPO-RIKLIN/KURATLE, Art. 16 N 2.

[2449] TF, 1B_576/2018, 26.7.2019, c. 2.5 [f]: «[…] le Ministère public ne saurait assumer la défense des intérêts publics et privés de [l'État étranger lésé] dans la procédure pénale».

casquette étatique l'en empêche. Sa position de lésé serait alors dépourvue d'effet pratique et, partant, ne pourrait qu'être niée[2450]. Dans cette situation, l'État, même lésé par l'infraction, ne serait qu'un *lésé inoffensif*, car dénué de toute possibilité de participer à la procédure. C'est ici un argument fonctionnel, lié au rôle qui est dévolu au lésé et à la partie plaignante en procédure pénale. Nous avons vu que le lésé pouvait se constituer partie plaignante sur le plan pénal et/ou sur le plan civil[2451]. Il convient à nouveau de distinguer les deux situations.

Sur le plan pénal, rappelons que l'État est lui-même titulaire de certains biens juridiques, les biens juridiques étatiques. Pour lui permettre d'agir au pénal par rapport à une infraction dirigée contre l'un de ces biens, il faudrait reconnaître à l'État un intérêt à agir, en l'occurrence un intérêt à la poursuite et à la condamnation de l'auteur (art. 119 al. 2 let. a CPP), qui ne se confond pas avec l'intérêt déjà défendu par le ministère public au travers de l'action publique. Cet intérêt ne saurait résider dans le fait que l'État est chargé, en vertu de ses tâches publiques, de défendre le bien juridique en question. Il s'agit là d'un intérêt de nature publique ou idéale, et non privée et personnelle comme exigé par l'action pénale accessoire de la partie plaignante. Cet intérêt public se rapproche de celui du ministère public; il s'exprime toutefois par des instruments distincts, de nature administrative, qui visent la régulation d'une activité, le rétablissement d'une situation conforme au droit ou la prévention d'une atteinte imminente, et qui n'ont pas la même finalité répressive que celle assignée à l'action publique[2452]. Ministère public et autorités administratives protègent donc les mêmes biens juridiques collectifs, mais font valoir des intérêts différents sur ceux-ci. 1040

Exemples:

En matière *fiscale*, le patrimoine de l'État (ou sa «créance fiscale») est protégé à la fois par la procédure de rappel d'impôt, de nature administrative, qui tend à la détermination et à l'exécution de la taxation omise, et par la procédure pénale, qui vise à sanctionner le contribuable qui commet un délit fiscal[2453].

En droit de l'*environnement*, la protection des diverses composantes naturelles est assurée tant par les services de protection de l'environnement que par les autorités de poursuite pénale, mais au travers d'instruments distincts: alors que les premiers vont par exemple prendre des mesures pour rétablir l'état antérieur à une pollution des eaux (filtrage et rempoissonnement), les secondes vont poursuivre l'auteur de cette pollution

[2450] On peut y voir une forme d'interprétation dite *réaliste*, qui prend en considération le caractère praticable de la solution proposée. Cf. N 946 *supra*.

[2451] Cf. N 725 ss *supra*.

[2452] On réservera les *sanctions administratives* qui peuvent, selon les circonstances, notamment leur nature et, surtout, leur gravité, se voir reconnaître un caractère pénal. Cf. CR Cst.-MACALUSO/GARBARSKI, Art. 32 N 12 ss; ATF 148 II 106 c. 4.5.4; 147 I 57 c. 4.2, 5.2 et 5.4; 142 II 243 c. 3.4, en référence aux critères *Engel* de la CourEDH.

[2453] TF, 9C_617/2022, 29.6.2023, c. 4.3 [f] au sujet de la procédure prévue à l'art. 12 DPA, commenté par GARBARSKI ANDREW M./FROSSARD DYLAN, Garanties procédurales et coexistence entre procédures administratives et pénales (administratives), in ‹www.verwaltungsstrafrecht.ch› du 16.8.2023; cf. déjà ATF 110 IV 24 c. 2e.

afin qu'il soit condamné et que les profits résultant de cette pollution soient confisqués[2454].

Selon le TF, le fait que l'*Office fédéral du service civil* soit chargé de l'exécution de la loi sur le service civil fonde tout au plus un *« tatsächliches oder allgemeines Interesse »* à la poursuite et à la condamnation des contrevenants à cette loi, insuffisant pour lui reconnaître la qualité pour recourir en matière pénale (art. 81 LTF). Les autorités qui ne sont pas chargées de l'action publique et qui représentent seulement des *« andere öffentliche Interessen »* ne peuvent pas exercer de recours en matière pénale, sauf habilitation spéciale[2455].

1041 Dans toutes ces situations, l'organe étatique ne dispose d'aucun intérêt privé, fondé sur ses droits de la personnalité, à obtenir le constat judiciaire du tort que lui a causé l'infraction, constat qui lui apporterait une forme de satisfaction morale *(Genugtuung)*. La personnalité morale de l'État ne déploie ici aucun effet, puisqu'il agit sur la base de ses compétences[2456]. Il ne peut faire valoir un quelconque droit tiré de sa personnalité pour agir au pénal. Le seul intérêt dont l'entité publique dispose est un intérêt public, qui s'exprime par des instruments de nature administrative, et qui ne saurait être travesti en un intérêt répressif au travers de sa constitution de partie plaignante. Le prévenu se trouverait sinon confronté à une double action publique, dans laquelle l'État serait véritablement représenté à double, ce qui briserait l'équilibre du procès en le transformant en une «coalition à deux contre un»[2457]. Toutefois, il peut arriver que l'infraction atteigne l'État à la manière d'un particulier, voire dans ses droits de la personnalité, situation qui sera examinée ci-après.

1042 *Sur le plan civil*, nous avons vu ci-dessus que la notion de conclusions civiles que le lésé pouvait faire valoir par adhésion à la procédure pénale (art. 119 al. 2 let. b CPP) ne comprenait pas les prétentions de droit public, notamment celles fondées sur la responsabilité de l'État[2458]. Il en va de même des prétentions en restitution des prestations d'assurances sociales (art. 25 LPGA) ou de prévoyance professionnelle (art. 35*a* LPP) touchées indûment, des créances fiscales réclamées par l'administration ou encore des frais d'instruction mis à la charge de l'assuré (art. 45 al. 3 LPGA)[2459]. L'existence de telles prétentions fondées sur le droit public constitue un fort indice en faveur d'une activité souveraine, pour laquelle l'État ne bénéficie pas de la qualité de lésé[2460].

[2454] Sur les interactions entre ces deux procédures, notamment dans la perspective d'une réparation du dommage (art. 53 CP), cf. GUISAN/RUTSCHMANN, *passim*. Sur le lien avec la confiscation, cf. BURGENER FABIO/CASSANI URSULA, Délinquance écologique et profits illicites, in Mélanges Moreillon, Berne 2022, p. 25 ss, spéc. p. 37.

[2455] TF, 6B_1381/2019, 13.11.2020, c. 4 [d] ; cf. aussi ATF 145 IV 65 c. 1.2.

[2456] Cf. déjà N 1023 *supra*. Cf. aussi BRANDENBERGER, p. 227.

[2457] SALAS, p. 183 (pour le système inquisitoire en général).

[2458] Cf. N 751 *supra*.

[2459] TF, 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.2 [d] ; 6B_22/2019, 22.3.2019, c. 5.4 ss [d] ; 6B_429/2011, 23.8.2011, c. 1.4 [d] (art. 81 LTF) ; 6B_61/2017, 1.9.2017, c. 1.3 [f] (art. 81 LTF) ; WEISS, p. 438 s. ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 119 N 10 ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 122 N 19.

[2460] BRANDENBERGER, p. 227.

b. Appréciation critique

Plusieurs éléments plaident en faveur d'une approche plus nuancée que celle présentée ci-dessus, en tout cas s'agissant des aspects civils. En soi, rien ne s'oppose à ce que la réparation du préjudice qu'un particulier cause à l'État ressortisse au droit privé, sous réserve de règles spéciales de droit public[2461]. En 2009, le Tribunal fédéral avait ainsi qualifié les dispositions pénales de la loi bernoise sur l'aide sociale de normes protectrices *(Schutznormen)* au sens de l'art. 41 CO, permettant à la ville de Bienne d'agir par adhésion à la procédure pénale pour obtenir la réparation du dommage subi à raison du versement indu de prestations sociales[2462]. Cet arrêt est resté isolé, à tout le moins en matière d'aide sociale[2463]. Dans une décision plus récente, rendue sur la base de l'art. 115 CPP, le Tribunal fédéral a relevé la possibilité, pour l'État, de rendre une décision tendant au remboursement de l'aide sociale perçue illégalement, lui ôtant toute «nécessité» d'ouvrir une procédure civile ou pénale pour faire valoir ses prétentions[2464]. Une telle décision administrative, une fois exécutoire, vaudra d'ailleurs titre de mainlevée définitive (art. 80 al. 2 ch. 2 LP), de sorte que l'État pourra directement et rapidement en obtenir l'exécution forcée[2465]. 1043

Toutefois, l'arrêt de 2009 postule selon nous à juste titre l'indépendance de principe entre les normes de droit public tendant à la restitution d'une prestation, indépendamment de toute infraction, et celles de droit privé relatives à la réparation du dommage causé par un acte illicite, acte qui peut ici trouver sa source dans une infraction pénale, pour autant que celle-ci protège le patrimoine étatique[2466]. Dans une telle situation, l'État disposerait bien de conclusions civiles, qu'il pourrait faire valoir par adhésion à la procédure pénale, sans préjudice des moyens parallèles tirés du droit public. Cela suppose bien évidemment qu'il puisse être qualifié de lésé au sens de l'art. 115 CPP, l'existence d'un dommage civil n'étant ici pas suffisant. 1044

[2461] TERCIER, Délimitation, p. 704.

[2462] TF, 6B_81/2009, 30.6.2009, c. 3.1 à 3.4.1 [f]; cf. aussi TC FR, 501 2013 159, 10.09.2015 c. 4c; CJ GE, ATAS/1161/2014, 06.11.2014, c. 12b/aa s.

[2463] Quelques mois après, la Cour suprême bernoise annonçait, dans un *obiter dictum*, que toute action civile adhésive serait désormais exclue pour les prétentions en remboursement de l'aide sociale: OGer BE, AK 09 365, 30.11.2009, c. 1b et c, in BJP 2010 n° 697.

[2464] TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.4 [f]; cf. déjà KG ZG, BJP 2006 p. 100, cité par DONZALLAZ, Art. 81 N 2634: une caisse-chômage n'a pas besoin des facilités accordées aux particuliers pour faire valoir ses prétentions par voie d'adhésion. Cpr. TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.4.2 s. [f], qui raisonne différemment pour l'art. 104 al. 2 CPP.

[2465] Cf. DONATSCH/SCHMID, § 192 N 22: l'action civile adhésive devient *«überflüssig»*.

[2466] TF, 6B_81/2009, 30.6.2009, c. 3.5 à 3.5.2 [f], qui précise que ces règles de droit public ont moins pour fonction de réparer un dommage que de restaurer une situation conforme au droit, faisant un parallèle avec l'art. 25 LPGA. Cf. aussi le rappel d'impôts, l'art. 12 DPA ou la perception subséquente des droits de douane (art. 85 LD; ATF 149 II 129 c. 3.6). On se rapproche ici d'un cas de concours d'actions déjà examiné en lien avec l'ATF 148 IV 432 (cf. N 765 *supra*). Cpr. en *Allemagne* pour le *Subventionsbetrug* (§ 264 StGB/D): BGHZ 106, 204 (207 ss).

1045 Dans un arrêt rendu en 2025, le Tribunal fédéral a admis que l'art. 14 al. 1 DPA, qui réprime l'escroquerie en matière de prestations et de contributions, constituait une norme de protection *(Schutznorm)* au sens de l'art. 41 CO et permettait donc à l'État (en l'occurrence la Confédération), lésé par l'infraction, de réclamer des dommages-intérêts par adhésion à la procédure pénale[2467]. L'arrêt relève toutefois que dans la configuration en cause (contrat de droit public), l'État ne disposait pas de prétention en restitution de nature administrative[2468], sans toutefois préciser si c'est seulement dans ce cas particulier que l'art. 14 al. 1 DPA peut être qualifié de norme protectrice.

1046 Un argument similaire se retrouve en *matière environnementale*, où le législateur accorde parfois à la collectivité publique le droit d'exiger la réparation de son préjudice écologique pur, par exemple en matière de protection de l'environnement (art. 59 LPE) ou de la nature (art. 24*e* LPN), de chasse (art. 23 LChP), de pêche (art. 15 LFSP) ou encore de génie génétique (art. 31 al. 2 LGG)[2469]. Pour la doctrine, l'État agirait alors en tant que «curateur» des intérêts environnementaux, ce qui doit permettre de lui reconnaître la qualité de lésé en procédure pénale[2470]. Cette approche se heurte toutefois au texte des art. 119 al. 2 let. b et 122 al. 1 CPP (et de l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF), qui exigent que les prétentions soient fondées sur le droit privé, contrairement à la plupart des normes en question, qui ressortissent au droit public[2471].

1047 Restent enfin les cas dans lesquels l'auteur est un *agent de l'État (intraneus)* et cause un préjudice direct à ce dernier. La question dépend de la nature des règles qui régissent les rapports internes entre l'État et ses fonctionnaires[2472]. La plupart des lois sur la responsabilité (ou sur le personnel) de l'État prévoient que le fonctionnaire répond envers l'État du dommage qu'il lui cause intentionnellement ou par négligence grave, tout en renvoyant pour le surplus aux art. 41 ss CO[2473]. Dans ce cas, la collectivité dispose d'une prétention de droit public à l'encontre de son agent, qui ne peut en principe pas faire l'objet d'une action civile adhésive. Sous l'empire de l'ancienne LAVI, le Tribunal fédéral avait retenu que la notion de prétentions civiles ne comprenait pas les *«Ansprüche des Staates gegen fehlbare Beamte»*[2474]. Toutefois, certaines autres lois sur la responsabilité de l'État sont silencieuses sur la question, à l'instar de Genève, avec pour conséquence que la responsabilité délictuelle des agents publics vis-à-vis de l'État lui-même serait alors directement fondée sur les art. 41 ss CO[2475], de

[2467] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.5.4 [d] n.p. in ATF 151 IV 228.
[2468] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.5.4 [d] n.p. in ATF 151 IV 228; cpr. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Fiskus, p. 247 ss.
[2469] Cf. GUISAN/RUTSCHMANN, N 20.58 ss, avec des références.
[2470] FAVRE, Infractions, N 18.33.
[2471] Cf. par ex. TF, 2C_404/2012, 11.2.2013, let. A et c. 4.1 [f], pour l'art. 23 LChP; cf. aussi GUISAN/RUTSCHMANN, N 20.59 s. et les références citées.
[2472] L'art. 61 CO ne traitant que de la responsabilité externe. Cf. TERCIER, Délimitation, p. 704.
[2473] Cf. art. 8 et 9 al. 1 LRCF; art. 9 et 13 LRECA/VD; cf. aussi BYRNE-SUTTON, nbp 142, qui cite les lois neuchâteloise, bernoise et jurassienne.
[2474] ATF 125 IV 161 c. 2b, qui cite notamment DONATSCH/SCHMID, § 192 N 22.
[2475] CJ GE, ATAS/1161/2014, 06.11.2014, c. 12b/aa et les références citées.

sorte que les prétentions de l'État pourraient, en théorie du moins, être déduites devant le juge pénal.

Une telle dichotomie nous semble toutefois insatisfaisante. L'action en responsabilité des agents de l'État devrait toujours, en soi, pouvoir être exercée par adhésion à la procédure pénale. À la différence du cas dans lequel le lésé dispose d'une action en responsabilité contre l'État, exclusive de toute action directe contre l'auteur de l'infraction – ce qui explique l'absence de prétentions civiles selon la jurisprudence, par ailleurs critiquée, du Tribunal fédéral[2476] –, c'est ici l'État qui, en qualité de lésé, agit contre l'auteur, soit un débiteur qui n'est ni particulièrement solvable, ni particulièrement compréhensif à son égard. La position de l'État se rapproche ici de celle d'un employeur privé ayant été lésé par une infraction commise par son employé[2477], ce d'autant plus qu'il devra régulièrement agir devant les juridictions civiles pour recouvrer sa créance, à tout le moins selon certaines lois cantonales[2478]. Notre proposition ne peut toutefois valoir que de *lege ferenda*, la teneur actuelle des art. 119 al. 2 let. b et 122 al. 1 CPP ne permettant pas au lésé de faire valoir d'autres prétentions que celles fondées sur le droit privé. 1048

Enfin, la situation dans laquelle un *État étranger* ou une autre entité publique de droit étranger souhaite élever des prétentions civiles adhésives contre l'auteur suppose de déterminer si, selon le droit étranger applicable (cf. art. 132 s. LDIP; cf. aussi art. 13 LDIP), ces prétentions relèvent du droit privé ou du droit public. De manière plus générale, le fait que les États étrangers disposent déjà du canal privilégié de l'entraide internationale en matière pénale, voire de la LVP, pour obtenir la remise de valeurs patrimoniales ou de moyens de preuve justifie, pour une partie de la doctrine, de restreindre leur possibilité de participer en tant que lésés aux procédures pénales nationales[2479]. Un tel argument ne peut toutefois valoir que lorsqu'une procédure pénale est ouverte dans l'État requérant, ce qui n'est pas toujours le cas[2480]. 1049

En définitive, on constate que ce troisième argument permet effectivement de retenir que, même en admettant que l'État puisse être titulaire de certains biens juridiques et prétendre ainsi à la qualité de lésé, ses prérogatives en procédure seraient très limitées. 1050

[2476] ATF 146 IV 76 c. 3.2.2 et 3.3.3; *contra*: SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 698 nbp 133 (cpr. N 703); ZK StPO-LIEBER, Art. 117 N 6b; BSK BGG-THOMMEN, Art. 81 N 39 ss; OEHEN, Opfer, N 49; *Appellationsgericht* BS, BES.2020.86, 12.4.2022, c. 1.2.2.1 s.; OGer ZH, UE170255, 24.4.2018, c. 1.4 s., in ZR 117/2018 Nr. 39 p. 151 ss.

[2477] Cf. dans ce sens TAF, 23.7.2009, JAR 2010 422, c. 4.2.1 [f]. Certes, l'État est dans ce cas fondé à compenser le salaire dû à l'agent avec sa créance en réparation (GRISEL ETIENNE, La responsabilité patrimoniale des conseillers fédéraux, RDAF 1998 I 113 ss, p. 126; cf. aussi art. 40 RPAC à Genève), mais une règle similaire existe en droit privé (cf. art. 323b al. 2 CO).

[2478] Cf. art. 17 LRECA/VD; art. 7 LREC/GE; cpr. BYRNE-SUTTON, p. 48, pour l'action récursoire; cpr. art. 10 al 1 LRCF et 5 al. 1 et 3 de l'Ordonnance sur la LRCF (RS 170.321).

[2479] On peut parler d'équivalents fonctionnels à la procédure pénale. Cf. MAZZUCCHELLI, p. 214; pour le recouvrement d'avoirs, cf. Rapport restitution 2024, p. 4 ss.

[2480] Pour la LVP, il faut également que l'entraide ait échoué en raison de la défaillance de l'État requérant: cf. Rapport restitution 2024, p. 5.

Dans la plupart des cas, l'État n'aura en effet aucun intérêt personnel à demander la condamnation de l'auteur et ne pourra pas faire valoir de prétentions de nature civile contre ce dernier. Toutefois, nous avons aussi vu que cette règle n'était pas absolue et connaissait des exceptions, notamment s'agissant des prétentions civiles.

II. Exception: l'État touché comme un privé

1051 Dès lors qu'aucun de ces trois arguments (argument de souveraineté, argument institutionnel et argument fonctionnel) ne s'est avéré pleinement convaincant pour expliquer l'absence ou le refus de la qualité de lésé de l'État, on peut se demander s'il ne faudrait pas renverser la perspective et examiner quels critères permettent au contraire de retenir que l'État est lésé par une infraction[2481].

A. L'approche du Tribunal fédéral

1052 Cette situation ressort clairement du considérant-type du Tribunal fédéral examiné ci-dessus: la qualité de lésé (art. 115 CPP) de l'État, admise à titre exceptionnel, suppose que l'infraction l'atteigne dans ses droits personnels «comme un privé» *(«wie ein Privater»)*[2482].

1053 Dans deux arrêts de principe récents, le Tribunal fédéral, se fondant sur la doctrine (suisse et allemande)[2483], retient que l'État est touché comme un privé lorsque l'infraction en cause est dirigée contre des biens juridiques dont il dispose pour accomplir ses tâches publiques[2484]. Selon notre Haute Cour, tel est notamment le cas dans les situations suivantes:

> *«Bei der Veruntreuung von einer Gemeinde zugeordneten, auf einem Bankkonto deponierten Vermögenswerten, bei der Sachbeschädigung von einem Verwaltungsgebäude, beim Diebstahl von Fahrzeugen öffentlicher Verkehrsbetriebe, beim Betrug zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft, indem die Täterschaft Exportumsätze einer Scheinfirma vortäuscht und mittels entsprechender Abrechnungen die eidgenössische Steuerverwaltung zur Gutschrift von nicht bestehenden Vorsteuerguthaben veranlasst»*[2485].

[2481] Cf. en ce sens TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, dans lequel le TF, après avoir exclu une atteinte dans l'exercice de la puissance publique (c. 6.4.6-6.4.9), examine quand même si la Confédération est lésée par l'infraction, en l'occurrence l'art. 51 LAP (c. 6.4.10, tous n.p. in ATF 151 IV 228).

[2482] Cf. N 1014 ss *supra*.

[2483] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 39 pour le droit suisse; LR StPO-GRAALMANN-SCHEERER, § 172 N 59 pour le droit allemand. Cf. déjà N 1014 *supra*.

[2484] TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.4.7 [d] et TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.5 [d] n.p. in ATF 151 IV 228: *«wenn sich die fragliche Straftat gegen Rechtsgüter richtet, die [dem Staat] zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgabe zur Verfügung stehen»*.

[2485] TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.4.7 [d]; 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.5 [d] n.p. in ATF 151 IV 228 et les références citées.

L'approche du Tribunal fédéral trouve vite ses limites: tout d'abord, les exemples cités portent avant tout sur des atteintes au patrimoine étatique, sans envisager des atteintes à d'autres biens juridiques susceptibles de toucher l'État comme un privé. Ensuite, ces exemples se concentrent sur des infractions de droit commun (abus de confiance, vol, escroquerie, etc.), alors que l'arrêt en question admet la qualité de lésé de la Confédération par rapport à l'infraction d'escroquerie en matière de prestations et de contributions prévue par la loi sur l'approvisionnement (art. 51 LAP *cum* art. 14 DPA)[2486], soit une infraction qui, par définition, protège le patrimoine étatique. 1054

Enfin, le critère de l'infraction touchant l'État dans des biens juridiques dont il dispose pour accomplir ses tâches ne permet pas d'expliquer pourquoi l'État serait lésé par une escroquerie portant sur des crédits d'impôts[2487], mais pas par une fraude fiscale «classique» ou une infraction à l'aide sociale: dans tous ces cas, l'auteur bénéficie sans droit d'un avantage patrimonial (sous la forme d'une augmentation de l'actif ou d'une non-diminution de l'actif) et prive ainsi l'État de deniers publics, qui lui servent essentiellement à accomplir ses tâches publiques. Par ailleurs, nous avons vu que la jurisprudence refusait par principe la qualité de lésé à l'État lorsqu'il était chargé de défendre ou de promouvoir le bien juridique protégé par l'infraction en cause[2488], soit une situation très proche du critère posé ici pour admettre exceptionnellement la qualité de lésé de l'État[2489]. 1055

Les quelques autres cas d'application de l'exception, essentiellement au niveau cantonal[2490], ne permettent pas d'y voir beaucoup plus clair. Quant aux contributions doctrinales qui abordent la question, elles adoptent une approche soit très casuistique, soit à nouveau axée sur des atteintes patrimoniales[2491]; il manque une réflexion globale sur la question. 1056

[2486] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4 [d] n.p. in ATF 151 IV 228.

[2487] Cf. l'ex. cité par le TF du *«Vorsteuerguthaben»*: TPF, SK.2004.8, 21.3.2005, c. 1.4 [d].

[2488] Cf. N 1021 *supra*.

[2489] Symptomatique à cet égard: TF, 6B_1383/2023, 22.1.2026, destiné à la publication, c. 3.5.2 [d]; critiques également: GARBARSKI/FROSSARD.

[2490] OGer ZH, ZR 121/2022 S. 120 Nr. 32: abus de confiance (art. 138 CP) et gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP) au préjudice d'une commune; OGer OW, CAN 2022 Nr. 56 p. 229, c. 1.2: dommages à la propriété (art. 144 CP) contre une école; TC VD, CAPE 18.2.2021/81: dommages à la propriété (art. 144 CP) au préjudice du canton de Vaud; OGer ZH, SB170507, 7.3.2019, c. 3.6.3: violation du secret de fonction (art. 320 CP) au préjudice de la police de la ville de Zurich; TF, 6B_1269/2017, 16.1.2019, c. 7 et 10 [f] et 6B_231/2021, 16.8.2022, let. C et c. 6.2 [f]: détournements d'impôts au préjudice de l'État de Neuchâtel (ancien dirigeant du Neuchâtel Xamax).

[2491] Cf. GRODECKI, État des lieux, p. 388 et p. 390 s.; BRANDENBERGER, p. 228; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 39; cf. aussi HEIERLI, N 359; cf. toutefois SCHÄR CAROLINE/ZOLLINGER MARCO, Die Parteistellung der IV-Stelle im Strafverfahren und die fehlende Bindungswirkung strafprozessualer Zwischenentscheide, RSJ 122/2026 484 ss, p. 487, qui voient dans la jurisprudence fédérale un *«Prüfschema»* en deux étapes.

B. Fondements historiques et appuis en droit positif

1057 Pourtant, la situation dans laquelle l'État est touché comme un privé a des racines anciennes: elle remonte à la théorie des deux corps du roi. Par ailleurs, aujourd'hui encore, notre ordre juridique assimile régulièrement l'État à une personne privée ou à un particulier pour résoudre des questions qui ne touchent pas au droit pénal: on pense ici principalement[2492] à la qualité pour recourir des collectivités publiques au Tribunal fédéral, à la titularité des droits fondamentaux par ces mêmes collectivités et à la protection de la personnalité (art. 28 CC) des personnes morales de droit public. Nous présenterons brièvement ces éléments historiques et de droit positif, qui doivent nous servir de source d'inspiration pour pouvoir ensuite examiner dans quels cas de figure l'État est touché par une infraction pénale.

1. Des deux corps du roi… aux deux corps de l'État

1058 La théorie des deux corps du roi, qui a été développée par KANTOROWITZ au milieu du XX^e^ siècle[2493], est une construction visant à décrire la charge royale au Moyen Âge. Fondée sur une métaphore, elle consiste à distinguer *deux corps du roi*: le premier est un corps terrestre, naturel et mortel, celui de l'individu qui souffre, doute, se trompe parfois; le second est un corps mystique, surnaturel et immortel, qui est dépourvu de faiblesses, ne se trompe jamais et incarne le royaume tout entier, garantissant ainsi sa permanence politique et spirituelle[2494]. Cette dissociation permet d'expliquer que des révoltes aient été menées en Angleterre contre le roi Charles I^er^ (corps mortel) au nom du roi lui-même (corps politique). Elle permet aussi de comprendre la célèbre formule «*Le roi est mort, vive le roi*!», exprimant la perpétuité du corps politique, qui survit à la mort physique du souverain[2495]. Cette théorie renforce ainsi l'idée de continuité et d'intemporalité de la fonction royale, centrale dans toute la pensée juridico-politique médiévale.

1059 Le fait que le roi dispose, à côté de son corps mystique, d'un corps naturel qui souffre, implique qu'il puisse, sur le plan pénal, être victime d'une infraction qui le touche personnellement. On pense immédiatement aux *cas royaux*, soit les causes qui, au Moyen Âge, étaient de la compétence exclusive de la juridiction royale, dont les juridictions seigneuriales ne pouvaient se saisir. Avant d'être étendus à de nombreuses formes de trouble à l'ordre public afin d'asseoir l'autorité du roi[2496], les cas royaux étaient à l'origine des causes qui touchaient d'abord à sa personne, à son domaine et à son honneur, et donc à son «intérêt privé»[2497]. Cas royal par excellence, le crime de lèse-majesté

[2492] Cf. également les dépens alloués aux collectivités publiques obtenant gain de cause: sur ce point, lire GRISEL RAPIN CLÉMENCE, L'octroi de dépens aux communes en procédure administrative, in Cléa Bouchat et al. (éds), Mélanges Benoît Bovay, Berne 2024, p. 83 ss.

[2493] KANTOROWICZ, Les Deux Corps du roi, Essai sur la théologie politique au Moyen Âge, Princeton 1957 (cf. bibliographie).

[2494] KANTOROWICZ, p. 25.

[2495] KANTOROWICZ, p. 457 ss.

[2496] Le port d'armes, le banditisme de grand chemin, le refus d'obéir à une ordonnance royale, etc. Cf. FOUCAULT, Théories, p. 225 ss, qui parle de «dimension nouvelle de la pénalité».

recouvrait ainsi une série d'infractions de gravité et de nature diverses, allant du régicide à la diffamation[2498]. Relevaient aussi des cas royaux les affaires de vol ou de dommages qui touchaient les terres dont le roi était seigneur ou ses biens mobiliers[2499], tout comme la fabrication de fausse monnaie, qui était considérée comme portant atteinte au patrimoine de la couronne[2500].

Bien que les conceptions et les régimes politiques aient évolué, une réflexion similaire se retrouve encore de nos jours en France à propos du statut juridique du *président de la République*, qui a récemment fait l'objet d'intenses discussions, à la faveur d'une affaire du piratage informatique qui est montée jusqu'à la CourEDH[2501]. S'inspirant de la théorie des deux corps du roi, la doctrine propose de distinguer entre, d'une part, le corps politique et institutionnel du président, qui échappe à la justice ordinaire en raison de son immunité (art. 67 Cst./F), mais qui est, en contrepartie, privé de la possibilité de se constituer partie civile et, d'autre part, son corps privé, celui du «citoyen-président», qui est justiciable comme tout un chacun, mais qui doit alors bénéficier de la faculté de se plaindre d'une infraction commise à son détriment[2502]. 1060

Il est selon nous possible d'extrapoler cette construction juridique à l'État lui-même, de manière à distinguer entre deux «corps» de l'État[2503]. Certes, le titulaire de la souveraineté n'est plus un individu unique, le roi, mais une entité collective ou plurielle, le peuple ou la nation, ce qui complique l'exercice de dédoublement corporel. Toutefois, la personnalité juridique qui est reconnue à l'État permet de pallier ce défaut d'unité du peuple et de produire, grâce au mécanisme de la représentation, une volonté propre à l'État, qui sera ensuite imputée à la collectivité[2504]. 1061

Dans cette perspective, l'État, compris comme «personne», continue de disposer de deux «corps». Même si elle est empreinte d'un certain anthropomorphisme, cette image exprime bien l'idée de l'État intervenant dans les rapports juridiques selon deux modalités distinctes. D'une part, il agit en tant qu'entité souveraine, investie de 1062

[2497] PERROT, p. 223. Le roi était alors représenté par les procureurs du roi: cf N 929 *supra*.

[2498] BOUCHER D'ARGIS, entrée «Lèse-majesté», in Diderot/D'Alembert (éds), L'Encyclopédie, Vol. IX, 1765, p. 400; DOUCET, Dictionnaire de droit criminel, entrée «Régicide».

[2499] PERROT, p. 38, qui rapporte l'exemple d'un manant accusé du recel de deux écuelles d'argent volées au roi; cf. aussi FOUCAULT, Théories, p. 224. Les esprits lucides y verront une référence (osée) à la voie verte ou à la maison Balkii.

[2500] Non pas en raison du fait que les pièces étaient la pleine propriété du roi, mais parce que le faussaire parvenait à éluder la taxe *(monetagium)* prélevée par les instances royales au moment de battre monnaie; cf. PERROT, p. 233 ss.

[2501] L'enjeu touchait à la validité de la constitution de partie civile du président (en l'occurrence Nicolas Sarkozy): CourEDH, Thiam c. France, n° 80018/12, 18.10.2018; cf. aussi Crim., ass. plén., 15.6.2012, n° 10-85.678, D. 2012 1916.

[2502] BEAUD, Président, p. 1920 s.; DESAULNAY, p. 1214 ss; POUJOL, p. 413 s.; cf. aussi CANDRIAN, Immunité, p. 483 s. et npb 1173, s'agissant de l'immunité du chef d'État.

[2503] Cf. déjà FOUCAULT, Théories, p. 98 s.; cf. aussi BEAUD, République injuriée, p. 617, qui parle des «deux corps de la nation».

[2504] BAER, p. 26, 32; MAULIN, L'État comme personne, p. 178 ss, qui cite HOBBES et CARRÉ DE MALBERG.

la puissance publique, chargée d'accomplir les tâches qui lui sont confiées et donc de poursuivre un intérêt public et collectif. On pourrait dire qu'on touche ici à son corps politique, qui se rapproche du corps mystique et intouchable du roi. D'autre part, en tant qu'entité dotée de la personnalité juridique, l'État dispose aussi de certains attributs propres à toute personne ou, plus exactement, à toute personne morale[2505]: il peut ainsi être propriétaire de biens, jouir de la liberté de son domicile, former et exercer librement sa volonté par le bais de ses organes, bénéficier d'un domaine secret, développer des activités économiques, voire disposer d'un droit à l'honneur. On touche ici à son corps privé, «physique», qui s'apparente au corps naturel et mortel du roi. C'est à ce dernier corps de l'État que s'adresse l'exception qui admet qu'une infraction puisse l'atteindre *comme un privé*.

1063 Certes, le parallèle entre les deux corps du roi et les deux corps de l'État n'est pas pleinement opérant. L'État moderne, de droit et démocratique, ne possède pas un domaine privé à proprement parler, qui s'opposerait au domaine public de la même manière que, à l'époque, ce qui relevait de la «maison» du roi s'opposait à ce qui relevait de la «couronne»[2506]. Il n'en demeure pas moins que l'État, conçu comme entité dotée de la personnalité juridique, se voit reconnaître la capacité de mener certaines activités comme un particulier, donc avec une certaine autonomie et en étant titulaire de droits et d'obligations. Dans ce cadre, il doit également pouvoir, comme tout autre particulier, être «victime» d'une infraction qui le touche dans sa «sphère privée». Reste encore à voir quand une telle atteinte doit être retenue, ce que la théorie des deux corps du roi n'explique pas, ou alors pour des cas – royaux – qui ne présentent plus qu'un intérêt historique.

2. La qualité pour recourir des collectivités publiques

1064 À cet égard, *la qualité pour recourir* (*Beschwerdebefugnis* ou *Legitimation*) des *collectivités publiques* – soit les cantons et les communes, mais aussi les établissements et les corporations de droit public ainsi que les entités de droit privé chargées de tâches publiques – au Tribunal fédéral, non pas dans le recours en matière pénale, mais dans le *recours en matière de droit public* (art. 89 LTF), nous livre de précieux éléments de comparaison. Au-delà du droit de recours spécial fondé sur l'art. 89 al. 2 LTF, c'est au regard de la clause générale de l'art. 89 al. 1 LTF que la question doit être examinée. Si cette clause est avant tout conçue pour les particuliers, il est néanmoins admis que les collectivités publiques peuvent s'en prévaloir dans deux situations, interprétées restrictivement par la jurisprudence: lorsqu'elles sont touchées comme un particulier dans leurs intérêts juridiques ou matériels ou lorsqu'elles sont touchées dans leurs prérogatives de puissance publique[2507]. Ces catégories se retrouvent aussi dans le cadre du recours en matière civile (art. 72 ss LTF)[2508] et, pour la première d'entre elles, du recours

[2505] BAER, p. 32.

[2506] Cf. BOURDIEU, De la maison du roi à la raison d'État, Actes de la recherche en sciences sociales, Vol. 118, juin 1997, 55 ss, p. 59; cf. aussi PFLÜGER, N 581.

[2507] ATF 147 II 227 c. 2.3.2; 146 V 121 c. 2.3.1; 141 I 253 c. 3.1; Comm. LTF-DONZALLAZ, Art. 89 N 50; critique sur cette approche restrictive: PFLÜGER, N 532 ss.

constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF)[2509]. Elles donnent lieu à une riche jurisprudence, marquée par son aspect casuistique, dont le manque de lisibilité (et de prévisibilité) est critiqué par une partie de la doctrine[2510].

Nous nous concentrerons ici sur la première catégorie, celle de la collectivité touchée comme un particulier *(«wie ein Privater»)* par l'acte attaqué, dans sa situation juridique ou matérielle, et qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Cette première condition, qui est un vestige de l'ancienne théorie du fisc[2511], se décompose en réalité en deux-sous catégories, qui ressortent d'une formule qu'on retrouve surtout dans des arrêts en allemands *(«gleich oder ähnlich wie ein Privater»)*[2512]. 1065

Première sous-catégorie, la collectivité publique peut être atteinte par l'acte attaqué *de façon identique («gleich»)* à un particulier. Cette situation a très tôt été envisagée par le Tribunal fédéral, qui a reconnu la qualité pour recourir de l'État lorsque celui-ci se plaçait «sur le terrain du droit privé» et se trouvait ainsi «sur un pied d'égalité avec des particuliers ou d'autres corporations»[2513]. Tel est toujours le cas aujourd'hui pour le recours en matière civile lorsqu'une collectivité publique est partie à un contrat de prêt avec une banque commerciale[2514] ou que l'État est condamné à payer des dommages-intérêts sur la base de sa responsabilité civile (art. 55, 55 et 58 CO; art. 679 CC)[2515]. 1066

Mais l'État peut aussi être touché de façon identique à un particulier dans des relations qui ressortissent au droit public. Au terme d'une analyse approfondie de la jurisprudence rendue à propos de l'ancien recours de droit administratif, MOOR est parvenu à la conclusion que tel était le cas lorsque la loi concrètement appliquée ne faisait dans 1067

[2508] ATF 141 III 353 c. 5.2; 140 III 644 c. 3.2; Comm. LTF-BOVEY, Art. 76 N 44 ss.

[2509] ATF 146 I 195 c. 1.2.1; 145 I 239 c. 5.1; 142 II 259 c. 4.2.

[2510] Cf. surtout PFLÜGER, N 219 ss; WIEDERKEHR, p. 84. Sur la casuistique, cf. BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 38 ss; HOFMANN, p. 35 ss; MOOR, Qualité pour agir, p. 105 ss.

[2511] Développée au XIX^e siècle, cette théorie soumettait au droit privé et aux tribunaux civils les contestations patrimoniales qui opposaient les particuliers au fisc *(Fiskus)*, sujet de droit privé distinct de l'État, mais chargé de défendre en justice ses intérêts pécuniaires. Cf. PFLÜGER, N 254 ss; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 96; HÄNER ISABELLE, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, thèse habil., Zurich 2000, N 859 s.

[2512] ATF 147 II 227 c. 2.3.2; 141 II 161 c. 2.1; 138 II 505 c. 2.1.1; 136 II 274 c. 4.1. Elle s'est aussi imposée dans certains arrêts en français: ATF 146 I 195 c. 1.2.1; 145 I 239 c. 5.1; 140 I 90 c. 1.2.1; 135 II 156 c. 3.1; WIEDERKEHR, p. 73 ss; MOOR, Qualité pour agir, p. 117 ss.

[2513] ATF 74 I 50; cf. aussi ATF 66 I 72 c. 1; 60 I 230 c. 1; 48 I 106 c. 1; 33 I 70 c. 1. Plus tard, cf. la formule «*wenn sie* [la collectivité] *sich auf dem Boden des Privatrechts bewegt und durch den angefochtenen Entscheid wie eine Privatperson betroffen wird*» in ATF 95 I 49 c. 1; 120 Ia 95 c. 1a; reprise encore récemment in ATF 144 II 77 c. 5.5.

[2514] TF, 4A_596/2018, 7.52019 c. 1 [f], n.p. in ATF 145 III 241.

[2515] ATF 139 III 110 c. 2.2.2, qui cite aussi les art. 61 CO et 11 LRCF; *art. 55 CO*: CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 55 N 31; *art. 56 CO*: ATF 126 III 14 c. 1a; 115 II 237 c. 2c; *art. 58 CO*: CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 58 N 28 et N 31 ss pour le réseau routier; TERCIER, Délimitation, p. 718; *art. 679 CC*: ATF 143 III 242 c. 3.5 et 4.2 (responsabilité du Valais pour des terrains inondés par le Rhône).

son champ d'application aucune distinction, sur le point contesté, entre personnes de droit privé et personnes de droit public, par exemple lorsqu'une collectivité est soumise à des règles de police des constructions ou de protection de l'environnement en sa qualité de propriétaire ou qu'elle est débitrice de contributions au même titre qu'un particulier[2516]. À noter que, selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, l'atteinte n'a pas à être forcément de nature économique, la collectivité pouvant aussi être touchée dans sa situation juridique, notamment dans sa sphère privée[2517].

1068 Seconde sous-catégorie, apparue ultérieurement, la collectivité publique peut aussi recourir si elle est touchée par la décision entreprise *de façon similaire* ou *analogue («ähnlich»)* à un particulier. Le recours au procédé de l'analogie n'est jamais infaillible car «par définition, s'il y a analogie d'un point de vue, il y a différence par rapport à d'autres»[2518]. À nouveau, c'est à MOOR que l'on doit les réflexions les plus abouties sur la question: ce dernier propose d'admettre l'analogie lorsque le rapport juridique faisant l'objet du litige, quoique fondé sur des règles de droit public, présente une structure que l'on peut retrouver à l'identique dans des rapports de droit privé[2519]. Bien que critiquée par une partie de la doctrine, qui la juge trop imprécise, cette approche semble s'être imposée en pratique, ayant été reprise à plusieurs reprises dans des arrêts de principe du Tribunal fédéral, dont certains rendus encore récemment[2520].

1069 Une collectivité publique est ainsi touchée de façon analogue à un particulier lorsque le litige a trait à la rémunération de ses fonctionnaires, qu'elle est contrainte de réparer le dommage causé par ses agents dans leur activité (responsabilité de l'État) ou – mais l'analogie est ici plus discutable – lorsqu'elle s'oppose au versement d'une indemnité pour expropriation[2521]. En revanche, certains rapports juridiques de droit public ne trouvent pas d'équivalent en droit privé, comme l'obligation des cantons d'indemniser les victimes LAVI, fondée sur leur devoir d'assistance[2522], ou le prononcé d'un blâme, «mesure typique du droit disciplinaire de la fonction publique»[2523].

[2516] MOOR, Qualité pour agir, p. 117; cf. ég. ATF 135 II 156 c. 3.1; 132 I 140 c. 1.3.3; 147 II 227 c. 2.3.3; BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 42 s.; *contra*: PFLÜGER, N 307.

[2517] ATF 146 I 195 c. 1.2.1; 142 II 259 c. 4.2; 140 I 190 c. 1.2.1; 135 II 156 c. 3.1; 129 I 313 c. 4.1; 48 I 106 c. 1; Comm. LTF-DONZALLAZ, Art. 89 N 5; WIEDERKEHR, p. 73, 76, en référence aux *«Rechtsgüter»*; *conta*: PFLÜGER, N 273 ss (atteinte patrimoniale).

[2518] MOOR, Qualité pour agir, p. 118; PFLÜGER, N 585. En termes plus techniques, il est toujours possible de neutraliser un argument *per analogiam* par un argument *a contrario* (et inversement): cf. N 43 *supra* s'agissant de l'élément d'interprétation systématique.

[2519] MOOR, Qualité pour agir, p. 118.

[2520] Cf. les arrêts qui citent MOOR sur ce point précis: ATF 142 II 259 c. 4.4; 134 I 204 c. 2.3; TF, 2C_246/2009, 22.3.2010, c. 2.2.2 [f]; cf. aussi ATF 146 I 195 c. 1.2.1; 145 I 239 c. 5.1 et 5.3.2; 138 II 506 c. 2.3; 135 II 156 c. 3.1. En doctrine, cf. Comm. LTF-DONZALLAZ, Art. 89 N 52; BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 42a; WIEDERKEHR, p. 75; *contra*: PFLÜGER, N 307 et 585; cf. aussi la note de POLTIER in RDAF 2013 I 431.

[2521] ATF 138 II 506 c. 2.1.2 et les arrêts cités; cf. ég. ATF 141 II 161 c. 2.3.

3. L'État titulaire de droits fondamentaux

Incidemment, la reconnaissance de la qualité pour recourir au Tribunal fédéral des collectivités publiques touchées de façon identique ou analogue à un particulier aura permis de nourrir la réflexion sur la faculté, pour ces mêmes collectivités – et, plus largement, pour l'État et les personnes de droit public –, d'être titulaires de droits fondamentaux[2524]. Même s'il s'agit ici d'une question de droit matériel qui ne concerne pas la qualité pour agir à proprement parler[2525], il convient néanmoins d'en dire quelques mots car, si la collectivité recourante est titulaire de droits fondamentaux, alors elle disposera généralement de la qualité pour recourir contre une décision y portant atteinte. 1070

Les droits fondamentaux sont conçus pour être dirigés contre l'État[2526]. Certains en tirent argument pour affirmer que l'État ne peut être à la fois le destinataire et le titulaire des droits fondamentaux – ou leur débiteur et leur créancier, soit un cas de confusion qui, comme en droit privé (cf. art. 118 CO), entraînerait l'extinction de l'obligation[2527]. Un tel effet miroir est toutefois relativisé par la doctrine récente: l'obligation générale faite à l'État de respecter les droits fondamentaux (cf. art. 35 al. 2 Cst.) ne signifie pas que ce dernier serait privé de la titularité de ces droits en toutes circonstances; un examen séparé doit bien plutôt être effectué pour chaque relation juridique et chaque droit fondamental en cause[2528]. 1071

Dans ce cadre, la jurisprudence et une majorité de la doctrine s'inspirent du critère, développé au sujet de la qualité pour recourir au Tribunal fédéral, de la collectivité ou de la personne morale de droit public *touchée comme un particulier* par l'acte attaqué[2529]. Lorsque tel est le cas, on admet que l'intéressée peut bénéficier de la protection de (certains) droits fondamentaux, à la manière d'une personne privée. En revanche, lorsque la collectivité ou la personne publique est touchée dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, elle ne peut pas être simultanément titulaire de droits 1072

[2522] ATF 123 II 425 c. 4c; cpr. MOOR, Qualité pour agir, p. 120 s., qui envisage l'analogie avec le droit privé sous la forme d'une responsabilité patrimoniale de l'État pour défaillance de l'auteur de l'infraction; cf. aussi PFLÜGER, N 586: omission de protéger de la victime.

[2523] ATF 142 II 259 c. 4.4. On notera cependant que les membres de professions soumises à autorisation de police (par ex. les avocats) peuvent aussi faire l'objet de blâmes. Cf. ég. ATF 145 I 239 c. 5.3.2: le canton ne peut former de recours constitutionnel subsidiaire s'agissant de l'échelle des traitements des fonctionnaires. L'arrêt semble généraliser cette approche à l'ensemble du droit de la fonction publique (c. 5.3.3) (pour une critique justifiée, cf. la note de FRATTOLILLO ANDREA in RDAF 2020 I 230, p. 232).

[2524] BALDEGGER, p. 119 s.

[2525] Cf. ATF 134 IV 36 c. 1.4.3 s., qui distingue bien ces deux aspects en matière pénale.

[2526] Voir, parmi beaucoup d'autres, MALINVERNI et al., Vol. II, N 7; cf. déjà ATF 66 I 72 c. 1.

[2527] Cf. BIAGGINI, Öffentliche Unternehmen, p. 626.

[2528] CR Cst.-MARTENET, Art. 35 N 41 s.; BALDEGGER, p. 143 ss; BIAGGINI, Öffentliche Unternehmen, p. 626 et 636 s.; *contra*: MALINVERNI et al., Vol. II, N 16 et 118: pas les libertés.

[2529] ATF 144 II 77 c. 5.5; DUBEY, N 274; CR Cst.-MARTENET, Art. 35 N 42; SEILER, p. 750 ss; MUSKENS, Statut, N 300; *contra*: BALDEGGER, p. 145 ss, qui rejette cette assimilation.

fondamentaux, à tout le moins par rapport à cet aspect-là de la relation. La question déterminante consiste à se demander si une collectivité publique se trouve, à l'instar d'un particulier, dans une *« grundrechtstypische Gefährdungslage »*[2530].

1073 Le principal droit fondamental entrant en ligne de compte ici est la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), mais une atteinte comme un particulier peut aussi s'envisager par rapport à l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.), la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.), la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.), la liberté de la science (art. 20 Cst.), la liberté de l'art (art. 21 Cst.), la liberté économique (art. 27 Cst.) et certaines garanties de procédure (art. 29 à 30 Cst.). Ces points sont toutefois souvent controversés[2531]. L'analyse devra tenir compte tant du champ d'application matériel du droit fondamental en question que du type d'acteur étatique se réclamant de sa protection, la pratique ayant tendance à se montrer plus sévère à l'égard des collectivités publiques (Confédération, cantons et communes) que des personnes morales de droit public ou que des personnes morales de droit privé, mais chargées de l'exécution de tâches publiques. Ainsi, le ministère public a été admis à se prévaloir de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans le cadre du recours en matière pénale, ce qui est critiqué en doctrine, ce droit fondamental n'étant pas destiné à le protéger face à l'État[2532].

1074 À noter que ce qui vaut en droit interne ne se laisse pas transposer à la CEDH : il résulte de l'art. 34 CEDH lu *a contrario* que les organisations gouvernementales ne peuvent pas déposer de requête individuelle auprès de la CourEDH, cela afin d'éviter qu'un même État cumule les positions de requérant et de défendeur, étant rappelé que le système voulu par la CEDH concerne uniquement la responsabilité internationale des États parties, sans égard à l'autorité nationale à qui la violation est imputable selon leur droit interne[2533].

4. La protection de la personnalité (art. 28 CC) des personnes morales de droit public

1075 Hormis la qualité pour recourir au Tribunal fédéral des collectivités publiques et la titularité des droits fondamentaux, la situation dans laquelle l'État est touché comme un privé se rencontre également en droit privé, tout particulièrement en matière de protection de la personnalité (art. 28 ss CC). Les droits de la personnalité se rapportent à des *biens* de la personnalité qui sont protégés par le droit civil, dont nous avons déjà souligné les similitudes avec les *biens juridiques* individuels protégés par le droit pénal[2534]. Les biens de la personnalité protégés par le droit civil appartiennent, comme

[2530] TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Öffentliches Recht, 2e éd., Zurich/Saint-Gall 2019, N 154 et 151.
[2531] Pour une analyse globale, cf. BALDEGGER, p. 227 ss.
[2532] CR Cst.-MARTENET, Art. 35 N 42, en référence à l'ATF 134 IV 36, c. 1.4.1 et 1.4.4 ; cf. aussi DONZALLAZ, Art. 81 N 2561 ; cpr. ATF 48 I 106 (ancien recours de droit public).
[2533] Sur l'ensemble de la question, cf. MARQUIS, N 456 ss.
[2534] Cf. N 497 s. *supra*.

leur nom l'indique, à toute personne, qu'il s'agisse d'une personne physique, bien sûr, mais aussi d'une personne morale, dans les limites de l'art. 53 CC[2535]. Par conséquent, les droits (et les actions) prévus aux art. 28 ss CC peuvent être exercés par toute personne qui est titulaire des biens de la personnalité auxquels ils se rattachent[2536].

Les personnes morales de *droit privé* sont titulaires de tous les biens de la personnalité qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme (art. 53 CC). Elles peuvent se prévaloir de la protection du nom, de l'honneur et de la considération sociale, de la sphère privée et secrète ainsi que de la personnalité économique, mais pas du droit à l'intégrité physique ou psychique, de la liberté sexuelle ou de mouvement, ni des droits de la personnalité affective[2537]. 1076

Les art. 28 ss CC ne trouvent à s'appliquer que dans les relations entre personnes soumises au droit privé. Il est exclu qu'une personne atteinte dans sa personnalité puisse s'en prévaloir contre un sujet de droit public, comme une collectivité publique ou un agent étatique[2538]. Cette relation est exclusivement régie par le droit public applicable, en particulier les règles sur la responsabilité de l'État. En revanche, dès lors que l'auteur de l'atteinte est lui-même soumis au droit privé, les moyens tirés des art. 28 ss CC peuvent être invoqués par toute personne touchée dans sa personnalité, y compris par les personnes morales *de droit public*[2539]. Il est en effet admis que celles-ci sont titulaires des droits de la personnalité de la même manière que les personnes morales de droit privé[2540]; l'art. 53 CC leur est directement applicable[2541]. Les personnes morales de droit public, dont les collectivités publiques, peuvent ainsi exercer les actions défensives en cas d'atteinte à leur personnalité, notamment leur honneur et leur considération sociale[2542]. Elles peuvent également agir en protection de leur nom[2543] ou de leur blason[2544] et se prévaloir du droit de réponse[2545]. 1077

[2535] MEIER, N 561.
[2536] CR CC I-JEANDIN, Art. 28 N 14 s.
[2537] MEIER, N 1008; CR CC I-JEANDIN, Art. 28 N 20; CR CC I-XOUDIS, Art. 53 N 9; WEBER, p. 133; BK ZGB-RIEMER, Art. 53 N 14 et 60, tous avec des exemples.
[2538] TERCIER, Droit de la personnalité, N 304 et 308; FF 1982 II 661, p. 682.
[2539] TERCIER, Droit de la personnalité, N 307; FF 1982 II 661, p. 680. Le critère décisif semble donc être celui des *sujets*, plus particulièrement de l'*auteur de l'atteinte*.
[2540] TF, 5A_758/2020, 3.8.2021, c. 2.3.2 [d] et les nombreuses références citées; cf. en outre MEIER, N 736 nbp 1782; BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil Art. 52-59 N 126; plus nuancé: BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 33; *contra* (pour les collectivités publiques): SAXER, p. 675.
[2541] ATF 72 II 145 c. 1: *«Das Recht der Persönlichkeit des öffentlichen Rechts schliesst die Privatrechtspersönlichkeit in sich»*. Cf. aussi WEBER, p. 230.
[2542] Récemment: TF, 5A_758/2020, 3.8.2021, c. 2.3.2 [d] (commune de Rapperswil-Jona); cf. aussi TF, 5A_641/2011, 23.2.2012, c. 7 [f] (établissement médical de droit public).
[2543] ATF 128 III 401 c. 5 (commune de Lucerne); 112 II 369 c. 5 (canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures); 72 II 145 c. 1 (commune de Surava); voir aussi BSK ZGB I-BÜHLER, Art. 29 N 6, en matière de noms de domaine.
[2544] Cf. déjà ZBl 47 (1948) p. 413; cf. désormais art. 56 al. 1 let. c et d LPM et 22 LPAP.
[2545] ATF 112 Ia 398 c. 4b et d. Pour des développements, cf. CONSTANTIN, Le droit de réponse en ligne, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2019, N 620 ss.

1078 Dès lors que la qualité pour agir est reconnue aux collectivités publiques, et donc aux communes, aux cantons et à la Confédération, la doctrine estime qu'il doit en aller de même des *États étrangers*[2546]. L'*Obergericht* zurichois en a toutefois décidé autrement, dans une affaire qui concernait la République du Transkei (ancienne région autonome d'Afrique du Sud durant l'apartheid)[2547].

1079 Les personnes morales de droit public peuvent donc se prévaloir de la protection de la personnalité, au prix d'une double assimilation[2548]: une assimilation aux personnes morales de droit privé, d'abord, lesquelles sont elles-mêmes assimilées aux personnes physiques, ensuite. Se pose toutefois la question de savoir si cette assimilation connaît des limites, tirées du fait que les entités concernées jouissent de prérogatives de puissance publique. Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral avait semblé exclure l'application des art. 28 ss CC lorsque la collectivité en cause se fondait sur son droit de souveraineté *(«auf ihr Hoheitsrecht stützte»)*, ce qui n'était toutefois pas le cas en l'espèce, dès lors que la commune recourante réclamait la protection de son nom comme toute personne physique, sans se prévaloir d'un quelconque privilège lié à sa qualité de collectivité publique[2549]. Récemment, notre Haute Cour a retenu qu'une commune jouissait du droit à l'honneur et à la considération sociale même dans l'accomplissement de tâches publiques: elle pouvait être touchée dans son honneur par une campagne médiatique qui la dénigrait dans sa capacité à administrer de façon responsable et fonctionnelle une autorité de protection de l'adulte et de l'enfant[2550].

1080 Il faut en conclure qu'une commune jouit aussi du droit d'être une «commune honorable», ce qui nous paraît aller très loin dans l'assimilation aux personnes privées, démarche qui était d'autant moins nécessaire qu'en l'espèce, le président de l'autorité de protection avait également agi en justice en son nom propre[2551]. Force est toutefois de constater une tendance du droit privé à reconnaître toujours plus largement des droits de la personnalité aux personnes morales de droit public. Cette tendance se retrouve également dans la jurisprudence de la CourEDH[2552].

[2546] TERCIER, Droit de la personnalité, N 529; BARRELET/WERLY, N 1611; MEIER, N 736 nbp 1782; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 549b; BUCHER ANDREAS, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e éd., Bâle 2009, N 549.

[2547] OGer ZH, 12.5.1989, RSJ 1989 p. 359, c. II.

[2548] Cf. aussi les expressions *«mit Privaten gleichgestelltes Rechtssubjekt»* (WEBER, p. 228) et *«gleichberechtigte Person gegenüber dem Privaten»* (ATF 72 II 145 c. 1).

[2549] ATF 72 II 145 c. 1.

[2550] TF, 5A_758/2020, 3.8.2021, c. 2.3.2 [d].

[2551] Cf. dans ce sens SAXER, p. 677, pour les *«leitende Administrativfunktionen»*; cf. aussi la doctrine qui retient une protection de la personnalité des personnes publiques seulement pour les actes *de iure gestionis* et non *de iure imperii*: WEBER, p. 228; BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil Art. 52-59 N 126; cf. ég. TERCIER, Droits de la personnalité, N 528.

[2552] Cf. CourEDH, OOO Memo c. Russie, no 2840/10, 15.3.2022, § 41 ss, s'agissant de la diffamation civile, par la société requérante, de l'exécutif de la région du Volgograd, entité de droit public.

C. Transposition en procédure pénale?

1. En général

La question qui se pose désormais est celle de savoir si cette notion d'État touché comme un privé, qui traverse, nous l'avons vu, plusieurs domaines du droit, peut être transposée en procédure pénale, notamment dans la définition de la qualité de lésé de l'État au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. 1081

Tout d'abord, les similitudes dans les formules utilisées par la jurisprudence sont frappantes: alors que l'État se voit reconnaître la qualité pour recourir au Tribunal fédéral lorsqu'il est «touché comme un particulier» ou *«wie ein Privater […] betroffen»*, il se voit reconnaître la qualité de lésé en procédure pénale lorsqu'il est «atteint […] comme un privé» ou *«wie ein Privater verletzt worden»*[2553]. Bien sûr, la source de l'atteinte n'est pas la même dans les deux cas: une décision sujette à recours dans le premier, une infraction pénale dans le second. Loin d'être insurmontable, cette difficulté suppose seulement d'adapter la situation aux particularités du droit pénal. Le bien juridique protégé par l'infraction doit être ici le critère central. 1082

Ensuite, la reprise de la condition de l'État touché comme un particulier dans l'analyse de la titularité des droits fondamentaux par les entités publiques permet de faire le lien avec les biens juridiques. Même si, dans la conception systématique défendue ici, les biens juridiques sont d'abord issus du droit pénal positif et n'ont pas d'ancrage constitutionnel direct[2554], ils expriment bien souvent des valeurs essentielles qui se retrouvent aussi dans le catalogue des droits fondamentaux. En protégeant certaines atteintes causées à des biens juridiques, le droit pénal participe ainsi à la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre les particuliers, mais aussi entre les particuliers et l'État lorsque ce dernier agit comme un particulier[2555]. Il s'agit d'un motif supplémentaire de retenir que si l'État peut, à certaines conditions, être lui-même titulaire de droits fondamentaux, alors il doit pouvoir, aux mêmes conditions ou à des conditions similaires, être titulaire de biens juridiques. Pour reprendre l'expression citée ci-dessus, on passerait d'une «grundrechts*-typische Gefährdungslage*» à une «rechtsguts-*typische Gefährdungslage*». 1083

Enfin, le raisonnement similaire qu'on retrouve s'agissant de la protection de la personnalité (art. 28 CC) des personnes morales de droit public doit aussi guider l'interprétation de la qualité de lésé de l'État, ne serait-ce que parce que les biens de la personnalité protégés par le droit privé sont pour la plupart également protégés par le droit pénal, certes à des conditions différentes. Admettre qu'une personne de droit public puisse être titulaire de droits de la personnalité doit permettre de dire qu'elle peut aussi être titulaire de biens juridiques protégés par des infractions pénales et donc qu'elle peut prétendre à la qualité de lésé (art. 115 al. 1 CPP). Ce rapport aux droits 1084

[2553] Cpr. ATF 147 II 227 c. 2.3.2; 140 I 90 c. 1.2.1 avec TF, 1B_669/2021, 8.3.2022, c. 3.1 [f]; 6B_267/2020, 27.4.2021, c. 2.1.2 [d].

[2554] Cf. N 463 *supra*, sur le rattachement des biens juridiques au droit pénal positif.

[2555] Dans le même sens, cf. SEILER, p. 747 s.

de la personnalité doit également ouvrir la voie à une qualité de partie plaignante sur le plan pénal (art. 119 al. 2 let. a CPP), dont nous avons vu qu'elle était fondée sur une prétention tirée des droits de la personnalité du lésé[2556].

1085 Reste désormais à voir comment cette qualité de lésé de l'État en procédure pénale peut et doit se concevoir de manière à respecter les principes de l'art. 115 al. 1 CPP. Nous ne pourrons ici qu'esquisser les grandes lignes d'une telle construction, en l'illustrant avec quelques exemples, et laissons à d'autres le soin de mener une réflexion plus approfondie sur la question. Nous proposons de reprendre la distinction développée par MOOR en lien avec la qualité pour recourir au Tribunal fédéral, entre l'État touché de façon identique *(« gleich »)* et l'État touché de façon similaire *(« ähnlich »)* à un privé, qui nous paraît éclairante au moment d'examiner la manière dont l'État peut être lésé par une infraction pénale.

2. L'État touché de façon identique (« gleich ») à un privé

1086 La première situation, la plus fréquente en pratique, est celle dans laquelle l'État est touché par une infraction de façon identique *(« gleich »)* à un privé. Il faut dans ce cas que l'infraction entrant en ligne de compte ne fasse dans son champ d'application aucune distinction entre personnes de droit privé et personnes de droit public. L'État est touché de façon identique à un particulier lorsque l'infraction – de droit commun – est formulée de manière neutre et protège un *bien juridique individuel* dont il est titulaire comme tout un chacun. En tant que personne morale (de droit public), l'État ne peut évidemment être titulaire que des biens juridiques qui ne sont pas indissociables des qualités humaines. En outre, il faut retenir que l'État n'est pas (ou plus) touché de façon identique à un particulier lorsqu'il existe une infraction dédiée, qui vise spécifiquement sa situation, ses biens, sa sûreté, son honneur, etc., et qui l'emporte sur l'infraction de droit commun pouvant entrer en ligne de compte. Dans ce cas, l'éventuelle qualité de lésé de l'État dépend de savoir s'il est touché de façon similaire *(« ähnlich »)* à un privé, ce qui sera examiné ci-après.

a. Infractions contre le patrimoine

1087 Comme premier cas d'application, on pense ici naturellement aux infractions contre le *patrimoine* (art. 137 ss CP)[2557], bien juridique dont l'État, en tant qu'entité dotée de la personnalité morale, peut être titulaire au même titre que les particuliers. Cela vaut en particulier pour le *patrimoine financier*, soit les biens qui ne servent qu'indirectement – en raison de leur valeur d'échange – à l'exécution de tâches publiques (parc immobilier, participations, etc.) et dont la gestion est entièrement soumise au droit privé[2558]. Si la Confédération est victime d'un piratage informatique et verse une rançon aux hackeurs pour qu'ils ne publient pas les données subtilisées sur le

[2556] Cf. N 742 ss *supra*, sur le fondement de la qualité pour agir au pénal du lésé.

[2557] Cf. BRANDENBERGER, p. 228 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 39, qui n'examinent d'ailleurs que le cas des atteintes patrimoniales.

[2558] TF, 1C_379/2014, 29.1.2015, c. 5.3 [f], in SJ 2015 I 322 ; MOOR, Biens de l'Etat, p. 10, 29 s. ; TANQUEREL THIERRY, Patrimoine financier et droits fondamentaux, in François Bellanger/

darkweb, elle est lésée par une extorsion (art. 156 ch. 1 ou 4 CP) comme tout autre particulier. La jurisprudence contient de nombreux exemples d'escroquerie (art. 146 CP) et de faux dans les titres (art. 251 CP) commis au préjudice d'entités étatiques[2559]. Mais une infraction contre le patrimoine peut aussi porter sur le *patrimoine administratif*, soit les biens servant directement à l'accomplissement d'une tâche publique (dommages à la propriété [art. 144 CP] causés à une école; vol [art. 139 CP] de matériel informatique, etc.). On peut même envisager le cas d'une infraction contre le *domaine public*, qu'il soit naturel (incendie d'un parc communal [art. 221 CP])[2560] ou artificiel (démolition de la chaussée au marteau-piqueur [art. 144 CP])[2561]. En qualité de créancier, l'État peut également être lésé par une infraction dans la poursuite pour dettes et la faillite (art. 163 ss CP)[2562].

Les tribunaux genevois ont également tenu un raisonnement similaire pour reconnaître à des États étrangers la qualité de lésés par rapport à des infractions contre le patrimoine, notamment de vol (art. 139 CP) et de recel (art. 160 CP), portant sur des *biens culturels* ayant fait l'objet de fouilles illicites dans leur pays de provenance[2563]. 1088

En revanche, les infractions contre le patrimoine ne peuvent pas porter sur des choses sans maître, comme des animaux sauvages, même si elles sont soumises à la haute police de l'État en vertu de l'art. 664 al. 1 CC[2564]. Les dispositions pénales spéciales de la loi sur la pêche (art. 16 ss LFSP) ou sur la chasse (art. 17 ss LChP) trouveront à s'appliquer ici[2565]. De même, certains biens appartenant au domaine public sont spécialement protégés contre des atteintes particulières par des infractions de droit pénal accessoire (défrichage de forêts [art. 42 LFo]; pollution de cours d'eau [art. 70 LEaux]). Dans tous ces cas de figure, l'État n'est pas touché de façon identique à un particulier. 1089

b. Infractions contre la liberté

Hormis le patrimoine, on peut également penser à certaines infractions contre la liberté, notamment la *violation de domicile* (art. 186 CP), qui protège également la liberté des personnes morales de droit public de régner sur des lieux déterminés *(Haus-* 1090

Thierry Tanquerel (éds), La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, Genève/Zurich/Bâle 2020, 81 ss, p. 82 s.

2559 Cf. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Fiskus, p. 247 ss, avec des distinctions pour les infractions prévues par la DPA et les lois fiscales.

2560 Cpr. ATF 104 II 95 c. 2a et 2b, pour l'incendie d'une forêt.

2561 Cf. la plainte pénale déposée, puis retirée par le Conseil administratif de la ville de Genève à la suite d'une action climatique le 22 juin 2022 aux Pâquis à Genève. Cf. aussi BRANDENGERGER, Staat, p. 228; *contra*: BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 39. Cpr. MOOR, Qualité pour agir, p. 117.

2562 Cpr. ATF 143 III 395 c. 3: Confédération demanderesse à l'action révocatoire (art. 285 LP). Sur la qualité de lésé pour les art. 163 ss CP: ATF 148 IV 170 c. 3.4.1 s.

2563 CJ GE, ACPR/857/2021, 9.12.2021, c. 2.3 (art. 115 CPP), puis ACPR/215/2023, 22.3.2023, c. 6 (art. 70 al. 1 *in fine* CP), pour la restitution d'une stèle à la Syrie; ACPR/252/2016, 2.5.2016, c. 10.4, s'agissant de la restitution d'un sarcophage à la Turquie.

2564 Cpr. ATF 132 IV 5 c. 3.3 pour les *res extra commercium* (en l'occurrence des stupéfiants).

2565 BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 137 N 43.

recht) en vertu d'un rapport de droit public, même lorsqu'il s'agit de locaux publics[2566]. La jurisprudence a ainsi admis qu'un État étranger pouvait porter plainte pénale pour violation de domicile lorsque des individus pénétraient dans l'enceinte de son ambassade à Berne pour y protester contre les résultats de l'élection présidentielle[2567]. En revanche, la contrainte (art. 181 CP) n'entre pas en ligne de compte ici, puisqu'elle est en principe absorbée par l'art. 285 CP (violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires) ; tout au plus peut-on envisager que, lorsqu'une personne morale de droit public agit sur le terrain du droit privé, elle est susceptible d'être lésée par l'art. 181 CP, dès lors qu'elle forme et exprime sa volonté par ses organes, de la même manière qu'une personne morale de droit privé[2568].

c. Infractions contre l'honneur

1091 Pour les délits contre *l'honneur* (art. 173 ss CP), il est très majoritairement admis que les personnes morales de droit public et les autorités ne jouissent pas du droit à l'honneur au sens de ces dispositions[2569]. Le droit pénal (suisse)[2570] s'éloigne sur ce point du droit civil, dont nous venons de voir qu'il admettait que les collectivités publiques puissent être titulaires du droit à la protection de leur honneur au sens des art. 28 ss CC. La raison de ce décalage est ancienne : en 1943 déjà, le Tribunal fédéral, au terme d'une interprétation littérale, systématique et historique convaincante des art. 173 ss CP, retenait que ces dispositions ne protégeaient pas l'honneur des autorités *(Behörden)*, mais tout au plus celui des membres de celles-ci, s'ils étaient touchés dans leur honneur personnel[2571]. Deux ans plus tard, en 1945, il confirmait que l'absence de référence aux collectivités publiques dans les art. 173 ss CP relevait du silence qualifié[2572]. En 1949, le Parlement refusait d'introduire un nouvel art. 177*bis* CP, qui aurait octroyé un droit de plainte aux autorités, en raison des très vives critiques émises par la presse, laquelle craignait un retour du crime de lèse-majesté ; malgré certaines déclarations en ce sens lors des débats, aucune proposition similaire n'a vu le jour par la suite[2573].

[2566] BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 186 N 5, 18 s., 30 s., 41 ; cf. aussi ATF 118 IV 167 c. 1c.

[2567] TF, 6B_1056/2013, 20.8.2014, c. 1.1 ss [f] in SJ 2015 I 365, qui admet la qualité pour porter plainte du chargé d'affaires *ad interim* auprès de l'ambassade, en référence à la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (CVRD ; RS 0.191.01) et à RIEDO, Strafantrag, p. 349.

[2568] ATF 124 III 418 c. 1a et 1b. Cf. aussi BSK StGB-HEIMGARTNER, Vor Art. 285 N 7 ; cf. ATF 141 IV 1 c. 3.3, pour la qualité de lésé des personnes morales de droit privé.

[2569] ATF 124 IV 262 c. 2a ; 96 IV 148 ; 71 IV 102 c. 3 ; 69 IV 81 c. 2 ; TF, 6B_1020/2018, 1.7.2019, c. 5.1.1 [f] ; 6S.504/2005, 28.2.2006, c. 1.1 [f] ; cf. aussi ATF 114 IV 14 c. 2a (moins clair) ; PK StGB-TRECHSEL/LEHMKUHL, Vor Art. 173 N 16 ; BSK StGB-RIKLIN, Vor Art. 173 N 54 ; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, Intro aux art. 173-178 N 52.

[2570] Pour la situation chez nos voisins, notamment en *France*, lire surtout BEAUD, République injuriée, p. 24 ss (droit comparé) et p. 598 ss (droit français actuel).

[2571] ATF 69 IV 81 c. 2, en référence notamment au Message CP 1918, p. 43.

[2572] ATF 71 IV 102 c. 3.

[2573] Cf. Message CP 1949, p. 1254 s. ; BO CE 1949 p. 613 s. ; BO CN 1950 p. 203 s. ; cf. aussi ATF 96 IV 148, qui cite la doctrine de l'époque qui était en faveur de la solution retenue.

Aujourd'hui, plus de 80 ans plus tard, cette jurisprudence conserve encore toute sa pertinence: l'État n'a pas besoin d'être protégé dans son honneur, encore moins pénalement, et doit souffrir la critique excessive et même blessante de ses activités ou de sa personne, sauf si elle déborde sur l'honneur individuel de ses agents, auquel cas ceux-ci pourront agir à titre personnel[2574]. Reconnaître la qualité de lésé à l'État comporterait le risque que les tribunaux examinent, sous couvert d'une accusation d'atteinte à l'honneur, le bien-fondé des politiques publiques menées par l'exécutif, ce qui paraît délicat sous l'angle de la séparation des pouvoirs. Enfin, les collectivités publiques et les autorités n'étant pas responsables pénalement (cf. art. 102 al. 4 let. b CP), on peut se demander si les accuser d'un comportement constitutif d'une infraction pénale peut véritablement porter atteinte à leur honneur. À noter que lorsque c'est l'honneur d'un État étranger qui est en cause, la situation doit s'examiner à l'aune de l'art. 296 CP (outrage), infraction spécifique qui exclut que l'État puisse être touché de façon identique à un particulier; cette situation sera examinée ci-dessous. 1092

d. Infractions contre le domaine secret et privé

Pour les infractions contre le *domaine secret et privé* (art. 179 ss CP), la situation est plus floue: un arrêt ancien du Tribunal fédéral s'était abstenu de trancher la question de savoir si les personnes morales de droit public – en l'occurrence une commune ecclésiastique – pouvaient se prévaloir de la protection offerte par ces dispositions[2575]. Dans une affaire de demande d'accès à des documents officiels, la Haute Cour n'a pas non plus tranché le point de savoir si une entreprise publique pouvait se prévaloir de la protection de sa sphère privée (art. 13 Cst.), mais a émis de sérieux doutes sur l'existence d'une atteinte similaire à celle d'un particulier, s'agissant de données qui se rattachaient à l'exécution de tâches publiques[2576]. 1093

Nous avons aussi vu que, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral avait opéré un revirement de jurisprudence à propos des art. 179bis et 179ter CP, retenant désormais que ces dispositions protègent le droit de tout individu de s'exprimer en toute liberté, sans craindre que ses propos ne soient enregistrés à son insu, peu importe le contenu de la conversation ou la qualité en laquelle ses participants s'expriment. Dès lors que ce changement de jurisprudence restreint selon nous la titularité du bien juridique protégé aux seules personnes physiques prenant part à la conversation, à l'exclusion des personnes morales dont elles sont les organes, il doit en aller à plus forte raison des entités publiques[2577]. L'affaire qui a donné lieu au changement de jurisprudence concernait d'ailleurs un policier dont la conversation téléphonique avait été enregistrée à son insu, qui avait porté plainte en son nom propre, et non au nom du corps de police dont il relevait ou du canton concerné[2578]. 1094

[2574] Cf. TF, 6B_698/2012, 28.1.2013, c. 3.1.3 [f]: directeur du Service cantonal de l'agriculture.
[2575] ATF 111 IV 63 c. 2. En faveur d'une telle protection: WEBER, p. 134, 231; plus nuancé: BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil Art. 52-59 N 129.
[2576] ATF 144 II 77 c. 5.5 et 5.6; cf. aussi SGK BV-SCHWEIZER/STRIEGEL, Art. 13 N 83 s.
[2577] Cf. N 859 *supra*, en référence à l'ATF 146 IV 126.
[2578] ATF 146 IV 126 let. B; cf. déjà ATF 108 IV 161, let. A.

3. L'État touché de façon similaire («ähnlich») à un privé

1095 La seconde situation, moins fréquente que la première, est celle dans laquelle l'État est touché par l'infraction de façon similaire *(«ähnlich»)* à un privé. Toujours en s'inspirant ce qui prévaut pour la qualité pour recourir des collectivités publiques au Tribunal fédéral, il faut que l'infraction en cause, quoique protégeant un bien juridique dont seul l'État est titulaire, présente une structure que l'on peut retrouver à l'identique dans des infractions protégeant des biens juridiques individuels. Cette situation vise à déterminer si une infraction qui protège un bien juridique étatique, appartenant par définition à l'État, permet néanmoins d'admettre la qualité de lésé de ce dernier. Une telle approche s'avère selon nous conforme au *sens littéral possible* de l'art. 115 al. 1 CPP, puisque ce sont bien les propres «droits» de l'État qui sont ici touchés, et que certaines infractions peuvent l'atteindre personnellement au point de justifier l'analogie avec la situation des particuliers victimes d'infractions.

1096 Dans la plupart des cas, les infractions protégeant des biens juridiques étatiques n'auront pas «d'équivalent» pour les relations entre personnes privées, car elles visent précisément à protéger l'autorité ou la puissance publique. Tel est par exemple le cas de *l'abus d'autorité* (art. 312 CP), qui protège d'abord l'intérêt de l'État à pouvoir compter sur des fonctionnaires fiables faisant un usage raisonné du pouvoir de puissance publique qui leur a été conféré[2579]. Cet objectif ne se retrouve pas dans une autre norme destinée à protéger des intérêts privés car, par nature, les relations entre privés sont marquées par l'absence de puissance publique et de rapport de subordination. Mais d'autres infractions peuvent entrer en ligne de compte.

a. Gestion déloyale des intérêts publics et abus de confiance qualifié

1097 Ainsi, l'infraction de *gestion déloyale des intérêts publics* (art. 314 CP) présente de nombreuses similitudes avec celle de gestion déloyale (art. 158 CP), dont elle constitue du reste le *«Gegenstück»*[2580]. L'auteur, qui ne peut être qu'un fonctionnaire ou un membre d'une autorité (délit propre pur), doit avoir, par un acte juridique passé en tant que représentant de la collectivité, principalement dans des affaires de droit privé[2581], lésé les intérêts publics dont il avait la charge. Même si cette lésion peut aussi, selon une jurisprudence critiquée[2582], être de nature idéale, elle sera en pratique essentiellement d'ordre patrimonial, ce qui ressort déjà du terme *«schädigen»* de la version allemande, de sorte que le résultat de l'infraction consistera en un dommage causé à la collectivité[2583]. Il en résulte que le bien juridique protégé par l'art. 314 CP est avant

[2579] Cf. N 995 *supra*, aussi sur la protection accessoire de biens juridiques individuels.

[2580] BSK StGB-NIGGLI, Art. 314 N 6; cf. ég. ATF 118 IV 244 c. 2a: l'art. 158 CP peut aussi s'appliquer à un membre d'une autorité ou à un fonctionnaire chargé de gérer des fonds publics, l'art. 314 CP constituant toutefois une *lex specialis*.

[2581] Ce qui comprend les marchés publics et les contrats de droit public, à l'exclusion toutefois des actes de puissance publique: cf. CANDRIAN, Adamov, p. 426; ATF 101 IV 407 c. 3.

[2582] ATF 101 IV 407 c. 2; 114 IV 133 c. 1b; 117 IV 286 c. 4c; TF, 6B_128/2014, 23.9.2014, c. 5.3.1 et 5.3.3; pour les critiques: CR CP II-CALDERARI, Art. 314 N 23; PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 314 N 3.

tout le patrimoine étatique[2584], bien juridique dont l'État est titulaire. L'État étant dans ce cas touché de façon similaire à un particulier qui serait lésé par des actes de gestion déloyale, il doit se voir reconnaître la qualité de lésé, au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, s'agissant de l'art. 314 CP[2585].

Ces réflexions valent *mutatis mutandis* pour l'infraction *d'abus de confiance qualifié* (art. 138 ch. 2 CP), notamment dans les cas où l'auteur est membre d'une autorité ou un fonctionnaire (1ère et 2ème hypothèse). L'autorité étatique dont relève l'auteur se trouve en effet dans une situation similaire, par rapport à la lésion de son patrimoine (étatique), à un particulier dont le patrimoine (privé) aurait été lésé par un acte d'abus de confiance «ordinaire» au sens de l'art. 138 al. 1 ou 2 CP[2586]. À noter que l'art. 138 ch. 2 CP peut d'ailleurs entrer en concours réel avec l'art. 314 CP[2587]. 1098

b. Corruption d'agents publics

Autre groupe d'infractions pouvant entrer en ligne de compte, celles de *corruption d'agents publics*, que ces derniers soient suisses ou étrangers (art. 322ter ss CP). Le bien juridique protégé par ces infractions fait depuis longtemps l'objet d'intenses discussions, mais nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence s'accordaient à tout le moins sur l'objectivité et l'impartialité du processus décisionnel étatique[2588]. La question qui se pose dans ce cadre est de savoir si, en plus de ce bien juridique, ces infractions protègent également le *patrimoine*, en particulier celui de la collectivité publique dont l'agent corrompu dépend. Dans l'arrêt *République fédérative du Brésil*, le Tribunal fédéral a retenu que tel était bien le cas, l'État brésilien ayant subi un dommage du fait que ses agents avaient détourné des rentrées fiscales devant lui revenir; notre Haute Cour ajoutait que, de manière générale, la corruption d'agents publics pervertissait le processus de décision au sein de l'administration, desservait l'intérêt public et affaiblissait l'État[2589]. 1099

Cet arrêt a permis à plusieurs États étrangers ou sociétés étatiques de se constituer parties plaignantes dans des affaires de corruption, voire de blanchiment d'argent du pro- 1100

[2583] Ce que le TF reconnaît d'ailleurs lui-même: ATF 101 IV 407 c. 3a; 117 IV 286 c. 4b; cf. aussi les nombreux actes listés in TF, 6B_398/2022, 22.3.2023, c. 4-8 [f]; BSK StGB-NIGGLI, Art. 314 N 26; CANDRIAN, Adamov, p. 426 s.

[2584] BSK StGB-NIGGLI, Art. 314 N 7; cf. aussi TF, 1C_66/2020, 23.11.2020, c. 1.2.2 [d]; 6B_1318/2017, 9.2.2018, c. 7.2.4 [f].

[2585] Parvenant au même résultat: BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 85; cf. aussi CANDRIAN, Adamov, p. 430, 434 ss. *Contra*: MAZZUCCHELLI, p. 218 (marchés publics).

[2586] Cpr. CANDRIAN, Adamov, p. 428. Cet auteur relève aussi que l'art. 138 ch. 2 CP peut trouver à s'appliquer en cas d'actes purement matériels, qui ne sont pas des «actes juridiques» au sens de l'art. 314 CP (p. 427).

[2587] TF, 6S.262/2003, 19.10.2003, c. 2 [d]; OGer ZH, ZR 121/2022 S. 120 Nr. 32, c. 5.3 a).

[2588] Cf. N 555 *supra*, s'agissant des biens juridiques étatiques.

[2589] TF, 6B_908/2009, 3.11.2010, c. 2.3.2 [f] n.p. in ATF 136 IV 188; cf. aussi CR CP II-DYENS, Intro Art. 322ter-322decies N 12; sur l'origine de cette formule, qui provient vraisemblablement de MIREILLE DELMAS MARTY, cf. nbp 1364 *supra*.

duit de la corruption[2590]. Une telle approche nous paraît critiquable lorsqu'elle est fondée uniquement sur la seconde partie du raisonnement du Tribunal fédéral, à savoir la perversion du processus décisionnel étatique et l'affaiblissement de l'État, qui touchent ce dernier dans des prérogatives strictement étatiques et non de façon similaire à un privé[2591]. En revanche, lorsque le pacte corruptif a pour effet de priver l'État de fonds qui auraient dû lui revenir, ou de lui faire débourser trop par rapport à ce qu'il aurait pu obtenir (surfacturation), montants qui se reflètent généralement dans l'avantage indu perçu par son agent, alors il est atteint dans son patrimoine et peut prétendre à la qualité de lésé ; cette approche est en tout cas suivie par une partie de la doctrine et par le Tribunal pénal fédéral[2592].

1101 Le parallèle doit ici se faire avec la *corruption privée* (art. 322^octies^ et 322^novies^ CP), infraction qui a été transférée de la LCD dans le Code pénal en 2016 et qui protègent aussi un bien juridique individuel, ne serait-ce que parce qu'elles sont, dans les cas de peu de gravité, poursuivies sur plainte (al. 2)[2593]. Ces dispositions sont construites selon une structure similaire à la corruption d'agents publics, et la doctrine admet qu'elles protègent à tout le moins l'intérêt du *principal* (employeur, associé ou mandant) à l'exercice objectif, intègre et loyal des tâches confiées à son *agent*, ce qui peut inclure un aspect patrimonial[2594]. Cette relation principal/agent peut être transposée à l'État touché par les actes de ses *agents publics*, ce qui permettrait de retenir qu'il subit une atteinte similaire *(« ähnlich »)* à celle d'un privé touché dans ses intérêts patrimoniaux.

1102 Mais même ainsi, la question de savoir si les infractions de corruption protègent également, à titre accessoire, le patrimoine (privé ou étatique), reste délicate. À rigueur de texte, ces normes n'exigent pas de dommage à proprement parler ; elles sont d'ailleurs conçues comme des infractions formelles et de mise en danger abs-

[2590] Cf. CAPUS/MBIYAVANGA, p. 50 ss, et MAZZUCCHELLI, p. 207 ss, avec des références.

[2591] Cf. par ex. TF, 1B_261/2017, 17.10.2017, c. 3 [f] *in fine*, pour la République de Guinée ; cpr. TF, 1B_576/2018, 26.7.2019, c. 2.5 [f], qui souligne l'aspect lié au préjudice financier. Critique ég. : MAZZUCCHELLI, p. 217.

[2592] GRODECKI, État des lieux, p. 387 s. ; cf. déjà DROESE, Akteneinsicht, p. 20 s. ; TPF, BB.2023.38, 6.7.2023, c. 3.3.1.2 et 3.3.3.1 [f] ; BB.2021.221, 13.2.2023, c. 5.8 s. [f] ; TPF 2015 55 c. 3.4 ; cf. déjà Message corruption 1999, p. 5093 ; pour d'autres arrêts du TPF : MAZZUCCHELLI, p. 217 ; cf. aussi TPF, BB.2023.104a, 6.7.2023, c. 3.3.2 [d], qui va plus loin encore en retenant la qualité de lésé d'un concurrent du corrupteur (dans le même sens : CASSANI/MAY, p. 356 s.).

[2593] ISENRING, p. 351 ss (critique quant à la poursuite d'office) ; CASSANI/MAY, p. 357 et 368 ; GFELLER, p. 234 s. (art. 4*a* aLCD) ; *contra* : BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 187b. Sur le rôle du mode de poursuite dans la détermination du bien juridique, cf. N 624 ss *supra*.

[2594] ISENRING, p. 348 ss ; CASSANI/MAY, p. 355 ss ; CASSANI, Évolutions, p. 207 ; CR CP II-QUELOZ/SADIK/ILLÁNEZ, Art. 322^octies^ N 16 ; cf. aussi Message corruption 2014, p. 3429 et 3448 s. (pour l'art. 102 CP) ; ATF 152 IV 201, c. 9.1.2 (art. 4*a* aLCD) ; TF, 7B_133/2022, 14.8.2023, c. 5.3.7 et 5.4.5 [d] (art. 4*a* aLCD) ; pour un parallèle intéressant avec le droit émirati : TF, 6B_452/2022, 16.11.2023, c. 3.1.1 et 3.2.2 [d ; 5 juges].

traite, réputées entièrement consommées par l'adoption des différents comportements qu'elles répriment[2595]. Sur cette base, une partie des auteurs considère que l'aspect patrimonial (et le dommage qui en découle) est déjà couvert par d'autres infractions, notamment l'art. 158 CP par rapport à la corruption privée[2596]. Pour la corruption d'agents publics, en revanche, une partie de la doctrine et certains arrêts semblent considérer que l'art. 322^{quater} (corruption passive) l'emporte sur l'art. 314 CP, ce qui va dans le sens d'une protection patrimoniale à titre accessoire[2597]. Une telle position aurait au moins le mérite d'une certaine cohérence avec les obligations internationales de la Suisse[2598], l'élément d'interprétation historique[2599], ainsi que l'approche prônée par la doctrine et la jurisprudence civiles[2600]. Pour les entités publiques suisses, le patrimoine étatique est également protégé par l'art. 314 CP, de sorte que la question devrait surtout avoir une importance pour les actes qui ne ressortissent pas au droit privé (par ex. les marchés publics) et qui sont en principe exclus du champ d'application de cette dernière disposition. Précisons toutefois qu'un État étranger ne pourrait de toute façon pas se fonder sur l'art. 314 CP, disposition qui ne vise que les membres des autorités suisses[2601].

[2595] ATF 150 IV 86 c. 3.2.3, commenté par PERRIN in PJA 2024 753 ss; MACALUSO/LUBISHTANI, N 4; CR CP II-DYENS, Intro Art. 322ter-322^{decies} N 19; PERRIN, Corruption, p. 100 ss.

[2596] GARBARSKI/MACALUSO, Commissions, p. 105 ss; BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 187b; cf. TF, 6B_913/2023, 10.10.2024, c. 3.3.3 [f] et TF, 6B_280/2022, 14.4.2023, c. 7 et 8 [f]: le dommage au sens de l'art. 158 CP peut prendre la forme d'une non-augmentation de l'actif du principal et correspondre aux montants des commissions occultes touchées par le gérant indélicat; cf. toutefois ATF 152 IV 201, c. 6.3.2.2 s. [f], qui nuance cette approche. Critique: WOHLERS WOLFGANG, Die strafrechtliche Erfassung der Vereinnahmung von Retrozessionen, RPS 143/2025 p. 249 ss, 266.

[2597] BSK StGB-NIGGLI, Art. 314 N 38; PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 314 N 6, tous en référence à l'ATF 117 IV 286 c. 4c, rendu à propos de l'art. 315 al. 2 aCP; TPF, CA.2022.16, 21.12.2023, c. II.2 [d]; cpr. ATF 129 II 462 c. 4.5, qui semble exclure la protection du patrimoine, au moins de manière primaire; cpr. CR CP II-QUELOZ/ILLÁNEZ, Art. 322^{quater} N 24: concours possible avec l'art. 314 CP; *contra*: MAZZUCCHELLI, p. 217 s.; PERRIN, Corruption, p. 398.

[2598] Cf. N 665 *supra* (3^{e} exemple), en lien avec la CNUCC.

[2599] Message corruption 1999, qui mentionne plusieurs fois les terme «pays lésé», «État lésé» et «État victime» (p. 5062 s., 5065, 5087, 5088 et 5095).

[2600] Pour la responsabilité aquilienne (art. 41 CO): CHAPPUIS CHRISTINE, La restitution des profits issus de la corruption: quels moyens en droit privé? in Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat (éds), Lutte contre la corruption internationale: «the never ending story», Genève 2011, 139 ss, p. 143; cf. aussi TF, 4A_372/2023, 5.9.2024, let. A.b et c. 5.3 [f]; 4A_11/2023, 6.12.2023, c. 7.4.2.2 [f].

[2601] Voir PERRIN, Corruption, p. 398. Sur la nationalité des biens juridiques protégés, cf. N 575 ss *supra*. On peut néanmoins envisager une infraction équivalente de droit étranger, en cas de blanchiment d'argent subséquent (cf. art. 305bis ch. 3 CP; sur ce point, cf. N 1334 ss *infra*). Pour une situation similaire en matière d'entraide, cf. ATF 132 II 81 et le commentaire de CANDRIAN, Adamov.

c. Outrages aux États étrangers

1103 Hormis les cas déjà mentionnés, on pourrait envisager la situation de l'État touché de façon similaire à un particulier par rapport à l'infraction *d'outrages aux États étrangers* (art. 296 CP), qui réprime une infraction à l'honneur dirigée contre un État étranger, offensé au travers de l'un de ses représentants. Dans un arrêt de principe récent, rendu à propos d'une manifestation devant le consulat de Turquie, à proximité duquel des inscriptions *« Kill Erdogan »* avaient été retrouvées, le Tribunal fédéral, suivant la doctrine majoritaire et en référence à l'emplacement systématique de l'art. 296 CP, a retenu que cette infraction protégeait uniquement les relations de la Suisse avec l'étranger, et seulement indirectement les intérêts des États étrangers visés, de sorte que la République de Turquie n'apparaissait pas lésée au sens de l'art. 115 CPP[2602].

1104 Une telle solution n'allait pourtant pas de soi : en *Allemagne*, qui connaissait jusqu'en 2017 une disposition similaire (§ 103 StGB/D), la doctrine soutenait que l'État étranger était lui-même lésé, ce que soulignait l'exigence d'une demande de son gouvernement de poursuivre ces infractions[2603], élément qui se retrouve du reste en droit suisse (cf. art. 302 al. 2 CP)[2604]. À la suite notamment d'une procédure contre un humoriste allemand pour un poème qui concernait déjà la Turquie et son président, le *Bundestag* a décidé d'abroger la norme en 2018[2605]. Une initiative parlementaire qui demandait d'en faire de même en Suisse pour l'art. 296 CP a été classée en 2019, essentiellement au regard des craintes du mauvais signal que cela pourrait envoyer aux nombreuses organisations internationales sises dans notre pays[2606]. La *France* avait pour sa part supprimé en 2004 déjà le délit d'offense envers les hauts responsables politiques étrangers, après avoir été condamnée par la CourEDH pour violation de l'art. 10 CEDH[2607], et a récemment rejeté les pourvois en cassation de la République d'Azerbaïdjan et du Royaume de Maroc pour diffamation, « un État ne pouvant être assimilé à un particulier »[2608].

d. Autres infractions ?

1105 En 2025, le Tribunal fédéral a jugé que la Confédération pouvait être lésée par l'infraction *d'escroquerie en matière de prestations et de contributions* prévue par la loi sur l'approvisionnement du pays (art. 51 LAP *cum* art. 14 al. 1 DPA)[2609]. La configuration

[2602] ATF 145 IV 433 c. 3.5.4 et 3.5.5.

[2603] LÜTTGER, p. 125. Dans ce sens en *droit suisse* : OFK StGB-ISENRING, Art. 296 N 4 ; cpr. BSK StGB-OMLIN, Vor Art. 296 N 2 et Art. 296 N 4 : les intérêts de l'État étranger sont protégés de façon secondaire seulement, ce qui n'exclut pas, on l'a vu, la qualité de lésé.

[2604] Selon la doctrine, cette demande n'équivaut toutefois pas à une plainte pénale selon l'art. 30 CP : CR CP II-BOTTINELLI, Art. 302 N 17 (et nbp 40 sur l'absence de qualité de lésé).

[2605] MüKo StGB-KREß, Vorbemerkung zu § 102 N 22.

[2606] Initiative parlementaire CN (16.430) « Lèse-majesté. Abroger l'article 296 CP » ; BO CN 2019 1314 s.

[2607] CourEDH, Colombani et autres c. France, n° 51279/99, 25.6.2002 ; cf. aussi BEAUD, République injuriée, p. 602 ss ; SAXER, p. 670.

[2608] Crim., 6.2.2018, n° 17-83.857 ; Crim., 27.3.2018, n° 17-84.509 ; Crim., 10.5.2019, n° 18-82.737.

de cette affaire était particulière, puisqu'elle portait sur des cautionnements octroyés par la Confédération pour garantir des prêts bancaires destinés à financer des navires de haute mer. Il était reproché à un armateur d'avoir, par des manœuvres frauduleuses et l'usage de faux documents, obtenu le maintien de contrats de cautionnement octroyés par la Confédération à une banque qui finançait son entreprise. Le Tribunal fédéral a retenu que l'art. 14 al. 1 DPA protégeait le patrimoine étatique et que la Confédération était dans ce cas touchée comme un privé, bien que les cautionnements qu'elle avait octroyés prenaient la forme de contrats de droit public et qu'elle avait agi en exécution d'une tâche publique[2610].

Cet arrêt confirme que l'État peut être lésé par une infraction protégeant exclusivement des biens juridiques étatiques, mais qui présente une structure similaire à une infraction protégeant des biens juridiques individuels, à l'instar de l'art. 14 al. 1 DPA par rapport à l'escroquerie (art. 146 CP). L'État est alors touché de façon similaire *(«ähnlich»)* à un particulier. Cependant, la portée de cet arrêt devrait rester limitée, puisqu'à chaque fois que la poursuite pénale est confiée à une autorité administrative fédérale selon l'art. 1 DPA[2611], celle-ci ne peut pas simultanément prétendre à la qualité de lésé, notion qui est du reste étrangère au DPA[2612]. 1106

Dans un tout autre contexte, le Tribunal pénal fédéral s'est demandé si, comme le soutenait une partie de la doctrine dans le sillage de l'affaire Abacha[2613], un État étranger pouvait être lésé par l'infraction d'*organisation criminelle* (art. 260ter aCP; désormais: organisations criminelles et terroristes) lorsque sévissait à sa tête un régime kleptocratique qui avait pour unique objectif le pillage des ressources étatiques[2614]. Une réponse négative s'impose: dans un tel cas, l'État n'est pas touché comme un privé, mais précisément en sa qualité étatique, ses dirigeants ayant mis à profit des faiblesses politiques, juridiques ou économiques pour s'accaparer les deniers publics[2615]. 1107

[2609] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4 [d] n.p. in ATF 151 IV 228.

[2610] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.4.9 s. [d] n.p. in ATF 151 IV 228.

[2611] Ce qui n'était pas le cas en l'occurrence, puisque l'art. 55 al. 1 LAP prévoit que les cantons poursuivent et jugent les infractions à la LAP.

[2612] TPF 2012 20; TF, 1B_324/2012, 26.11.2012, c. 1.2.4 [d] (art. 14 al. 1 DPA); 6B_827/2014, 1.2.2016, c. 2.4.1 [d] n.p. in ATF 142 IV 82; 8G.51/1997, 17.11.1997, évoqué in ATF 124 IV 234 let. A et c. 2; RUTSCHMANN, p. 336; FRANK/MARKWALDER, p. 314; BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 20; BSK VStrR-HEIMGARTNER/KESHELAVA, Art. 74 N 5; SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 115 N 3; GARBARSKI, L'entreprise, p. 435; cf. déjà Message DPA 1971; cf. ég. Rapport explicatif A-P DPA 2024, qui renonce à mentionner le lésé ou la partie plaignante dans de nombreuses dispositions inspirées du CPP, car de telles notions n'existent pas en procédure pénale administrative (cf. p. 74 s., 77, 92 s., 96, 109, 111, 126, 130, 146, 150 s. et 155 ss); *contra*: CAPUS NADJA/BERETTA ALLISON, Droit pénal administratif, Bâle 2021, N 461; BSK VStrR-RYSER, Art. 72 N 9; BSK VStrR-SPRENGER, Art. 35 N 10; THOMMEN, p. 93 s.

[2613] MONFRINI/KLEIN, p. 130 ss, spéc. p. 134 s.

[2614] TPF, BB.2011.130, 20.3.2012, c. 2.3.2 [f] (Tunisie); BB.2011.107, 30.4.2012, c. 5.2.2 [f] (Égypte); sur ces arrêts, cf. MAZZUCCHELLI, p. 210; sur la qualité de lésé pour l'art. 260ter CP en général: cf. N 1273 ss *infra*.

[2615] Parvenant au même résultat, mais avec un autre raisonnement: MAZZUCCHELLI, p. 219.

1108 Enfin, notons que des questions similaires pourraient se poser s'agissant des infractions de *service de renseignement économique* (art. 273 CP), voire de *violation du secret de fonction* (art. 320 CP), pour lesquelles l'État pourrait également être considéré comme titulaire du secret de façon similaire *(«ähnlich»)* à un particulier[2616].

III. Contournement: la qualité de partie *ad hoc* de l'État

1109 Face à une jurisprudence qui se montre très réticente à admettre sa qualité de lésé, malgré les quelques ouvertures esquissées ci-dessus lorsqu'il est touché comme un privé, l'État pourrait être tenté de contourner la problématique en se prévalant d'une qualité de lésé fondée sur une autre disposition. Nous avons déjà examiné, dans la deuxième partie de cette thèse, la situation de l'art. 115 al. 2 CPP, qui permettait à certaines entités étatiques de se voir reconnaître la qualité de lésé sur la base d'un droit de plainte pénale spécial, comme les autorités et services compétents pour les avances et le recouvrement des contributions familiales (art. 217 al. 2 CP) ou la Confédération en matière de concurrence déloyale (art. 10 al. 3 let. a et b *cum* 23 al. 2 LCD)[2617].

1110 Toutefois, le contournement passe ici par une qualité de partie *ad hoc*, fondée sur une autre disposition que l'art. 115 CPP. Le CPP et, dans une moindre mesure, la LTF prévoient en effet cette possibilité dans deux situations, en octroyant à certaines autorités la qualité de partie dans la procédure pénale (art. 104 al. 2 CPP) et, depuis peu, en leur reconnaissant la qualité pour recourir à l'échelon cantonal (art. 381a CPP) et fédéral (art. 81 al. 2 LTF). Nous verrons qu'en octroyant ces droits à l'État, le législateur a, en réalité, consacré une forme de lésé déguisé.

A. Les autres autorités (art. 104 al. 2 CPP)

1111 À côté des acteurs classiques de la procédure pénale énumérés à l'art. 104 al. 1 CPP[2618], l'art. 104 al. 2 CPP prévoit la possibilité d'octryoer la qualité de partie à des autorités:

> La Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités, à d'autres autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics.

1112 Cette qualité de partie *ad hoc* existait déjà sous certaines lois cantonales de procédure pénale[2619]. D'un point de vue systématique, le terme «autres autorités» à l'art. 104

[2616] Cf. CR CPII-FISCHER/RICHA, Art. 273 N 10; BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 5 *«Verwaltungsgeheimnis»*; cf. aussi les arrêts qui retiennent que la collectivité publique, en tant que détentrice du secret, serait titulaire du bien juridique protégé par l'art. 320 CP et pourrait dès lors se prévaloir d'une atteinte directe en lien avec cette infraction: TF, 1C_344/2012, 31.10.2012, c. 2.3 [d] (canton de Zurich); 1C_270/2016, 16.2.2017, c. 1.2.1 [d] (commune). *Contra*: GRODECKI, État des lieux, p. 391.

[2617] Cf. N 432 ss *supra*.

[2618] Cf. N 277 ss *supra*, sur la capacité d'être partie.

[2619] Message CPP, p. 1141; AP-CPP, p. 83 s., avec des exemples.

al. 2 CPP doit se lire en référence au ministère public, autorité déjà visée à l'art. 104 al. 1 let. c CPP[2620], ce qui souligne au passage que la mission de ce dernier est bien de sauvegarder des intérêts publics. Dans cette perspective, les (autres) autorités visées à l'al. 2 se rapprocheraient du ministère public, autorité de poursuite pénale[2621]. Toutefois, bien qu'elles poursuivent comme lui un intérêt public, les autorités de l'art. 104 al. 2 CPP se distinguent du ministère public et ne sauraient se substituer à ce dernier[2622]. Leur intervention se limite à faire contrôler l'application uniforme de la loi – pénale, en l'occurrence – dans leurs domaines de compétence respectifs[2623], plus particulièrement l'exercice correct de l'action pénale par le ministère public[2624]. Le but sous-jacent est de pouvoir profiter de leur expertise dans des domaines considérés comme techniques[2625].

La notion d'autorité à l'art. 104 al. 2 CPP s'entend dans un sens restrictif, afin d'éviter de trop alourdir ou compliquer le déroulement de la procédure[2626]. Elle est notamment plus étroite que celle qui prévaut en droit administratif ou en droit pénal[2627]. Selon le Message du Conseil fédéral, repris par la jurisprudence, les associations de droit privé qui se donnent pour but de défendre des intérêts généraux (lutte contre le racisme, protection de l'environnement ou des animaux, etc.) en sont par exemple exclues[2628]. Cette position a été confirmée avec le rejet de plusieurs initiatives et motions parlementaires visant à octroyer la qualité de partie à des associations[2629]. On notera que cette approche est critiquée par une partie de la doctrine, qui soutient qu'en matière environnementale, la Convention d'Aarhus et l'arrêt *Verein KlimaSeniorinnen* de la CourEDH commanderaient une interprétation plus large de la notion d'autorité par les tribunaux, de manière à englober les associations de protection de l'environnement[2630]. 1113

Sans aller aussi loin, le Tribunal fédéral a toutefois bien dû admettre que le législateur fédéral octroyait parfois la qualité de partie au sens de l'art. 104 al. 2 CPP à des per- 1114

[2620] MOREILLON/VON WURSTEMBERGER, p. 337.
[2621] Critique sur la double représentation de l'État dans ce cas: BRANDENBERGER, Staat, p. 226; cf. aussi HUSMANN, p. 345.
[2622] TF, 6B_109/2020, 1.4.2020, c. 3.6.2 [f].
[2623] MOREILLON/VON WURSTEMBERGER, p. 340; cf. ég. TF, 6B_676/2019, 21.8.2019, c. 2.3.2 et 2.3.4 [d], s'agissant de la qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP).
[2624] TF, 6B_1381/2019, 13.10.2020, c. 4 [d]: *«die rechtmässige Ausübung des staatlichen Strafanspruchs durch die Staatsanwaltschaft überprüfen zu lassen»*; FAVRE, Infractions, N 18.19; cpr. TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.4.2 [f], qui met l'accent sur la procédure administrative parallèle.
[2625] DANGUBIC/CLERC, p. 475; CAPUS/MBIYAVANGA, p. 53; le Message CPP cite l'assistance sociale et la protection de l'environnement (p. 1141).
[2626] ATF 147 IV 269 c. 3.2; 144 IV 240 c. 2.4; cf. ég. TF, 6B_109/2020, 1.4.2020, c. 3.6.2 [f], sur l'étendue des droits octroyés à l'autorité; en doctrine, cf. GRODECKI, p. 388; MOREILLON/VON WURSTEMBERGER, p. 339 et 342.
[2627] ATF 144 IV 240 c. 2.4.1. Cf. aussi N 1024 *supra*, en lien avec la qualité de lésé de État.
[2628] Message CPP, ch. 2.3.1.1 p. 1141 s.; ATF 143 IV 77 c. 4.6 *in fine*.
[2629] Cf. N 911 *supra*; cf. aussi GIROUD/ROTH, p. 392.
[2630] GIROUD/ROTH, p. 392 et 396, qui citent également des précédents français et belge.

sonnes morales de droit privé[2631], de sorte que le critère de l'organisation selon le droit public ou le droit privé n'était pas déterminant[2632]. À la place, il a dégagé quatre conditions que doit remplir toute entité pour pouvoir être qualifiée d'autorité au sens de l'art. 104 al. 2 CPP[2633] : (1) elle doit s'être vu confier une tâche de droit public incombant à la collectivité ; (2) elle doit bénéficier de compétences souveraines dans l'accomplissement de cette tâche ; (3) la gestion et la comptabilité pour cette tâche publique doivent être soumises à une surveillance étatique ; et (4) l'activité en cause doit être financée par l'État. Dès lors, à condition de remplir ces quatre conditions, des entreprises semi-étatiques ou d'économie mixte, des établissements de droit public ou même des privés (par ex. des organisations non gouvernementales) délégataires de tâches publiques pourraient être qualifiés d'autorités[2634].

1115 En pratique, les autorités qui entrent en ligne de compte sont très nombreuses. *Au niveau cantonal*, on pense notamment aux services d'aide sociale, aux autorités de protection de l'environnement, aux services vétérinaires, aux autorités d'exécution des peines et mesures ou aux conseils communaux et, *au niveau fédéral*, aux assureurs sociaux, à l'organe d'exécution du service civil, à l'autorité intercantonale de surveillance des jeux d'argent (Gespa), au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), à Swissmedic, aux organisations de cautionnement pour les crédits Covid-19, à l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE) ou encore à l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI)[2635].

1116 Les autorités de recouvrement des pensions alimentaires (art. 217 al. 2 CP) sont aussi régulièrement citées[2636], mais leur qualité de partie (et de lésé) découle à notre sens déjà de l'art. 115 al. 2 CPP[2637].

[2631] Par ex. la fondation « Antidoping Suisse » : art. 19 al. 2 et 23 al. 3 LESp.

[2632] ATF 144 IV 240 c. 2.4.3, qui en fait un argument systématique plaidant pour une notion large, contrairement aux éléments d'interprétation historique et téléologique (c. 2.4.2).

[2633] ATF 144 IV 240 c. 2.5 ; TF, 6B_109/2020, 1.4.2020, c. 3.1 [f] ; DANGUBIC/CLERC, p. 477 ; MOREILLON/VON WURSTEMBERGER, p. 343 ; ZK StPO-LIEBER, Art. 104 N 18a s.

[2634] En matière environnementale, cf. FAVRE, Infractions, N 18.24 ss.

[2635] En général, cf. ATF 147 IV 269 c. 3.2 ; Message CPP, ch. 2.3.1.1 p. 1141 ; CR CPP-BENDANI, Art. 104 N 27 ss. Pour les *services de protection de l'environnement* : TF, 6B_109/2020, 1.4.2020, c. 3 [f] ; FAVRE, Infractions, N 18.19 ss. Pour les *autorités d'exécution des peines* : TF, 6B_722/2021, 29.9.2021, c. 2.3 s. [d] ; 6B_676/2019, 21.8.2019, c. 2.3 [d] ; HUSMANN, p. 345. Pour le *service civil* : art. 78a al. 2 LSC ; TF, 6B_1381/2019, 13.10.2020, c. 4 ; CJ GE, ACPR/3/2022 du 6.1.2022. Pour les *assurances sociales* : art. 79 al. 3 LPGA ; CJ GE, ACPR/648/2020, 16.9.2020, c. 1.2 ; LUBISHTANI KASTRIOT/CES LAURA, Entité publique en matière de fraude aux assurances sociales (art. 148a CP) : dénonciatrice ou partie plaignante ? in : ‹https://www.crimen.ch/135/› du 9.9.2022. Pour la *Gespa* : art. 135 al. 2 LJAr et art. 25b al. 3 LESp. Pour le *PFDPDT* : art. 65 al. 2 LPD. Pour *Swissmedic* : art. 90 al. 3 LPTh. Pour les *organisations de cautionnement* : art. 5 al. 2 let. c LCaS-COVID-19 (cpr. TF, 6B_95/2024, 6.2.2025, c. 4.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 201). Pour l'*OFAE* : art. 56 LAP. Pour l'*IPI* : art. 64 al. 3 LPM et 31 al. 2 LPAP.

[2636] ATF 147 IV 269 c. 3.2 ; BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 24 ; GRODECKI, p. 388.

[2637] Cf. N 432 *supra*.

La doctrine mentionne également le MPC, la Chancellerie fédérale, les départements fédéraux et l'administration fédérale, mais pour des droits de recours spécifiques prévus par le CPP, la LTF ou la DPA[2638], qui ne sont selon nous pas couverts par l'art. 104 al. 2 CPP; nous examinerons ce point ci-après. 1117

Certains cantons octroient la qualité de partie de manière plus généreuse encore, comme à Zurich, où toute autorité ou office ayant dénoncé une infraction afin de sauvegarder les intérêts qui lui ont été confiés se voit reconnaître la qualité pour recourir contre un classement ou une non-entrée en matière (§ 154 GOG/ZH)[2639]. 1118

À noter que, selon la jurisprudence, lorsqu'une unité administrative est désignée en tant que partie selon l'art. 104 al. 2 CPP, l'autorité administrative supérieure – voire l'autorité exécutive suprême (gouvernement) – peut également agir à sa place dans la procédure pénale, en usant de son *droit d'évocation*[2640]. 1119

Le Tribunal fédéral a en revanche nié la qualité d'autorité à l'association faîtière des organisations bernoises de protection des animaux *(Dachverband Berner Tierschutzorganisationen)*, faute pour celle-ci de remplir les quatre conditions précitées[2641]. Il en a fait de même pour l'Asloca-Genève, dotée d'un droit de recours en vertu de la LDTR/GE ne valant qu'en procédure administrative[2642]. 1120

B. Qualité pour recourir spéciale (art. 381a CPP et 81 al. 2 LTF)

Hormis la qualité de partie *ad hoc* fondée sur l'art. 104 al. 2 CPP, le CPP et la LTF reconnaissent également à des autorités fédérales la qualité pour recourir contre les décisions cantonales (art. 381a CPP), respectivement à déposer un recours en matière pénale au Tribunal fédéral (art. 81 al. 2 LTF), si le «droit fédéral prévoit que la décision doit leur être communiquée». 1121

Entrées en vigueur le 1er janvier 2024 avec la révision du CPP[2643], ces dispositions sont venues remplacer une ancienne réglementation qui habilitait uniquement le Ministère public de la Confédération (MPC) à recourir, au niveau cantonal puis fédéral, lorsque le droit fédéral prévoyait que la décision devait être communiquée au MPC ou à une autre autorité fédérale (art. 381 al. 4 let. a et b aCPP et 81 al. 2 aLTF). Cette modification s'imposait car, selon le Message du Conseil fédéral – qui reprend sur ce point presque mot pour mot la prise de position du MPC lors de la consultation –, la 1122

[2638] CR CPP-BENDANI, Art. 104 N 29; FAVRE, Infractions, N 18.18; cf. aussi ATF 147 IV 269 c. 3.2. Dans le même sens qu'ici pour la DPA: DANGUBIC/CLERC, p. 477 s.; FRANK/MARKWALDER, p. 314.

[2639] OGer ZH, 29.6.2023, ZR 123/2024 p. 31, Nr. 6, c. 4.3 s.; DERMARMELS, p. 27 s.

[2640] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.3.3 [d] n.p. in ATF 151 IV 228: Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) agissant pour l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE) en vertu de l'art. 47 al. 4 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010).

[2641] ATF 144 IV 240 c. 2.5.

[2642] ATF 147 IV 269 c. 3.4.

[2643] RO 2023 468.

compétence du MPC était «dépassée», ce dernier n'ayant aucun intérêt à «supplanter» les ministères publics cantonaux en la matière[2644]. Par ailleurs, faute de connaissances spécifiques dans le domaine concerné, le MPC était bien souvent contraint de signer un acte de recours entièrement rédigé par l'autorité administrative ayant demandé à recourir[2645].

1123 La novelle a donc introduit un nouveau droit de recours des autorités fédérales à qui la décision doit être communiquée selon le droit fédéral, soit essentiellement sur la base de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales (Ordonnance communication ; RS 312.3). Ce droit de recours indépendant s'explique, selon le Conseil fédéral, en raison des connaissances spécifiques de l'autorité fédérale dans le domaine en cause[2646].

1124 À la lecture de l'Ordonnance sur la communication, on constate toutefois que les autorités qui disposent désormais de la qualité pour recourir en procédure pénale sont nombreuses et dans des domaines très hétéroclites, avec parfois de dangereux mélanges des genres.

Exemples :

Fedpol (Office fédéral de la police) se voit reconnaître la qualité pour recourir contre les décisions (jugements au fond ou ordonnances de non-lieu, la terminologie de l'Ordonnance communication n'ayant pas été adaptée au CPP) concernant les infractions d'encouragement à la prostitution (art. 195 CP), de traite d'êtres humains (art. 182 CP) et de pornographie (art. 197 CP) (cf. art. 1 ch. 3 Ordonnance communication).

La *FINMA* se voit reconnaître la qualité pour recourir pour toutes les infractions prévues dans les lois sur les marchés financiers visées à l'art. 1 al. 1 LFINMA (cf. art. 3 ch. 30 Ordonnance communication) dont la poursuite incombe aux cantons ou au MPC et qui ne relèvent donc pas du DPA.

C. Des lésés déguisés ?

1125 Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire estiment que les autres autorités visées à l'art. 104 al. 2 CPP n'interviennent pas dans la procédure en qualité de lésé et encore moins de partie plaignante, mais uniquement en tant que partie *sui generis*[2647].

[2644] Message CPP 2019, p. 6419.

[2645] Message CPP 2019, p. 6419, qui se réfère aux affaires de DPA, qui n'étaient toutefois pas concernées par la révision de 2024. Ce passage se comprend mieux lorsqu'on consulte les déterminations du MPC lors de la consultation (p. 14) ainsi que son Rapport de gestion 2015 (p. 8), qui évoquent une problématique similaire rencontrée en DPA, avant l'introduction d'un droit de recours indépendant de l'administration à l'art. 80 al. 2 DPA (RO 2000 2141).

[2646] Message CPP 2019, p. 6419. Lors de la consultation, le MPC s'interrogeait sur les besoins concrets en termes de communication et de droit de recours des unités administratives concernées, renvoyant à un sondage effectué en 2017 par l'Office fédéral de la justice au sujet de l'Ordonnance sur la communication (p. 14 s.).

[2647] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.3.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 228 (mais qui affirme ensuite le contraire ; cf. aussi GARBARSKI/FROSSARD) ; TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.1.2 [f] ;

Toutefois, c'est au regard des droits qui sont effectivement reconnus à ces autorités qu'il sera possible de dire si leur situation se rapproche ou non de celle d'un lésé et d'une partie plaignante. Or, sur ce point, force est de constater que les droits qui leur sont octroyés par le droit fédéral ou cantonal – avec mention expresse dans une loi au sens formel[2648] – comprennent généralement celui de faire recours contre les ordonnances de non-entrée en matière ou de classement, de former opposition contre une ordonnance pénale et d'interjeter appel contre des jugements au fond, y compris sur des questions de confiscation[2649]. Lorsque la qualité de partie leur est reconnue «avec tous les droits» (*«volle Parteirechte»*; cf. art. 104 al. 2 CPP), ces autorités peuvent en outre consulter le dossier, participer à l'administration des preuves, déposer des réquisitions de preuve, accepter ou rejeter la procédure simplifiée, etc.[2650] Certaines de ces prérogatives relèvent typiquement des droits du lésé constitué partie plaignante, raison pour laquelle la doctrine prête à ces autorités une *«geschädigtenähnliche Stellung»*[2651]. Selon une auteure, suivie par le Tribunal fédéral dans un arrêt de principe récent[2652], la reconnaissance de la qualité de partie pleine et entière selon l'art. 104 al. 2 CPP emporte le droit de se constituer partie plaignante, sur le plan pénal comme sur le plan civil[2653]. Des réglementations cantonales le reconnaissent du reste expressément[2654], et plusieurs dispositions fédérales prévoient que l'autorité dispose des «droits d'une partie plaignante»[2655]. Avant l'entrée en vigueur du CPP, certains cantons toléraient même que les autorités en question puissent agir de façon partiale, afin de défendre les intérêts dont elles avaient la charge[2656]. 1126

À notre sens, bien que ces autorités ne répondent pas formellement à la définition générale du lésé de l'art. 115 al. 1 CPP et n'ont donc pas à subir d'atteinte personnelle et directe[2657] – elles disposent en quelque sorte d'une *«qualité pour agir sans intérêt à* 1127

6B_267/2020, 27.4.2021, c. 2.1.2 [d]; 1B_250/2020, 6.10.2020, c. 3.5 [d]; 1B_158/2018, 11.7.2018, c. 2.6 [d]; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 41; DANGUBIC/CLERC, p. 474; moins clair: ZK StPO-LIEBER, Art. 104 N 14.

[2648] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.3.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 228; TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.1.2 [f]; 6B_249/2023, 1.5.2023, c. 2.3.1 [f]; 6B_82/2021, 1.4.2021, c. 1.4.3 [d] n.p. in ATF 147 IV 218.

[2649] Cf. par ex. art. 23 al. 3 et 25*b* al. 3 LESp ou art. 78*a* al. 2 LSC. Pour la confiscation, cf. MOREILLON/VON WURSTEMBERGER, p. 340; cpr. TF, 6B_162/2021, 10.2.2021, c. 4 [f].

[2650] DANGUBIC/CLERC, p. 476; JACOT-GUILLARMOD/THORENS, N 44 (pour l'art. 65 al. 2 LPD).

[2651] SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 687. Cf. déjà SCHMID, Strafprozessrecht, N 507.

[2652] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.3.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 228; cpr. TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.1.2 *in fine*, qui ne tranche pas ce point.

[2653] BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 25a (moins affirmative dans l'édition précédente [N 25]).

[2654] Cf. par ex. art. 29 al. 2 de la loi genevoise relative à l'office cantonal des assurances sociales (LOCAS; RS/GE J 4 18) ou art. 20 al. 2 let. a et b de la loi valaisanne d'application du code de procédure pénale suisse (LACPP/VS; RS/VS 312.0). Au niveau fédéral, cf. aussi art. 5 al. 2 let. c LCaS-COVID-19.

[2655] Art. 79 al. 3 LPGA, 65 al. 2 LPD, 90 al. 3 LPTh, 64 al. 3 LPM, art. 56 LAP et 31 al. 2 LPAP; cf. aussi DANGUBIC/CLERC, p. 475; JACOT-GUILLARMOD/THORENS, N 44.

[2656] Ainsi à Zurich: DROESE, Akteneinsicht, p. 8; SCHMID, Strafprozessrecht, N 507.

[2657] Voir aussi CAPUS/MBIYAVANGA, p. 53; DANGUBIC/CLERC, p. 478.

agir»[2658] –, on ne peut ignorer que les droits qu'elles peuvent exercer en procédure correspondent matériellement à ceux d'une partie plaignante. Pire, ces autorités se voient parfois reconnaître la qualité de partie selon l'art. 104 al. 2 CPP précisément pour pallier leur absence de qualité de lésé selon la jurisprudence stricte développée par le Tribunal fédéral sur l'État, comme l'illustre une affaire vaudoise récente en matière d'aide sociale[2659]. La doctrine envisage aussi la possibilité d'octroyer le statut de partie selon l'art. 104 al. 2 CPP à des États étrangers en cas de corruption d'agents publics étrangers[2660]. Ces exemples sont révélateurs du phénomène de contournement qui est à l'œuvre, et qui revient à permettre à des entités ne satisfaisant pas les conditions de l'art. 115 CPP de participer malgré tout à la procédure pénale. Ce faisant, ces autorités exercent une forme d'action pénale qui ne dit pas son nom, à mi-chemin entre celle, principale, du ministère public et celle, accessoire, du lésé constitué partie plaignante.

1128 À noter que dans un arrêt de principe récent, le Tribunal fédéral a pu éviter de trancher la délicate question de l'ampleur des droits reconnus aux autorités au sens de l'art. 104 al. 2 CPP, en retenant qu'en l'espèce, l'autorité concernée (l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays) était de toute manière touchée comme un privé au sens de la jurisprudence sur la qualité de lésé de l'État[2661]. Le malaise face au risque de dévoiement de l'action publique causé par cette forme de lésé étatique transparaissait toutefois assez clairement de l'arrêt cantonal[2662].

1129 La situation n'est pas fondamentalement différente s'agissant de la qualité pour recourir fondée sur les art. 381a CPP et 81 al. 2 LTF, à ceci près que les autorités seront ici probablement dispensées de l'exigence de *«Beschwer»* et n'auront dès lors pas à être directement touchées par le jugement en cause, contrairement à ce qui vaut normalement pour la partie plaignante (art. 382 al. 1 CPP et 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF)[2663]. Or, bien qu'il ne soit théoriquement pas exclu qu'elles puissent interjeter recours en faveur du prévenu *(pro Adressat)*, à la manière du ministère public (cf. art. 381 al. 1 CPP)[2664], on ne se fait guère d'illusions sur le fait qu'en pratique, leurs recours s'exer-

[2658] Cf. en *droit français* MARIAT, Action civile, p. 188.

[2659] TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.2.1 [f], qui relève que les motifs à l'appui de la modification de la loi sur l'action sociale vaudoise se réfèrent à un arrêt du TF, rendu dans un cas fribourgeois, qui avait nié la qualité de lésé au service concerné (TF, 1B_669/2021, 8.3.2022).

[2660] CAPUS/MBIYAVANGA, p. 53; cf. aussi PERRIN, Corruption, p. 399, pour le dénonciateur.

[2661] TF, 7B_540/2023, 6.2.2025, c. 6.3.2 et 6.4 [d] n.p. in ATF 151 IV 228 pour une infraction à l'art. 51 LAP.

[2662] OGer BE, SK 2020 440, 3.6.2022, c. 7.3 p. 42: «*Aufgrund der ausdrücklichen Legitimationsnorm von Art. 56 LVG könnte einerseits argumentiert werden, dass die Anforderungen an die Geschädigteneigenschaft des Staats durch diese Bestimmung herabgesetzt werden und der Staat dadurch bei einer Verletzung* aller *von Art. 49 ff. LVG geschützten Rechtsgüter grundsätzlich zu einer Privatklage legitimiert ist, auch wenn damit nur öffentliche und nicht persönliche Interessen beeinträchtigt wurden*».

[2663] Et pour le ministère public devant le TF: ATF 151 IV 98 c. 1.2.1 s.

[2664] Cpr. TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.4.2 [f]: «à charge ou à décharge»; cpr. aussi WYSS KARL-MARC, Behördenbeschwerde im Opferhilferecht, sui generis 2024 155 ss.

ceront en défaveur du prévenu. Outre l'inévitable rallongement de la procédure, ce droit de recours spécial augmente donc naturellement les risques de condamnation pénale.

Le fait que ces autorités soient admises à la procédure essentiellement en raison de leurs *connaissances techniques* dans leurs domaines de compétences ne justifie pas une telle bienveillance à leur égard: si le ministère public ou le juge du fond estime nécessaire d'avoir recours à leur expertise ou des pièces de leur dossier (administratif), il peut recourir à l'entraide judiciaire (art. 44 et 194 CPP)[2665] ou, justement, mandater un expert (art. 182 ss CPP), qui peut être un membre de l'autorité en question[2666]. La mission d'assurer une application uniforme de la loi est déjà confiée au ministère public, qui est chargé de poursuivre ces infractions et qui est responsable de l'exercice uniforme de l'action publique (cf. art. 16 al. 1 CPP). 1130

La tendance est toutefois à un usage toujours plus grand des possibilités offertes par le CPP de créer de telles parties *ad hoc*, des normes d'habilitation spécifiques accompagnant désormais quasi systématiquement les dispositions pénales (elles-mêmes toujours plus nombreuses) de droit pénal accessoire. Ce phénomène bénéficie tout de même d'une légitimité démocratique, à tout le moins pour l'art. 104 al. 2 CPP qui exige une base légale dans une loi au sens formel. Face à cette réalité, et afin d'éviter des dérives, il nous paraît indispensable *d'interpréter strictement* les conditions de l'art. 104 al. 2 CPP – et de la norme d'habilitation spéciale –, conformément au «principe de la légalité du droit de la procédure pénale», qui vaut pleinement en la matière compte tenu de l'impact négatif que l'admission de l'autorité en qualité de partie est susceptible d'avoir sur la situation procédurale du prévenu[2667]. À défaut, ce dernier court le risque de devoir affronter, outre le ministère public et un éventuel lésé à proprement parler, un second lésé, voire un second procureur, mais déguisé en autorité. 1131

IV. Synthèse

Ce chapitre a été l'occasion de revenir sur la situation, loin d'être anecdotique en pratique, dans laquelle l'État ou une autre personne morale de droit public revendique la qualité de lésé. Cette configuration doit se résoudre à l'aide de la condition de l'atteinte personnelle au bien juridique. La jurisprudence adopte sur ce point une approche restrictive, qui a été décomposée en trois arguments: l'État souverain ne peut pas être simultanément titulaire du bien juridique dont il a la charge; sur un plan institutionnel, ses intérêts en procédure pénale sont déjà défendus par le ministère public, ce qui assure une bonne distribution des pouvoirs; sur un plan fonctionnel, l'État ne peut pas exercer utilement les droits du lésé constitué partie plaignante, que ce soit sur le 1132

[2665] Cf. ATF 149 IV 352 c. 1.3.2.

[2666] BRANDENBERGER, p. 226; CR CPP-VUILLE, Art. 183 N 23 et 24.

[2667] *Contra:* TC VD, CREP 29.9.2023/660, c. 2.2.2 et s. (confirmé sans que ce point ne soit apparemment contesté in TF, 7B_852/2023, 1.7.2024, c. 3.3 [f]), qui refuse d'appliquer la *lex mitior* (art. 2 al. 2 CP) s'agissant d'une règle cantonale de nature procédurale reconnaissant la qualité de partie à un département, en cas d'infraction poursuivie d'office.

plan pénal – l'État n'est généralement pas touché dans ses droits de la personnalité – ou civil – l'État ne peut pas élever des prétentions de droit public par adhésion à la procédure pénale.

1133 Aucun de ces trois arguments ne s'est avéré pleinement convaincant : la notion de souveraineté est floue et peut s'entendre de toute activité étatique tendant à la réalisation d'une tâche publique, ce qui s'avérerait trop restrictif. La position privilégiée qu'occupe le ministère public dans le CPP n'est pas affaiblie par la reconnaissance d'une autorité relevant du pouvoir exécutif en qualité de lésé. Enfin, le fait que l'État dispose déjà des facilités du droit public pour obtenir la restitution de prestations n'exclut pas qu'il puisse demander, en parallèle, la réparation de son dommage fondé sur un acte illicite.

1134 Compte tenu de ces difficultés, nous avons préféré renverser la perspective et nous concentrer sur l'exception au principe, qui admet la qualité de lésé de l'État lorsque ce dernier est touché comme un privé. Cette expression est ancienne et se retrouve encore aujourd'hui en droit public, qui peut servir de source d'inspiration. Sur cette base, nous avons proposé la distinction suivante : l'État peut être touché de façon identique *(gleich)* à un privé, ce qui sera le cas lorsque l'infraction – de droit commun – en cause ne fait aucune distinction, dans son champ d'application, entre personnes privées et personnes publiques, par exemple pour les infractions contre le patrimoine ou la violation de domicile. L'État peut aussi être touché de façon similaire *(ähnlich)* à un privé, ce qui sera le cas lorsque l'infraction en cause, bien que protégeant un bien juridique dont seul l'État peut être titulaire, présente néanmoins une structure qui s'approche d'infractions protégeant des biens juridiques individuels. Tel est notamment le cas de la gestion déloyale des intérêts publics (par rapport à la gestion déloyale) et de la corruption d'agents publics (par rapport à la corruption privée).

1135 Toutefois, la reconnaissance de l'État comme lésé demeure limitée à des cas exceptionnels, ce qui a conduit à la mise en place de moyens alternatifs permettant à des entités étatiques de contourner la rigueur de la jurisprudence actuelle et d'intervenir dans la procédure pénale sous une autre forme. Il s'agit en particulier de la possibilité, pour certaines autorités, de se voir reconnaître la qualité de partie *ad hoc* (art. 104 al. 2 CPP) ou, plus récemment, de bénéficier de droits de recours spécifiques (art. 381a CPP et art. 81 al. 2 LTF). Ces mécanismes confèrent aux (nombreuses) autorités concernées des prérogatives souvent équivalentes à celles d'un lésé constitué partie plaignante, voire d'un second ministère public. Cette évolution, justifiée par de prétendus impératifs techniques, interroge quant à son impact sur les droits du prévenu et l'équilibre général du procès pénal. Elle rend nécessaire une interprétation d'autant plus stricte des conditions d'admission de ces autorités en qualité de partie *sui generis*.

Chapitre 7 : **Atteinte directe au bien juridique**

Après l'aspect personnel que nous venons d'examiner, la seconde grande caractéristique de l'atteinte au bien juridique est son caractère direct ou immédiat. Dans ce chapitre, nous verrons d'abord que cette condition renvoie à un rapport de causalité directe devant exister entre l'atteinte au bien juridique du lésé et l'infraction **(I.)**. Nous montrerons ensuite que ce caractère direct permet d'exclure du cercle des lésés les personnes ayant subi une atteinte trop éloignée de l'infraction, que ce soit par ricochet, par succession, de manière diffuse ou encore par des actes subséquents **(II.)**. Le caractère direct de l'atteinte suppose de se poser la question de la typologie de l'infraction, et de distinguer entre les infractions de lésion, de mise en danger concrète ou de mise en danger abstraite, matérielles, formelles, ainsi que les tentatives d'infraction **(III.)**. À la manière de ce que nous avons vu dans le chapitre précédent pour la qualité de lésé de l'État et l'atteinte personnelle, il existe en la matière une forme de lésé particulière, en droit de la confiscation, qui est susceptible de remettre en question les principes généraux de l'atteinte directe **(IV.)**. Nous terminerons enfin par une synthèse générale de la troisième partie **(V.)**. 1136

I. Atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction

A. Rappel : seconde caractéristique de l'atteinte *(« … directement… »)*

Comme nous l'avons défendu dans la deuxième partie de cette thèse[2668], l'adverbe «directement» (*« unmittelbar »*; *« direttamente »*) figurant à l'art. 115 al. 1 CPP qualifie le rapport de causalité devant exister entre l'atteinte au bien juridique du lésé et l'infraction. Par infraction, il faut comprendre ici le comportement concrètement reproché à l'auteur *(strafbare Handlung)*. Il est donc nécessaire que le comportement adopté par l'auteur ait directement atteint le lésé dans l'un de ses biens juridiques. Selon PERRIER DEPEURSINGE, «[l]'atteinte doit constituer une conséquence directe de l'acte criminel»[2669]. Plutôt que de parler d'atteinte directe, il est aussi possible d'utiliser l'expression d'atteinte *immédiate*, qui correspond mieux à l'adverbe *« unmit-* 1137

[2668] Cf. N 406 ss *supra*.
[2669] CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13.

telbar » de la version allemande et souligne l'exigence d'une certaine proximité, ou concomitance, entre l'acte de l'auteur et l'atteinte au bien juridique du lésé. Le lésé immédiat est celui qui subit *au plus près* les conséquences de l'infraction.

1138 Nous avons vu que le Tribunal fédéral exigeait également, dans ses arrêts en français et en italien sur l'art. 115 al. 1 CPP, une « atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie »[2670]. Logiquement, cette condition se retrouve dans la doctrine romande[2671], alors qu'elle n'est pas reprise par la jurisprudence ni par la doctrine alémaniques, pour qui l'adverbe *« unmittelbar »* se rapporte avant tout au champ de protection de l'infraction, comprise au sens abstrait de l'énoncé légal *(Straftatbestand)*[2672]. Pour notre part, nous préférons parler dans ce dernier cas d'atteinte *personnelle*, qui est donnée lorsque le lésé est titulaire d'un bien juridique protégé par l'infraction, comme nous l'avons vu au chapitre précédent. Reste désormais à voir à quoi correspond ce rapport de causalité directe comme condition à part entière de la notion de lésé.

B. Pas de « concours d'éléments supplémentaires »

1139 Cette notion de rapport de causalité directe dans la définition du lésé en procédure pénale existait déjà bien avant l'entrée en vigueur du CPP. On la retrouve sous la forme suivante dans l'un des premiers arrêts du Tribunal fédéral sur la qualité de lésé (non publié), rendu en 1987 :

> *« Eine mittelbare Beeinträchtigung, die erst durch das Hinzutreten weiterer Elemente, z.B. durch eine Schadenersatzpflicht gemäss Vertrag oder Gesetz eintritt, begründet hingegen keine Geschädigten-Stellung »*[2673].

1140 Une atteinte n'est dès lors plus directe lorsqu'elle ne survient qu'avec le concours d'éléments supplémentaires *(« das Hinzutreten weiterer Elemente »)*, la Haute Cour prenant l'exemple d'une obligation de réparer le dommage qui résulterait d'un contrat ou de la loi. De manière plus générale, la position de lésé doit être niée à chaque fois que l'atteinte au bien juridique ne survient pas en raison du comportement concrètement reproché à l'auteur, mais en raison d'un autre acte.

[2670] ATF 147 IV 269 c. 3.1 ; TF, 7B_60/2022, 21.1.2025, c. 3.2.1 [f ; 5 juges] ; 7B_11/2023, 27.9.2023, c. 3.2.1 [f] ; 1B_537/2021, 13.1.2022, c. 2.1 [f] ; 6B_255/2022, 22.3.2022, c. 2.2 [i] ; 1B_108/2021, 17.2.2022, c. 2.2 [i] ; 1B_560/2021, 10.12.2021, c. 2.4 [i] in SJ 2022 304. Cf. ég. ATF 141 IV 1 c. 3.1. Cf. ég. N 401 *supra.*

[2671] PC CPP, Art. 115 N 2 ; CAPUS/MBIYAVANGA, p. 47 ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 12 ss ; GARBARSKI, SJ 2017, p. 126 ; GARBARSKI, RPS 2012, p. 164.

[2672] WEILENMANN, N 274 ; NYDEGGER, p. 61 s. ; ECHLE, Adhäsionsklage, p. 18 ss ; BOMMER, Überblick, p. 185 s. ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 21 s. et 42 (cf. toutefois N 26 et 28) ; BSK BGG-THOMMEN, Art. 81 N 48 ; DONGOIS/LUBISHTANI, p. 172.

[2673] TF, arrêt n.p. du 11.8.1987 dans la cause W.J., c. 2 [d], en référence à HAUSER ROBERT, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2e éd., Bâle 1984, p. 82 et PIQUEREZ GÉRARD, Précis de procédure pénale suisse, Lausanne 1987, p. 265 s. ; la formule se retrouve encore aujourd'hui chez OBERHOLZER, Grundzüge, N 665.

Cette situation a pu être illustrée quelques années plus tard, dans un autre arrêt du Tribunal fédéral sur la notion de lésé en procédure pénale thurgovienne, cette fois-ci publié au recueil officiel[2674]: il était reproché à un apprenti d'avoir pris part à des débordements survenus devant le lieu de culte d'une communauté religieuse et qui avaient occasionné d'importants dégâts matériels. Le prévenu lui-même n'avait fait que jeter par terre une bouteille de verre vide, qui s'était brisée sur le trottoir, sans faire de dégâts. Il avait été reconnu coupable d'émeute (art. 260 CP) et condamné à payer l'entier des dommages subis par la communauté religieuse et d'autres lésés, chiffrés à plusieurs milliers de francs. Saisi d'un recours sur ce dernier point, le Tribunal fédéral a donné raison à l'apprenti et nié la qualité de lésé des intéressés. Il a d'abord examiné le champ de protection de l'art. 260 CP et retenu que l'unique bien juridique protégé était la paix publique, le patrimoine bénéficiant déjà d'une protection suffisante au travers de l'art. 144 al. 2 CP[2675]. 1141

Le Tribunal fédéral aurait pu s'arrêter là et nier toute atteinte personnelle aux biens juridiques des intéressés. Il a toutefois décidé de poursuivre son raisonnement sur la question du caractère direct de l'atteinte patrimoniale subie par ces derniers. Il a considéré que cette atteinte ne découlait pas directement *(«unmittelbar»)* du comportement concrètement reproché au prévenu – prendre part à une émeute en lançant une bouteille au sol –, mais qu'elle n'était survenue que par le concours d'éléments supplémentaires *(«ein Hinzutreten weiterer Elemente»)*[2676]. Le Tribunal fédéral de conclure que cette atteinte n'était pas en rapport de causalité directe *(«unmittelbar kausal»)* avec les faits reprochés au recourant, de sorte que les intéressés ne disposaient pas de la qualité de lésé et devaient être renvoyés à agir par la voie civile[2677]. 1142

> À noter que c'est ce même arrêt qui consacre la première formule ambiguë du Tribunal fédéral sur la qualité de lésé en présence d'infractions protégeant des biens juridiques collectifs (cf. N 948 *supra*). La manière dont cette formule est ensuite appliquée dans la mineure (c. 2b) montre bien qu'elle ne peut que désigner le rapport de causalité directe entre l'atteinte au bien juridique du lésé et l'acte reproché au prévenu (atteinte directe), tandis que la problématique des biens juridiques collectifs concerne avant tout le périmètre de protection de l'infraction (atteinte personnelle).

Bien que, depuis l'entrée en vigueur du CPP, le Tribunal fédéral se refuse à reprendre cette notion de «rapport de causalité directe» dans ses considérants-types en allemand sur l'art. 115 CPP, on la retrouve quand même dans la mineure de certains arrêts de principe, par exemple à l'ATF 141 IV 454, qui traite de la qualité de lésé par rapport à l'infraction de rixe (art. 133 CP): dans cet arrêt, la Haute Cour a considéré que l'atteinte à l'intégrité corporelle dont se prévalait le recourant résultait directement *(«direkt»)* de l'altercation, sans le concours d'éléments supplémentaires *(«ohne das Hin-* 1143

[2674] ATF 117 Ia 135.

[2675] À l'époque: art. 145 al. 1bis aCP. Cf. ATF 117 Ia 135 c. 2b. Cf. N 659 s. *supra* sur la compatibilité de ce type d'argument avec le caractère fragmentaire du droit pénal.

[2676] ATF 117 Ia 135 c. 2b, soit une formulation identique à celle de l'arrêt n.p. cité plus haut.

[2677] ATF 117 Ia 135 c. 2c. Plus exactement: les tribunaux cantonaux avaient fait une application arbitraire du droit de procédure pénale thurgovien en admettant la qualité de lésé des intimés.

zutreten weiterer Elemente»), de sorte qu'elle était la conséquence directe de l'infraction de rixe en question[2678].

1144 Les similitudes que présentent ces formules avec la distinction entre dommage direct *(unmittelbar)* et dommage indirect *(mittelbar)* en droit de la responsabilité civile sont frappantes. Pour rappel[2679], cette distinction est fonction de *l'intensité du lien de causalité* existant entre le comportement litigieux et le dommage: alors que le dommage direct découle directement de l'atteinte, le dommage indirect est causé par le «concours de causes supplémentaires» *(«Hinzutreten weiterer Schadensursachen»)*, de sorte qu'il n'apparaît plus que comme une conséquence éloignée du fait dommageable initial. En droit privé, le but de cette distinction est de fixer une limite raisonnable au-delà de laquelle le dommage n'est plus digne d'être réparé[2680]. Dans la conception pénaliste du lésé qui a cours aujourd'hui en procédure pénale, le dommage a seulement été remplacé par l'atteinte au bien juridique, de sorte que c'est le cercle des lésés qui s'en trouve limité, mais l'idée de base est restée la même[2681].

1145 Précisons encore qu'une notion similaire se retrouve dans le recours en matière pénale de la partie plaignante au Tribunal fédéral, qui n'est ouvert que si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF). Bien qu'elle ne figure pas dans le texte de la loi, la jurisprudence a posé l'exigence selon laquelle les prétentions invoquées doivent découler *directement* de l'infraction; cela permet d'exclure les prétentions qui n'en sont qu'une conséquence indirecte, car trop éloignée, comme les frais liés aux démarches judiciaires ultérieures de la partie plaignante[2682], ou les frais qui seraient de toute façon survenus sans la commission de l'infraction[2683]. Le même raisonnement semble valoir pour l'interprétation de la notion de «conclusions civiles déduites de l'infraction» à l'art. 122 al. 1 CPP[2684], même si une partie de la doctrine se satisfait ici d'un simple lien de *connexité* entre l'état de fait constitutif d'une infraction et les conclusions civiles, soit une notion qui paraît plus large qu'un rapport de causalité directe[2685]. Nous avons toutefois vu, au moment d'examiner ci-dessus la conception pénaliste du lésé dans le CPP, que le

[2678] ATF 141 IV 454 c. 2.3.2.

[2679] Cf. N 394 *supra*.

[2680] Ou alors à des conditions plus strictes (cf. pour l'art. 208 al. 3 CO: dommage indirect réparable en l'absence de faute). Sur cette «limite raisonnable», cf. déjà TERCIER, Préjudice réfléchi, p. 253 s.

[2681] Voir déjà en procédure zurichoise HAURI, p. 50 s.

[2682] TF, 6B_51/2018, 11.4.2018, c. 2.1 [f]: frais d'avocat; Comm. LTF-DENYS, Art. 81 N 53; GARBARSKI, SJ 2017, p. 147.

[2683] TF, 6B_103/2021, 26.4.2021, c. 1.6 [f]: frais en vue de créer une *«joint venture»*.

[2684] ATF 148 IV 432 c. 3.1.2, 3.2.2 et 3.2.3; cf. aussi TF, 6B_797/2023, 29.11.2023, c. 10.1 et 10.3 [f]: lien seulement indirect entre les frais engagés contre des procédures ultérieures et les faits constitutifs de l'infraction; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 17; BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 28, 65 ss; SCHAFFNER, Legitimation, p. 32. Sur le lien avec l'art. 81 al. 1 let. b LTF: Comm. LTF-DENYS, Art. 81 N 53.

[2685] Explicites: WEILENMANN, N 211; GRAF, Zivilrecht, N 23; cf. aussi BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 119 N 12 (par rapport à la causalité adéquate).

bien juridique permettait également de limiter les prétentions que le lésé pourra déduire en justice, à tout le moins par adhésion à la procédure pénale[2686].

Cette exigence liée au caractère direct se retrouve également dans le régime permettant à un tiers de demander à l'État une indemnité pour réparation des dommages subis en raison d'actes de procédure (art. 434 CPP)[2687]. En droit pénal matériel, relevons que le caractère «imminent» de l'attaque pour la légitime défense (art. 15 CP), du danger pour l'état de nécessité (art. 17 CP), voire du danger de mort pour la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) implique à chaque fois un élément d'immédiateté[2688], qui disparaît ou s'atténue lorsque «s'interposent ou surviennent des actes ou d'autres éléments extérieurs»[2689] soit une formulation qui se rapproche de celle valant pour l'art. 115 CPP. On retrouve ce caractère direct en droit de la confiscation (art. 70 CP), s'agissant du lien entre l'infraction et l'obtention des valeurs patrimoniales, même si la pratique se satisfait d'un lien seulement indirect entre ces deux éléments[2690]. 1146

C. Proximité spatio-temporelle avec l'infraction

La notion de rapport de causalité directe entre l'infraction et l'atteinte au bien juridique du lésé revient à exiger une certaine intensité ou une certaine *proximité* entre ces deux éléments, laquelle peut intervenir sur deux plans: dans l'espace et dans le temps[2691]. Cette approche s'avère cohérente avec le sens usuel donné à l'adverbe *unmittelbar* en allemand, qui se traduit en français par le terme *immédiatement* et signifie *«ohne räumlichen oder zeitlichen Abstand, ohne vermittelndes Glied»*[2692]. 1147

Sur un plan *spatial*, cette idée de proximité entre l'infraction et l'atteinte au bien juridique permet d'exclure les atteintes que subissent d'autres personnes que celle immédiatement visée par le comportement de l'auteur. Ces tiers ne sont touchés qu'en raison de la relation qu'ils entretiennent avec le lésé direct, mais c'est justement en raison de cet éloignement par rapport au lésé direct que la qualité de lésé doit leur être niée. Cet éloignement dans l'espace peut aussi exister par rapport à une personne morale: dès lors que notre ordre juridique lui reconnaît une personnalité juridique propre, il admet son existence distincte et considère donc qu'elle ne se confond pas avec les personnes qui l'ont fondée, qui détiennent ses actions ou qui entrent en relation juridique 1148

[2686] Cf. N 748 ss *supra*.
[2687] TF, 7B_12/2022, 13.3.2024, c. 3.2-3.5 [d].
[2688] Cf. N 411 *supra*.
[2689] ATF 147 IV 297 c. 2.4 (art. 17 CP); 106 IV 12 c. 2a (art. 129 CP), qui ajoute que ces interventions extérieures doivent augmenter de façon réellement déterminante la probabilité de la réalisation du danger de mort; TF, 6B_418/2021, 7.4.2022, c. 5.1 [f].
[2690] Cf. BURGENER, N 85, et les nombreuses références citées.
[2691] Dans le même sens, cf. MAZZUCCHELLI, p. 218: *«spazialmente e temporalmente»*.
[2692] Cf. la définition du Duden reprise in ATF 133 III 257 c. 2.1 (arrêt des perroquets); cf. aussi HONSELL, p. 154 s.; BSK OR I-HONSELL, Art. 208 N 7 et 8. Cf. aussi en droit américain l'arrêt cité par BELOOF et al., p. 56, qui parle de *«intervening actor»* et de *«temporal separation»*.

avec elle. On retrouve ici certaines similitudes avec une autre distinction classique du droit de la responsabilité civile, celle entre le dommage propre ou immédiat *(direkt)* et le dommage réfléchi ou par ricochet *(indirekt)*, selon que le dommage est subi par la victime ou par une tierce personne qui se trouve dans une relation particulière avec celle-ci[2693]. C'est aussi à l'aune du critère de l'atteinte directe que l'on doit examiner la situation des atteintes diffuses, soit lorsque l'auteur s'en prend à un groupe indéterminé de personnes, sans en viser une en particulier; l'atteinte est alors ressentie en raison de la seule appartenance au groupe, et non parce qu'elle était dirigée directement contre l'un de ses membres.

1149 Sur un plan *temporel*, la proximité entre l'infraction et l'atteinte portée au bien juridique suppose que la première ait immédiatement causé la seconde, sans que des éléments supplémentaires ne soient venus s'intercaler entre-temps. On considère ici les faits intervenus dans la période séparant les deux extrémités de la chaîne causale, soit l'acte et l'atteinte au bien juridique. Ce critère permet d'exclure du cercle des lésés les personnes qui font valoir une atteinte qui ne résulte pas directement du comportement reproché à l'auteur, mais de démarches ultérieures à celui-ci. Certes, ces démarches n'auront bien souvent été rendues possibles qu'en raison de l'infraction initiale. Dès lors toutefois que celle-ci est consommée *(vollendet)* ou s'est achevée *(beendet)*[2694] sans qu'une atteinte ne soit portée aux biens juridiques du lésé, les actes postérieurs ne doivent pas être pris en considération, à moins bien sûr qu'ils constituent en eux-mêmes de nouvelles infractions pénales. En présence de délits matériels *(Erfolgsdelikte)*[2695], cette proximité temporelle se confond la plupart du temps avec la condition de la causalité adéquate (ou rapport d'imputation objective) entre le comportement de l'auteur et le résultat typique[2696].

> Dans ces cas, le rapprochement entre rapport de causalité directe et rapport de causalité adéquat est fondé sur les points suivants: (1) le fait que la causalité adéquate puisse être interrompue par un acte, notamment le fait du lésé ou du tiers, qui s'impose comme la cause «la plus probable et la plus immédiate» de l'atteinte[2697]; (2) le fait que la causalité adéquate ne couvre que les résultats s'inscrivant dans le but de protection de la norme

[2693] Cf. BK OR-BREHM, Art. 41 N 20 ss; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 14; WEILENMANN, N 313; GARBARSKI/MUSKENS, p. 125; cf. déjà TERCIER, Préjudice réfléchi, p. 242, 244. Voir aussi ATF 122 II 118 c. 5e, en référence à la terminologie de droit français.

[2694] Expression qui recouvre les cas de réalisation du dessein spécial prévu par certaines infractions, même si l'infraction est déjà consommée auparavant. Cf. aussi N 1272 *infra*.

[2695] Sur les délits matériels, cf. N 614 *supra* et surtout N 1279 ss *infra*.

[2696] Sur ces notions, cf. HURTADO POZO/GODEL, N 393 ss, 398 s., 869 ss; DYENS, N 419 s.; FREI, N 76 ss; CR CP I-CORBOZ/VILLARD, Art. 12 N 186 ss, 192 ss; CR CP II-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 111 N 6 ss; ETIER/STRÄULI, p. 42 ss; cf. ég. FREI MIRJAM, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, thèse Zurich, Genève/Zurich/Bâle 2010; ATF 142 IV 237 c. 1.5; TF, 6B_1002/2021, 3.10.2022, c. 3.3.1 [f]; pour *l'Allemagne*, voir ROXIN/GRECO, § 11 N 1 ss.

[2697] Étant précisé que ce facteur interruptif doit revêtir un caractère imprévisible et reléguer à l'arrière-plan le comportement de l'auteur, cf. ATF 133 IV 158 c. 6.1; 131 IV 145 c. 5.2; TF, 6B_1371/2017, 22.5.2018, c. 1.4 [f].

de prudence violée[2698]; et (3) certains arrêts civils qui se fondent sur la longueur de la chaîne causale dans le temps pour nier le caractère adéquat du lien de causalité[2699].

De manière générale, ce rapport de causalité directe en procédure pénale est moins une notion juridique qu'un critère pragmatique ayant été développé par la pratique afin d'exclure du cercle des lésés certaines catégories de personnes, dont on estime qu'elles n'ont pas (ou pas suffisamment) «souffert» de l'infraction[2700]. L'atteinte qui leur a été causée doit ainsi être rangée parmi les «inconvénients inévitables de la vie en société»[2701]. Par certains aspects, cette notion de causalité directe s'entend de manière plus restrictive que celle de causalité naturelle et adéquate qu'on retrouve habituellement en droit privé et en droit de la responsabilité civile[2702]. Le lésé en procédure pénale est, sur ce point aussi[2703], compris dans un sens différent que le lésé civil, en raison des buts différents du droit pénal (répressif et préventif) et du droit de la responsabilité civile (réparateur). Cela explique que certains lésés civils ne soient pas admis comme lésés pénaux, faute de présenter une atteinte en lien de causalité directe avec l'infraction. 1150

D. Perspective de droit comparé

Nous avons déjà vu, en lien avec l'atteinte personnelle, que les droits allemand et français approchaient la problématique du champ de protection de l'infraction de façon similaire au droit suisse. Un constat analogue peut être fait à propos de la condition de l'atteinte directe dans les ordres juridiques voisins, même si, sur ce point également, les solutions ne sont jamais rigoureusement identiques. 1151

1. Approche similaire en droit allemand

En Allemagne, pour rappel, le législateur a introduit en 2021 une disposition contenant une définition légale du lésé, qui est également fondée sur l'adverbe *unmittelbar*: *«Im Sinne dieses Gesetzes sind Verletzte diejenigen, die durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben»* (§ 373b al. 1 StPO/D). 1152

[2698] CR CPI-CORBOZ/VILLARD, Art. 12 N 190; ROXIN/GRECO, § 11 N 84 ss.

[2699] ATF 142 III 433 c. 4.5, 4.6, 4.8, au sujet d'un homme ayant développé, plusieurs mois après un accident de circulation ayant grièvement blessé sa femme, un trouble somatoforme en raison des soins qu'il avait dû lui apporter (critique: KRAMER, p. 626 ss).

[2700] Cf. déjà AUBERT, p. 618 s., à propos de l'art. 7 aCPP/GE du 7.12.1940, qui ouvrait l'action civile à ceux qui avaient «souffert» du dommage. Cf. aussi ATF 78 IV 241 c. 2.

[2701] Cf. TERCIER, Préjudice réfléchi, p. 254, en droit de la responsabilité civile.

[2702] Cf. déjà HAURI, p. 51. Ainsi, certaines atteintes qualifiées d'indirectes ou par ricochet en procédure pénale pourraient se trouver en lien de causalité naturelle et adéquate en droit de la responsabilité civile: GARBARSKI/MUSKENS, p. 126 (actionnaires); en *droit français*, cf. MARTINELLE, N 432; pour le droit de la responsabilité civile en général, cf. NUSSBAUMER-LAGHZAOUI, Responsabilité, p. 405.

[2703] Cf. déjà N 391 ss *supra*, sur la distinction entre dommage et bien juridique par rapport au terme «droits» de l'art. 115 al. 1 CPP.

1153 Une partie de la doctrine considère que le terme *« unmittelbar »* est, dans ce cadre, superflu et propose à la place un examen fondé uniquement sur le champ de protection *(Schutzbereich)* de la norme[2704]. Toutefois, une autre partie de la doctrine soutient que le critère de la *« Unmittelbarkeit »* doit permettre d'exclure du cercle des lésés les sociétaires et actionnaires d'une personne morale lorsque celle-ci est touchée par l'infraction[2705], ce qui correspond à l'idée de proximité spatiale évoquée ci-dessus.

1154 Par ailleurs, l'introduction d'une définition du lésé en droit de procédure pénale allemand visait à mettre en œuvre, au niveau national, la Directive européenne 2012/29/UE sur les droits des victimes[2706] ; pour le législateur allemand, la condition de l'atteinte immédiate au bien juridique *(« die unmittelbare Rechtsgutsverletzung durch die Tat »)* correspond à la définition de la victime à l'art. 2 al. 1 let. a ch. i) de la Directive, basée sur « un préjudice […] qui a été directement causé par une infraction pénale »[2707]. Or, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) interprète le terme « directement » de la Directive comme exigeant un « lien causal direct » entre l'infraction et le préjudice dont se prévaut la victime[2708]. Les juridictions anglaises en font une lecture similaire[2709]. La situation présente ainsi certaines similitudes avec le rapport de causalité directe examiné ci-dessus en lien avec l'art. 115 al. 1 CPP.

2. Approche similaire en droit français

1155 En *France*, où l'examen de la qualité de lésé se fait traditionnellement en lien avec l'action civile exercée au pénal (cf. art. 2 CPP/F), une partie de la doctrine pénaliste estime que la condition du dommage direct (ou « dommage directement causé par l'infraction ») renvoie à un lien de causalité directe avec l'infraction, en ce sens que le préjudice réparable doit être celui qui est prévu par le texte d'incrimination et qui correspond au résultat infractionnel[2710]. Cette conception suppose une proximité spatio-temporelle entre l'infraction et le préjudice[2711].

[2704] Cf. N 811 *supra* et les références citées.

[2705] ROXIN/SCHÜNEMANN, § 41 N 6 et la nbp 3.

[2706] Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25.10.2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, Journal 2012 L 315/57. Le 11.5.2020, la Commission européenne a rendu un rapport sur sa mise en œuvre au sein des États membres (cf. à ce propos LUDWICZAK GLASSEY MARIA/WAHL THOMAS, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2020), SRIEL 2021 647 ss).

[2707] *Bundestags-Drucksache* 19/27654, 17.3.2021, p. 100 ; cf. aussi BayObLG, 18.08.2022, 102 A 68/22, point 35.

[2708] CJUE, 12.7.2012, C-79/11 (Maurizio Giovanardi e.a.), N 46 et 47. En l'occurrence, ce lien a été nié par rapport à une infraction de nature administrative reprochée à une personne morale, soit une infraction distincte de celle ayant causé les préjudices dont la réparation était demandée.

[2709] *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, R (on the application of Privacy International) v Revenue and Customs Commissioners [2014] EWHC 1475 (Admin), N 92 et 100 ss.

[2710] PRADEL/VARINARD, Grands arrêts pénal, p. 123 ; RABUT-BONALDI, p. 381 s. ; voir déjà MERLE/VITU, Procédure pénale, p. 101 ss ; pour un regard de *droit suisse* : AUBERT, p. 616.

[2711] RABUT-BONALDI, p. 391.

La jurisprudence de la Cour de cassation est moins affirmative. Par certains aspects, elle s'en tient à une conception stricte de ce lien de causalité directe et rejette par exemple l'action civile de l'assureur de la victime[2712] ou des associés d'une société victime d'abus de biens sociaux[2713]. Par d'autres aspects, toutefois, elle se montre beaucoup plus ouverte, en recevant l'action civile de victimes par ricochet ou indirectes, par exemple les proches de la victime de violences – que celle-ci ait perdu la vie ou ait survécu[2714] –, l'employé d'un magasin où a eu lieu un vol avec arme[2715] ou l'enfant né d'un viol commis par le père de sa mère[2716]. 1156

Cette indulgence par rapport au caractère direct du préjudice se retrouve dans une série d'arrêts récents rendus en matière de *terrorisme*: la Cour de cassation a ainsi admis la qualité de partie civile d'un homme ayant entrepris d'empêcher la course du camion-bélier lors des attentats de Nice, et qui en avait ressenti un grave traumatisme[2717], de même que celle d'une femme qui se trouvait sur la promenade des Anglais et, ayant entendu les cris de la foule et les coups de feu, a compris qu'un attentat était en cours et a sauté sur la plage quatre mètres en contrebas, se blessant à la tête[2718]. Un autre arrêt portait sur la condamnation pour recel de malfaiteurs du «logeur» qui avait mis son appartement à disposition des auteurs des attentats de Paris du 13 novembre 2015 au cours de leur fuite, retardant ainsi leur arrestation. La Cour de cassation a admis la qualité de partie civile des survivants de ces mêmes attentats, de leurs proches et des policiers intervenus sur les lieux, qui avaient été traumatisés par les scènes vécues et vivaient depuis dans la crainte d'être de nouveau atteints par les terroristes ou confrontés à eux, de sorte qu'ils pouvaient justifier d'un préjudice direct[2719]. En revanche, dans le même arrêt, les juges ont retenu que les dommages matériels subis par les locataires et les propriétaires de l'immeuble lors de l'assaut donné par les forces de l'ordre ne résultaient pas directement de l'infraction de recel de malfaiteurs, pas plus que le préjudice d'image invoqué par la ville de Saint-Denis[2720]. 1157

L'assouplissement de l'exigence du lien de causalité directe entre le préjudice et l'infraction s'explique ici par les particularités des attentats terroristes dits «de masse», caractérisés par une action criminelle ayant pour but de susciter la peur au sein de la population en causant la mort du plus grand nombre possible de personnes, dont la présence sur les lieux est le seul fait du hasard[2721]. On observe toutefois que la Cour 1158

[2712] Crim., 31.1.2023, n° 22-82.917; Crim., 26.3.1990, Bull. crim. 1990, n° 130; Crim., 26.12.1961, Bull. crim. 1961, n° 552.
[2713] Crim., 9.3.2005, Dr. pénal 2005, comm. n° 97.
[2714] Crim., 9.2.1989, Bull. crim. 1989, n° 63; cf. aussi Cass., Recueil annuel 2024, p. 19 s.
[2715] Crim., 17.5.1995, Bull. crim. 1995, n° 176.
[2716] Crim., 23.9.2010, Bull. crim. 2010, n° 139.
[2717] Crim., 15.2.2022, n° 21-80.264, Bull. crim. 2022, n° 2; cf. aussi Crim, 15.2.2022, n° 21-80.670, Bull. crim. 2022, n° 2. Pour une discussion, cf. MAYAUD, p. 332 ss.
[2718] Crim., 15.2.2022, n° 21-80.265, Bull. crim. 2022, n° 2; cpr. Crim., 11.4.2018, n° 17-82.818: le témoin
[2719] Crim., 15.2.2022, n° 19-82.651, Bull. crim. 2022, n° 2.
[2720] Crim., 15.2.2022, n° 19-82.651, Bull. crim. 2022, n° 2.
[2721] Cf. en ce sens l'avis de l'avocat général dans le pourvoi n° 21-80.264, ch. 3.1 et 3.1.4.

de cassation exige malgré tout que la personne concernée se soit crue directement exposée à une action homicide à large échelle, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle suit un mouvement de foule dont elle ignore la cause[2722], ou qu'elle est le témoin malheureux d'une des fusillades du 13 novembre 2015 sur une terrasse, sans toutefois s'être trouvée dans la trajectoire des tirs[2723]. La jurisprudence française a donc développé une série de conditions mêlant proximité géographique, exposition objective au danger et conscience subjective du danger pour arrêter la qualité de victime en matière terroriste[2724].

1159 On notera ici que le droit français conçoit les infractions terroristes (art. 421 ss CP/F) comme des infractions de droit commun, mais «colorées» au terrorisme, contrairement au droit suisse, qui punit l'organisation criminelle et terroriste (art. 260ter CP) comme une infraction-obstacle, de mise en danger abstraite, destinée à intervenir en amont des «actes de violence criminels» (al. 1 let. a ch. 1 et 2) projetés. Nous examinerons ci-dessous les conséquences d'une telle réglementation sur la qualité de lésé[2725].

1160 Au-delà de ces spécificités, une partie de la doctrine française récente, déjà présentée au moment d'examiner le caractère personnel de l'atteinte, croit discerner dans la jurisprudence de la Cour de cassation une tendance générale vers une acceptation plus large de la notion de préjudice direct, liée à une conception civile (et juridique) de la causalité, par opposition à la conception pénaliste (et matérielle) de la causalité qui est traditionnellement défendue en la matière[2726]. Cette position s'expliquerait par une séparation stricte et une autonomie entre l'action civile, d'une part, et l'action pénale dite privée, d'autre part[2727]. La première, à finalité purement réparatrice, se caractériserait par une définition souple du lien de causalité directe, permettant ainsi d'obtenir la réparation de préjudices qui étaient jusqu'alors qualifiés d'indirects. La seconde, à finalité purement répressive, serait réservée à la «partie lésée» (art. 1 al. 2 CPP/F), soit à la victime pénale de l'infraction, ayant été immédiatement touchée dans ses biens juridiques par celle-ci, ce qui suppose un lien de causalité beaucoup plus direct[2728]. Cette notion de victime pénale correspond à celle de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, fondée sur l'idée de proximité entre l'atteinte au bien juridique protégé et le comportement reproché à l'auteur.

[2722] Crim, 24.1.2023, n° 21-82.778, Bull. crim. 2023, n° 1.

[2723] Crim., 11.4.2018, n° 17-82.818, qui précise que le terroriste se trouvait de dos par rapport au témoin et que celui-ci, ayant compris ce qu'il se passait, s'était enfui et avait eu peur que le terroriste se retourne et tire dans sa direction.

[2724] Pour une analyse complète de ces critères, cf. Cass., Recueil annuel 2024, p. 32 ss.

[2725] Cf. N 1273 ss *infra*.

[2726] RABUT-BONALDI, p. 384 ss, spéc. 385 s., 391.

[2727] RABUT-BONALDI, p. 324 ss; LACAZE, Bien juridique, N 706. Cf. ég. CourEDH, Hamer c. France, 7.8.1996, n° 19953/92, § 74. Traditionnellement, l'action civile est présentée comme l'accessoire de l'action publique: MAYAUD, p. 333.

[2728] RABUT-BONALDI, p. 328 s. et 424.

II. Atteinte directe et lésés indirects

Le critère de l'atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction, qui doit se comprendre dans le sens d'une proximité spatio-temporelle, permet d'expliquer pourquoi certaines personnes sont qualifiées de «lésés indirects» et ne peuvent dès lors prétendre à la qualité de lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP. Les lésés indirects sont quand même «lésés» car ils subissent une atteinte dans leurs biens juridiques propres, qui sont généralement les mêmes que ceux protégés par l'infraction en cause. Seulement, cette atteinte ne se trouve pas (ou plus) en relation de causalité directe avec le comportement concrètement reproché au prévenu, d'où le qualificatif d'indirect, qui marque une certaine distance avec le lésé primitif, «victime première» de l'infraction[2729]. 1161

L'appellation «lésé indirect» doit être comprise comme un terme générique[2730], qui recouvre quatre catégories différentes de personnes: les lésés par ricochet, les successeurs du lésé, les lésés subséquents et les lésés diffus. 1162

A. Lésés par ricochet

Une première grande catégorie de lésés indirects regroupe les lésés touchés par ricochet, aussi dits lésés par contrecoup, effet réflexe ou encore de manière réfléchie (en allemand: *Reflexgeschädigte*), soit tous ceux qui subissent une atteinte en raison de leur relation avec le lésé initial[2731]. Une telle atteinte par ricochet est souvent présentée comme le contre-exemple par excellence du rapport de causalité directe exigé par l'art. 115 al. 1 CPP[2732]. 1163

Dans un tel cas, en effet, la proximité entre l'infraction et l'atteinte au bien juridique du tiers fait défaut. Ce dernier n'est touché qu'en raison de la relation qu'il entretient avec le lésé principal. L'atteinte subie par le lésé principal ne fait que se répercuter sur le tiers, ce qui marque une certaine distance – sur le plan spatial, voir temporel – par rapport à l'infraction, insuffisante pour retenir un rapport de causalité directe. On considère généralement comme de tels lésés par ricochet – ou «personnes satellites»[2733] – les personnes suivantes. 1164

[2729] Cf. en droit français DETRAZ, Notion textuelle, p. 73 s.

[2730] Dans le même sens pour le «dommage indirect» en droit de la responsabilité civile: GUYAZ, p. 128 nbp 1; TERCIER, Préjudice réfléchi, p. 242. Cf. toutefois CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13, qui semble considérer que les tiers indirectement touchés subissent nécessairement un dommage par ricochet, alors qu'il s'agit selon nous seulement d'une catégorie d'atteintes indirectes; cf. aussi ATF 140 IV 162 c. 4.9.5, qui distingue clairement successeurs du lésé et lésés par ricochet.

[2731] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 28; WEILENMANN, N 326. Cpr. la définition similaire du dommage réfléchi en droit de la responsabilité civile: cf. N 1148 *supra*.

[2732] ATF 147 IV 269 c. 3.1; cf. la phrase suivante: «Pour être directement touché, le lésé doit en outre subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, *ce qui exclut les dommages par ricochet*» (nous mettons en évidence), qui se retrouve dans de très nombreux arrêts (par ex. TF, 6B_996/2021, 31.5.2022, c. 1.1 [f]; cf. ég. N 399 *supra*).

[2733] Cf. en droit français DETRAZ, Notion textuelle, p. 74.

1. Actionnaires, associés, ayants droit économiques

a. Principe: séparation des patrimoines

1165 L'exemple classique de lésés par ricochet est celui des actionnaires, en présence d'une infraction commise au détriment de la société anonyme dont ils détiennent les actions. Cela suppose que l'infraction en question protège un bien juridique dont la société puisse être titulaire[2734], ce qui, en pratique, sera surtout le cas du patrimoine. Dans un tel cas, l'infraction – par exemple un abus de confiance (art. 138 CP), une escroquerie (art. 146 CP) ou une gestion déloyale (art. 158 CP) – aura directement touché le patrimoine de la société. Les actionnaires, pour leur part, n'auront subi qu'une atteinte par ricochet, sous la forme d'une diminution de la valeur de leurs actions ou de leurs futurs dividendes, voire de leurs expectatives en cas de liquidation[2735]. En d'autres termes, l'atteinte causée au patrimoine de la société n'aura fait que se répercuter sur le patrimoine de ses actionnaires. La relation de proximité entre l'infraction et l'atteinte subie par ces derniers fait défaut – éloignement spatial, voire temporel pour les dividendes ou la liquidation –, ce qui conduit à leur refuser la qualité de lésé.

1166 En conséquence, lorsqu'une infraction est perpétrée au détriment du patrimoine d'une société anonyme, seule celle-ci est directement touchée et peut donc prétendre à la qualité de lésé, à l'exclusion de ses actionnaires, qui sont atteints de manière indirecte seulement *(«mittelbar betroffen»)*[2736]. Cette solution, qui résulte d'une pratique «constante et ancienne» selon le Tribunal fédéral[2737], est fondée sur la *séparation des patrimoines* de l'actionnaire et de la société anonyme, laquelle dispose d'une personnalité juridique autonome et peut ainsi agir seule pour défendre ses propres intérêts patrimoniaux, qui ne coïncident pas toujours avec ceux de ses actionnaires[2738]. C'est ce même principe qui, sur le plan matériel, permet d'envisager une gestion déloyale commise au préjudice d'une société anonyme unipersonnelle, dont le dirigeant est également l'actionnaire unique[2739]. Le fait que, sur le plan civil, l'art. 756 CO donne

[2734] Cf. sur cette question N 855 ss *supra*.

[2735] Explicites: TF, 6B_1289/2015, 20.6.2016, c. 2.5 [f]; 6B_857/2017, 3.4.2018, c. 2.4 [f]. Voir aussi OBERHOLZER, Grundzüge, N 677, en référence à l'ATF 131 III 306 c. 3.1.1 sur le régime similaire de responsabilité civile des administrateurs de la SA (art. 754 CO); sur ce point: TF, 1B_9/2015, 23.6.2015, c. 2.3.3 [f]; CJ GE, ACPR/554/2020, 21.8.2020, c. 3.4.

[2736] ATF 148 IV 170 c. 3.3.1 et 3.3.2; 141 IV 380 c. 2.3.3; 140 IV 155 c. 3.3.1; TF, 7B_60/2022, 21.1.2025, c. 3.2.1 [f; 5 juges]; voir aussi les nombreux arrêts cités in CJ GE, ACPR/554/2020, 21.8.2020, c. 3.2; cf. déjà ATF 90 IV 39 c. 2 (plainte du lésé); en doctrine: OBERHOLZER, Grundzüge, N 677; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, p. 114; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 28 et 56; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13; GARBARSKI, SJ 2017, p. 127; *contra*: GRAF, Gesellschaftsorgane, p. 189 ss.

[2737] TF, 6B_680/2013, 6.11.2013, c. 3 [f] et les arrêts cités, antérieurs au CPP; cf. aussi TF, 6B_1207/2013, 14.5.2014, c. 3.1.2 [f]; GARBARSKI, SJ 2010, pour la pratique genevoise antérieure au CPP.

[2738] ATF 141 IV 380 c. 2.3.3; voir aussi TF, 1B_9/2015, 23.6.2015, c. 2.3.1 et 2.3.2 [f], en référence à l'art. 643 al. 1 CO pour la SA et à l'art. 779 al. 1 CO pour la Sàrl.

[2739] Cf. déjà N 855 *supra*.

à l'actionnaire la faculté d'agir en responsabilité au nom de la société, afin de résoudre d'éventuels conflits d'intérêts à la tête de celle-ci – notamment lorsque des membres du conseil d'administration pourraient être inquiétés –, ne change rien à ce qui précède: l'actionnaire demandeur agit alors en vertu d'un mandat procédural (*Prozessstandschaft*), qui ne lui permet pas de réclamer son propre dommage, mais uniquement celui subi par la société elle-même; il n'est pas «directement» touché au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[2740].

D'abord appliquée aux actionnaires de la société anonyme, cette jurisprudence a été étendue aux associés d'une société à responsabilité limitée, aux membres d'une association, aux membres du conseil ou aux bénéficiaires d'une fondation ainsi qu'aux bénéficiaires, ayants droit économiques et investisseurs d'entités étrangères dotées de la personnalité juridique: fonds de placement *offshore*, société en nom collectif française ou fondations de droit panaméen ou liechtensteinois[2741]. À chaque fois, le critère décisif a été la séparation des patrimoines. 1167

Quant à la théorie de la transparence (levée du voile social ou corporatif; *Durchgriff*), elle ne peut être invoquée par l'actionnaire, le détenteur ou le bénéficiaire pour affirmer que le patrimoine touché serait économiquement le sien. Cette théorie permet notamment aux autorités de placer sous séquestre pénal – en vue du prononcé d'une créance compensatrice (cf. art. 263 al. 1 let. e CPP et 71 CP) – des biens qui, formellement, appartiennent à une société distincte du prévenu, mais qui, économiquement, ne font qu'un avec son patrimoine, la société n'étant plus qu'un simple instrument entre ses mains, de sorte que l'invocation de la dualité des sujets procède d'un abus de droit[2742]. La théorie de la transparence n'a toutefois pas été développée pour permettre à une personne physique de choisir, selon les circonstances et en fonction des avantages (notamment fiscaux) qu'elle pourrait en retirer, de procéder par le biais d'une so- 1168

[2740] TF, 6B_680/2013, 6.11.2013, c. 3.2 [f], en référence à GARBARSKI, SJ 2010, p. 51 ss; cf. aussi WEILENMANN, N 323 s. et 416 s; *contra*: GRAF, Gesellschaftsorgane, p. 192.

[2741] TF, 6B_657/2021, 19.12.2022, c. 3.2 [f] (ayant droit économique d'une société de droit étranger); 1B_554/2021, 6.6.2022, c. 4.2 [d] (conseil de fondation); 1B_43/2021, 28.7.2021, c. 3 [f] (bénéficiaires d'une fondation panaméenne); 6B_1374/2020, 11.3.2021, c. 2.5 [f] (bénéficiaire d'une fondation liechtensteinoise); 1B_18/2018, 19.4.2018, c. 2.2 [f] (membre d'une association); 6B_857/2017, 3.4.2018, c. 2.4 [f]; 6B_776/2016, 8.11.2016, c. 1.4.2 [d] (investisseur dans un fonds des Bahamas); 6B_116/2015, 8.10.2015, c. 2.2 [f] (associé d'une société en nom collectif de droit français); 1B_9/2015, 23.6.2015, c. 2.3.2 [f] (associé d'une Sàrl); 1B_29/2015, 16.6.2015, c. 2.3.5 [d] (investisseur dans un fonds offshore); cf. aussi de manière générale TF, 7B_622/2024, 10.12.2024, c. 4.2.2 [f]; 1B_319/2022, 17.11.2022, c. 2.1 [f]; PC CPP, Art. 115 N 9; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5; GARBARSKI, SJ 2017, p. 127 s.

[2742] ATF 140 IV 57 c. 4.1.2; TF, 7B_224/2023, 16.1.2024, c. 5.1 [d]; KV/KO-SCHOLL, Art. 71 N 149; cf. aussi ATF 147 IV 479 c. 7.4, qui retient que cela vaut également dans le sens inverse, soit lorsqu'il s'agit de prononcer une créance compensatrice non pas contre la société qui avait bénéficié des valeurs, mais contre son actionnaire unique, pour autant qu'il s'agisse d'une société de pure gestion de patrimoine, sans véritable activité commerciale. Sur la théorie de la transparence en droit privé, cf. ATF 145 III 351 c. 4.2; 144 III 541 c. 8.3.

ciété juridiquement indépendante ou de faire abstraction de l'existence de celle-ci en invoquant la réalité économique et donc sa qualité de lésé direct[2743].

1169 Cela étant, les actionnaires et autres titulaires de parts sociales peuvent parfaitement soutenir avoir été touchés par une infraction au moment où, précisément, ils ont acquis cette qualité, par ex. une escroquerie (art. 146 CP) en lien avec la souscription d'actions d'une société anonyme ou un investissement dans un *hedge fund*[2744], voire une gestion déloyale (art. 158 CP) fondée sur une convention d'actionnaires, un contrat de fiducie ou de mandat conclu séparément avec l'administrateur[2745]. Dans un tel cas, en effet, l'infraction aura été perpétrée au détriment du propre patrimoine des actionnaires, et non du patrimoine de la société dont ils ont acquis les parts.

1170 Les considérations qui précèdent valent également une fois la société concernée tombée en *faillite*: tant qu'elle n'est pas liquidée et radiée du registre du commerce, elle conservera son statut de lésée directe, et agira désormais au travers de l'administration de la faillite, à tout le moins pour ce qui concerne les prétentions civiles[2746]. Cette situation ne change rien au caractère indirect de l'atteinte causée au patrimoine de ses actionnaires et autres ayants droit[2747]. La faculté, pour ces derniers, d'exercer l'action de la communauté des créanciers et de réclamer le dommage subi par la société faillie (cf. art. 757 al. 2 CO) n'est, ici non plus, pas suffisante pour retenir une atteinte directe au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[2748].

b. Vers un élargissement de la qualité de lésé?

1171 Dans un arrêt non publié de 2022, le Tribunal fédéral a admis la qualité de lésé de l'actionnaire d'une société anonyme radiée, qui reprochait aux anciens organes de celle-ci d'avoir, par des actes de gestion déloyale (art. 158 CP), entrainé en peu de temps la faillite de la société, avec pour conséquence une perte totale de la valeur de ses actions[2749]. Cette solution a pu surprendre, puisqu'elle s'oppose au principe, maintes fois affirmé par le Tribunal fédéral lui-même, selon lequel seule la société est directe-

[2743] TF, 1B_43/2021, 28.7.2021, c. 3.4 [f]; 6B_367/2020, 17.1.2022, c. 10.1.4 [f]; 1B_372/2016, 17.1.2017, c. 3.2 [f]; TC VD, 16.9.2022/531, c. 5.4; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 104; cf. ég. TF, 6B_26/2024 et 6B_41/2024, 20.12.2024, c. 6.2.2 [f] (art. 158 CP); 6B_818/2018, 4.10.2018, c. 3.1 [f] (prétentions fondées sur l'art. 429 CPP).

[2744] Cf. par ex. TF, 6B_239/2020, 8.6.2020, c. 2.4 [f] 1B_62/2018, 21.6.2018, c. 2.1 [f]; CJ GE, ACPR/123/2020, 14.2.2020, c. 3.2; cf. aussi GARBARSKI, SJ 2010, p. 51.

[2745] TF, 6B_453/2015, 29.1.2016, c. 2.4 [d], cité par GRAF, Gesellschaftsorgane, p. 183, 192; 6B_990/2016, 3.2.2017, c. 2.4 [d]; CJ GE, ACPR/162/2014, 21.3.2014, c. 5 (fiducie).

[2746] Cf. déjà N 296 *supra*, s'agissant de la personne du lésé.

[2747] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 26, 28 et Art. 121 N 19; WEILEINMANN, N 422; cf. déjà GARBARSKI, SJ 2010, p. 60. Voir aussi ATF 148 IV 170 c. 3.3.2.

[2748] WEILEINMANN, N 422 ss, qui propose toutefois d'appliquer l'art. 121 al. 2 CPP par analogie. Cf. aussi GARBARSKI, SJ 2010, p. 60 s., en référence à la pratique genevoise antérieure au CPP. Cpr. la pratique zurichoise (aussi antérieure au CPP), plus généreuse: ZR 104/2005 Nr. 6 p. 14 ss. La question a été laissée ouverte in TF, 6B_680/2013, 6.11.2013, c. 3.3 [f]. Sur le mécanisme de l'art. 757 CO en général: GARBARSKI/MUSKENS, p. 123 ss.

[2749] TF, 1B_169/2021, 28.4.2022, c. 3.3 [d], in FP 2023 p. 97.

ment lésée par une gestion déloyale commise à son encontre, à l'exclusion de ses actionnaires[2750]. Par ailleurs, la radiation du registre du commerce de la personne morale ensuite de sa faillite conduit en principe à la perte de sa personnalité juridique et, par la même occasion, de sa qualité de lésé, qui ne peut échoir à ses (ex-) actionnaires[2751]. S'il est vrai qu'il n'y a alors plus personne pour défendre ses intérêts, notamment financiers, dans la procédure[2752], les actionnaires et autres tiers intéressés ne sont pas dénués de tout moyen d'action, puisqu'il leur reste la possibilité de demander la réinscription de la société au registre du commerce (art. 935 CO)[2753], voire de saisir le juge pour qu'il nomme un organe à la place de celui qui est soupçonné d'avoir commis une infraction au préjudice de la société, ce qui peut fonder un cas de carence dans l'organisation de cette dernière (art. 731*b* CO)[2754].

Cela étant, il apparaît que ce sont avant tout des considérations pragmatiques qui ont guidé notre Haute Cour dans cette affaire[2755]: la cour cantonale avait en effet reconnu la qualité de lésé de l'actionnaire pour des faits connexes, susceptibles de tomber sous le coup de l'escroquerie (art. 146 CP) et du faux dans les titres (art. 251 CP), et l'instruction se poursuivait en parallèle pour gestion déloyale (art. 158 CP). Le Tribunal fédéral a considéré que, dans ces circonstances particulières, l'exclusion de l'actionnaire pour cette dernière infraction seulement aurait grandement compliqué la conduite de la procédure et relevait dès lors du formalisme excessif[2756]. Toutefois, dans plusieurs autres arrêts, il ne s'était pas formalisé d'une admission seulement partielle de la qualité de lésé, pour certaines infractions et complexes de faits, avec une limitation, dans cette même mesure, des droits pouvant être exercés en procédure[2757]. Il semble dès lors que ce précédent de 2022 soit un cas isolé, qui ne saurait remettre en question le caractère indirect de l'atteinte subie par les actionnaires et autres ayants droit d'une société, elle, directement touchée par une infraction contre le patrimoine[2758]. 1172

[2750] Réaffirmé dans des arrêts postérieurs: TF, 1B_319/2022, 17.11.2022, c. 2.1 [f]. Cf. aussi CJ GE, ACPR/554/2020, 21.8.2020, c. 3.2 et les nombreux arrêts du TF cités.

[2751] Cf. déjà GARBARSKI, SJ 2010, p. 62. Voir aussi PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 107; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 33; GARBARSKI, GesKR 2014, p. 539; DROESE, Akteneinsicht, p. 7. Sur la controverse autour de l'effet déclaratif seulement de la radiation, cf. N 297 *supra*.

[2752] Ce d'autant moins lorsque, comme en l'espèce, les anciens organes sont eux-mêmes prévenus de l'infraction: SCHAFFNER, FP 2023, p. 99.

[2753] Cf. N 299 *supra*.

[2754] Cf. N 295 *supra*.

[2755] Dans le même sens: OBERHOLZER, Grundzüge, N 678; MAURON, Action, p. 536.

[2756] TF, 1B_169/2021, 28.4.2022, c. 3.3 [d].

[2757] ATF 141 IV 1 c. 3.5; TF, 1B_438/2016, 14.3.2017, c. 2.2.2 et 2.4 [f]; 1B_374/2017, 13.11.2017, c. 1.2 [f]; cf. aussi CJ GE, ACPR/212/2022, 28.3.2022, c. 2.2 et 2.3; cpr. TF, 1B_344/2019, 16.1.2020, c. 2.2 (même complexe de faits).

[2758] Critiques également: OBERHOLZER, Grundzüge, N 678; SCHAFFNER, FP 2023, p. 99; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 56 nbp 157; JEKER KONRAD, Parteistellung des Aktionärs der geschädigten AG, in ‹www.strafprozess.ch› du 20.5.2022; moins affirmatif: MAURON, Action, p. 537.

1173 Par ailleurs, une autre exception avait été envisagée par la doctrine en cas de gestion déloyale (art. 158 CP) commise au sein d'un *groupe de sociétés*, sur la base d'un arrêt relativement ancien de droit pénal matériel, qui retenait que le gérant de la société fille pouvait, selon l'organisation et le but de celle-ci, être tenu de veiller également aux intérêts patrimoniaux de la maison mère[2759]. La doctrine soutenait que, dans un tel cas, la société mère pouvait être lésée en sa qualité d'actionnaire[2760]. Le Tribunal fédéral a toutefois nié une telle possibilité, relevant que cette jurisprudence visait la situation dans laquelle les actes du gérant d'une société avaient «directement et exclusivement» porté atteinte au patrimoine d'une autre société du même groupe (par ex. par des détournements de fonds devant revenir à cette autre société), de sorte qu'il fallait déterminer s'il était tenu par un devoir de fidélité à son égard[2761]. En revanche, elle ne créait «nullement une exception au principe selon lequel les actionnaires ne sont qu'indirectement touchés par le comportement de l'auteur d'une infraction commise au détriment d'une personne morale»[2762].

1174 Enfin, dans certains arrêts récents, le Tribunal fédéral n'a pas exclu l'application, à la qualité de lésé selon l'art. 115 CPP, de sa jurisprudence développée en matière d'entraide pénale relative à la qualité pour recourir de *l'ayant droit économique d'une société dissoute*, lequel peut prouver, documents officiels à l'appui, qu'il a été le bénéficiaire direct du produit de la liquidation[2763]. Cette jurisprudence peut s'expliquer en matière d'entraide internationale en matière pénale, lorsqu'il s'agit de s'opposer au transfert à l'étranger de documentation bancaire, qui peut également toucher aux intérêts de l'ayant droit économique d'un compte. L'étendre à la qualité de lésé en procédure pénale reviendrait selon nous à violer le sens littéral possible de l'art. 115 al. 1 CPP, dès lors que l'ayant droit économique n'a pas été «directement» touché par l'infraction; le fait que l'éventuel solde de la liquidation de la société lésée lui soit transféré n'en fait pas non plus un lésé direct, ce produit n'étant pas en lien avec l'infraction.

[2759] ATF 109 IV 111 c. 2a; cf. ég. TF, 6B_586/2011, 7.2.2012, c. 6.2 [f], qui précise que la filiale devait, au moment des faits, être soumise à la direction unique de la société mère; voir aussi TF, 6B_233/2013, 3.6.2013, c. 3 [f].

[2760] GARBARSKI, RPS 2012, p. 181. Voir aussi SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 685 nbp 92; JEANNERET/DROZ, N 57.

[2761] TF, 6B_103/2021, 26.4.2021, c. 1.3 et 1.4 [f]; cf. MACALUSO/GARBARSKI/FELISBERTO, p. 640; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 56 nbp 155. Dans au tel cas, la qualité de lésé devrait selon nous revenir à la société mère, non pas en sa qualité d'actionnaire, mais en raison des devoirs du gérant à son égard.

[2762] TF, 6B_103/2021, 26.4.2021, c. 1.4 [f].

[2763] TF, 7B_3/2023, 31.8.2023, c. 4.2.2 et 4.4.3 [i]; 7B_167/2023, 28.7.2023, c. 3.4 [i]; cf. aussi en matière de recours contre un séquestre pénal: TF, 1B_354/2020, 26.10.2020, c. 4.1 [f]; 1B_466/2017, 27.3.2018, c. 3.1 s. [f]. Pour une analyse critique de la jurisprudence rendue en matière d'entraide: LUDWICZAK GLASSEY/BONZANIGO, Qualité, p. 147 ss, 151; cf. ég. PC EIMP-LUDWICZAK GLASSEY, Art. 80*h* N 20.

2. *Créanciers*

Un autre cas classique de lésés par ricochet est celui des créanciers du lésé, qui ne sont touchés qu'en raison de la détérioration du rapport – d'obligation – qu'ils entretiennent avec leur débiteur. L'infraction porte d'abord atteinte au lésé initial, puis se répercute, à la manière d'une onde de choc, sur ses créanciers, qui ne peuvent plus obtenir l'exécution de leur créance, ou à des conditions moins avantageuses. Ici aussi, la situation la plus fréquente en pratique concerne les atteintes patrimoniales, mais l'infraction peut aussi être d'une toute autre nature, comme d'ailleurs l'obligation litigieuse, qui n'est pas nécessairement une dette d'argent, mais peut devoir être exécutée en nature. 1175

Exemples[2764]**:**

Un locataire subit une importante escroquerie (art. 146 CP) en ligne qui péjore ses finances et empêche son bailleur de recouvrer sa créancer de loyer; un employé est victime de lésions corporelles (art. 122 CP) et ne peut plus exécuter la prestation de travail due à son employeur[2765]; un chef d'orchestre est visé par une campagne de presse diffamatoire (art. 173 CP) et n'est plus en état de diriger un concert, lequel doit être annulé à la dernière minute par l'organisateur, qui éprouve un gain manqué.

Dans toutes ces situations, le créancier est trop éloigné par rapport à l'atteinte subie par le lésé initial, de sorte qu'il ne peut être «directement» touché dans l'un de ses biens juridiques au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. À cet éloignement spatial vient s'en ajouter un autre, d'ordre temporel, du fait que l'atteinte au patrimoine du créancier ne se concrétise généralement que postérieurement à l'infraction, lorsque le débiteur se révèle incapable d'honorer ses engagements à son égard, par exemple en cas de découvert à l'issue d'une procédure de faillite ou de saisie[2766]. 1176

De la même manière que pour les actionnaires et les ayants droit, la jurisprudence et la doctrine retiennent que, lorsqu'une infraction est commise au détriment d'une société dotée de la personnalité morale, les créanciers de celle-ci sont indirectement touchés et ne disposent donc pas de la qualité de lésé[2767]. Il en va de même des assurés d'une caisse d'assurance-maladie complémentaire au sein de laquelle des actes de gestion déloyale (art. 158 CP) auraient été commis[2768]. 1177

[2764] Cf. aussi BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 28.

[2765] Exemple classique: CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13; JEANNERET/DROZ, N 48; cf. déjà HARTMANN, p. 458. Voir aussi TF, 1P.620/2001, 21.12.2001, c. 2.1 [f]: décès du président du conseil d'administration et directeur de la société recourante.

[2766] Cpr. en droit privé: CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN/CANAPA, Art. 754 N 65.

[2767] ATF 148 IV 170 c. 3.3.1 et 3.3.2; 140 IV 155 c. 3.3.1; TF, 7B_60/2022, 21.1.2025, c. 3.2.1 [f; 5 juges]; 1B_319/2022, 17.11.2022, c. 2.1 [f]; OBERHOLZER, Grundzüge, N 677; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 43; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5; MAEDER, Gefährdung, N 107 (art. 158 CP).

[2768] TF, 1B_294/2013, 24.9.2013, c. 2.2 [f], qui examine toutefois si les obligations contractuelles de la caisse ont bien été respectées, respectivement si l'augmentation des primes d'assurance de la recourante est due à la gestion déloyale, ce qui va trop loin à notre sens.

1178 Cela étant, les créanciers peuvent aussi être lésés par une infraction commise directement à leur encontre, notamment dans les situations suivantes :

1179 – les *infractions dans la faillite* (art. 163 ss CP), qui ne touchent pas (ou plus) directement le patrimoine de la société, mais celui des créanciers de celle-ci, une fois sa faillite prononcée[2769]. Il faut toutefois que les actes reprochés au prévenu aient directement porté atteinte au patrimoine des créanciers individuels, et donc que ceux-ci aient déjà acquis la qualité de créancier à l'époque des faits (concomittance)[2770]. Il faut en outre que les créanciers aient été admis à l'état de collocation (art. 250 LP), de manière à participer à la procédure d'exécution forcée et à pouvoir ainsi être désintéressés sur les biens du débiteur, ce qui pose d'autres questions encore[2771] ;

1180 – *l'escroquerie en matière de crédit* (*Kreditbetrug* ; art. 146 CP), dans laquelle le bailleur de fonds (créancier) est trompé quant à la solvabilité de l'emprunteur, ce qui conduit à un dommage patrimonial au moment où il transfère les fonds prêtés à son cocontractant, dès lors que la créance en remboursement doit être portée à une valeur moindre au bilan comptable du lésé. Nous avons déjà examiné cette situation ci-dessus, en lien avec la mise en danger du patrimoine[2772] ;

1181 – le *contrat de fiducie (Treuhandvertrag)*, par lequel le fiduciant transfère au fiduciaire la propriété d'objets et la titularité de créances, ne disposant plus que d'une créance en restitution, ce qui ne suffit en principe pas à lui reconnaître la qualité pour recourir contre un séquestre[2773], mais peut, selon les circonstances, fonder sa qualité de lésé, notamment si la violation du contrat de fiducie peut être qualifiée d'abus de confiance (art. 138 CP)[2774] ; et

– cas plus fréquent en pratique, un *contrat de prêt* peut aussi entraîner un abus de confiance (art. 138 CP) lorsque l'argent prêté est utilisé de façon contraire à la destination convenue et qu'on peut déduire de l'accord des parties un devoir de l'emprunteur de conserver constamment la contre-valeur des sommes reçues (« *Werterhaltungspflicht* ») ; un tel devoir subsiste même lorsque l'argent confié doit servir à

[2769] ATF 148 IV 170 c. 3.3.2 et 3.4.1, qui précise que les actionnaires ne sont qu'indirectement atteints par de telles infractions, à moins qu'ils ne soient aussi des créanciers. *Contra* : GRAF, Gesellschaftsorgane, p. 191.

[2770] TF, 7B_134/2024, 11.10.2024, c. 3.3.1 et 3.3.2 [f] ; cf. aussi CJ GE, ACPR/508/2021, 5.8.2021, c. 1.3.4 ; ACPR/632/2021, 23.9.2021, c. 1.3.1.

[2771] TF, 1B_418/2022, 17.1.2023, c. 3.2 [f] et notre bref commentaire : GUISAN, Qualité de partie plaignante. Cf. aussi MAURON, Action, p. 540 s., qui relève à juste titre les incohérences de la jurisprudence actuelle en matière d'action civile, de restitution et d'allocation au lésé, not. s'agissant de la titularité du bien juridique et de la cession des droits de la masse (art. 260 LP).

[2772] Cf. N 896 *supra*.

[2773] TF, 1B_466/2017, 27.3.2018, c. 3.2 [f] ; 1B_498/2017, 27.3.2018, c. 4.2 [f] ; cf. aussi TF, 7B_3/2023, 31.8.2023, c. 4.3.2 [i] ; 1B_365/2022, 17.11.2022, c. 3 [f].

[2774] Dans ce sens, cf. CJ GE, ACPR/162/2014, 21.3.2014, c. 5.1 et 5.2, cité in TF, 1B_319/2022, 17.11.2022, c. 2.3 *ab initio* [f] et par MAURON, Action, p. 536 ; cf. aussi TF, 6B_972/2022, 12.1.2024, c. 3.1.3 et 3.3.2 [f].

financer une opération risquée, par exemple un investissement dans une start-up ou l'achat de produits structurés, et que l'auteur l'emploie de façon contraire à l'affectation prédéfinie[2775].

La *faillite* ultérieure du lésé principal ne permet pas aux créanciers de prendre sa place, car le lésé continue d'être partie à la procédure pénale. Dans un arrêt publié, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que le *créancier cessionnaire des droits de la masse* (art. 260 LP) n'acquérait pas la qualité de lésé, puisque ne lui était cédée que la faculté d'exercer – certes en son propre nom, mais en vertu d'un mandat procédural *(Prozessstandschaft)* – une prétention en justice à la place de la masse, mais pas la titularité de la prétention elle-même, qui restait en mains de la société faillie[2776]. Même si la question n'est pas tranchée[2777], il devrait en aller de même du mécanisme similaire prévu à l'art. 757 al. 2 CO, qui permet, une fois la faillite de la société prononcée, à tout créancier social (et à tout actionnaire[2778]) d'agir en responsabilité contre les organes de celle-ci; le créancier ne fait alors que réclamer le dommage subi par la société faillie, toujours sur la base d'un mandat procédural[2779]. 1182

La doctrine, si elle approuve cette solution dans son principe et refuse ainsi la qualité de lésé direct au créancier cessionnaire, soutient toutefois que ce dernier devrait pouvoir, moyennant certaines cautèles, *représenter la masse en faillite* dans la procédure pénale, au moins s'agissant des aspects civils[2780]. Cette solution devrait notamment permettre aux créanciers cessionnaires de parer à l'inertie des offices de faillite, qui ne disposent souvent pas des ressources suffisantes pour exercer l'action civile au nom de la société faillie, même si nous avons vu que tel n'était pas toujours le cas en pratique[2781]. 1183

Bien qu'une telle position serve assurément l'intérêt des droits de la masse, et donc *in fine* l'intérêt du lésé lui-même[2782], il faut selon nous garder à l'esprit que le mécanisme prévu à l'art. 260 LP (et à l'art. 757 al. 2 CO) vise au premier chef les intérêts du créancier cessionnaire, dès lors que le produit de son action servira à le désintéresser en priorité sur les autres créanciers. La solution préconisée par la doctrine aurait pour effet de permettre à un tiers, qui n'est pas lui-même directement lésé par l'infraction reprochée au prévenu, de bénéficier des avantages offerts par l'action civile adhésive 1184

[2775] Cf. TF, 6B_339/2024, 14.8.2024, c. 3.1, 3.2 et 4.3 [d] et les nombreux arrêts cités.
[2776] ATF 140 IV 155 c. 3.4.4.
[2777] Cf. TF, 6B_680/2013, 6.11.2013, c. 3.3 [f], en référence à l'ancienne pratique zurichoise.
[2778] Cf. N 1166 *supra*.
[2779] Sur le lien entre l'art. 757 CO et l'art. 260 LP: GARBARSKI/MUSKENS, p. 129; cf. aussi ATF 146 III 441 c. 2.1.
[2780] WEILENMANN, N 394 ss, 409 ss et 422 ss, qui plaide pour une application par analogie de l'art. 121 al. 2 CPP; voir aussi MUSKENS, Statut, N 5589 ss, 5600 ss; SCHAFFNER, p. 100 s.; GARBARSKI/MUSKENS, p. 134; GRAF, Gesellschaftsorgane, p. 192 et 211; GARBARSKI, GesKR 2014, p. 540; GRAF, Geschädigtenstellung, N 15, 18 ss; cf. déjà DROESE, Akteneinsicht, p. 28 s.
[2781] Cf. N 306 *supra*, s'agissant de la faillite du lésé.
[2782] MUSKENS, Statut, N 5594.

pour obtenir certes le remboursement du dommage causé par l'infraction, mais aussi *in fine* l'extinction d'une créance qui ne trouve pas sa source dans cette infraction. Le prévenu étant attiré en tant que défendeur à une action civile adhésive qui présente pour lui un certain nombre de désavantages par rapport à un procès civil ordinaire, ne serait-ce que parce qu'elle intervient dans une procédure à caractère pénal dont il est le sujet (voire parfois l'objet), il doit pouvoir s'attendre à ce que le cercle des demandeurs à cette action civile très particulière soit déterminé strictement – et exhaustivement – par la loi. Faute d'avoir été «directement» (art. 115 al. 1 CPP) lésé par l'infraction en cause, le créancier, même cessionnaire des droits de la masse, ne peut pas se voir reconnaître la qualité pour agir à l'action civile adhésive. Toute autre solution commanderait une révision législative, ce qu'admettent d'ailleurs les voix critiques à l'encontre de l'approche actuelle[2783].

1185 Notons dans ce contexte que la pratique du Tribunal pénal fédéral, certes relativement ancienne, qui reconnaît aux créanciers du débiteur failli la qualité de lésé par rapport aux infractions commises au préjudice de la masse en faillite elle-même[2784], nous semble contraire à l'art. 115 al. 1 CPP et aux principes évoqués ci-dessus; dans un tel cas, seule la société faillie, représentée par la masse, devrait revêtir la qualité de lésé[2785].

1186 Enfin, la qualité de lésé du client de la banque, client qui est, sur le plan du droit civil, généralement un créancier de la banque, a déjà été examinée ci-dessus en lien avec l'atteinte personnelle en cas d'infraction triangulaire[2786].

3. Trustees et bénéficiaires d'un trust

1187 La situation du trust est particulière et appelle un examen séparé. Dans le chapitre 2, nous avons vu que le trust était dénué de la personnalité juridique et que la qualité de lésé échoit en principe aux personnes (physiques ou morales) derrière l'institution[2787], mais la condition de l'atteinte directe suppose de distinguer entre plusieurs configurations.

1188 Selon une définition courante, fondée notamment sur l'art. 2 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance[2788], le trust vise un rapport juridique dans lequel le *settlor* confie des biens patrimoniaux au *trustee* afin que ce dernier les gère dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, selon les termes de l'acte de trust; les biens du trust sont réputés être la propriété du *trustee*, quand bien même ils constituent une masse distincte et ne font pas partie de sa fortune personnelle[2789]. Il s'ensuit qu'en tant que titulaire du compte bancaire sur lequel ces

[2783] GARBARSKI, GesKR 2014, p. 540; cf. aussi MUSKENS, Statut, N 5602.
[2784] TPF, BB.2014.84, 14.1.2015, c. 1.2.3 [d]; BB.2013.11, 18.6.2013, c. 1.3 [d].
[2785] Critiques ég. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 60a et nbp 180.
[2786] Cf. N 880 ss *supra*.
[2787] Cf. N 308 *supra*.
[2788] Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371).

biens sont déposés, seul le *trustee*, à l'exclusion du *settlor* ou du bénéficiaire, est légitimé à contester le séquestre ou la confiscation de ceux-ci, ainsi que, en matière d'entraide, la décision de clôture ordonnant la transmission de la documentation bancaire ou des fonds[2790].

Sur cette base, jurisprudence et doctrine retiennent qu'en principe, le *trustee* revêt la qualité de lésé selon l'art. 115 CPP en cas d'infractions commises par un tiers sur les biens qui lui ont été confiés en trust et dont il est le propriétaire[2791]. Ainsi, lorsqu'ensuite d'une escroquerie (art. 146 CP), le *trustee* se dessaisit de biens dont il a l'administration, seul ce dernier est directement lésé au sens du droit de procédure pénale, les bénéficiaires ne subissant qu'une atteinte par ricochet, qui découle de la diminution de la substance du trust et, partant, de leurs expectatives sur celle-ci. 1189

Cependant, dans l'éventualité où le *trustee* lui-même devait être impliqué dans la commission de l'infraction – notamment si la violation de son devoir de fidélité et de loyauté envers les bénéficiaires devait relever de la gestion déloyale (art. 158 CP) ou de l'abus de confiance (art. 138 CP) –, GARBARSKI plaide pour un élargissement du cercle des lésés aux bénéficiaires du trust[2792]. Cette position a trouvé l'appui de la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral et de certains cantons[2793]. Le raisonnement part du constat que le trust, à la différence des sociétés de capitaux par exemple, ne dispose pas d'une personnalité juridique propre, indépendante de celle du *trustee*, lui permettant de se plaindre des agissements de ce dernier. Bien au contraire, dans la situation décrite ci-dessus, le *trustee* se retrouverait à la fois lésé et auteur des infractions en cause, ce qui justifie d'étendre la qualité de lésé aux bénéficiaires. 1190

La Chambre pénale de recours de la Cour de justice genevoise a eu une lecture différente de la situation, fondée sur la possibilité, pour les bénéficiaires du trust, de requérir d'un tribunal le remplacement d'un *trustee* se trouvant dans un conflit d'intérêts, ce qui est précisément le cas lorsqu'il cumule la qualité de lésé et d'auteur de l'infraction. 1191

[2789] TF, 1B_319/2022, 17.11.2022, c. 2.2 [f]; 7B_167/2023, 28.7.2023, c. 4.3.2 [i], réservant le *«sham trust»* en référence à l'ATF 143 II 350 c. 4.2, qui précise que tel est le cas lorsque le trust est utilisé par le *settlor* de manière artificielle (sur le *«sham trust»*, cf. aussi ATF 151 III 361 c. 5.4.3.1); TF, 7B_622/2024, 10.12.2024, c. 4.2.3 [f].

[2790] TF, 6B_924/2020, 1.10.2020, c. 1.3.2 [i]; 1B_21/2010, 25.3.2010, c. 2.2 et 2.3 [f]; TPF, RR.2021.38, 14.6.2021, c. 2.3 [f], commenté par LUDWICZAK GLASSEY MARIA/ BONZANIGO FRANCESCA, Entraide internationale: qualité pour recourir du trust et formalisme excessif, in ‹www.crimen.ch/45/› du 21.102021; cf. aussi LUDWICZAK GLASSEY/ BONZANIGO, Qualité, p. 150 s.; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5b.

[2791] TF, 1B_319/2022, 17.11.2022, c. 2.2 [f]; 1B_43/2021, 28.7.2021, c. 3.1 [f]; 6B_1051/2018, 19.12.2018, c. 1.2.2 [f]; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5b; GARBARSKI, SJ 2017, p. 129; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13.

[2792] GARBARSKI, SJ 2017, p. 129; cf. aussi ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5b; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 105 nbp 25; cf. aussi les autres auteurs cités in TF, 7B_622/2024, 10.12.2024, c. 4.2.4 [f].

[2793] TPF 2018 88 c. 3.5; OGer ZH, UH180386, 12.4.2019, c. II/2.5.2; TC VD, 14.8.2017/553, c. 2.4; cf. ég. TF, 7B_167/2023, 28.7.2023, c. 4.3.2 [i] et 7B_622/2024, 10.12.2024, c. 4.2.4 [f], qui résument la situation.

Une fois désigné, il appartiendra au nouveau *trustee* de se plaindre, en tant que lésé, des agissements de son prédécesseur. Il agira alors à la manière d'un représentant légal (art. 106 al. 2 CPP par analogie) du trust lésé, intervenant dans l'intérêt des bénéficiaires, lesquels restent toutefois atteints par ricochet seulement et ne peuvent dès lors prétendre à la qualité de lésé. Dans les affaires en question, un nouveau *trustee* avait à chaque fois été nommé en remplacement du *trustee* prévenu, de sorte que la qualité de lésé devait lui revenir et celle des bénéficiaires, niée[2794].

1192 Après quelques hésitations[2795], le Tribunal fédéral a finalement validé cette dernière solution, en reconnaissant que seul le patrimoine des nouveaux *trustees* était directement atteint par d'éventuels actes illicites commis par leurs prédécesseurs, à l'exclusion du patrimoine des bénéficiaires du trust. Notre Haute Cour a toutefois précisé que cette situation se distinguait de celle, envisagée par GARBARSKI et par certaines autres juridictions, dans laquelle le *trustee* mis en cause était encore en fonction au jour de la décision à prendre, de sorte qu'elle s'est abstenue de trancher ce point. L'arrêt souligne enfin que le transfert de patrimoine induit par le remplacement du *trustee* est sensiblement différent de celui qui intervient sur une base volontaire et contractuelle entre deux entités non prévenues, cas dans lequel la jurisprudence refuse en principe à la société reprenante la qualité de lésée, qui reste auprès de la société transférante (cf. art. 121 al. 2 CPP)[2796].

1193 Empreinte de pragmatisme, cette approche fait prévaloir la faculté des bénéficiaires de faire nommer un tiers non impliqué dans les infractions dénoncées – et donc échappant à tout conflit d'intérêts – pour défendre les intérêts du trust, y compris dans la procédure pénale. On peut d'ailleurs faire un parallèle avec la position des actionnaires d'une société anonyme qui peuvent révoquer, par décision de l'assemblée générale, les membres du conseil d'administration[2797], voire requérir (individuellement) du juge qu'il nomme un nouvel administrateur à la place de celui qui, prévenu d'une infraction au préjudice de la société, est en proie à un conflit d'intérêts (art. 731*b* CO)[2798].

[2794] CJ GE, ACPR/501/2019, 4.7.2019, c. 3 et 4 ; ACPR/356/2022, 17.5.2022, c. 2.3 ; cf. aussi ACPR/516/2018, 14.9.2018, c. 1 ; cpr. ACPR/330/2024, 6.5.2024, c. 2.2.3.

[2795] Cf. TF, 1B_431/2019, 6.1.2020, c. 2.2 et 3 [f], faisant suite à l'ACPR/501/2019 précité, dans lequel le TF a considéré que, dans la mesure où les nouveaux *trustees* étaient de toute façon admis comme parties à la procédure, le prévenu ne disposait pas d'intérêt juridique (art. 382 al. 1 CPP) au constat immédiat de l'absence de qualité du bénéficiaire, lequel procédait en outre par le même mandataire. Partant, la qualité de partie plaignante de ce dernier a été admise, la décision définitive sur ce point appartenant au juge du fond. Ce raisonnement a été repris récemment : CJ GE, ACPR/351/2024, 10.5.2024, c. 1.3.

[2796] TF, 1B_319/2022, 17.11.2022, c. 2.3 [f], faisant suite à l'ACPR/356/2022 précité ; sur l'art. 121 al. 2 CPP, cf. N 1229 *infra*.

[2797] Hypothèse envisagée dans l'arrêt TF, 1B_43/2021, 28.7.2021, c. 3.5 [f], en référence aux art. 689 al. 1, 698 al. 2 ch. 2 et 705 al. 1 CO.

[2798] Cf. N 1171 *supra*.

Toutefois, à la différence d'une société anonyme dont les intérêts peuvent diverger de ceux de ses actionnaires et qui dispose d'une personnalité juridique propre, lui permettant d'agir contre ses organes[2799], le *trustee* est toujours tenu d'administrer les biens du trust dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires[2800], de sorte que ceux-ci paraissent plus étroitement touchés que de simples actionnaires en cas de mauvaise gestion ou de détournements. Dès lors, on peut se demander si, dans l'éventualité où le *trustee* indélicat serait encore en place, il ne faudrait pas reconnaître aux bénéficiaires la qualité de lésés directs, plutôt que de les renvoyer à agir devant le juge pour demander un remplacement par un nouveau *trustee* qui sera, lui, qualifié de lésé. Par ailleurs, et plus fondamentalement, le nouveau *trustee* n'était pas (encore) titulaire du patrimoine lésé au moment de la commission de l'infraction, de sorte que lui reconnaître la qualité de lésé paraît difficilement compatible avec l'exigence de l'atteinte immédiate posée à l'art. 115 al. 1 CPP et l'idée de concomittance (ou à tout le moins de proximité spatio-temporelle) qu'elle implique. 1194

Une solution différenciée pourrait enfin s'envisager selon le type de trust en cause (trust fixe *[fixed interest trust]* ou trust discrétionnaire *[discretionary trust]*)[2801] ou selon qu'il dispose ou non d'un *protector*. La proposition visant à introduire un trust en droit suisse, qui a fait l'objet d'un avant-projet du Conseil fédéral, mis en consultation début 2022[2802], aurait été l'occasion d'apporter certains éléments de réponse. Hélas, le Conseil fédéral a enterré le projet fin 2023, faute de consensus politique suffisant issu de la procédure de consultation[2803]. 1195

4. Proches

Une autre forme de lésé par ricochet est celle des *proches (Angehörige, congiunti)* du lésé, soit les personnes physiques qui entretiennent des liens familiaux ou analogues avec le lésé, personne physique lui aussi. En règle générale, cette relation préexiste à l'infraction[2804]. Les proches sont dits lésés par ricochet car ils ne sont touchés qu'en raison de l'intensité des liens tissés avec le lésé principal, lequel souffre directement de l'infraction. L'atteinte aux biens juridiques du lésé se répercute chez ses proches, qui sont à leur tour atteints dans leurs propres biens juridiques; en d'autres termes, les proches «souffrent de voir leur proche souffrir»[2805]. Cet éloignement (spatial) par rapport au lésé principal ne permet toutefois pas de dire que les proches ont été «directement touchés» par l'infraction (art. 115 al. 1 CPP). L'analyse de la réglementation 1196

[2799] Cf. N 1166 *supra*.
[2800] TPF, BB.2017.206, 30.5.2018, c. 3.3.2 et 3.5; OGer ZH, UH180386, 12.4.2019, c. II/2.5.2.
[2801] Cf. sur ce point CJ GE, ACPR/501/2019, 4.7.2019, c. 3.3.1 et 3.4 et les références citées; cf. aussi en matière civile ATF 151 III 361 c. 4.3.
[2802] FF 2022 132.
[2803] FF 2024 2248; cf. aussi BO CE 2023 1141 s.; BO CN 2024 48 ss.
[2804] Même si on peut imaginer le cas des enfants du lésé qui seraient en bas âge ou même encore à naître; cf. N 286 *supra*, sur la qualité de lésé du *nasciturus*.
[2805] RABUT-BONALDI, p. 387, pour le *droit français*. Cf. aussi SHK OHG-ZEHNTER, Art. 1 N 50. Pour un ex.: ATF 139 IV 89 c. 2.4.1.

des proches au sein du CPP conforte cette appréciation. Quatre arguments se dégagent ici.

1197 *Premièrement*, le CPP ne connaît pas la notion de proches du lésé à proprement parler[2806], mais uniquement celle de *proches de la victime* (art. 116 al. 2 CPP), qu'on appelle aussi victimes indirectes *(indirekte Opfer)*[2807]. Ce rattachement à la personne de la victime, et non à celle du lésé, s'explique d'abord pour des raisons historiques, l'art. 116 al. 2 CPP étant repris de l'ancienne loi sur l'aide aux victimes d'infractions de 1991 (art. 2 al. 2 aLAVI)[2808]. Toutefois, on peut aussi y voir le signe que, dans l'esprit du législateur, n'importe quelle atteinte aux biens juridiques du lésé (art. 115 CPP) ne suffit pas pour se répercuter sur ses proches. Il doit au contraire s'agir d'une atteinte subie par une victime (art. 116 al. 1 CPP), ce qui suppose une atteinte *caractérisée*, portant sur certains biens de grande valeur (intégrité physique, psychique ou sexuelle), revêtant une gravité particulière et provenant – même si ce point est contesté – de certains types d'infractions seulement[2809]. C'est à ce prix-là que la situation des proches sera prise en considération. En d'autres termes, le législateur est parti de l'idée que seule une atteinte initiale d'une certaine intensité était susceptible de se répercuter sur des tiers. Au niveau de l'Union européenne, seuls les membres de la famille d'une personne dont le *décès* résulte directement d'une infraction pénale bénéficient des droits reconnus par la Directive 2012/29/UE (cf. art. 2 par. 1 let. a ch. ii)[2810].

1198 *Deuxièmement*, cette notion d'atteinte réfléchie ou par ricochet est confortée par la définition légale des proches de la victime: selon l'art. 116 al. 2 CPP, on entend par proches de la victime son conjoint, ses enfants, ses père et mère et les autres personnes ayant avec elle des «liens analogues». Pour les premières personnes listées (conjoint, enfants, parents), la loi pose la présomption – irréfragable[2811] – d'une atteinte particulière en raison du lien d'état civil (mariage ou parenté directe au premier degré) les unissant à la victime. Pour les secondes (personnes avec des liens analogues), elles doivent appartenir au cercle étroit de la victime, ce qui suppose une relation d'une intensité particulière, équivalant à un lien filial ou matrimonial typique, soit une question d'appréciation délicate, qui dépend de l'ensemble des circonstances (cohabitation, fréquence des contacts, décès des parents, etc.) et pour laquelle la jurisprudence se montre restrictive[2812], parfois trop au regard des exigences posées par la

[2806] Cf. PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 119; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 10; CONVERSET, p. 33.

[2807] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 11 et Art. 116 N 17; ZK StPO-LIEBER, Art. 116 N 6b; BOMMER, Überblick, p. 187; critique: CONVERSET, p. 33 nbp 158.

[2808] Message CPP, ch. 2.3.3.4 p. 1151; CONVERSET, p. 33. Cf. aujourd'hui art. 1 al. 2 LAVI.

[2809] Cf. les éléments de la définition de la victime selon l'art. 116 al. 1 CPP: CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 116 N 5 ss; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 116 N 2 ss.

[2810] L'approche est similaire au niveau du Comité des Ministres du *Conseil de l'Europe*: Art. 1 al. 1 let. b CM/Rec(2023)2.

[2811] Et donc indépendamment de leurs liens affectifs concrets: PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 119; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 116 N 17.

[2812] En admettant des liens analogues pour le concubin ou le partenaire enregistré, mais en les niant généralement pour les amis, les frères et sœurs, les grands-parents/petits-enfants ou les neveux

CourEDH[2813]. C'est en tout cas cette intensité – présumée ou effective – du lien unissant la victime à ses proches qui permet de retenir que l'atteinte subie par la première se répercute sur les seconds. Cet élément permet également d'expliquer pourquoi la notion de proche de l'art. 116 al. 2 CPP ne se recoupe pas avec celle prévue à l'art. 110 al. 1 CP, à vocation plus générale[2814].

Troisièmement, les proches de la victime ne sont admis à participer à la procédure pénale qu'en tant qu'ils font valoir des prétentions civiles «propres» contre le prévenu (cf. art. 117 al. 2 et 122 al. 2 CPP), qui doivent en outre apparaître crédibles au vu de leurs allégués[2815]. En cas de décès de la victime, les prétentions en question sont principalement celles visées aux art. 45 al. 3 CO (perte de soutien) et 47 CO (tort moral)[2816]. Si la victime n'est pas décédée, ses proches peuvent certes prétendre à l'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 CO, mais leurs souffrances doivent alors revêtir une gravité exceptionnelle, en ce sens qu'ils doivent être touchés de la même manière qu'en cas de décès (cf. art. 47 CO)[2817]. Les proches peuvent également élever des prétentions en dommages-intérêts, notamment pour les frais qu'ils ont assumés en raison d'une obligation d'entretien à l'égard de la victime directe[2818]. 1199

et nièces/oncles et tantes, à moins de contacts particulièrement étroits: GRODECKI, Proches, p. 38 s.; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 116 N 12; SHK OHG-SCHEIDEGGER, Art. 116 StPO N 14; JEANNERET, Voyage, p. 79 s.; TF, 1B_137/2015, 1.9.2015, c. 2.1 [f]; CJ GE, ACPR/174/2020, 6.3.2020, c. 2.1.4 (casuistique) et 2.3 (qualité de proche admise *in casu* pour le compagnon de la mère du recourant, qui avait pris la place de son père brutalement décédé).

2813 CourEDH, Vanyo Todorov c. Bulgarie, nº 31434/15, 21.7.2020, § 12 et 61 ss: l'art. 2 CEDH implique que le frère de la victime décédée, qui était son seul héritier, la voyait régulièrement et l'aidait financièrement, doit pouvoir se constituer partie civile à la procédure pénale.

2814 Même si la liste de l'art. 110 al. 1 CP fait également l'objet d'une interprétation restrictive: ATF 148 IV 256 c. 3.1; CR CP I-JEANNERET, Art. 110 al. 1 N 2; PK StGB-TRECHSEL/BURCKHARDT, Art. 110 N 2. À noter aussi que, pour les infractions sur plainte relatives, les familiers au sens de l'art. 110 al. 2 CP ont également la qualité pour porter plainte. Sur ces nuances: JEANNERET, Voyage, p. 78 s. *Au niveau européen*, cf. art. 2 par. 1 let. c Directive 2012/29/UE, qui contient une définition plus large des membres de la famille.

2815 Ce qui exclut l'articulation de prétentions civiles «sans aucun fondement, voire fantaisistes», mais suppose une «certaine vraisemblance que les prétentions invoquées soient fondées» (ATF 139 IV 89 c. 2.2; TF, 7B_170/2023, 15.11.2023, c. 3.2 [f], qui évoque la tension avec le dernier moment pour calculer et motiver ses prétentions [art. 123 al. 2 CPP]).

2816 PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 122; BOMMER, Überblick, p. 187 s.; cf. déjà CONVERSET, p. 35 s., 264 ss. Étant précisé que les prétentions en tort moral du lésé ne passent pas à ses héritiers: TF, 7B_12/2022, 13.3.2024, c. 2.3 [d] (art. 429 al. 1 let. c CPP).

2817 CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 49 N 9; CONVERSET, p. 267 ss. Cf. le cas de parents d'un enfant abusé sexuellement: ATF 139 IV 89 c. 2.4.1 (admis); TF, 7B_170/2023, 15.11.2023, c. 3.2 et 3.4 [f] (nié car «causes multiples»); 1B_512/2022, 17.11.2022, c. 3 [f] (nié faute d'intensité suffisante). Cpr. la situation inverse (enfant devant vivre avec un parent gravement atteint), dans laquelle le TF se montre plus généreux: TF, 6B_545/2022, 4.1.2023, c. 13.2 et 13.4 [f]. Pour une casuistique: GRODECKI, Proches, p. 39 s.

2818 Pour autant qu'ils soient (ou semblent être) en relation de causalité naturelle et adéquate avec les faits reprochés. Cf. ATF 139 IV 89 c. 2.4.2 (frais d'ambulance et médicaux admis); cpr. TF 1B_276/2007, 18.6.2008, c. 5.3.2 [d] (frais de rapatriement niés faute de causalité).

Ces cas soulignent que les proches ne reprennent pas à leur compte le dommage subi par la victime de l'infraction (situation visée par l'art. 121 al. 1 CPP), mais se prévalent d'une prétention qui leur est propre et qui naît par contrecoup seulement, en raison de leur relation avec ladite victime. Comme nous l'avons vu ci-dessus, les proches de la victime souffrent de la voir souffrir ou mourir. Ils ne sont toutefois pas eux-mêmes directement atteints par l'infraction.

1200 *Quatrièmement*, à condition de faire valoir des prétentions civiles propres, les proches de la victime jouissent de l'ensemble des droits conférés à cette dernière (cf. art. 117 al. 2 CPP), et non pas seulement de ceux nécessaires à faire valoir leurs prétentions civiles ; outre les droits d'information et de protection, ils peuvent se constituer partie plaignante sur le plan civil, mais aussi sur le plan pénal, puis participer à la procédure en cette qualité[2819]. Les proches sont ainsi pleinement assimilés au lésé ou à la victime – laquelle est déjà elle-même une forme qualifiée de lésé[2820] – et se voient reconnaître les mêmes droits en procédure. Ce régime d'assimilation *(Gleichstellung)*[2821], qui se justifie pour des raisons d'équité[2822], vient surtout conforter le principe selon lequel les proches ne sont pas, en soi, des lésés directs au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, ni des victimes directes au sens de l'art. 116 al. 1 CPP. Leur intégration à la procédure pénale, en tant qu'elle implique de déroger à l'exigence d'une atteinte directe, n'est donc possible qu'à titre exceptionnel, sur la base d'une réglementation spéciale[2823].

B. Successeurs du lésé originel

1201 Aux côtés des lésés touchés par ricochet, lesquels subissent bien une atteinte, certes éloignée, en raison de l'infraction, les lésés indirects comprennent aussi les personnes qui ne sont pas du tout touchées au moment de l'infraction, mais qui succèdent ultérieurement au lésé et qui souhaitent prendre sa place dans la procédure pénale. La terminologie allemande parle ici de *Rechtsnachfolger*[2824], en référence au titre marginal de l'art. 121 CPP *(Rechtsnachfolge)*, expression qu'on peut traduire en français par *successeurs*[2825] ou *successeurs de plein droit*, voire, en référence cette fois-ci à la version italienne de la loi, par *ayants cause (aventi causa)* du lésé[2826].

[2819] ATF 139 IV 89 c. 2.2 et 2.5 (n.p.) ; 139 IV 121 c. 5.2 (art. 214 al. 4 CPP) ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 121 s. (cpr. nbp 105) ; BOMMER, Überblick, p. 188 (cpr. nbp 35) ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 11 et 117 N 7.

[2820] Cf. N 404 *supra*.

[2821] Cf. ATF 139 IV 121 c. 5.2 ; BOMMER, Überblick, p. 188 ; SHK OHG-ZEHNTER, Art. 1 N 50 ss. Cf. aussi les termes utilisés par la loi : les proches jouissent des « mêmes droits » que la victime (art. 117 al. 3 CPP) ou le « même droit » que le lésé qui s'est constitué partie plaignante (art. 122 al. 2 CPP). Voir déjà l'art. 2 al. 2 aLAVI de 1991 (« sont assimilés »). Voir aussi le § 373b al. 2 StPO/D (cf. N 809 *supra*).

[2822] CONVERSET, p. 33 ; SHK OHG-ZEHNTER, Art. 1 N 50.

[2823] Dans le même sens, cf. WEILENMANN, N 326.

[2824] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 26 ; WEILENMANN, N 331 ; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5d ; BOMMER, Überblick, p. 188 ; cf. aussi ATF 142 IV 82 c. 3 ; 140 IV 162 c. 4.4 ; 140 IV 155 c. 3.4.2 ; 139 IV 310 c. 1.2.

Les successeurs ou ayants cause du lésé se définissent comme des sujets de droit, personnes physiques ou morales, qui acquièrent, de par la loi ou en vertu d'un contrat passé avec le lésé, tout ou partie des prétentions liées à la qualité de ce dernier[2827]. En pratique, il s'agira souvent de la cession de créances nées de l'infraction, qui peut intervenir par voie conventionnelle (art. 164 CO) ou par voie légale (art. 166 CO), l'exemple classique de cession légale étant la succession universelle qui s'ouvre au décès du lésé (art. 560 CC)[2828]. La subrogation est un cas particulier de cession légale, qui se caractérise par le fait qu'un tiers désintéresse le créancier et se substitue, en vertu d'une fiction légale, aux droits de ce dernier; il y a permutation de la personne du titulaire d'un rapport de droit, par le seul effet de la loi[2829]. Les successeurs du lésé peuvent ainsi être des cessionnaires, des tiers subrogés (par ex. une assurance), des héritiers légaux ou institués, etc. 1202

1. Principe: pas d'atteinte directe

La règle veut que les successeurs d'une personne physique ou morale lésée ne soient qu'*indirectement* atteints par l'infraction et ne puissent dès lors prétendre à la qualité de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[2830]. En effet, leur atteinte ne découle pas directement ou immédiatement de l'infraction, mais ne survient qu'avec le concours d'éléments supplémentaires (conclusion d'un contrat de cession, décès du lésé, remboursement par l'assurance, etc.)[2831], de sorte que le rapport de causalité directe fait défaut. Cela marque un éloignement tant spatial – le tiers n'est pas le lésé originel – que temporel – le tiers succède généralement au lésé seulement après les faits[2832] – avec l'infraction. On peut aussi considérer qu'au moment des faits, les successeurs n'étaient 1203

[2825] Cf. ATF 148 IV 256 c. 3.1. Cf. toutefois. TF, 5F_14/2016, 14.3.2017, c. 1.4 [f], qui traduit *«Rechtsnachfolger»* par *«successeurs universels»*.

[2826] Terme qu'on retrouve chez PIQUEREZ/MACALUSO, N 1618. Cf. en droit civil l'art. 649*a* CC, qui parle d'ayant cause (*Rechtsnafolger*; *successore*). Cf. aussi CORNU, Vocabulaire juridique, entrée «ayant cause»: personne qui a acquis un droit ou une obligation d'une autre personne appelée son auteur, à titre particulier ou universel.

[2827] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 26.

[2828] Pour une liste détaillée des cas de cession légale, cf. ZK OR-SPIRIG, Art. 166 N 11 ss.

[2829] CR CO I-PROBST, Art. 166 N 3; ZK OR-SPIRIG, Art. 166 N 9 s.; PIOTET, Substitution, p. 721; WEILENMANN, N 321; VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 322 et 324. Le regeste de l'ATF 140 IV 162 est à cet égard imprécis, puisqu'il laisse entendre que le transfert des droits du lésé décédé à ses proches (art. 121 al. 1 CPP) serait un cas de subrogation, alors qu'il s'agit d'un cas de cession légale (cf. toutefois ATF 152 IV 27 c. 4.4.2 et N 1220 *infra*).

[2830] ATF 148 IV 256 c. 3.1; 146 IV 76 c. 2.2.1; 140 IV 162 c. 4.4; 139 IV 310 c. 1.2; cf. déjà ATF 78 IV 241 c. 2 (aPPF); BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 26; WEILENMANN, N 331; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 5d; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 13.

[2831] Le TF a d'ailleurs très tôt relevé qu'une obligation de réparer le dommage qui résultait d'un contrat ou de la loi était due à des éléments supplémentaires et ne constituait dès lors qu'une atteinte indirecte: cf. N 1139 *supra*.

[2832] Sous réserve des cas où le lésé décède du fait de l'infraction (art. 111 ss CP) ou du tiers subrogé au lésé dès la survenance de l'évènement dommageable (art. 72 al. 1 LPGA; cpr. art. 95*c* al. 2 LCA et 56*a* al. 1 LPP), qui sont couverts par l'exception de l'art. 121 CPP.

pas (ou pas encore) titulaires du bien juridique protégé par l'infraction en cause, de sorte que leur atteinte ne peut être qualifiée de personnelle[2833]. Pour le dire plus trivialement: les successeurs n'ont pas ressenti l'atteinte «dans leur chair». En tant que lésés indirects ou «médiats»[2834], ils sont des simples tiers et n'ont en principe pas accès au statut de partie à la procédure pénale.

2. Exception: transmission des droits selon l'art. 121 CPP

1204 La règle selon laquelle seule la personne directement lésée peut revêtir la qualité de partie plaignante connaît toutefois des exceptions, définies de façon exhaustive à l'art. 121 CPP[2835]. Cette disposition prévoit en effet la transmission des droits du lésé à certains de ses successeurs dans deux situations particulières.

1205 Une remarque importante s'impose à titre liminaire: dès lors que l'art. 121 CPP prévoit la transmission – à titre d'exception – des droits du lésé à des tiers, qui pourront eux-mêmes agir en qualité de partie plaignante (au pénal et/ou au civil) à la procédure, l'interprétation de cette disposition doit à notre sens obéir aux mêmes principes que ceux valant pour la qualité de lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP et qui ont été présentés dans la deuxième partie[2836]. L'interprétation de l'art. 121 CPP obéit donc elle aussi au «principe de la légalité du droit de la procédure pénale», qui commande de ne pas s'écarter du sens littéral possible de la loi, à tout le moins lorsque cela a pour conséquence d'élargir le cercle des successeurs du lésé, avec un impact négatif sur la position procédurale du prévenu.

a. Aux proches du lésé décédé (art. 121 al. 1 CPP)

1206 En premier lieu, si le lésé décède – du fait de l'infraction ou non[2837] – sans avoir renoncé à ses droits de procédure, l'art. 121 al. 1 CPP les fait passer à ses proches au sens de l'art. 110 al. 1 CP, dans l'ordre de succession. Ce privilège accordé aux proches héritiers du lésé décédé se justifie, selon le Tribunal fédéral, en raison des *«verwandtschaftlichen bzw. lebenspartnerschaftlichen affektiven Nähe und Solidarität der betroffenen natürlichen Personen untereinander»*[2838]. La transmission des droits de l'art. 121 al. 1 CPP comprend le droit de participer à la procédure comme partie plaignante sur le plan pénal et/ou civil (art. 119 al. 2 CPP); dans le premier cas, chaque proche héritier peut agir individuellement, alors que dans le second, le concours des

[2833] Cf. ATF 140 IV 162 c. 4.5, qui nie à la société absorbante en cas de fusion la qualité de partie originelle *(originäre Parteistellung)* faute de titularité du bien juridique au moment des faits. Cf. aussi N 415 *supra*, sur la pertinence de la distinction entre atteinte personnelle et directe dans un tel cas.

[2834] Cf. CJ GE, ACPR/749/2023, 28.9.2023, c. 2.1.2 *in fine*.

[2835] ATF 140 IV 162 c. 4.9, qui retient clairement qu'il s'agit d'exceptions au principe général. Cf. aussi ATF 146 IV 76 c. 2.2.1 *in fine*; 148 IV 256 c. 3.1; VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 319, qui relève que l'art. 83 al. 1 CPC admet beaucoup plus largement cette possibilité.

[2836] Cf. N 194 ss *supra*.

[2837] ATF 146 IV 76 c. 2.3; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 121 N 7; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 124; WEILENMANN, N 331.

[2838] ATF 140 IV 162 c. 4.9.3; cf. aussi ATF 142 IV 82 c. 3.3.2.

autres membres de la communauté héréditaire (qui ne seraient pas eux-mêmes prévenus) est requis, puisqu'ils forment ensemble une consorité nécessaire pour ce qui est de l'action civile adhésive[2839].

Il en découle un possible «*hiatus* entre légitimation procédurale et légitimation matérielle»[2840], dans la situation où tous les membres de l'hoirie ne sont pas aussi des proches selon l'art. 110 al. 1 CP, par exemple lorsque l'hoirie comprend, outre des héritiers légaux, un héritier institué qui n'est pas un proche du *de cujus*. Malgré les critiques de la doctrine, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt de 2022, fait prévaloir le «texte clair» de l'art. 121 al. 1 CPP et refusé la transmission des droits dans une situation où les seuls héritiers légaux étaient le neveu et la nièce du lésé décédé, qui n'étaient pas des proches au sens de l'art. 110 al. 1 CP[2841]. Il n'a pas eu besoin de se prononcer sur la position de la doctrine qui soutenait que, lorsque l'hoirie est composée de certains héritiers proches et d'autres héritiers non proches, alors tous doivent pouvoir agir sur la base de l'art. 121 al. 1 CPP, même si la teneur de l'arrêt laisse à penser que les juges de Mon Repos y auraient répondu par la négative[2842]. 1207

Cette situation conduit effectivement à refuser la qualité pour agir en procédure pénale à certaines personnes qui, sur le plan matériel, disposent d'une prétention en réparation contre l'auteur de l'infraction, dont elles ont hérité au décès du lésé, et pour lesquelles elles forment une consorité nécessaire. Ce décalage, qui ne facilite pas la réparation du dommage, résulte toutefois une nouvelle fois du texte légal[2843], sur lequel le prévenu doit pouvoir compter lorsqu'il s'agit de déterminer le cercle de ses parties adverses, qui pourront agir comme demandeurs à l'action civile adhésive ainsi qu'à l'action pénale accessoire. 1208

D'autres problèmes de délimitation peuvent se poser avec la notion de proche de la victime au sens de l'art. 116 al. 2 CPP, qui ne se recoupe pas entièrement avec les proches de l'art. 110 al. 1 CP[2844], ou avec le droit de plainte des proches du lésé décédé 1209

[2839] ATF 146 IV 76 c. 2.2.1; 142 IV 82 c. 3.2-3.4; 140 IV 162 c. 4.9.3; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 126 ss; WEILENMANN, N 333 ss, 349 s.; GARBARSKI, SJ 2017, p. 134 ss; cf. aussi ATF 141 IV 380, qui règle le cas dans lequel l'infraction a été commise après le décès du *de cujus*, au préjudice de l'hoirie (cf. déjà N 309 s. *supra*). *Contra*: TF, 6B_902/2018, 31.10.2018, c. 1.1.2 [d]; 6B_1337/2016, 2.6.2017, c. 2.1.3 [d], qui limitaient ce transfert à l'action civile et l'excluait pour l'action pénale, vision désormais dépassée.

[2840] GARBARSKI, SJ 2017, p. 136, en référence à TC VD, CREP 11.6.2012/511, c. 1b, reproduit partiellement in JdT 2012 III 188.

[2841] ATF 148 IV 256 c. 3, confirmant l'ATF 140 IV 162 c. 4.9.1.

[2842] ATF 148 IV 256 c. 3.7; cette proposition était notamment soutenue par PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 192; cf. aussi les commentaires de l'arrêt qui relèvent cette possibilité: RIEDO/LEHMANN/MEILE, RJB 160/2024 28 ss, p. 35; RHOUMA, La qualité de partie plaignante par succession, in: ‹https://www.crimen.ch/109/› du 31 mai 2022.

[2843] Ce que reconnaît la doctrine: PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020 p. 157 s.; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 192.

[2844] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 125 s.; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 121 N 10.

(art. 30 al. 4 CP), qui revient à chacun des proches, indépendamment de leur ordre de succession[2845].

1210 Dans une perspective de *droit souhaitable*, et compte tenu des relations de proximité et de solidarité évoquées par le Tribunal fédéral pour justifier le transfert de l'entier des droits du lésé, certaines situations paraissent effectivement insatisfaisantes. Avec PERRIER DEPEURSINGE, on pense notamment ici au concubin de longue date du lésé décédé, héritier institué, qui serait sans conteste un proche de la victime au sens de l'art. 116 al. 2 CPP (en vertu des « liens analogues » à celui d'un conjoint), mais pas un proche au sens de l'art. 110 al. 1 CP (qui ne vise pas les concubins)[2846]. Ce concubin est considéré par la loi comme suffisamment proche pour faire valoir des prétentions propres, par exemple la réparation de son tort moral du fait du décès du lésé (art. 47 CO)[2847], mais pas pour faire valoir les prétentions civiles de ce dernier qui lui échoient en sa qualité d'héritier[2848]. À l'opposé, la sœur du lésé défunt qui laisse des enfants derrière lui, si elle est bien une proche au sens de l'art. 110 al. 1 CP, n'est pas une héritière légale, n'appartenant pas à la première parentèle du lésé (art. 457 CC), de sorte qu'elle ne peut pas agir selon l'art. 121 al. 1 CPP, même en qualité de demanderesse au pénal seulement[2849].

1211 Dans ces cas de figure, on peut se demander si, en lieu et place de critères rigides liés à l'ordre de succession ou à des listes de proches exhaustives, il ne faudrait pas plutôt prévoir une réglementation qui tienne compte des relations concrètes entre les personnes concernées, à la manière de ce que prévoit déjà l'art. 116 al. 2 *in fine* CPP pour les proches de la victime. Une autre solution consisterait à étendre l'art. 121 al. 1 CPP aux *familiers* au sens de l'art. 110 al. 2 CP, notion qui implique une relation de proximité analogue à celle d'une relation de famille, les personnes concernées devant en outre faire ménage commun[2850]. Une troisième solution serait d'appliquer l'art. 121 *al. 2* CPP, qui règle les cas de subrogation légale, à la succession pour cause de mort, de manière à permettre la transmission des droits (liés à l'action civile) du lésé décédé à tous ses héritiers (légaux ou institués), même non proches ; cette solution a récemment été adoptée par le Tribunal fédéral, au terme d'un arrêt critiquable, qui sera examiné ci-après en lien avec l'art. 121 al. 2 CPP[2851].

1212 Mentionnons enfin le cas de *l'exécuteur testamentaire* (cf. art. 517 s. CC), qui dispose d'une qualité pour agir en principe exclusive de celle des autres héritiers pour les pro-

[2845] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 108 s. ; ZK StPO-LIEBER, Art. 121 N 4 ; DEMARMELS, p. 67 ; SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 121 N 3 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 121 N 22. Cpr. ATF 142 IV 82 c. 3.2 *in fine* ; TF, 1B_11/2017, 26.4.2017, c. 2 [f].

[2846] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 125.

[2847] ATF 138 III 157 c. 2.3.2 s., en cas de concubinage stable.

[2848] Cf. aussi TF, 1B_271/2018, 15.6.2018, c. 3.3 [i], pour le filleul du lésé en tant qu'unique héritier.

[2849] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 125 s.

[2850] ATF 140 IV 97 c. 1.2 ; JEANNERET, Voyage, p. 78 s.

[2851] Cf. N 1219 ss *infra*.

cédures qui touchent la succession[2852], mais qui n'est ni un proche, ni un héritier au sens de l'art. 121 al. 1 CPP[2853]. Même si sa nature juridique exacte est controversée, on pourrait considérer l'exécuteur testamentaire comme une sorte de représentant légal (cf. art. 106 al. 2 CPP), chargé d'exercer, au nom et pour le compte des héritiers, les droits de procédure pénale du *de cujus* lésé (cf. art. 121 al. 1 CPP)[2854], à tout le moins en ce qui concerne l'action civile adhésive[2855]. Sur un plan dogmatique, cette solution est en tout cas préférable à celle consistant à qualifier l'exécuteur testamentaire de *Prozessstandschafter*, agissant en son nom propre, mais à la place des héritiers composant la communauté héréditaire, soit une institution inconnue en procédure pénale[2856], qui réserve la qualité de partie à certaines personnes limitativement énumérées par la loi. Dans un arrêt de principe récent, le Tribunal fédéral a toutefois expressément qualifié *l'administrateur d'office* d'une succession (art. 554 et 555 CC) de *Prozessstandschafter*, pouvant conduire un procès pénal en son nom, à la place des héritiers connus ou putatifs; la Haute Cour a par ailleurs clairement laissé entendre qu'il en irait de même de l'exécuteur testamentaire, dont les pouvoirs sont en principe les mêmes que ceux de l'administrateur d'office (cf. art. 518 al. 1 CC)[2857].

b. Aux tiers légalement subrogés (art. 121 al. 2 CPP)

En second lieu, l'art. 121 al. 2 CPP permet à la personne «subrogée de par la loi» aux droits du lésé d'introduire une action civile et de se prévaloir des droits de procédure qui se rapportent directement aux conclusions civiles. 1213

(i) Cas de subrogation légale

Cette disposition, qui codifie une pratique qui existait déjà dans certains cantons avant l'unification de la procédure pénale[2858], est interprétée restrictivement par le Tribunal fédéral, qui ne l'applique qu'aux cas de *subrogation légale*, dans lesquels le transfert des prétentions civiles du lésé est imposé par la loi. Sont en particulier visés les cantons ayant versé des prestations à la victime (art. 7 al. 1 LAVI), l'assureur privé 1214

[2852] CR CC II-PILLER, Art. 518 N 113.

[2853] Sa qualité de lésé a été laissée ouverte in TF, 6B_827/2014, 1.2.2016, c. 3.4 [d]; 1B_348/2012, 3.10.2012, c. 1.2.8 [d]; cf. déjà ATF 126 IV 42 c. 4; 126 IV 150 c. 6; en doctrine, cf. surtout VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 236 ss; voir aussi WEILENMANN, N 425 ss; GARBARSKI, SJ 2017, p. 136; CR CC II-PILLER, Art. 518 N 120.

[2854] Dans le même sens, cf. VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 266.

[2855] Les droits liés à l'action pénale devraient en effet être réservés à chaque héritier. Si l'exécuteur testamentaire peut se voir confier des missions qui relèvent de la *personnalité* du défunt, celles-ci sont limitées à l'aspect successoral (prélèvement d'organes, rites funéraires, archives privées; CR CC II-PILLER, Art. 518 N 4), ce qui n'est clairement plus le cas de l'exercice de l'action pénale accessoire. Cf. aussi KG BL, 470 16 79, 13.9.2016, c. 1.8; OGer GL, OG.2018.00068, 13.9.2019, c. 1.3.5: pas de recours ouvert contre un classement.

[2856] Cf. VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 266, 562, 576. Cf. aussi ATF 151 II 409 c. 4.2.1, 4.2.2 et 5, qui examine la question selon les spécificités propres au domaine du droit considéré.

[2857] ATF 152 IV 27 c. 3.2.2, 3.3.2 et 4.5 et les références (de droit civil) citées.

[2858] ATF 140 IV 162 c. 4.8.1; TF, 1B_276/2007, 18.6.2008, c. 4.4 [d] et 1P.759/2006, 27.3.2007, c. 2.3 et 2.4 [d] (Argovie); cf. toutefois TF, 1P.620/2001, 21.12.2001, c. 2.1 [f] (Vaud).

(art. 95*c* al. 2 LCA)[2859] ou social (art. 72 al. 1 LPGA), le Fonds de garantie des caisses de pension (art. 56*a* al. 1 LPP), les assurances immobilières pour incendie instituées par certains cantons ou encore les pensions alimentaires avancées par l'État en cas de violation de l'art. 217 CP (à Genève : art. 10 LARPA/GE)[2860]. Un cas de subrogation légale peut également être prévu par le droit étranger, pour les personnes morales organisées selon le droit en question[2861].

1215 À noter que le *moment de la subrogation* est également susceptible de jouer un rôle. Il faut en effet distinguer les cas dans lesquels la subrogation a lieu de plein droit, dès l'évènement dommageable, ce qui est le cas de l'art. 72 al. 1 LPGA pour les assurances sociales, des cas dans lesquels cette subrogation intervient seulement au moment où le tiers aura fourni sa prestation, ce qui est le cas de l'art. 95*c* al. 2 LCA pour l'assureur privé ou de l'art. 7 al. 1 LAVI pour les prestations d'aide aux victimes. Dans le premier cas, il est dès lors possible que, pour certains postes du dommage à tout le moins[2862], une assurance sociale soit immédiatement subrogée dans les droits du lésé, lequel ne pourra plus les faire valoir contre le prévenu. Le Tribunal fédéral a toutefois retenu que, s'agissant d'une objection, cette circonstance devait être prouvée par le prévenu, en tant que partie défenderesse à l'action civile adhésive élevée à son encontre par le lésé[2863]. Cette solution est critiquée en doctrine, qui considère qu'il appartient au contraire au lésé de prouver sa légitimation active et qu'à défaut, il doit être renvoyé à agir par la voie civile[2864].

1216 La jurisprudence récente et la doctrine majoritaire qualifient également *la masse en faillite* (art. 197 LP) de tiers légalement subrogé – au sens de l'art. 121 al. 2 CPP – dans les droits de la société lésée tombée en faillite[2865]. Toutefois, la masse en faillite

[2859] Correspondant à l'ancien art. 72 al. 1 aLCA en vigueur jusqu'au 1.1.2022 (RO 2020 4969) ; cf. RUKSTUHL, Adhäsionsklage, p. 9, qui précise que la subrogation ne vaut que pour l'assurance dommages, pas l'assurance somme (cf. art. 96 LCA ; ATF 146 III 339 c. 5.2.3) ; TANNER, p. 58.

[2860] Cf. Message CPP, ch. 2.3.3.3 p. 1151 ; Rapport explicatif A-P CPP, p. 91 ; ATF 140 IV 162 c. 4.9.4 ; 139 IV 310 c. 1.2 ; MAZOU, N 3 et 6.

[2861] Cf. TPF, CN. 2023.13, 13.4.2023, c. 2.1 et 2.3.3 [d], pour une Sàrl de droit luxembourgeois.

[2862] Il faut ici réserver le droit préférentiel du lésé prévu à l'art. 73 al. 1 LPGA. Pour un ex. récent en matière de tort moral, cf. ATF 151 III 328.

[2863] TF, 6B_546/2011, 12.12.2011, c. 2.3 [f], qui retient qu'une indemnité pour atteinte à l'intégrité selon l'art. 24 LAA inclut pour partie la réparation du tort moral (ce qui ressort du reste de l'art. 74 al. 2 let. d LPGA) ; cf. aussi OGer ZH, SB190275, 4.6.2020, c. 10.3.

[2864] ROTHENBERGER ADRIAN, Das Spannungsfeld von Überentschädigungsverbot und Kongruenzgrundsatz, thèse Berne 2015, p. 41 s. ; cf. aussi FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La victime d'un accident médical, indemnisée par le responsable, peut-elle prétendre à des prestations de l'assurance-accidents ? REAS 2012 p. 423 ss, p. 428

[2865] Cf. déjà N 303 ss *supra* ; ATF 148 IV 170 c. 3.3.2 ; 145 IV 351 c. 4.2 ; 140 IV 162 c. 4.9.4 ; cf. aussi ATF 152 IV 27 c. 4.2.2 et 4.4.3 ; PC CPP, Art. 121 N 8 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 60a et Art. 121 N 13 ; WEILENMANN, N 406 ; ZK StPO-LIEBER, Art. 121 N 8a ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 121 N 13a. *Contra* : GARBARSKI, GesKR 2014, p. 538 nbp 23, en référence à l'ATF 140 IV 155 c. 3.4.4, qui ne distinguait toutefois pas encore les aspects pénaux et civils (cf. N 296 *supra*).

ne prend pas la place du débiteur failli, encore moins à la suite de son désintéressement. Cette interprétation se heurte donc au sens littéral possible de l'art. 121 al. 2 CPP. Il s'agit selon nous bien plutôt d'un cas de représentation légale au sens de l'art. 106 al. 2 CPP, dès lors que la société faillie reste matériellement titulaire des prétentions tombées dans la masse, mais perd seulement le pouvoir d'en disposer au profit de l'administration de la faillite[2866].

La doctrine ajoute parfois le cas de la subrogation légale entre *débiteurs solidaires* (art. 148 al. 2 et 149 CO), ce qui aboutirait toutefois à la situation quelque peu insolite dans laquelle un prévenu ayant intégralement indemnisé le lésé pourrait exercer une action récursoire à l'encontre de ses coprévenus (et codébiteurs) et se retrouver ainsi à la fois prévenu (pour l'action pénale, qui subsiste malgré le dédommagement) et partie plaignante dans la même procédure[2867]. 1217

Un dernier cas d'application de l'art. 121 al. 2 CPP concerne la subrogation légale qui intervient en cas de *cautionnement* (simple ou solidaire), lorsque la caution est recherchée par le créancier et le désintéresse à la place du débiteur (cf. art. 507 al. 1 CO). À première vue, tel pourrait être le cas des escroqueries aux crédits Covid-19, octroyés par les banques mais garantis par des cautionnements solidaires donnés par des organisations de cautionnement, lesquelles sont subrogées aux droits de la banque (lésée directe) une fois leur caution honorée[2868]. Une partie de la doctrine conteste cette vision des choses, en relevant que les créances transférées à l'organisation de cautionnement sont de nature contractuelle et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une action civile adhésive[2869]. Une lecture plus fine de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au Covid-19, et du modèle de contrat de cautionnement figurant en annexe, vient nuancer vision des choses: les organisations de cautionnement s'engagent à couvrir les créances détenues par les banques en vertu du contrat de crédit Covid-19 «ou en lien avec celui-ci», et cela indépendamment de leur fondement juridique, les pré- 1218

[2866] Sur l'ensemble de la question: VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 522 ss, spéc. N 557 ss; cf. aussi MUSKENS, N 5491, qui y voit toutefois un cas de *Prozessstandschaft* de la masse en faillite.

[2867] Voir surtout VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 459 ss; cf. aussi MACALUSO, Action civile, p. 180; GARBARSKI, RPS 2012, p. 168 s.; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 121 N 13 npb 27; JEANNERET/DROZ, N 49; GARBARSKI, SJ 2013, p. 133. Certains rejettent à raison une telle solution: WEILENMANN, N 390 (qui passe par une réduction téléologique); SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 121 N 5a. Cf. aussi en *droit allemand*: BGH, 22. 1. 2020, BeckRS 2020, 2051.

[2868] MICHELI FRANÇOIS, Art. 25 N 93 et 99, in Corona-Kredite für KMU, Umsetzung des Massnahmenpakets und Kommentierung des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes (Covid-19-SBüG), Zurich 2021; VITALINI, N 43; *contra*: ATF 150 IV 169 c. 5.2.2, retenant un cas d'escroquerie triangulaire avec la banque comme dupe et l'organisation de cautionnement comme lésée (sans toutefois traiter spécifiquement des art. 115 et 121 CPP); TF, 6B_95/2024, 6. 2. 2025, c. 4.2 [d] n.p. in ATF 151 IV 201, qualifiant l'organisation de cautionnement de partie plaignante (art. 118 CPP).

[2869] VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 451 en référence à l'ATF 148 IV 432.

tentions fondées sur un acte illicite étant expressément nommées[2870]. Même si la clause prévoyant la subrogation à proprement parler est moins limpide[2871], il faut retenir de ce qui précède que les prétentions civiles déduites des infractions liées au contrat de crédit, en particulier l'escroquerie (art. 146 CP), sont bien transférées aux organisations de cautionnement en vertu de l'art. 121 al. 2 CPP.

(ii) Cas de succession pour cause de mort?

1219 Selon la doctrine majoritaire, l'art. 121 al. 2 CPP viserait également *les héritiers* – légaux ou institués – qui n'auraient pas déjà succédé dans les droits du lésé selon l'art. 121 al. 1 CPP[2872]. Après avoir d'abord laissé la question ouverte[2873], le Tribunal fédéral s'est finalement rallié à ces auteurs, au terme d'un arrêt détaillé, qui examine successivement la question sous l'angle littéral, systématique et téléologique[2874].

1220 Toutefois, le raisonnement ne nous convainc pas : sur un *plan grammatical* tout d'abord, le Tribunal fédéral donne une acception trop large au concept de « subrogation » figurant dans la version française de l'art. 121 al. 2 CPP, compris comme toute substitution entre deux personnes[2875]. Il faut selon nous l'entendre dans un sens plus étroit et juridique, précisément en raison du fait qu'est ici visé le lésé créancier, titulaire d'une prétention civile tirée de l'infraction, laquelle est transférée de par la loi au tiers qui l'aura désintéressé (subrogation comme cas particulier de cession légale de créance)[2876]. Or, c'est bien ce désintéressement par un tiers qui est commun à toutes les situations dans lesquelles le mécanisme de l'art. 121 al. 2 CPP s'opère[2877]. Il ne se retrouve pas dans la succession pour cause de mort, qui est un cas de cession légale de créance, mais pas de subrogation à proprement parler[2878].

1221 Sur un *plan systématique* ensuite, le Tribunal fédéral se contente de souligner que les alinéas 1 et 2 de l'art. 121 CPP ne permettent pas la transmission des mêmes droits de procédure, puis rappelle le *hiatus* entre légitimation matérielle et procédurale identifié en doctrine et les solutions insatisfaisantes qui existent pour le résoudre, ce qui

[2870] Ordonnance du 25 mars 2025 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (RO 2020 1077) et son annexe 3, ch. 2.1 ; cf. en général CR CO I-MEIER, Art. 492 N 36.

[2871] Cf. annexe 3 de l'ordonnance, ch. 7.1, qui ne parle que des « droits de la banque créancière en vertu du contrat de crédit », sans plus mentionner les droits « en lien avec celui-ci ».

[2872] VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 653 ss ; WEILENMANN, N 381, 385, 387. *Contra* : PC CPP, Art. 121 N 3 ; JEANNERET, Partie plaignante, p. 302. Cf. aussi les références citées in ATF 152 IV 27 c. 4.3.3.

[2873] ATF 148 IV 256 c. 3.8.

[2874] ATF 152 IV 27 c. 4.4 ss, commenté par GARBARSKI ANDREW M./MUSKENS LOUIS FRÉDÉRIC, PJA 2026 697 ss, qui saluent la solution retenue par le Tribunal fédéral, tout en émettant quelques réserves sur l'argumentation retenue.

[2875] ATF 152 IV 27 c. 4.4.2 et les références citées, qui reconnaît tout de même que la lettre de l'art. 121 al. 2 CPP n'est pas suffisamment claire pour s'abstenir d'une interprétation selon les autres méthodes.

[2876] Cf. N 1202 *supra*.

[2877] Cf. N 1231 *infra*.

[2878] Cf. ZK OR-SPIRIG, Art. 166 N 44 ; VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 326.

l'amène à déclarer l'art. 121 al. 2 CPP applicable à la succession pour cause de mort[2879]. Il omet toutefois de prendre en compte l'importance, dans la systématique dite externe de la loi, de l'ordonnancement des alinéas d'une même disposition légale et du rapport hiérarchique qui en découle; ainsi, il est admis qu'en principe, un alinéa se rapporte à tous les alinéas précédents du même article, à moins que *«innerhalb des Artikels ein Übergang zu spezifischeren Inhalten erfolgt»*[2880]. Ramené à la problématique qui nous occupe, cela signifie que le lecteur de l'art. 121 al. 2 CPP aura nécessairement lu l'art. 121 al. 1 CPP auparavant. Il aura compris que l'al. 1 règle la situation – spécifique – du décès du lésé de manière exhaustive, laquelle ne peut donc plus être appréhendée par l'al. 2.

1222 En ce sens, chaque alinéa de l'art. 121 CPP est *«in sich geschlossen»*, comme l'avait jugé un arrêt bernois[2881]. La solution contraire, retenue par le Tribunal fédéral, voudrait que le décès du lésé soit appréhendé tant par l'art. 121 al. 1 CPP, pour l'action pénale et l'action civile lorsque tous les héritiers sont des proches du lésé, que par l'art. 121 al. 2 CPP, pour l'action civile lorsque l'hoirie comprend au moins un héritier non proche. Pour souhaitable qu'elle soit, cette interprétation n'est pas cohérente et ne trouve aucun appui dans la structure de l'art. 121 CPP.

1223 Bien que le Tribunal fédéral n'en fasse pas un argument déterminant[2882], le fait que, sur le plan *historique*, le Message du Conseil fédéral ne listait, à titre d'exemples de l'art. 121 al. 2 CPP, que des cas de subrogation légale (LAVI, LCA, LAA, assurance immobilière en cas d'incendie)[2883], est malgré tout un indice en défaveur de la solution adoptée dans l'arrêt[2884].

1224 Sur le *plan téléologique* enfin, le Tribunal fédéral souligne à juste titre le caractère restrictif, en procédure pénale suisse, de la reconnaissance de la qualité de partie à des personnes qui ne sont ni le prévenu, ni le ministère public[2885]; toutefois, il le met en balance avec le principe de l'économie de procédure en tant que fondement de l'action civile adhésive. Or, comme nous l'avons vu ci-dessus, l'action civile adhésive s'accompagne d'un certain nombre de désavantages pour le prévenu, ce qui relativise l'argument tiré de l'économie de la procédure[2886]. Cette action adhésive est réservée aux personnes exhaustivement énumérées par la loi, en l'occurrence, en cas de décès du lésé, à ses héritiers qui étaient également ses proches. Cette situation se justifie du

[2879] ATF 152 IV 27 c. 4.4.3.

[2880] BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 253; cf. aussi KRAMER/ANETH, p. 106: *«Abfolge der Absätze einzelner Artikel»*; sur la systématique externe, cf. N 42 *supra*.

[2881] OGer BE, BK 2015 1, 8.5.2015, c. 3.6, cité par ATF 152 IV 27 c. 4.3.2; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 121 N 12b nbp 22.

[2882] ATF 152 IV 27 c. 4.4.4.

[2883] Message CPP, ch. 2.3.3.3 p. 1151.

[2884] Cf. dans le même sens OGer BE, BK 2015 1, 8.5.2015, c. 3.6.

[2885] ATF 152 IV 27 c. 4.4.5 avec la référence aux ATF 147 IV 269 c. 3.2 et 144 IV 240 c. 2.5, qui traitaient toutefois de l'art. 104 al. 2 CPP. L'ATF 140 IV 162 c. 4.7.2 (confirmé in ATF 148 IV 256 c. 3.5) nous paraissait plus indiqué.

[2886] Cf. N 754 *supra*.

reste au regard du but spécifique attaché à l'art. 121 al. 1 CPP, soit le transfert des droits du lésé en raison des *«affektive Nähe und Solidarität der betroffenen natürlichen Personen untereinander»*[2887]. En déclarant l'art. 121 al. 2 CPP applicable à la succession pour cause de mort, le Tribunal fédéral court-circuite la *ratio legis* de l'art. 121 al. 1 CPP, puisqu'il cautionne le transfert des droits à tout héritier, légal ou institué, indépendamment de ses relations personnelles avec le lésé. Il va même jusqu'à admettre qu'en l'absence d'héritier, l'État lui-même (cf. art. 466 et 555 al. 2 CC) puisse exercer les droits liés à l'action civile adhésive[2888].

1225 Certes, la limitation aux proches (art. 110 al. 1 CP) prévue par l'art. 121 al. 1 CPP peut s'avérer insatisfaisante, en ce qu'elle exclut de l'action civile adhésive les successions composées à la fois d'héritiers proches et d'héritiers non proches (qui forment pourtant une consorité nécessaire), et que certains héritiers non proches peuvent entretenir des liens tout aussi étroits avec le lésé que des héritiers proches[2889]. Il appartient toutefois au législateur d'agir, et non à la jurisprudence de combler les éventuelles[2890] lacunes que présente l'art. 121 al. 1 CPP par une application doublement analogique de l'art. 121 al. 2 CPP[2891], qui s'avère défavorable au prévenu puisqu'elle multiplie les cas dans lesquels ce dernier devra se défendre contre une action civile adhésive. *De lege lata*, le fait que l'art. 121 al. 1 CPP ne facilite pas la bonne exécution du droit (civil) matériel en renvoyant des héritiers proches à agir devant le juge civil aux côtés de leurs consorts nécessaires nous paraît préférable à la solution, désormais consacrée par le Tribunal fédéral, consistant à permettre à des héritiers qui sont loin d'être des proches du lésé (par exemple une fondation instituée héritière par testament ou la commune du dernier domicile du défunt) d'agir au civil devant le juge pénal.

(iii) Exclusion des transferts volontaires

1226 En revanche, l'art. 121 al. 2 CPP n'a pas vocation à s'appliquer aux cas dans lesquels le transfert s'opère sur une *base volontaire* et non en vertu de la loi. Selon la jurisprudence, cette restriction permet d'éviter qu'une personne se fasse volontairement céder une créance susceptible de faire l'objet d'une action civile exercée par adhésion à la procédure pénale afin de pouvoir participer à celle-ci[2892].

1227 Tel est le cas de la *cession de créance* (art. 164 CO), et cela même si l'infraction en cause protège en soi le patrimoine des créanciers, comme pour les délits dans la faillite (art. 163 ss CP)[2893]. La qualité de lésé reste auprès du cédant, qui pourra toujours agir

[2887] Cf. N 1206 *supra* et les références citées.
[2888] ATF 152 IV 27 c. 3.3.1 et 4.4.6.
[2889] Cf. déjà N 1210 s. *supra*.
[2890] D'autres arrêts retiennent clairement que l'art. 121 CPP règle la question de la succession de la partie plaignante de façon exhaustive: ATF 140 IV 162 c. 4.7.2; 148 IV 256 c. 3.5.
[2891] Double analogie car l'art. 121 al. 2 CPP est appliqué à la succession pour cause de mort alors que (i) ce cas est en soi déjà visée à l'al. 1 et (ii) il ne s'agit pas d'une subrogation légale.
[2892] ATF 152 IV 27 c. 4.4.5.
[2893] TF, 6B_1208/2019, 29.4.2020, c. 2.3.1 [d]; 6B_1238/2018, 16.1.2019, c. 1.2.2 [f]; 6B_507/2018, 24.9.2018, c. 2.3 [f]; CJ GE, ACPR/632/2021, 23.9.2021, c. 1.3.1; ACPR/

en tant que demandeur au pénal (mais plus au civil), alors que le cessionnaire sera quant à lui renvoyé à agir devant le juge civil[2894]. On réservera toutefois le cas où l'infraction a été commise postérieurement à la cession de créance, dans lequel le créancier cessionnaire revêtira la qualité de lésé originel, pour autant que l'infraction en cause protège bien le patrimoine des créanciers[2895].

La jurisprudence a retenu que le créancier cessionnaire des droits de la masse selon l'art. 260 LP n'était pas légalement subrogé au lésé au sens de l'art. 121 al. 2 CPP, faute de transfert de la prétention en cause (seule la faculté de la faire valoir en justice est transférée)[2896], et il devrait en aller de même du mécanisme similaire prévu à l'art. 757 al. 2 CO[2897]. 1228

Par ailleurs, de jurisprudence désormais constante, le Tribunal fédéral considère que, même si elle entraîne de par la loi une succession universelle des actifs et passifs, la *fusion* (art. 3 *cum* 22 al. 1 LFus) repose avant tout sur un acte consensuel (contrat de fusion), de sorte qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 121 al. 2 CPP[2898]. Malgré de nombreuses critiques de la doctrine, notamment par GARBARSKI qui relève que la succession au sens de l'art. 22 LFus est réputée universelle et intervient de par la loi[2899], la jurisprudence s'en tient à son approche restrictive[2900], et l'étend à d'autres formes de restructuration selon la LFus[2901]. 1229

508/2021, 5.8.2021, c. 1.3.4; ACPR/261/2020, 27.4.2020, c. 2.2.2; cf. aussi TF, 6B_931/2020, 22.3.2021, c. 3.4.1 [f] pour l'art. 305bis CP (sur cet arrêt, cf. N 1332 *infra*).

2894 CR CPP-JEANDIN/FONTANET, Art. 121 N 13; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 121 N 4.

2895 Pour les *art. 163 ss CP*: TF, 7B_134/2024, 11.10.2024, c. 3.3.3 [f]; 6B_1208/2019, 29.4.2020, c. 2.3.1 [d]; 6B_1238/2018, 16.1.2019, c. 1.2.2 [f]; 6B_507/2018, 24.9.2018, c. 2.3 [f]; CJ GE, ACPR/632/2021, 23.9.2021, c. 1.3.1; ACPR/508/2021, 5.8.2021, c. 1.3.4; ACPR/261/2020, 27.4.2020, c. 2.2.2. Pour *l'art. 305bis CP*: TF, 6B_931/2020, 22.3.2021, c. 3.4.2 [f] (sur cet arrêt, cf. N 1332 *infra*).

2896 ATF 140 IV 155 c. 3.4.5, en référence au mécanisme de l'art. 260 LP (cf. N 1182 *supra*); cf. aussi GARBARSKI, GesKR 2014, p. 540, qui se pose toutefois la question, *de lege ferenda*, d'une révision du système des art. 260 LP et 121 CPP; critique: MUSKENS, N 5589 ss.

2897 Cf. N 1182 *supra* et les références citées. Voir aussi les arrêts qui listent l'art. 757 al. 2 CO parmi les cas de transferts volontaires: ATF 140 IV 162 c. 4.9.5; TF, 6B_671/2014, 22.12.2017, c. 1.4.2 [f]; 1B_537/2021, 13.1.2022, c. 2.3.1 [f] (moins précis).

2898 ATF 140 IV 162 c. 4.9.5; TF, 6B_549/2013, 24.2.2014, c. 3.2.2 [f], in SJ 2014 I 372.

2899 GARBARSKI, SJ 2017, p. 138 s.; cf. aussi MUSKENS, Statut, N 5459 ss; VARRIALE; MAZOU, N 9 ss; WEILENMANN, N 373 ss; BONZANIGO FRANCESCA, Transfert de patrimoine et qualité de partie plaignante de l'entité reprenante, in ‹www.crimen.ch/78/› du 14.2.2022.

2900 TF, 1B_537/2021, 13.1.2022, c. 2.3.2 et 2.5 [f]; cf. aussi ATF 148 IV 256 c. 3.7.

2901 *A fortiori* celles qui n'entraînent pas de succession universelle de l'ensemble des actifs et passifs, comme le transfert de patrimoine (art. 69 ss LFus; cf. TF, 1B_537/2021, 13.1.2022, c. 2.5 [f]) ou la scission par séparation (art. 29 let. b LFus; cf. CJ GE, ACPR/261/2020, 27.4.2020, c. 2.2.3; cf. aussi ATF 140 IV 162 c. 4.9.5). En revanche, la transformation (art. 53 ss LFus) n'entraîne aucun transfert de patrimoine et ne change rien à la qualité de lésé. Sur l'ensemble de la question, cf. MUSKENS, Statut, N 5248 ss; voir aussi BSK StPO-MAZZUCCHELLI/

1230 Dans un arrêt de 2023, le Tribunal cantonal vaudois, suivant l'avis de GARBARSKI, a toutefois décidé d'appliquer l'art. 121 al. 2 CPP dans un cas de fusion par absorption, en retenant que la solution s'apparentait à un cas de subrogation légale prévue par l'art. 72 aLCA, qui avait également un arrière-plan contractuel, tout en relevant «en opportunité» que la récente fusion entre UBS et Crédit Suisse, qui reposait sur une intervention étatique, risquerait, si l'approche du Tribunal fédéral était maintenue, de causer un afflux de nouvelles causes civiles (sous-entendu : toutes les causes dans lesquelles Crédit Suisse s'était constituée partie plaignante)[2902].

1231 Selon nous, plus que le caractère volontaire ou non du transfert des droits, ce qui distingue ces différentes situations est surtout le fait que le transfert doit intervenir, conformément à la version française de l'art. 121 al. 2 CPP, plus étroite que les deux autres[2903], au travers d'une *subrogation légale*, soit un mécanisme par lequel un tiers exécute l'obligation du débiteur en mains du créancier (ou s'engage à le faire) et prend, pour cette raison et en vertu de la loi, la place de ce dernier[2904]. C'est ce désintéressement par un tiers qui permet de séparer les cas dans lesquels le transfert de l'art. 121 al. 2 CPP s'opère (indemnisation LAVI, assurances privées ou sociales, fonds de garantie LPP, cautionnement, etc.) de ceux dans lesquels il ne s'opère pas (cession de créance, fusion et autres restructurations, succession pour cause de mort[2905]). L'assurance rembourse elle-même au lésé le dommage subi par l'infraction, puis prend sa place par rapport au responsable du sinistre, contrairement au cessionnaire, aux héritiers ou à la société reprenante en cas de fusion.

1232 Nous convenons toutefois que, au regard des fusions et autres restructurations, le privilège octroyé par la loi aux assureurs (sociaux ou privés), par exemple, peine à convaincre et paraît quelque peu exorbitant. De par le mécanisme de mutualisation des risques et le paiement des primes d'assurance[2906], l'intégration des assurances dans la procédure pénale s'avère moins nécessaire que celles d'une société reprenante qui aurait par hypothèse fusionné avec une société transférante afin de la sauver de la

POSTIZZI, Art. 121 N 14 ss; MAZOU, N 9 ss; DEMARMELS, p. 71 s.; WEILENMANN, N 373 ss.

2902 TC VD, CAPE 4.5.2023/95, c. 6.3.3 s. Approuvant cette solution : VARRIALE.

2903 Cpr. les versions allemande («*von Gesetzes wegen in die Ansprüche* […] *eingetreten*») et italienne *(«subentra per legge»)*, qui évoquent plutôt toute forme de cession légale (cf. VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 322 nbp 559, peu claire pour la version française). Le Message CPP (sous ch. 2.3.3.3) parle toutefois de «subrogation» dans ses trois versions linguistiques ; cf. aussi VIVIROLI, Rechtsnachfolge, N 324 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1623 («subrogataires»). Sur le choix de la version linguistique la plus étroite : cf. N 115 ss et N 140 *supra*.

2904 La subrogation est, on l'a vu (cf. N 1202 *supra*), un cas particulier de cession légale (art. 166 CO), mais une cession légale peut aussi intervenir sans subrogation, soit sans exécution de l'obligation par un tiers (cf. ZK OR-SPIRIG, Art. 166 N 10). Le Message CPP est à cet égard imprécis, puisqu'il définit la subrogation comme le «transfert de par la loi de droits déterminés à des personnes qui ne sont pas elles-mêmes des lésés» (ch. 2.3.3.3 p. 1151).

2905 Cf. toutefois ATF 152 IV 27 et N 1219 ss *supra*.

2906 Cf. KLINGLER, N 311 ss ; cf. aussi en matière pénale ATF 107 IV 182 c. 2b (l'assureur n'est pas lésé par un incendie [art. 221 CP] qui détruit la chose assurée).

faillite qui menaçait en raison de l'important préjudice causé précisément par les infractions reprochées au prévenu[2907]. La démarche qui consisterait à permettre à la société reprenante de bénéficier des droits de partie plaignante passe toutefois nécessairement par une réforme de l'art. 121 al. 2 CPP.

Dans sa thèse de doctorat, MUSKENS défend une application analogique de l'art. 121 *al. 1* CPP à la situation des fusions et autres restructurations qu'il appelle «destructrices». Il considère que l'art. 121 CPP vise en réalité à assurer une forme de *«continuité dans la discontinuité»*, de manière à permettre la poursuite de l'action civile, mais surtout de l'action pénale en dépit d'un changement de titularité sur le plan du droit matériel; dans cette perspective, les restructurations destructrices s'apparenteraient aux successions universelles visées à l'art. 121 al. 1 CPP[2908]. 1233

Cette position n'emporte pas notre conviction. Elle étend un régime dérogatoire – la possibilité pour les proches du lésé décédé eux-mêmes non lésés de faire valoir les droits de ce dernier – à la situation de la restructuration de personnes morales, qui s'éloigne considérablement du décès de personnes physiques. La société reprenante n'entretient pas de rapport familial ou amical avec la société transférante. C'est cette proximité émotionnelle qui justifie, comme le retient le Tribunal fédéral[2909], le transfert – exceptionnel – de l'entier des droits aux proches héritiers du lésé décédé, et donc y compris les droits liés à l'action pénale, qui sont par nature étroitement liés à la personne du lésé. Au vu de l'impact que l'exercice de ces droits peut avoir sur la situation du prévenu dans la procédure, les conditions auxquelles ils peuvent être transmis à des tiers doivent être strictement renfermées dans les limites de la loi. Une application par analogie de l'art. 121 al. 1 CPP, au-delà de son sens littéral possible, aurait pour effet de péjorer la situation procédurale du prévenu, au mépris du principe de la légalité du droit de procédure pénale, qui doit également s'appliquer à ce type de situations[2910]. Un telle application analogique ne serait en outre envisageable qu'en présence d'une lacune de la loi, ce qui n'est pas le cas s'agissant de l'art. 121 CPP, qui règle la question de la transmission des droits du lésé de manière exhaustive[2911]. 1234

Un parallèle intéressant peut être fait ici avec le transfert de la *qualité de prévenu d'une personne morale* (art. 102 CP) ensuite d'une *fusion*, qui a récemment fait l'objet d'une décision du Tribunal pénal fédéral dans l'affaire dite de la mafia bulgare: comblant une lacune de la loi, la Cour d'appel a retenu que la qualité de prévenue de la société transférante (Crédit Suisse), qui cessait d'exister après l'opération de fusion, passait à la société reprenante (UBS)[2912]. À première vue, cette jurisprudence semble 1235

[2907] GARBARSKI, SJ 2017, p. 138.
[2908] MUSKENS, N 5435, 5451 et 5461 s. Cet auteur admet toutefois qu'au vu de la jurisprudence bien établie du TF, il vaudrait mieux passer par une réforme législative: N 5464 ss.
[2909] ATF 140 IV 162 c. 4.9.3.
[2910] Sur l'application de ce principe s'agissant de l'interprétation de la notion générale de lésé, cf. N 207 ss *supra*.
[2911] ATF 140 IV 162 c. 4.9; cf. aussi TPF, CN. 2023.13, 13.4.2023, c. 2.3.4 [d].
[2912] TPF, Cour d'appel, CN. 2024.18, 19.8.2024, c. 3.2.1.

affaiblir encore plus la position miroir dans laquelle la qualité de lésé ne pourrait, elle, pas être transmise dans le cadre d'une fusion. Ce serait toutefois oublier les faiblesses intrinsèques au raisonnement de la Cour d'appel : le transfert de la qualité de prévenu se heurte au principe de la personnalité des peines et, surtout, s'avère contraire à l'art. 1 CP et à l'interdiction de l'analogie, puisqu'il revient à combler une lacune au détriment du prévenu[2913]. En l'absence de disposition légale topique[2914], la Cour d'appel aurait dû constater la disparition de l'entreprise prévenue et classer la procédure, à la manière du décès du prévenu personne physique. Une telle solution n'aurait pas invalidé notre proposition d'interpréter strictement l'art. 121 CPP, bien au contraire. A noter que le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours formé par UBS contre la décision de la Cour d'appel, recours qu'il a déclaré irrecevable en raison du caractère incident de ladite décision et de l'absence de préjudice irréparable causé à la recourante[2915].

1236 Enfin, et de manière plus générale, le fait que l'art. 121 CPP soit présenté comme une exception au principe voulant que seule la personne directement lésée puisse prétendre au statut de partie plaignante permet surtout d'affirmer que les successeurs et/ou subrogataires visés par cette disposition ne répondent pas à la définition générale du lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP. Ils bénéficient seulement d'un certain régime de faveur voulu par le législateur, en vertu duquel ils sont assimilés au lésé et peuvent exercer tout ou partie de ses droits en procédure, raison pour laquelle la doctrine les qualifie de *« quasi-partie plaignante »*[2916].

C. Lésés subséquents

1237 Au-delà des lésés par ricochet et des successeurs du lésé, on peut mentionner une troisième catégorie de personnes qui ne subissent qu'une atteinte indirecte, que nous avons décidé d'appeler « lésés subséquents », en référence à la notion de « dommage subséquent » *(Folgeschaden)* connue en droit de la responsabilité civile[2917]. Bien que cette situation n'ait pas été traitée spécifiquement par la doctrine en droit de procédure pénale, elle ressort néanmoins suffisamment clairement de la jurisprudence pour être traitée dans une catégorie à part entière.

1238 Les lésés subséquents sont titulaires du bien juridique protégé par l'infraction qu'ils invoquent et subissent donc bien une atteinte personnelle. Toutefois, ils invoquent une atteinte à ce bien juridique qui n'est qu'une conséquence éloignée du comportement concrètement reproché au prévenu. Cet éloignement sera généralement d'ordre

[2913] Sur ces éléments, cf. aussi MUSKENS, Statut, N 4779 ss, spéc. N 4902 ss.

[2914] Ce qu'admet la Cour d'appel du TPF en signalant l'existence d'une lacune (CN. 2024.18, 19.8.2024, c. 3.1). Plus haut, la décision liste les (nombreux) autres pays qui ont choisi de régler spécifiquement cette question dans la loi (c. 2.6 *in fine*), ce qui est la seule voie possible en matière pénale.

[2915] TF, 7B_946/2024, 18.3.2025, c. 1.2.2 et 1.3.2 [f].

[2916] MACALUSO, Action civile, p. 180 ; GARBARSKI, RPS 2012 p. 169 ; cf. ég. BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 27.

[2917] BK OR-BREHM, Art. 41 N 74 ; GUYAZ, p. 128 ; TERCIER, Préjudice réfléchi, p. 242. Cf. aussi N 394 *supra*.

temporel: entre l'acte reproché au prévenu et l'atteinte au bien juridique viennent s'intercaler d'autres faits, qui font que l'atteinte ne se trouve plus dans un rapport de causalité directe (au sens de l'art. 115 al. 1 CPP) avec l'infraction. Le comportement incriminé cause un premier effet, qui cause ou favorise un second effet, ultérieur, dont le résultat est l'atteinte au bien juridique de l'intéressé (effet domino). L'atteinte au bien juridique ne résulte donc pas *directement* de l'infraction, mais de causes ultérieures à celle-ci, de sorte qu'elle ne permet pas de fonder la qualité de lésé. La causalité est alors qualifiée d'indirecte[2918].

1239 L'ATF 147 IV 269 en offre une excellente illustration: l'Association suisse des locataires, section Genève (Asloca-Genève) dépose plainte pénale pour faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques (art. 317 CP), en relation avec un acte notarié ayant permis la vente séparée – malgré son opposition – de huit appartements, en contournement des règles de droit genevois visant à lutter contre la pénurie du marché locatif (LDTR/GE). Dans sa plainte, l'Asloca-Genève évoquait uniquement la création et l'utilisation du faux acte notarié pour obtenir des autorisations de ventes séparées. Sa qualité de lésée ayant été niée sur ce point par les autorités cantonales, elle a par la suite fait valoir que la société propriétaire des appartements avait utilisé le titre faux dans des procédures civile (dommage pour le retard dans la vente) et pénale (dénonciation calomnieuse) initiées à son encontre. Le Tribunal fédéral, tout en confirmant l'absence de qualité de lésé par rapport aux faits initialement visés dans la plainte, a estimé que le préjudice qui pouvait avoir été causé à l'intéressée en raison de l'usage du titre à l'appui de «démarches ultérieures» ne constituait qu'un «préjudice indirect»[2919].

1240 Cet arrêt, outre qu'il permet de réaffirmer l'importance d'alléguer les faits qui fondent la qualité de lésé[2920], souligne surtout qu'une «démarche ultérieure» à l'infraction dénoncée – même si elle est peut-être constitutive d'une nouvelle infraction en soi – ne permet pas de fonder un rapport de causalité directe entre cette première infraction et l'atteinte aux biens juridiques du lésé. En l'occurrence, le comportement initialement dénoncé – création d'un titre faux par le notaire ou les parties à la vente immobilière, puis utilisation de ce titre pour obtenir des autorisations de vente – s'est épuisé sans causer d'atteinte directe aux biens juridiques de la plaignante[2921]. Ce premier comportement a certes permis (ou facilité) celui, ultérieur, consistant à faire usage de ce titre dans des procédures ouvertes à l'encontre de l'intéressée, procédures susceptibles de porter atteinte à ses biens juridiques individuels (honneur ou patrimoine). Dès lors tou-

[2918] Cpr. en droit de la responsabilité civile: TF, 5C.125/2003, 31.10.2003, c. 3.3 [f; 5 juges], étant rappelé qu'en la matière, même une causalité indirecte peut rester adéquate (cf. c. 4.3 du même arrêt; cf. aussi N 394 *supra*).

[2919] ATF 147 IV 269 c. 3 et 3.3.

[2920] Cf. N 357 ss *supra*.

[2921] Ce que reconnaît expressément le TF: «En l'espèce, la création alléguée d'un faux par le notaire ou les parties à l'acte n'avait manifestement pas pour but de nuire directement à la recourante en portant atteinte à son patrimoine ou à son honneur» (ATF 147 IV 269 c. 3.3). Cette solution est approuvée par la doctrine: RIEDO/MEILE, RJB 159/2023 p. 36.

tefois que ces atteintes ne résultent pas directement du premier comportement, seul pertinent en l'espèce, mais du second, elles ne suffisent pas à admettre la qualité de lésé de l'Asloca-Genève[2922].

1241 Dans le même ordre d'idées, on peut mentionner un autre affaire, toujours pour faux dans les titres (art. 251 et 317 CP), dans laquelle une société se plaignait de l'apposition, par l'Administration fédérale des douanes, de son propre numéro de revers sur une commande de tabac importé par l'une de ses concurrentes. La qualité de lésé de la société a été niée par le Tribunal fédéral, au motif que le comportement dénoncé n'avait pas en lui-même lésé ses biens juridiques. L'atteinte dont elle se plaignait – remboursements exigés par ses créanciers – n'était survenue qu'en raison de causes supplémentaires – lesdits créanciers avaient pensé à tort que la plaignante disposait à nouveau de liquidités après avoir constaté que du tabac portant son numéro de devers était en vente dans le commerce –, de sorte que, par rapport au comportement dénoncé, elle ne pouvait qu'être qualifiée d'indirecte[2923].

1242 Bien avant l'entrée en vigueur du CPP, les autorités zurichoises avaient déjà retenu que la victime – en l'occurrence les États-Unis d'Amérique – d'une escroquerie commise à l'aide de faux documents n'était pas lésée par l'infraction de faux dans les titres reprochée à celui qui avait uniquement créé lesdits documents, sans savoir qu'ils seraient ensuite utilisés par autrui dans le cadre d'une escroquerie. L'atteinte au patrimoine de la dupe ne découlait pas directement de la création des titres faux, mais d'une seconde infraction, indépendante et ultérieure à la première, ayant de plus été commise par d'autres auteurs[2924].

1243 Dans ces exemples, la qualité de lésé a été refusée alors que l'infraction en cause (art. 251 et 317 CP) pouvait, en soi, être réalisée. Cela s'explique par le fait que les infractions de faux dans les titres protègent d'abord un bien juridique collectif – la confiance placée dans les titres en tant que moyen de preuve – et, secondairement seulement, un bien juridique individuel, généralement le patrimoine[2925], lequel n'a toutefois pas besoin d'être atteint pour que le comportement en cause soit punissable. En d'autres termes, il existe des cas de faux dans les titres qui ne lèsent personne. Pour qu'un particulier puisse se voir reconnaître la qualité de lésé, il lui faut rendre vraisemblable que l'infraction l'a directement ou immédiatement atteint dans un bien juridique individuel. Si l'atteinte résulte d'une autre cause que le comportement concrètement reproché au prévenu, elle est dite indirecte et l'intéressé est un lésé subséquent.

[2922] Cpr. avec les considérants de l'arrêt cantonal sur l'existence d'un acte postérieur *(Nachtat)* coréprimé : CJ GE, ACPR/494/2020, 17.7.2020, c. 3.2 et 3.4, en référence à l'ATF 100 IV 238 ; cf. aussi CR CP II-KINZER, Art. 251 N 142 s. (critique).

[2923] Cf. TF, 6B_752/2020, 8.6.2021, partie en fait let. A et c. 2.4 [f].

[2924] ZH, *Kassationsgericht*, 18.2.1975, RSJ 71/1975 p. 282, c. 2, avec d'autres ex. (et une opinion dissidente) ; dans le même sens : REHBERG, Adhäsionsprozess, p. 632.

[2925] Cf. N 994 *supra* sur la tendance de la jurisprudence à considérer que les infractions de faux dans les titres protègent « en blanc » tout type de bien juridique individuel.

Ce raisonnement n'est toutefois pas limité aux faux dans les titres, mais peut être transposé à toute infraction protégeant des biens juridiques mixtes, comme le faux témoignage (art. 307 CP)[2926] ou, plus généralement, à toute infraction pénale[2927]. Dans un arrêt récent, destiné à la publication, le Tribunal fédéral s'est laissé guidé par une réflexion similaire pour retenir que les *infractions à la LStup* – dont il est admis qu'elles protègent en première ligne la santé publique – ne portent en principe pas d'atteinte directe à la santé d'une personne déterminée, une éventuelle atteinte à la santé du consommateur de stupéfiants étant le résultat d'interactions complexes, qui ne saurait être attribué à un acte isolé de l'auteur[2928]. 1244

Enfin, ce raisonnement se retrouve aussi en matière de *responsabilité délictuelle* (art. 41 CO): dans l'ATF 104 II 95, le Tribunal fédéral a ainsi refusé la qualité de lésé direct à une commune tessinoise pour les frais causés par l'intervention de ses équipes de pompiers, considérant que seuls les propriétaires dont les biens avaient été détruits par l'incendie – commis par négligence (art. 222 CP) – étaient directement lésés. Le dommage subi par la commune était survenu dans l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public que constitue l'extinction des incendies et n'était, dès lors, qu'indirect[2929]. Des réflexions similaires existent en droit de la confiscation, notamment pour déterminer l'existence d'un lien de causalité entre les valeurs à confisquer et l'infraction[2930]. 1245

D. Lésés diffus

Une quatrième et ultime catégorie de personnes atteintes de manière indirecte seulement regroupe les lésés que nous appellerons «diffus». Les lésés diffus sont bien titulaires du bien juridique individuel protégé par l'infraction. Toutefois, ils ne sont touchés dans ce bien qu'en raison de leur appartenance à un groupe indéterminé de personnes. L'atteinte qu'ils subissent ne survient que de façon indirecte ou médiate, par l'intermédiaire du groupe qui, lui, est directement et immédiatement visé par le comportement de l'auteur. On peut dire qu'en tant qu'elle est dirigée contre le groupe lui-même, l'atteinte se *diffuse* ou se *dilue* au sein de ses membres et perd ainsi son carac- 1246

[2926] Pour un exemple: TF, 1P.580/2001, 22.1.2022, c. 2.3 [d].

[2927] Récemment: TF, 7B_182/2024, 26.3.2024, c. 2.2 [f] dans le cadre du dommage direct invoqué à l'appui du recours en matière pénale de la partie plaignante au Tribunal fédéral (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF), en lien avec une infraction de gestion déloyale (art. 158 CP).

[2928] ATF 151 IV 277 c. 2.4.2. L'arrêt portait sur le cas de détention provisoire de l'art. 221 al. 1bis CPP, qui ne concerne que les infractions portant «gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui», ce qui n'est en principe pas le cas des art. 19 ss LStup, même si le TF n'exclut pas totalement un lésé pour l'art. 19 al. 1 let. c *cum* al. 2 let. a LStup (c. 2.4.1).

[2929] ATF 104 II 95 c. 2a et b; NIGGLI/MUSKENS, Unerlaubte Handlung, p. 508, parviennent au même résultat en raisonnant en termes de causalité adéquate; cpr. ENGEL, p. 487.

[2930] Récemment: TF, 7B_135/2022, 9.1.2024, c. 3.2 ss [d], qui relativise ces exigences en retenant qu'un lien *«mittelbar»* suffit (versement de commissions).

tère individuel et direct[2931]. Cette dilution marque un éloignement (spatial) par rapport au groupe et conduit ainsi à nier la qualité de lésé des membres concernés.

1247 Cette catégorie de lésés indirects se retrouve typiquement chez les infractions dites d'expression de la pensée *(Gedankenäusserungsdelikte)* ou de propagation *(Verbreitungsdelikte)*, qui se consomment par l'expression ou la diffusion – parfois publique – de certains types de propos ou de contenus illicites. Comme l'écrit FIOLKA: *«Hier wird ein Verhalten durch Strafe bedroht, welches in der Äusserung von Sätzen besteht und sich darin erschöpft»*[2932]. À titre d'exemple, on peut citer les délits contre l'honneur (art. 173 ss CP), la représentation de la violence (art. 135 CP), la pornographie (art. 197 CP), l'atteinte à la liberté de croyance et des cultes (art. 261 CP) et la discrimination et incitation à la haine (art. 261bis CP), cas échéant pour certains chiffres ou alinéas seulement[2933]. En fait également partie l'infraction de menaces alarmant la population (art. 258 CP), dont nous avons vu ci-dessus qu'elle protégeait aussi un bien juridique individuel, le sentiment de sécurité[2934].

1248 Ainsi, pour que la diffamation (art. 173 CP), la calomnie (art. 174 CP) et l'injure (art. 177 CP) soient réalisées, l'auteur doit notamment, en s'adressant à un tiers, avoir accusé «une personne» de tenir une conduite contraire à l'honneur, respectivement avoir, de toute autre manière, attaqué «autrui» dans son honneur. Les délits contre l'honneur supposent donc que les propos soient dirigés contre une personne déterminée ou déterminable. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit désignée nommément, mais elle doit être reconnaissable, donc identifiable. Tel n'est pas le cas de déclarations dirigées contre une vaste collectivité de personnes prises dans son ensemble ou son universalité – par ex. tous les Suisses, tous les fonctionnaires, tous les chasseurs ou tous les chirurgiens –, sans qu'on puisse délimiter de groupe plus restreint en son sein. Trop générale, l'attaque se dilue et s'atténue au point de ne plus toucher directement *(«unmittelbar»)* chaque membre du groupe ou de la collectivité[2935].

1249 Cette réflexion a été transposée à l'infraction de discrimination et incitation à la haine (art. 261bis CP), qui punit notamment quiconque aura abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine «une personne ou un groupe de personnes» en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle (al. 4, 1ère partie). Il est admis depuis longtemps que cette disposition protège

[2931] Pour une réflexion similaire sur la titularité des biens juridiques collectifs, cf. N 905 *supra*. Cpr. la notion d'atteintes diffuses auprès de la CourEDH: MARQUIS, N 622 ss.

[2932] FIOLKA, Äusserungsdelikte, N 23.

[2933] Pour une liste plus complète, cf. FIOLKA, Äusserungsdelikte, N 27 et 29 ss. Ce type d'infractions soulève des enjeux spécifiques s'agissant du lieu du résultat (art. 8 al. 1 CP; cf. STRÄULI, Résultat, p. 381 s.; PC CP, Art. 8 N 16 ss; DYENS, N 683 ss) et de la punissabilité des médias (art. 28 CP; cf. ATF 125 IV 206 c. 3b; CR CP I-WERLY, Art. 28 N 16).

[2934] Cf. N 987 ss *supra*.

[2935] ATF 143 IV 77 c. 4.3; 124 IV 262 c. 2a; 100 IV 43 c. 3; TF, 6B_1126/2020, 10.6.2021, c. 3.1 [f]; 6B_361/2010, 1.11.2010, c. 4.1 s. [f]; CJ GE, ACPR/864/2020, 30.11.2020, c. 2.3; HK StGB-WOHLERS, Art. 173 N 5; BSK StGB-RIKLIN, Vor Art. 173 N 52; cf. déjà ATF 80 IV 166 c. 4: 73 conseillers nationaux ayant voté dans un certain sens sont reconnaissables.

en première ligne un bien juridique individuel, à savoir la dignité humaine de chaque individu en tant que membre d'un certain groupe énuméré par la loi[2936]. Il est aussi admis depuis longtemps que la personne qui est touchée dans sa dignité humaine par une discrimination la visant personnellement dispose de la qualité de lésé[2937].

Dans l'ATF 143 IV 77, le Tribunal fédéral a dû décider si tel était également le cas des membres d'un groupe – en l'occurrence: les personnes juives – contre lequel l'atteinte était dirigée, tout en rappelant que la majorité de la doctrine y était favorable[2938]. L'arrêt, rendu au terme d'une procédure de coordination réunissant les différentes Cours concernées (cf. art. 23 al. 2 LTF), s'attache d'abord à souligner le manque de précision que revêt la notion de dignité humaine (art. 7 Cst.), pour retenir que l'on ne saurait en déduire des droits procéduraux concrets. Par conséquent, le fait que l'art. 261bis al. 4, 1ère partie CP protège la dignité humaine n'est pas déterminant pour trancher la question de la qualité de lésé. Ce qui importe, selon le Tribunal fédéral, c'est de déterminer la direction de l'attaque *(«Angriffsrichtung»)*, soit contre qui elle est dirigée. Lorsqu'elle s'adresse à un «groupe de personnes» (par opposition à «une personne» déterminée), elle touche directement le groupe lui-même et seulement indirectement ses différents membres. Le Tribunal fédéral fait ici un parallèle avec sa jurisprudence rendue en matière de délits contre l'honneur (art. 173 ss CP) et de négationnisme (art. 261bis al. 4, 2ème partie CP), qui nie aux membres du groupe visé la qualité de lésé. Enfin, la Haute Cour souligne les difficultés pratiques qu'engendrerait toute autre solution, qui donnerait à des milliers de membres du groupe concerné la possibilité de se constituer partie plaignante[2939]. 1250

Même s'il a été repris par la majorité de la doctrine postérieure sans critique particulière[2940], cet arrêt laisse quand même transparaître un certain malaise[2941]: en affirmant 1251

[2936] ATF 140 IV 67 c. 2.1.1; 133 IV 308 c. 8.2; 131 IV 23 c. 1.1; 128 I 218 c. 1.4; 126 IV 20 c. 1c; 123 IV 202 c. 2 et 3a. Depuis le 1er juillet 2020, l'orientation sexuelle figure aussi dans la liste, ce qui ne change toutefois rien au bien juridique protégé: FF 2018 3897, p. 3911; AK StGB-UHRMEISTER, Art. 261bis N 4; OFK StGB-WEDER, Art. 261bis N 2.

[2937] ATF 128 I 218 c. 1.5, qui nie toutefois la qualité de victime selon l'art. 2 al. 1 aLAVI, faute d'intensité de l'atteinte; cf. ég. ATF 129 IV 95 c. 3.3.2; 131 IV 78 c. 1.2 (al. 5); PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 216bis N 7; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 76; SCHUBARTH/VEST, Art. 261bis N 128; NIGGLI, Rasendiskriminierung, N 511 ss (critique).

[2938] ATF 143 IV 77 c. 2.4.2 et les références citées.

[2939] ATF 143 IV 77 c. 4.1-4.7; cf. déjà N 941 *supra* sur l'argument de la praticabilité.

[2940] OBERHOLZER, Grundzüge, N 673; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 3; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 20; GARBARSKI, SJ 2017, p. 130 s.; OFK StGB-WEDER, Art. 261bis N 30; AK StGB-UHRMEISTER, Art. 261bis N 21; *contra*: BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 76, qui ne raisonnent qu'en termes de biens juridiques protégés (dignité humaine et/ou paix publique) et pas en termes d'atteinte directe à ceux-ci; BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261bis N 88; cpr. aussi CR Cst.-DUBEY, Art. 7 N 25, 42 et 55.

[2941] Ce d'autant plus que, lors de la procédure de coordination, la 1ère Cour de droit public, en charge de l'affaire, voulait admettre la qualité de lésé des membres du groupe, contrairement aux deux autres Cours concernées (Cour de droit pénal et 1ère Cour de droit civil): cf. ATF 143

tout d'abord qu'en raison de son équivocité, la dignité humaine (art. 7 Cst.) ne permet pas de fonder de droits procéduraux concrets[2942], le Tribunal fédéral semble oublier ses propres arrêts qui retiennent que cette notion donne droit à des prestations positives de la part de l'État, notamment une enquête effective en cas de suspicion de traitement contraire à la dignité humaine, ce qui a conduit à la création, par voie prétorienne, d'un droit de recours contre certaines décisions procédurales[2943].

1252 Surtout, l'approche consistant à «déconstruire» la portée de la dignité humaine en procédure revient à consacrer une notion de lésé déconnectée du bien juridique protégé par l'art. 261bis al. 4, 1ère partie CP et qui dépendrait uniquement du caractère direct de l'atteinte. Ce serait toutefois oublier le rôle essentiel que joue le bien juridique dans la définition du lésé en procédure pénale. Il ne doit pas en aller autrement lorsque ce bien juridique est la dignité humaine (art. 7 Cst.), notion qui doit certes rester suffisamment indéterminée pour n'exclure personne de son champ de protection[2944], mais qui est tout de même suffisamment concrète pour que la jurisprudence la distingue d'autres biens juridiques, tels que l'honneur, et s'en serve pour interpréter restrictivement le champ d'application de l'art. 261bis CP[2945]. À notre sens, il aurait été méthodologiquement plus convaincant de concéder que le recourant, de confession juive, était bien titulaire du bien juridique individuel protégé par l'art. 261bis al. 4, 1ère partie CP – la dignité humaine – et donc qu'il subissait une atteinte personnelle en raison de l'infraction. Il aurait ensuite été possible d'affirmer que cette atteinte n'était pas directe car, dans le cas d'espèce, elle était dirigée contre le groupe lui-même (les juifs en général), sans viser l'un de ses membres en particulier[2946].

1253 Bien que le raisonnement lié au caractère indirect et diffus de l'atteinte reste le même pour ces deux infractions ou groupes d'infractions (art. 173 ss et 261bis CP), on note tout de même une différence importante entre celles-ci: pour les infractions contre l'honneur, l'existence d'une offense dirigée contre «une personne» déterminée ou déterminable est érigée en élément constitutif objectif de l'infraction. Si elle fait défaut, l'infraction n'est tout simplement pas réalisée, ce qui conduit nécessairement à nier la qualité de lésé des personnes concernées[2947]; en d'autres termes, tout délit contre

IV 77 c. 3, qui va jusqu'à donner le résultat des votes exprimés lors de la séance des Cours réunies (5 *vs*. 12).

2942 ATF 143 IV 77 c. 4.1.

2943 Par ex. contre un classement, une non-entrée en matière, ou encore en matière d'assistance judiciaire: ATF 140 I 125 c. 2.1; 138 IV 86 c. 3.1 (tous deux en référence à l'art. 13 CEDH); cpr. ATF 146 IV 76 c. 4 (art. 2 CEDH); TF, 6B_1199/2020, 23.9.2021, c. 1.4 [f]; 1B_317/2021, 9.12.2021, c. 4.3 [f]; CR Cst.-DUBEY, Art. 7 N 55; TSCHUMY, N 533 ss.

2944 CR Cst.-DUBEY, Art. 7 N 40 et 42; ATF 143 IV 77 c. 4.1 parle de cette nécessaire indétermination comme du *«Paradox der Menschenwürdegarantie»*.

2945 Voir par ex. ATF 143 IV 308 c. 4.1 et 4.3; 140 IV 67 c. 2.5.1 s.

2946 Cf. l'état de fait à la base de l'ATF 143 IV 77: propos tenus lors d'une émission télévisée, comparaison entre «l'humour de l'humoriste» et «l'humour juif» de manière générale (let. A). Cf. CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 22, en faveur d'un examen selon les circonstances concrètes pour le négationnisme (art. 261bis al. 4, 2ème partie CP).

l'honneur suppose l'existence d'un lésé, ne serait-ce que par ce qu'ils sont tous punis sur plainte. Par opposition, l'infraction de discrimination et incitation à la haine (art. 261bis CP) punit déjà quiconque s'en prend à un «groupe de personnes», de sorte qu'elle peut être réalisée même en l'absence de lésé, ces deux questions pouvant être traitées de façon indépendante[2948].

III. Atteinte directe et typologie de l'infraction

Le critère de l'atteinte directe suppose que le bien juridique protégé par l'infraction en cause et dont le lésé (ou la personne qui prétend à cette qualité) est titulaire ait *effectivement* été atteint ou «touché» (cf. art. 115 al. 1 CPP) par le comportement reproché au prévenu[2949]. Cette atteinte effective permet de faire une distinction selon les différents types d'infractions pouvant entrer en ligne de compte, que ce soit les infractions de lésion et les infractions de mise en danger – avec au sein de ces dernières, les infractions de mise en danger concrète ou abstraite – ou les infractions matérielles et les infractions formelles. Elle permet également d'analyser la situation des infractions tentées ainsi que celle de l'art. 102 CP, fondant la responsabilité pénale de l'entreprise. Dans ces différents cas de figure, c'est la structure de l'infraction, et donc la manière dont le législateur a décidé de protéger le bien juridique derrière la norme[2950], qui aura une incidence sur le caractère direct de l'atteinte subie par le lésé. 1254

A. Infractions de lésion *vs.* infractions de mise en danger

Il paraît cohérent de débuter l'analyse en rappelant la distinction classique entre infractions de lésion et infractions de mise en danger, qui dépend, nous l'avons vu[2951], du type et de l'intensité de l'atteinte que le comportement de l'auteur aura causé au bien juridique protégé. Alors que la plupart des infractions supposent une lésion effective du bien juridique, certaines sont déjà consommées par la création d'un risque de lésion; il s'agit des infractions de mise en danger *(Gefährdungsdelikte)*. Le droit pénal devance en quelque sorte la lésion effective du bien juridique, dans l'optique d'éviter que celle-ci ne survienne[2952]. L'analyse du lésé se fera différemment selon que l'infraction appartient à l'une ou l'autre de ces catégories. 1255

[2947] *A contrario*, tant que dure l'instruction, le doute sur le caractère déterminable du membre d'un groupe de personnes visé par l'atteinte doit profiter audit membre. Cf. N 357 ss *supra*.

[2948] Cf. toutefois ATF 143 IV 77 let. B., dans lequel le MP a nié la qualité de partie plaignante du recourant et, parallèlement, a suspendu la procédure jusqu'à droit jugé sur cette question.

[2949] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 103; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 188 s; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 12.

[2950] WOHLERS, Regulatory, p. 249.

[2951] Cf. N 614 *supra*, s'agissant de la détermination du bien juridique.

[2952] ATF 138 IV 258 c. 3.1.2; GRAVEN/STRÄULI, 85; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 108 s.; RIKLIN, FS Gauch, p. 891: *«Der Strafrechtsschutz wird vorverlegt»*; pour une critique: HILF/VEST, p. 26 ss.

1. Infractions de lésion

1256 Les infractions de lésion *(Verletzungsdelikte)*, majoritaires, se caractérisent par le fait que le comportement punissable porte une atteinte effective au bien juridique[2953]. Cette lésion, qui interviendra généralement à un certain niveau d'abstraction, se matérialisera dans le monde réel par l'intermédiaire de l'objet de l'infraction, soit la personne ou la chose sur laquelle porte l'exécution du comportement typique[2954]. Ce comportement entraîne l'altération (destruction, mise hors d'état, privation, transfert, etc.) de l'objet de l'infraction, ce qui reflète une lésion du bien juridique protégé par l'infraction.

Exemples:

Le meurtrier «détruit une vie»[2955], bien juridique protégé par les art. 111 ss CP; le bagarreur cause une lésion corporelle (art. 122 s. CP) à autrui et l'atteint dès lors dans son intégrité corporelle; l'escroc obtient de la dupe qu'elle lui verse indûment une somme d'argent, ce qui porte atteinte à son patrimoine, protégé par l'art. 146 CP; le fait d'enregistrer une conversation non publique constitue une intrusion dans la sphère privée des participants à celle-ci, bien juridique que l'art. 179bis CP vise à protéger[2956]; le voleur transfère le butin dans sa sphère d'influence et lèse ainsi le patrimoine de l'ayant droit (ou son pouvoir de disposition), bien juridique protégé par l'art. 139 CP[2957].

1257 Dès lors que les infractions de lésions répriment la lésion d'un bien juridique, le titulaire de ce dernier subit une atteinte directe au sens de l'art. 115 al. 1 CPP et sa qualité de lésé ne pose pas de problème particulier. Dans ce cas, le lésé porte particulièrement bien son nom; les versions allemande et italienne de l'art. 115 al. 1 CPP font ici tout leur sens, elles qui parlent de droits ayant été «lésés» (*«verletzt»*; *«lesi»*) plutôt que «touchés» par une infraction[2958].

1258 Comme nous l'avons vu ci-dessus en lien avec l'atteinte personnelle, le fait que le CPP suive une approche pénaliste de la notion de lésé a ici pour conséquence qu'une lésion du bien juridique suffit, même si elle n'aura entraîné aucun dommage au sens civil du terme et même si ce dommage a été réparé dans l'intervalle par l'auteur[2959].

[2953] ATF 135 IV 37 c. 2.4.1; PC CP, Art. 10 N 9; DYENS, N 263; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 73 s; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 108; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 16; RIKLIN, AT, § 9 N 13 ss. Moins clair: ATF 145 IV 491 c. 2.4 et 2.4.1, qui semble mélanger infraction de lésion et infraction de résultat.

[2954] HURTADO POZO/GODEL, N 365. Sur l'objet de l'infraction, cf. N 478 et N 609 ss *supra*.

[2955] GRAVEN/STRÄULI, p. 85.

[2956] DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 108.

[2957] Dans ce cas, l'objet de l'infraction demeure intact, mais la lésion du bien juridique survient en raison de son transfert, par l'acte de soustraction, dans la sphère d'influence de l'auteur. Sur cette configuration particulière, cf. DYENS, N 383 et 450; cf. aussi N 612 *supra*.

[2958] Cf. N 264 ss et N 372 ss *supra* sur les différences linguistiques entre les trois versions.

[2959] Cf. N 894 ss *supra*.

2. Infractions de mise en danger concrète

Parmi les infractions de mise en danger, on trouve d'abord les infractions de mise en danger concrète *(konkrete Gefährdungsdelikte)*, qui exigent que l'auteur ait effectivement créé un danger pour un bien juridique déterminé[2960]. Par danger concret, le Tribunal fédéral entend un «état de fait dans lequel existe, d'après le cours ordinaire des choses, la probabilité ou un certain degré de possibilité que le bien juridique protégé soit lésé, sans toutefois qu'un degré de probabilité supérieur à 50% soit exigé»[2961]. Cette notion soulève des questions délicates, le caractère probable de la lésion pouvant fortement varier d'une situation à une autre[2962]. Un critère posé dans ce cadre par la jurisprudence est celui de la peine-menace de l'infraction en cause: plus celle-ci sera élevée, plus hautes seront les exigences relatives au caractère concret du danger[2963]. Comme pour les infractions de lésion, la mise en danger concrète se rapporte à l'objet de l'infraction, dans lequel s'incarne le bien juridique. 1259

Ce type de délits érige la mise en danger du bien juridique en élément constitutif objectif de l'infraction, qui doit être prouvé par l'accusation et sur lequel doit porter l'intention de l'auteur[2964]. Cette notion de danger se retrouve généralement dans l'énoncé légal de l'infraction en cause[2965]. 1260

[2960] HURTADO POZO/GODEL, N 366; HILF/VEST, p. 29; GRAVEN/STRÄULI, p. 85.

[2961] ATF 138 IV 57 c. 4.1.2; 121 IV 67 c. 2b/aa; TF, 6B_876/2015, 2.5.2016, c. 2.1 [f] n.p. in ATF 142 IV 245. Cpr. avec la version allemande de ce même considérant, où l'expression «un certain degré de possibilité» est traduite par *«nahe Möglichkeit»*, qui paraît plus restrictive: ATF 124 IV 114 c. 1; 123 IV 128 c. 2a; TF, 6B_427/2021, 29.6.2022, c. 2.1.4 [d].

[2962] Certains auteurs se montrent favorables au critère de l'absence de contrôle par celui qui est à l'origine de la situation à risque: ROTH, Risques collectifs, p. 259 s.; cf. dans un sens similaire ACKERMANN/SCHRÖDER, p. 16, qui mentionnent l'approche selon laquelle un risque de lésion ne serait concret que lorsque sa réalisation ne dépend plus que du hasard; cpr. TF, 6B_427/2021, 29.6.2022, c. 2.1.4 et 2.5.3 [d]; 6B_332/2019, 29.10.2019, c. 2.1.2 [d]; cf. les discussions similaires en Allemagne: ROXIN/GRECO, § 11 N 147 ss.

[2963] ATF 123 IV 128 c. 2a; 121 IV 67 c. 4d; TF, 6B_1248/2017, 21.2.2019, c. 4.4.2 [d]; plus nuancés: ACKERMANN/SCHRÖDER, p. 18 ss, spéc. 22 nbp 101, qui raisonnent également en fonction de la nature du bien juridique protégé: lorsqu'une même infraction, par exemple l'art. 224 al. 1 CP (emploi d'explosifs ou de gaz toxiques), prévoit une peine-menace identique pour des comportements qui mettent en danger des biens d'importance différente, il se justifie d'exiger une probabilité de lésion plus élevée pour le bien de nature moindre (la propriété) que pour celui de nature plus fondamentale (la vie ou l'intégrité corporelle).

[2964] ATF 138 IV 258 c. 3.1.2; cf. déjà ATF 73 IV 227 c. 1; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 16; TRECHSEL/NOLL, p. 79; RIKLIN, FS Gauch, p. 891; ACKERMANN/SCHRÖDER, p. 13.

[2965] HURTADO POZO/GODEL, N 366; ACKERMANN/SCHRÖDER, p. 13, qui réservent toutefois le cas de l'art. 90 al. 2 LCR (violation grave des règles de la circulation routière), qui sanctionne la création d'un sérieux danger pour la sécurité d'autrui, par lequel on entend également un danger abstrait qualifié, par exemple pour les dépassements de vitesse autorisée allant au-delà d'un certain seuil; cf. sur ce point ATF 143 IV 508 c. 1.3; 131 IV 133 c. 3.2; BSK SVG-FIOLKA, Art. 90 N 49.

Exemples :

La mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) est un exemple classique d'infraction de mise en danger concret.

L'entrave à la circulation publique (art. 237 CP) suppose la mise en danger concrète de la vie ou de l'intégrité corporelle de personnes (par quoi il faut entendre une personne au moins). Une telle mise en danger a été retenue lorsqu'un aiguilleur du ciel autorise un changement d'altitude de vol d'un avion qui provoque un danger imminent de collision avec un autre appareil[2966]. Au contraire, elle a été niée lorsqu'un aiguilleur du ciel donne le feu vert pour le décollage de deux avions presque simultanément, mais que l'équipage du premier parvient à immobiliser son appareil avant le croisement des pistes, manœuvre n'ayant entraîné aucun danger pour les passagers[2967].

L'art. 86 al. 1 aLPTh, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2018, exigeait que les comportements incriminés – parmi lesquels la prescription d'un médicament non autorisé en Suisse – aient mis en danger la santé d'êtres humains. En tant que délit de mise en danger concret, le risque d'une atteinte réelle à la santé devait être démontré, par exemple parce qu'un médicament dangereux pour une certaine catégorie de la population seulement avait effectivement été remis à des personnes appartenant au groupe à risque ; la seule probabilité, même élevée, que parmi le grand nombre de clients ayant commandé le médicament se trouvât une ou plusieurs personnes à risque ne suffisait pas[2968]. Au vu notamment des difficultés pratiques à apporter cette preuve, le législateur a décidé de requalifier l'art. 86 LTPh en délit de mise en danger abstrait, ne conservant l'exigence d'une mise en danger concrète que pour la forme aggravée de l'infraction, qui est passée de délit à crime (al. 2 let. a LTPh)[2969].

1261 Parmi les infractions de mise en danger concrète figurent également les infractions créant un *danger collectif* (art. 221 ss CP [Titre 7 du CP])[2970], qui se caractérisent par la mise en danger concrète d'un grand nombre de biens juridiques, voire d'un seul bien juridique déterminé, s'il a toutefois été choisi par le fruit du hasard et qu'il apparaît dès lors comme un représentant de la collectivité (théorie dite de la représentation)[2971].

1262 Par rapport au lésé, le raisonnement n'est pas fondamentalement différent de celui qui vaut pour les infractions de lésion : la personne titulaire du bien juridique protégé par l'infraction et ayant été concrètement mis en danger subit une atteinte – voire seulement une attaque[2972] – directe et peut dès lors prétendre à la qualité de lésé selon

[2966] TF, 6B_1220/2018, 27.6.2019, c. 2 [d].
[2967] TF, 6B_332/2019, 29.10.2019, c. 2.2 [d] ; cf. ég. TF, 6B_427/2021, 29.6.2022, c. 2.3 ss [d].
[2968] ATF 135 IV 37 c. 2.4.1 s. ; 138 IV 57 c. 4.1.3.
[2969] La novelle est entrée en vigueur le 1er janvier 2019 : RO 2017 2745 et 2018 3575 ; cf. aussi le Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2012 concernant la modification de la Loi sur les produits thérapeutiques, FF 2013 1 ss, p. 47 s. ; JUNOD/MEYSTRE, p. 102 ss, 112 s.
[2970] Mais aussi certaines infractions des Titre 8 et 9 : cf. N 564 *supra*.
[2971] ATF 148 IV 247 c. 3 ; cf. N 564 *supra*.
[2972] Soit un terme qui exprime mieux le fait que le bien juridique n'a pas été effectivement lésé ; cf. N 267 et N 373 *supra*.

l'art. 115 al. 1 CPP[2973]. Le Tribunal fédéral souligne lui-même l'équivalence entre lésion et mise en danger du bien juridique protégé: *«Als Geschädigter ist somit anzusehen, wer Träger des Rechtsgutes ist, das durch die fragliche Strafbestimmung vor Verletzung oder Gefährdung geschützt werden soll»*[2974]. Plus parlants encore, certains arrêts en italien utilisent le terme *«minaccia»* (menace) pour exprimer cette forme d'atteinte au bien juridique[2975]. Dès lors que le CPP a consacré la conception pénaliste du lésé, la mise en danger concrète du bien juridique suffit, même si elle n'a entraîné aucune lésion et donc aucun dommage au sens civil du terme.

Sur cette base, la jurisprudence a admis (ou du moins a envisagé dans l'abstrait) la qualité de lésé pour la violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP)[2976] ou encore l'entrave à la circulation publique (art. 237 CP), respectivement au service des chemins de fer (art. 238 aCP)[2977]. Il en va de même des infractions créant un danger collectif (art. 221 ss CP), pour lesquelles toutes les personnes – voire déjà la personne choisie par effet du hasard (théorie de la représentation) – dont le bien juridique protégé aura été concrètement mis en danger par le comportement de l'auteur peuvent prétendre à la qualité de lésé[2978]. 1263

3. Infractions de mise en danger abstraite

Les infractions de mise en danger abstraite *(abstrakte Gefährdungsdelike)* répriment quant à elles un comportement réputé dangereux en lui-même, sans exiger que le bien juridique ait réellement été mis en danger dans le cas particulier[2979]. La mise en danger n'est pas un élément constitutif de l'infraction, mais la raison d'être de celle-ci, le motif derrière l'incrimination voulue par le législateur[2980]. 1264

[2973] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 30; NYDEGGER, p. 65; TANNER, p. 55; JEANNERET, Partie plaignante, p. 298; cf. aussi CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 17 (art. 90 al. 2 LCR).

[2974] ATF 138 IV 258 c. 2.3; cf. ég. TF, 6B_1207/2013, 14.5.2014, c. 3.1.2 [f]; 6B_675/2013, 9.1.2014, c. 5.2 [f]; 6B_680/2013, 6.11.2013, c. 3 [f], soit les rares arrêts en français qui reprennent cette définition. La formule est déjà ancienne: ATF 120 IV 154 c. 3c/cc; 126 IV 42 c. 2a; cf. aussi ATF 118 Ia 14 c. 2b.

[2975] TF, 6B_79/2022, 3.2.2022, c. 4.4 [i]; 6B_306/2019, 22.5.2019, c. 3.1 [i].

[2976] TF, 7B_147/2024, 7.6.2024, c. 1.2.5 [f]; 1B_500/2017, 9.3.2018, c. 3.2 s. [f] (victime selon l'art. 116 al. 1 CPP, soit une forme qualifiée de lésé au sens de l'art. 115 CPP); cpr. TF, 6B_327/2007, 16.11.2007, c. 2 [f].

[2977] TF, 6B_402/2016, 28.11.2017, c. 1.3 [f]; 6B_1059/2018, 17.1.2019, c. 2 [f]. L'art. 238 aCP a été intégré dans l'art. 237 CP avec la loi sur l'harmonisation des peines, entrée en vigueur le 1.7.2023 (Message harmonisation, p. 2940).

[2978] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 69; BSK StGB-ROELLI, Vor Art. 221 N 18; cf. aussi ATF 107 IV 182, pour l'incendie (art. 221 s. CP), qui retient que le créancier gagiste peut être lésé, mais pas l'assureur, touché indirectement seulement; cpr. VERDE, N 452, plus nuancé, mais pour les infractions pénales en tant que *Schutznormen*.

[2979] STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 16; HURTADO POZO, PG, N 474 s. et 1426 ss; ACKERMANN et al., p. 8; DYENS, N 455.

[2980] ATF 129 IV 53 c. 3.5; RIKLIN, FS Gauch, 891; ACKERMANN/SCHRÖDER, p. 13.

Exemples:

L'art. 187 CP (actes d'ordre sexuel avec des enfants) a pour but de garantir le développement sexuel non perturbé des enfants. Comme infraction de mise en danger abstrait, elle n'exige pas que la victime ait été effectivement mise en danger ou perturbée dans son développement[2981].

Les infractions prévues à l'art. 19 LStup sont généralement qualifiées de délits de mise en danger abstraits, en ce sens qu'il n'y a pas besoin que la santé d'autrui ou, dans le cas aggravé (al. 2 let. a), la santé de nombreuses personnes ait été concrètement mise en danger par les comportements réprimés, qui auraient par exemple conduit à faire tomber quelqu'un dans la toxicomanie[2982].

L'art. 90 al. 1 LCR n'exige pas qu'un bien juridique protégé ait concrètement été mis en danger par la violation d'une règle de la circulation routière, laquelle est considérée comme suffisamment dangereuse pour être érigée en infraction (de degré contraventionnel)[2983].

1265 La loi pose ici une sorte de présomption de dangerosité du comportement réprimé à l'égard du bien juridique protégé; il suffit donc de constater la réalisation du comportement typique, sans devoir démontrer pour le surplus le caractère typiquement dangereux de l'acte, qui est intrinsèque au jugement de valeur porté par le législateur[2984]. Avec NIGGLI et MAEDER, on doit retenir que ce type d'infractions réprime le simple risque de mise en danger du bien juridique; dès lors que cette mise en danger constitue déjà un risque de lésion du bien juridique, les infractions de mise en danger abstraite punissent en définitive *le risque d'un risque de lésion* du bien juridique[2985]. Par conséquent, l'auteur demeure punissable même s'il est avéré que son comportement n'a, dans le cas d'espèce, causé aucun danger (même abstrait!) pour le bien juridique protégé[2986], ce qui peut s'avérer problématique dans notre conception du droit pénal fondée sur la faute *(Schuldstrafrecht)*[2987] ainsi qu'en termes de légitimité de la norme[2988].

1266 Réservons dans ce cadre les infractions dites *d'aptitude (Eignungsdelikte)*, qui exigent spécifiquement que le comportement adopté par l'auteur soit propre *(«geeignet»)* à porter atteinte au bien juridique protégé. Une mise en danger concrète dudit bien

[2981] ATF 146 IV 153 c. 3.5.2; TF, 6B_549/2021, 18.5.2022, c. 1.5 [d]; 6B_935/2020, 25.2.2021, c. 3.1 [f]; BSK StGB-MAIER, Art. 187 N 7 et 9.

[2982] CORBOZ, II, Art. 19 LStup N 16 et 76.

[2983] ATF 138 IV 258 c. 3.1.2.

[2984] RIKLIN, AT, § 9 N 15; GRAVEN/STRÄULI, p. 85; HURTADO POZO, PG, N 578; DYENS, N 455, qui cite l'ATF 117 IV 58 c. 2a, dans lequel le TF retient une présomption irréfragable de dangerosité pour la santé publique des comportements réprimés par l'art. 19 LStup.

[2985] BSK StGB NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 84e: *«die Gefahr einer Gefahr einer Verletzung»*.

[2986] DYENS, N 463 ss, cite le cas de «l'incendiaire diligent» *(der sorgfältige Brandstifter)*, qui met le feu à un bâtiment après s'être assuré que personne ne s'y trouvait, ainsi que l'ATF 117 IV 58, qui punit le transport de cocaïne (art. 19 LStup) même à des fins de destruction.

[2987] Sur les solutions envisagées en doctrine: ROXIN/GRECO, § 11 N 153 ss; DYENS, N 466 s.

[2988] MUSKENS LOUIS/NIGGLI MARCEL, Geldwäscherei durch Unterlassen, ContraLegem 2019/1, 16 ss, p. 17.

dans le cas d'espèce n'a toujours pas à être démontrée – il s'agit donc bien d'infractions de mise en danger abstraite –, mais le comportement réprimé doit tout de même être apte à entraîner une telle mise en danger concrète, raison pour laquelle la doctrine parle ici de *« abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte »*[2989]. Contrairement aux autres infractions de mise en danger abstraite, un acte qui n'est pas de nature à porter atteinte au bien juridique demeure ici impunissable[2990].

Exemples:

L'exemple classique est le blanchiment d'argent (art. 305bis CP)[2991], qui punit un acte *propre à entraver* l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales provenant d'un crime, ce qui n'est pas le cas lorsque l'auteur verse des espèces sur son compte personnel, ouvert à son nom et à son domicile, et dont il se sert habituellement pour ses paiements privés[2992], ou lorsque le caractère confiscable des valeurs patrimoniales fait défaut[2993]. On peut aussi citer la diffamation (art. 173 CP) et la calomnie (art. 174 CP)[2994], certaines infractions de droit pénal de l'environnement[2995], les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP)[2996], ainsi que l'infraction de faux certificat médical (art. 318 CP)[2997].

Pour les infractions de mise en danger abstraite (dont font partie les infractions d'aptitude), les tous premiers arrêts rendus après l'entrée en vigueur du CPP retenaient qu'elles ne fondaient généralement pas la qualité de lésé, faute de pouvoir être la cause directe d'une atteinte[2998]. Ces premiers arrêts s'inspiraient de la notion de victime selon la LAVI, impliquant une atteinte effective à l'intégrité corporelle, sexuelle ou psychique, ce qui excluait en principe les infractions de mise en danger, notamment abstraite[2999]. La comparaison avec la victime n'était toutefois pas pleinement 1267

[2989] ACKERMANN et al., p. 8; DYENS, N 462 nbp 931; ROXIN/GRECO, § 11 N 162. Voir aussi ATF 97 IV 205 c. 2 (mais pour les infractions de mise en danger abstraite en général): «il suffit alors que l'acte soit propre à entraîner le dommage que le danger fait craindre».

[2990] HILF/VEST, p. 29 s., qui déplorent toutefois la tendance des tribunaux à supposer que l'acte est de nature à porter une telle atteinte au bien juridique, sans le prouver effectivement.

[2991] ACKERMANN, Eignungsdelikt, p. 1; KV/KO-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305bis N 394 ss; cpr. CASSANI, FS Schmid, p. 404.

[2992] ATF 124 IV 274 c. 4a. Pour les transferts vers l'étranger, cf. ATF 144 IV 172 c. 7.2.2 et la critique de ACKERMANN, Eignungsdelikt, p. 7 ss.

[2993] ATF 145 IV 335 c. 4.4, ce qui distingue l'art. 305bis CP de l'art. 37 LBA, infraction de mise en danger abstraite (cf. MACALUSO/GARBARSKI, DPE II, p. 17: «infraction surabstraite»).

[2994] Qui punissent quiconque aura accusé autrui «de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération». Cf. KV/KO-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305bis N 395.

[2995] Cf. art. 60 al. 1 let. b et d LPE, qui exige que les substances utilisées «pouvaient constituer une menace pour l'environnement ou, indirectement, pour l'homme». Cf. HILF/VEST, p. 29.

[2996] La jurisprudence interprète en effet la notion d'acte d'ordre sexuel comme un acte «de nature à perturber» le développement sexuel de l'enfant (TF, 6B_935/2020, 25.2.2021, c. 3.1 [f]; 6B_1122/2018, 29.1.2019, c. 3.2 [f]).

[2997] BSK StGB-BOOG, Art. 318 N 11. Cf. aussi N 620 *supra*.

[2998] TF, 6B_753/2012, 25.2.2013, c. 3.3.2 [f] (art. 135 et 197 CP).

[2999] Message LAVI 1990, p. 925; ATF 122 IV 71 c. 3a; TF, 6B_198/2009, 26.5.2009, c. 2.3.3 [f]; 6B_491/2008, 7.10.2008, c. 2.1.1 [f]; TPF, BB.2005.51, 12.5.2005, c. 4.2 [f]; MIZEL, p. 66; CORBOZ, LAVI, p. 58.

convaincante, puisque la qualité de victime ne dépend pas de la qualification de l'infraction, mais exclusivement de ses effets sur la personne concernée[3000].

1268 Très vite, le Tribunal fédéral est venu nuancer une telle exclusion de principe, préférant une approche fondée sur la classification typologique des infractions, en soi plus conforme à la conception pénaliste du lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP : il a retenu que, en raison de cette classification, il n'y avait pas de lésé pour les infractions de mise en danger abstraite, à moins qu'une personne n'ait été concrètement mise en danger par la commission d'une telle infraction[3001]. On retombe ici dans un raisonnement analogue à celui qui prévaut pour les délits de mise en danger concrète, si ce n'est que, contrairement à ces derniers, l'énoncé légal des délits de mise en danger abstraite est généralement silencieux quant au bien juridique pouvant potentiellement être touché[3002]. Il s'agira donc de déterminer si, parmi le ou les biens juridiques que la norme entend protéger, il en est un de nature individuelle, puis si ce bien a été au moins concrètement mis en danger par le comportement du prévenu[3003]. À défaut, le caractère direct de l'atteinte, et donc la qualité de lésé de l'intéressé, ne pourront qu'être niés.

Exemples :

La rixe (art. 133 CP) est une infraction de mise en danger abstraite qui protège en première ligne l'intérêt public à éviter des altercations impliquant au moins trois personnes, mais également, de manière secondaire, l'intégrité corporelle des victimes de tels débordements. Celui qui a été blessé ou dont l'intégrité corporelle a été concrètement mise en danger lors d'une rixe est donc lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[3004].

L'infraction qui punit le fait de *remettre à des enfants des substances nocives* (art. 136 CP) est un délit de mise en danger abstraite, qui n'exige pas que la santé d'un enfant ait été concrètement mise en danger. Si l'auteur remet une bouteille de Vodka-Smirnoff à un enfant de moins de 16 ans qui se retrouve de ce fait fortement alcoolisé, cet enfant doit pouvoir prétendre à la qualité de lésé[3005].

Les faux renseignements sur les entreprises commerciales (art. 152 CP) sanctionne un délit de mise en danger abstraite, qui protège d'une part la confiance du public dans les informations diffusées au sujet d'une entreprise commerciale et d'autre part le patri-

[3000] Cf. ATF 129 IV 216 c. 1.2.1 ; TF, 1A.272/2004, 31.3.2005, c. 4.1 [f].

[3001] ATF 138 IV 258 c. 3.1.1 ; confirmé in ATF 141 IV 454 c. 2.3.2 ; 145 IV 491 c. 2.3.2. En doctrine, cf. surtout BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 30 ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 103 ; NYDEGGER, p. 65 ; cf. ég. ; PC CPP, Art. 115 N 8 ; CAPUS/MBIYAVANGA, p. 51 ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 12 ; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 1 ; TANNER, p. 55 s. En *Allemagne* : LR StPO-WENSKE, § 373b N 20 ; MüKo StPO-KÖLBEL, § 172 N 24 ; HEFENDEHL, Verletzten, p. 587.

[3002] Cf. N 616 *supra*.

[3003] Ce qui aura aussi un effet, en fin de procédure, sur la culpabilité de l'auteur (cf. art. 47 al. 2 CP) : FIOLKA, Verschulden, p. 151.

[3004] ATF 141 IV 454 c. 2.3.2.

[3005] TF, 6B_859/2023, 24.1.2024, c. 2.2.2 [d] ; cf. FREI LAURA, Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder (Art. 136 StGB), thèse Zurich, Genève/Zurich/Bâle 2020, N 257, pour la qualité de victime au sens de l'art. 116 CPP.

moine de tiers et de participants actuels ou potentiels de l'entreprise face à d'éventuels renseignements mensongers la concernant. Si ces tiers ou participants consentent, sur la base de faux renseignements, à des actes préjudiciables à leurs intérêts pécuniaires (par ex. la vente ou l'achat d'actions), ils peuvent prétendre à la qualité de lésé[3006].

Les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), bien que traditionnellement classés parmi les infractions de mise en danger abstraite, impliquent de façon quasi systématique une mise en danger concrète du développement sexuel de l'enfant concerné, qui aura donc qualité de lésé[3007].

Le Tribunal fédéral s'est demandé si *l'art. 86 al. 1 LCdF* – qui punit quiconque pénètre ou circule intentionnellement dans une zone d'exploitation ferroviaire sans autorisation ou la perturbe d'une quelconque manière – devait être qualifié d'infraction de mise en danger abstraite ou de lésion, mais a finalement laissé la question ouverte[3008].

4. Examen séparé de chaque comportement en cause

Parfois, l'énoncé légal d'une même infraction couvre plusieurs comportements distincts et/ou protège plusieurs biens juridiques distincts, ce qui peut influer sur sa qualification typologique en infraction de lésion, de mise en danger concrète ou de mise en danger abstraite[3009]. Le cercle des personnes subissant une atteinte directe dépendra alors du comportement concrètement reproché au prévenu et du bien juridique lésé ou concrètement mis en danger dans le cas d'espèce. En d'autres termes: une même infraction n'engendrera pas toujours un même lésé. 1269

L'exemple le plus parlant est la *violation du secret de fonction* (art. 320 CP), qui protège en première ligne le bon fonctionnement des institutions[3010], soit un bien juridique collectif, mais également, de manière secondaire[3011], la sphère privée des particuliers, qui peuvent dès lors se retrouver lésés par la révélation de faits secrets les concernant[3012]. Or, révèle un secret au sens de l'art. 320 ch. 1 CP à la fois celui qui le confie à un tiers non habilité à le connaitre que celui qui permet qu'un tiers en prenne 1270

[3006] CJ GE, ACPR/393/2021, 11.6.2021, c. 2.2.1 et 2.4.1, avec de nombreuses références.

[3007] PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 103; cpr. HURTADO POZO/GODEL, N 364.

[3008] ATF 145 IV 491 c. 2.4.1, qui penche toutefois pour la première solution.

[3009] Cf. BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, p. 120, pour l'abandon d'animal (art. 26 al. 1 let. e LPA), soit un délit de mise en danger abstraite par rapport au bien-être de l'animal, mais un délit de lésion par rapport à sa dignité; cf. en *droit allemand* BROCKMANN, p. 145, pour le *Kapitalanlagebetrug* (§ 264a StGB/D), soit un délit de mise en danger abstraite par rapport au patrimoine, mais un délit de lésion par rapport au fonctionnement du marché financier.

[3010] Ou, plus exactement, l'intérêt de la collectivité à la discrétion des fonctionnaires et des membres des autorités nécessaire à l'accomplissement sans entrave des tâches de l'État: ATF 142 IV 65 c. 5.1; TF, 6B_105/2020, 3.4.2020, c. 1.1 [f]; PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 1.

[3011] Cf. ATF 120 Ia 220 c. 3b.

[3012] TF, 6B_28/2012, 11.12.2012, c. 1.4.3 [d]; 6B_948/2015, 11.12.2015, c. 3.3 [i] (conduite professionnelle); plus récemment: TF, 6B_968/2022, 19.12.2022, c. 3.2.2 [d]. Voir aussi ATF 142 IV 65 c. 5.1; 147 II 227 c. 7.3.

connaissance[3013]. Par rapport à la protection de la sphère privée, le premier comportement renvoie clairement à un délit de *lésion* : la divulgation du secret porte atteinte à la sphère privée de la personne concernée, maître du secret, qui est dès lors lésée au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[3014]. Le second correspond à un délit de *mise en danger*, dans la mesure où l'on punit la création, par l'auteur, d'un risque de révélation du secret à un tiers. La jurisprudence récente fait alors dépendre la qualité de lésé de l'existence d'un risque *concret* – selon la formule consacrée pour les délits de mise en danger concret (cf. N 1259 *supra*) – de prise de connaissance par un tiers. Si ce risque était seulement abstrait, il ne peut y avoir de lésé[3015].

Exemple :

Des détenus étaient chargés de relier des livres composés de plus de 30 000 décisions archivées de l'autorité zurichoise de protection de l'adulte et de l'enfant, portant sur environ 45 000 à 60 000 personnes. Les documents ayant déjà été triés en amont, il ne restait plus qu'à les relier. Cette tâche, confiée à un seul détenu à la fois, était exécutée depuis un poste de travail séparé, sous la surveillance d'un employé de l'établissement d'exécution des peines. Dans ces circonstances, le fait que se trouvaient, parmi la grande quantité de décisions remises à l'établissement, certaines qui visaient A. et sa famille, ne permettait pas encore de dire qu'il était probable qu'un tiers en prît connaissance. Faute de mise en danger concrète de la sphère privée de A., celui-ci ne revêt pas la qualité de lésé[3016].

1271 Ce raisonnement, qui revient à qualifier la violation du secret de fonction tantôt de délit de lésion, tantôt de délit de mise en danger – en l'occurrence abstrait[3017] – selon le comportement reproché à l'auteur et le bien juridique protégé en cause, peut être transposé à d'autres infractions, notamment le *faux dans les titres* (art. 251 CP). Bien que cette infraction soit habituellement décrite comme un délit de mise en danger abstraite[3018], sa qualification exacte et, de là, la personne du lésé dépendront en définitive du comportement concrètement reproché au prévenu et du bien juridique considéré[3019]. Nous avons vu que la norme protégeait d'abord la confiance placée dans un titre ayant valeur probante dans les rapports juridiques ainsi que la loyauté commer-

[3013] ATF 142 IV 65 c. 5.1 ; TF, 6B_572/2018, 1.10.2018, c. 3.5.1 [f].

[3014] TF, 1B_29/2018, 24.8.2018, c. 2.4 [d], qui parle de *« Verletzung des Geheimhaltungsinteresses des Geheimnisherrn »*. Il faut en effet distinguer entre le maître ou le détenteur du secret *(Geheimnisherr)*, soit la personne qui désire maintenir le fait secret et a donc un intérêt légitime au secret, et le(s) porteur(s) du secret *(Geheimnisträger)*, soit le(s) fonctionnaire(s) ou membre(s) d'une autorité à qui le secret est confié. Certains arrêts retiennent que cet intérêt légitime au maintien du secret peut être celui de la collectivité publique (Confédération, canton ou commune) ou de particuliers : TF, 6B_572/2018, 1.10.2018, c. 3.5.1 [f].

[3015] ATF 145 IV 491 c. 2.3.2 ; TF, 1B_29/2018, 24.8.2018, c. 2.4 [d] ; 6B_968/2022, 19.12.2022, c. 3.2.2 [d].

[3016] TF, 1B_29/2018, 24.8.2018, c. 2.5 [d], repris in ATF 145 IV 491 c. 2.3.2.

[3017] Un secret est considéré comme révélé dès lors qu'il existe un risque seulement abstrait qu'un tiers en prenne connaissance ; le fait que ce risque se soit matérialisé ou concrétisé permet uniquement de reconnaître la qualité de lésé au maître du secret.

[3018] ATF 119 Ia 342 c. 2b ; 129 IV 53 c. 3.2 et 3.3 ; BSK StGB-Boog, Art. 251 N 1 ; PK StGB-Trechsel/Erni, Art. 251 N 1, mais pour les intérêts individuels seulement.

ciale, soit des biens juridiques collectifs, mais qu'elle protégeait aussi des biens juridiques individuels, dont le patrimoine[3020]. Par ailleurs, l'art. 251 CP réprime plusieurs comportements distincts, parmi lesquels la création d'un titre faux (1ère variante; ch. 1 al. 2) et l'usage d'un tel titre pour tromper autrui (2ème variante; ch. 1 al. 3). Lorsque le prévenu n'a fait que créer un titre faux (1ère variante), la qualification en infraction de mise en danger abstraite se justifie pleinement, à tout le moins s'agissant de la confiance dans les titres comme moyen de preuve et du patrimoine[3021]. L'infraction correspond alors matériellement à un acte préparatoire[3022], pour lequel il ne peut y avoir de lésé, faute de mise en danger concrète d'un bien juridique individuel. Cette conclusion s'impose indépendamment de l'existence, chez l'auteur, d'un dessein de tromper autrui et de porter atteinte à ses intérêts pécuniaires ou à ses droits, en tant que dessein spécial exigé par l'art. 251 ch. 1 al. 1 CP. En revanche, lorsque l'auteur fait usage d'un titre faux (2ème variante), la confiance dans les titres comme moyen de preuve peut alors être concrètement mise en danger, tout comme le patrimoine de la personne à qui le titre devait porter atteinte selon le dessein spécial de l'auteur[3023]. Dans cette mesure, les tiers dont les biens individuels, notamment le patrimoine, auront été concrètement mis en danger, voire lésés par l'usage du faux pourront se prévaloir d'une atteinte directe au sens de l'art. 115 al. 1 CPP.

Selon la jurisprudence, lorsqu'un même auteur créée, puis utilise le même faux, la création absorbe l'usage, ce dernier n'étant dès lors plus punissable en tant que tel[3024]. Prise strictement, cette approche pourrait avoir pour conséquence d'exclure tout lésé, faute de mise en danger concrète d'un bien juridique individuel par la création du faux, seul acte pouvant être reproché à l'auteur. C'est donc la solution inverse qui doit être privilégiée, à savoir que l'usage du faux absorbe sa création, laquelle n'est qu'un acte préparatoire coréprimé[3025].

[3019] Cf. dans ce sens ATF 119 Ia 342 c. 2b, lequel manque toutefois de précision: *« Urkundenfälschung stellt sowohl ein Tätigkeits- als auch ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar, eine Schädigung von Individualinteressen ist also grundsätzlich möglich, auch wenn in erster Linie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr geschützt sind »*.

[3020] Cf. N 994 *supra*.

[3021] CR CP II-KINZER, Art. 251 N 4, avec la précision que l'autre bien juridique collectif protégé, la loyauté dans les relations commerciales, est alors concrètement mise en danger; cf. aussi DYENS, N 484 et la nbp 991.

[3022] BSK StGB-BOOG, Art. 251 N 1; CR CP II-KINZER, Art. 251 N 4.

[3023] BSK StGB-BOOG, Vor Art. 251 N 6; VERDE, N 673; CR CP II-KINZER, Art. 251 N 4, qui relève que la loyauté dans les relations commerciales n'est pas seulement mise en danger par l'usage du faux, mais bel et bien lésée, en référence à l'ATF 95 IV 68 c. 3b, lequel limite toutefois une telle lésion aux cas dans lesquels l'usage du faux parvient à tromper autrui.

[3024] ATF 120 IV 122 c. 3c/cc; 100 IV 80 c. 3a; 96 IV 55 c. I.4; 95 IV 68 c. 3b, qui réserve le cas où la création n'est pas punissable, ce qui doit dès lors permettre de poursuivre l'auteur pour l'usage du faux; 71 IV 205 c. 3; BSK StGB-BOOG, Art. 251 N 220. Cf. aussi pour l'art. 253 CP: ATF 100 IV 238 c. 5; ACPR/494/2020, 17.7.2020, c. 3.2 et 3.4.

[3025] CR CP II-KINZER, Art. 251 N 143, qui réserve les cas dans lesquels la distance temporelle séparant la création et l'usage fait que ce dernier acte correspond à une nouvelle décision de l'auteur, auquel cas il y a concours réel.

1272 Le faux dans les titres étant une infraction de dessein ou de dol spécial (*Absichtsdelikt* ou *Delikt mit überschiessender Innentendenz*)[3026], on peut voir dans l'accomplissement de ce dessein la manifestation d'une atteinte directe au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. On rappellera que les infractions de dessein sont consommées *(vollendet)*, et donc punissables, par l'adoption du comportement réprimé dans un dessein particulier, mais achevées *(beendet)* seulement une fois ledit dessein réalisé[3027]. Dès lors que cet achèvement marque une nouvelle atteinte ou une aggravation de l'atteinte initiale au bien juridique[3028], il se justifie, lorsque ledit bien est de nature individuelle, de reconnaître la qualité de lésé à son titulaire.

5. Le cas de l'organisation criminelle ou terroriste (art. 260ter CP)

1273 Toujours en lien avec les infractions de mise en danger, le cas des *organisations criminelles et terroristes* (art. 260ter CP), disposition qui a fait l'objet d'une révision en 2021[3029], appelle des développements spécifiques. De par son emplacement systématique, cette infraction protège la paix publique, mais nous avons vu que la nature de ce bien juridique était très controversée, beaucoup estimant – selon nous à raison – qu'il est en réalité protégé par toute infraction pénale[3030]. La doctrine majoritaire soutient dès lors que l'art. 260ter CP protège en réalité les biens juridiques eux-mêmes protégés par les infractions que l'organisation criminelle ou terroriste se donne pour but de commettre[3031].

1274 Dès lors, ce n'est que si l'une de ces infractions est effectivement commise au sein de (ou par) l'organisation que la personne lésée par celle-ci pourra prétendre à la qualité de lésé pour l'art. 260ter CP. Cette approche est prônée par le Tribunal pénal fédéral et une partie de la doctrine[3032]. Elle s'avère cohérente avec les principes exposés ci-avant sur les infractions de mise en danger abstraite, dont l'art. 260ter CP fait partie[3033]. L'infraction spécifique concrétise le danger abstrait qui existe derrière toute organisation

[3026] Sur cette notion : STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 118 ss ; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 126 ss ; ACKERMANN et al., p. 8 ; GRAVEN/STRÄULI, p. 61 ss ; SEELMANN/GETH, N 151 s. ; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 110 ; DYENS, N 504 s. ; STRÄULI, Résultat, p. 385 s.

[3027] La distinction a notamment une importance pour le lieu du résultat (art. 8 al. 1 CP), la punissabilité de la participation principale ou secondaire (art. 24 ss CP) et la prescription de l'action pénale (art. 98 CP). Voir surtout ATF 99 IV 121 c. 1b ; cf. aussi ATF 118 Ia 137 c. 2a ; 109 IV 1 c. 3c ; 107 IV 1 c. 9 ; 106 IV 295 ; GRAVEN/STRÄULI, p. 268 s. ; STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 12 N 9 ; PK StGB-TRECHSEL/GETH, Vor Art. 22 N 6 ; DYENS, N 507.

[3028] ATF 115 IV 256 c. 6f ; 106 IV 295 ; 99 IV 121 c. 1b ; 98 IV 83 c. 2c.

[3029] RO 2021 360 ; FF 2018 6469.

[3030] Cf. N 543 et N 651 *supra*. Pour cet argument en lien spécifiquement avec l'art. 260ter aCP : TPF, BB.2011.130, 20.3.2012, c. 2.3.2 et les références citées.

[3031] CR CP II-LIVET, Art. 260ter CP N 3 ; KV/KO-PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, Art. 260ter N 148 s. *(« mittelbar »)* ; cf. aussi CR CP II-LUBISHTANI, Art. 260sexies N 23.

[3032] Cf. TPF 2018 133, c. 2.2 ; BB.2017.124, 27.11.2017, c. 1.5 [f] ; BB.2011.130, 20.3.2012, c. 2.3.2 [f] ; BB.2011.107, 30.4.2012, c. 5.2.2 [f] ; GARBARSKI, SJ 2017, p. 127 ; *contra* : BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 74a.

[3033] SCHUBART/VEST, Art. 260ter N 2 et 7.

criminelle ou terroriste. Toutefois, on ne peut s'empêcher d'y voir un nouveau cas de protection «en blanc» de biens juridiques individuels[3034], tant le champ des infractions visées par l'organisation (tout acte de violence ou d'enrichissement de degré criminel) est large, ce qui démultiplie le nombre de lésés potentiels.

Cela étant, dans un tel cas, la qualité de lésé dépendra avant tout de la question du *concours* (art. 49 CP) entre l'art. 260ter CP et l'infraction de base. Avant la dernière révision de 2021, la doctrine et la jurisprudence retenaient, de manière quelque peu contradictoire avec ce qui précède, que l'art. 260ter CP était d'application subsidiaire lorsque la participation ou le soutien à l'organisation s'épuisait dans une infraction déterminée, qu'il était possible de prouver[3035]. Dans son Message de 2018 à l'appui de la révision, le Conseil fédéral estime cette hypothèse improbable, dans la mesure où la commission de cette infraction déterminée accroît le potentiel criminel et la dangerosité de l'organisation; l'infraction concrète ne couvre donc pas toute l'illicéité du comportement réprimé à l'art. 260ter CP, ce qui doit conduire à un concours (réel)[3036]. Dans un arrêt de principe récent, concernant l'attaque au couteau à Lugano, le Tribunal fédéral a retenu un concours (idéal – un seul acte réalise deux infractions distinctes) entre l'art. 2 LAQEI et l'art. 112 CP, mais en raisonnant en termes de biens juridiques distincts protégés par ces deux dispositions, soit la sécurité publique, d'une part, et la vie humaine, d'autre part[3037]. Ce faisant, il confirme que le bien juridique est bien la sécurité publique, et non les biens individuels protégés par l'infraction concrète[3038]. Il y a fort à parier qu'il en ira de même pour l'art. 260ter CP[3039], ce d'autant plus que la nouvelle peine-menace de la norme (dix ans de peine privative de liberté dans le cas de base, trois ans au moins dans le cas qualifié de l'al. 3) est sensiblement plus élevée que celle de la plupart des infractions concrètes entrant en ligne de compte, ce qui est un signal supplémentaire en faveur d'un concours[3040]. 1275

Toutefois, plusieurs autres arguments s'opposent au concours (à tout le moins idéal)[3041]. Tout d'abord, le large cadre de la peine prévue à l'art. 260ter CP semble avoir été pensé avant tout pour pouvoir appréhender toutes les formes d'activité criminelle de l'organisation et tous les degrés de participation et de soutien de l'auteur[3042]. Ensuite, le caractère terroriste de l'acte concret peut déjà être pris en compte au stade de la fixation de la peine (art. 47 CP)[3043], et les peines-menaces de nombreuses infrac- 1276

[3034] Sur la protection «en blanc» de biens juridiques individuels, cf. N 992 ss *supra*.
[3035] CR CP II-LIVET, Art. 260ter N 35 et les références citées, dont l'ATF 137 IV 33 c. 2.5.1.
[3036] FF 2018 6469, p. 6517 ss; cf. aussi CR CP II-LIVET, Art. 260ter N 35.
[3037] ATF 151 IV 1 c. 2.2.2 et 2.3.
[3038] Cf. dans ce sens déjà ATF 150 IV 10 c. 5.2.1; 148 IV 298 c. 7.2; 148 IV 398 c. 4.8.3.2.
[3039] Même si la question a été laissée ouverte in ATF 151 IV 1 c. 2.3 *in fine*.
[3040] Cf. N 656 ss *supra* sur l'*«Interpretation gemäss den angedrohten Strafen»*.
[3041] Critique également en termes de *Unrechtsgehalt* des deux dispositions: WALDER JACQUELINE, Terroristischer Messerangriff als versuchter Mord und «Tat als Propaganda» – Eine Besprechung von BGE 151 IV 1, FP 1/2026 54 ss, p. 58.
[3042] CR CP II-LIVET, Art. 260ter N 25, en référence à FF 1993 III 269, p. 294.
[3043] Cf. KV/KO-PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, Art. 260ter N 562.

tions de base ont déjà été sensiblement augmentées avec l'harmonisation des peines entrée en vigueur en 2023[3044]. Enfin, l'art. 260ter CP a été introduit précisément en raison de la difficulté, inhérente aux organisations criminelles, d'attribuer une infraction précise à leurs membres, ce qui justifiait d'intervenir en amont de leur commission[3045]. Le législateur est manifestement parti de l'idée que lorsqu'une infraction spécifique pouvait être prouvée, le cadre légal existant était suffisant pour punir ses auteurs, sans avoir à passer par une condamnation supplémentaire pour l'art. 260ter CP, conçu comme une infraction-obstacle. S'il entendait punir plus sévèrement les auteurs d'infractions de droit commun agissant comme membres d'une organisation criminelle, il lui appartenait de prévoir des aggravantes spécifiques dans les normes existantes, ce qu'il a d'ailleurs fait pour le blanchiment d'argent (cf. art. 305bis ch. 2 let. a CP). On ne peut s'empêcher de voir derrière ce cas de concours – et l'aggravation de la peine qu'il entraîne – des considérations de politique criminelle.

1277 Si elle se confirme, l'hypothèse d'un concours (idéal et/ou réel) doit en tout cas avoir pour conséquence qu'un lésé ne peut entrer en ligne de compte que pour l'infraction de base, à l'exclusion de l'art. 260ter CP[3046]. Le renforcement de l'organisation criminelle ou terroriste par la commission d'une infraction particulière ne cause *pas d'atteinte directe* aux personnes lésées par ladite infraction, mais atteint la population ou l'État de manière diffuse, au travers des nouvelles infractions que l'organisation est susceptible de commettre. C'est ce qui explique d'ailleurs le recours au bien juridique (controversé) de la sécurité publique, qui n'est d'ailleurs qu'un synonyme de paix publique.

1278 Cette conclusion s'impose à plus forte raison pour les cas, qui devraient être plus fréquents en pratique, dans lesquels il ne peut être reproché au prévenu membre ou soutien d'une organisation criminelle ou terroriste d'avoir lui-même participé à un infraction concrète commise au sein de celle-ci. La personne lésée par cette dernière infraction ne peut en effet pas prétendre à la qualité de lésé par rapport à l'art. 260ter CP, faute de pouvoir établir un lien de causalité directe entre le comportement reproché au prévenu et l'atteinte à son bien juridique. Cette absence de causalité est soulignée dans les travaux préparatoires[3047] et ressort de la jurisprudence.

Exemple :

En 2005, le TPF a refusé la qualité de partie civile (art. 34 aPPF) à des membres de la famille des victimes des attentats du 11 septembre 2001 dans une procédure menée pour soutien à une organisation criminelle (art. 260ter aCP) à l'encontre du président d'une fondation soupçonné d'avoir financé Al-Qaïda en versant des fonds à l'un des principaux financiers du groupe terroriste. Le TPF a considéré qu'il n'était pas établi que les transferts effectués par le prévenu avaient servi à financer spécifiquement les

[3044] Sur le projet d'harmonisation des peines de 2018, cf. N 657 *supra*.
[3045] FF 1993 III 269, p. 287 ; repris in FF 2018 6469, p. 6517.
[3046] Cf. aussi BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 74a ; MAZZUCCHELLI, p. 219.
[3047] FF 1993 III 269, p. 287 ; cf. aussi FF 2018 6469, p. 6517.

attentats du 11 septembre 2001, de sorte qu'un lien de causalité directe avec l'atteinte subie par les recourants faisait défaut[3048].

B. Infractions matérielles *vs.* infractions formelles

1279 À côté de la distinction entre infractions de lésion et de mise en danger (concrète ou abstraite), il en existe une autre, tout aussi fondamentale, qui porte sur les infractions matérielles *(Erfolgsdelikte)*, d'une part, et les infractions formelles ou de pure activité (*[schlichte] Tätigkeitsdelike*), d'autre part[3049]. Les premières supposent, en tant qu'élément constitutif, la survenance d'un résultat *(Erfolg)*, décrit comme une modification du monde extérieur, distincte dans le temps et dans l'espace du comportement de l'auteur (par ex: meurtre [art. 111 CP] ou dommages à la propriété [art. 144 CP]). Les secondes s'épuisent dans l'adoption du comportement (passif ou actif) décrit par la disposition topique, qui statue une interdiction ou une obligation «sous peine de»[3050] (par ex.: vol [art. 139 CP], violation de domicile [art. 186 CP] ou viol [art. 190 CP]).

La distinction entre infractions matérielles et formelles, d'une part, et celle entre infractions de lésion et de mise en danger concrète ou abstraite, d'autre part, se fondent sur des critères différents, de sorte que toutes les combinaisons entre ces différentes catégories sont envisageables, contrairement à l'idée, encore répandue[3051], qui voudrait que les infractions de mise en danger abstraite sont nécessairement des infractions formelles[3052]. Ainsi, la diffamation (art. 173 CP) est une infraction de mise en danger abstraite, qui n'exige pas que l'honneur de la personne diffamée ait été lésé ni concrètement mis en danger, mais aussi une infraction matérielle, puisqu'elle suppose la prise de connaissance par autrui des propos attentatoires à l'honneur, ce qui constitue un résultat au sens pénal du terme.

1280 Bien qu'elle soit remise en question ou même rejetée par une partie de la doctrine[3053], la distinction entre infractions matérielles et infractions formelles conserve une pertinence pour certaines institutions juridiques importantes: ainsi, dans l'approche traditionnelle, seules les infractions matérielles sont susceptibles de produire un résultat au sens de l'art. 8 CP (et de l'art. 31 CPP)[3054]. Par ailleurs, la question du rapport de

[3048] TPF, BB.2005.51, 12.5.2005, c. 3.2 [f].

[3049] Sur cette distinction, cf. STRATENWERTH/BOMMER, AT I, § 9 N 10 ss; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 104 ss; HURTADO POZO/GODEL, N 363; ACKERMANN et al., p. 7 s.; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 73; PC CP, Art. 10 N 11 ss; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 217 ss; GRAVEN/STRÄULI, p. 87 ss; CR CP I-HARARI/GROS, Art. 8 N 23; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 22 N 35; DYENS, N 262; STRÄULI, Résultat, p. 378; RIEDO, Erfolgsdelikte, p. 351.

[3050] Formulation empruntée à STRÄULI, Résultat, p. 378.

[3051] Cf. par ex. ATF 145 IV 491 c. 2.4.1 *ab initio*, qui semble considérer que les infractions matérielles et les infractions de mise en danger abstraite s'excluent mutuellement.

[3052] GRAVEN/STRÄULI, p. 87; STRÄULI, Résultat, p. 381; RIEDO, Erfolgsdelikte, p. 355.

[3053] RIEDO, Erfolgsdelikte, p. 359 *(«keine wirklich tragfähige Grundlage»)*; ARZT, p. 168 *(«überflüssig»)*; cf. aussi DYENS, N 421 ss, spéc. N 444 («rôle secondaire»).

[3054] Sur l'importante controverse à ce sujet, cf. N 614 *supra* et les références citées.

causalité naturelle et adéquate, respectivement du rapport d'imputation objective entre le comportement de l'auteur et le résultat ne se pose que pour les infractions matérielles, à l'exclusion des infractions formelles[3055]. En outre, la figure de la tentative achevée (ou du délit manqué; art. 22 al. 1 CP) ne s'envisage, ici aussi, que pour les infractions matérielles[3056].

1281 Cette dichotomie n'a pas d'incidence sur la qualité de lésé, qui s'envisage tant pour les infractions matérielles que pour les infractions formelles. Tout au plus peut-on préciser que, pour les *infractions matérielles*, le rapport de causalité directe exigé par l'art. 115 al. 1 CPP est déjà entièrement absorbé dans le rapport de causalité naturelle et adéquate (ou rapport d'imputation objective) entre le comportement réprimé et le résultat. On rappellera que le résultat, en tant que modification du monde extérieur, correspond matériellement à l'effet que produit le comportement typique sur l'objet de l'infraction, lequel est lui-même l'incarnation du bien juridique protégé[3057]. Partant, il n'y a pas de raison de traiter différemment le lien de causalité devant exister entre le comportement réprimé et le résultat, d'une part, du lien de causalité devant exister entre ce même comportement et la lésion ou la mise en danger du bien juridique, d'autre part; celui-ci se situe seulement à un niveau d'abstraction plus élevé que celui-là.

1282 Concrètement, si le comportement de l'auteur n'est pas en lien de causalité naturelle et, surtout, adéquate avec le résultat typique, l'infraction n'est tout simplement pas réalisée et la question du lésé ne se pose pas (ou plus). Dans ce cas, l'intéressé sera régulièrement qualifié de lésé subséquent[3058], n'ayant pas été directement touché par l'infraction, mais par d'autres causes ultérieures à celle-ci[3059]. De manière similaire, en droit de la responsabilité civile, il est admis que le «dommage subséquent» ne peut être réparé que s'il se trouve encore en rapport de causalité adéquate avec l'évènement dommageable[3060]. En pratique toutefois, tant que la procédure pénale n'est pas terminée et que le caractère adéquat du lien de causalité n'aura pas été définitivement tranché, la personne qui en tire argument pour fonder sa qualité de lésé devrait être maintenue en cette qualité[3061], à moins bien sûr qu'il ne soit tout simplement pas titulaire d'un bien juridique individuel protégé par l'infraction.

[3055] HURTADO POZO/GODEL, N 386; STRÄULI, Résultat, p. 379; DONATSCH/GODENZI/TAG, p. 105 ss; TRECHSEL/NOLL/PIETH, p. 80; cf. aussi N 1149 *supra* sur le rapport de causalité adéquate ou d'imputation objective.

[3056] Mais pas le délit impossible: PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 22 N 13; PC CP, Art. 12 N 14; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 22 N 51 (cpr. N 54 pour le délit impossible).

[3057] Cf. N 478 et 609 ss *supra*.

[3058] Cf. N 1237 ss *supra*.

[3059] Lesquelles auront d'ailleurs pu interrompre le lien de causalité adéquate (cf. N 1149 *supra*).

[3060] GUYAZ, p. 128, en référence à l'ATF 118 II 176 c. 4c; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 13; TERCIER, Préjudice réfléchi, p. 266.

[3061] On rappelle que le lésé doit rendre vraisemblable l'atteinte à son bien juridique et le lien de causalité entre celle-ci et l'infraction (cf. N 358 *supra*). Or, en présence de délits matériels, ce lien de causalité correspond à un élément constitutif de l'infraction, de sorte que s'il fait défaut,

Les *infractions formelles*, quant à elles, répriment la seule adoption d'un certain comportement, sans exiger pour le surplus de résultat distinct ni de lien de causalité entre les deux. Comme les infractions matérielles, ces infractions impliquent bien une atteinte (lésion ou mise en danger) à un bien juridique; seulement, cette atteinte ne se matérialisera pas dans un résultat distinct, dans le temps et dans l'espace, du comportement typique de l'auteur et érigé en élément constitutif à part entière. Le fait, pour le législateur, de façonner de telles infractions formelles allège certes l'administration de la preuve par rapport aux infractions matérielles (pas de preuve du résultat à apporter)[3062], mais conduit aussi à un cercle plus vague et plus large de lésés potentiels, un même comportement pouvant porter atteinte au bien juridique protégé de différentes manières. L'exigence du rapport de causalité directe au sens de l'art. 115 al. 1 CPP retrouve ici une portée propre, en tant qu'il permet de limiter le cercle des lésés aux personnes qui ont été directement touchées dans leur bien juridique par l'infraction en question, et en excluant dudit cercle toutes celles qui n'ont subi qu'une atteinte indirecte (lésés par ricochets, successeurs, lésés subséquents ou diffus). À la différence des infractions matérielles toutefois, la typicité pourra quand même être donnée si le rapport de causalité fait défaut, puisque ce dernier a seulement une incidence sur la position procédurale du lésé. 1283

Exemple:

Nous pouvons citer le cas, déjà mentionné ci-dessus en lien avec l'art. 260ter CP, dans lequel le TPF a refusé la qualité de partie civile (art. 34 aPPF), faute d'atteinte directe, à des membres de la famille des victimes des attentats du 11 septembre 2001 dans une procédure menée pour violation de l'art. 260ter aCP – infraction formelle – à l'encontre du président d'une fondation soupçonné d'avoir financé Al-Qaïda en versant des fonds à l'un des principaux financiers du groupe terroriste[3063].

C. Infractions tentées (art. 22 CP)

Même si elle ne constitue pas une catégorie d'infractions à proprement parler, mais plutôt une «clause d'extension de la typicité»[3064], la tentative (art. 22 CP) mérite quand même d'être mentionnée ici, car elle permet également de fonder une atteinte directe et de retenir la qualité de lésé. Le raisonnement se rapproche de celui valant pour les infractions de mise en danger abstraite. 1284

Pour autant qu'elle se prononce sur ce point, la doctrine retient en effet qu'une infraction seulement tentée, telle qu'une tentative de meurtre (art. 111 *cum* 22 CP), peut tou- 1285

ce n'est pas la qualité de lésé qui doit être niée, mais la poursuite pénale dans son ensemble qui doit être abandonnée.

[3062] STRÄULI, Résultat, p. 389, avec la précision qu'en contrepartie, la portée spatiale de la norme est plus restreinte (si l'on suit la conception technique de la notion de résultat [art. 8 CP]; cf. N 619 *supra*).

[3063] TPF, BB.2005.51, 12.5.2005, c. 3.2 [f]; cf. N 1278 *supra*.

[3064] GRAVEN/STRÄULI, p. 283.

cher directement les droits d'une personne au sens de l'art. 115 al. 1 CPP[3065]. Les justifications divergent quelque peu : certains auteurs se fondent sur la punissabilité de la tentative, qui se distingue des actes préparatoires non punissables en ce qu'avec le commencement de l'exécution de l'infraction naît un risque de lésion pour le bien juridique[3066]. D'autres auteurs contestent une telle affirmation, observant d'une part que la tentative n'entraîne justement pas de lésion du bien juridique, mais tout au plus sa mise en danger, et d'autre part que certaines formes de tentative sont punissables alors même que le bien juridique n'aura pas été mis en danger, par exemple en cas de délit impossible (art. 22 al. 1 *in fine* CP). Dès lors, en cas d'infraction tentée, la personne n'est pas lésée *car* ses droits ont été mis en danger par la tentative, mais *pour autant* qu'ils l'aient effectivement été[3067].

1286 Cette dernière approche, qui emporte notre conviction, revient à adopter une solution similaire à celle qui vaut pour les infractions de mise en danger abstraite[3068] : une infraction tentée peut certes fonder la qualité de lésé, mais seulement si le bien juridique de celui qui prétend à cette qualité a été concrètement menacé (ou mis en danger) par le comportement adopté par l'auteur[3069]. À défaut, l'intéressé ne peut pas justifier d'une atteinte directe au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. En ce qui concerne la qualité de lésé, on se rapproche donc des théories dites objectives de la tentative *(objektive Versuchstheorien)*, qui n'admettent la punissabilité que dans les cas où des biens juridiques ont été effectivement mis en danger, indépendamment des vues de l'auteur[3070].

Exemples :

L'auteur qui, sous une fausse identité virtuelle, demande à plusieurs reprises à un jeune adolescent (qu'il connaît personnellement) de se masturber pendant qu'il le filme, sous la menace de publier une photo compromettante reçue précédemment, se rend coupable de tentative simple de contrainte sexuelle et d'acte d'ordre sexuel avec des enfants (art. 189 et 187 *cum* 22 al. 1 CP) si le jeune adolescent refuse de s'exécuter. Ce dernier pourra néanmoins prétendre à la qualité de lésé, son développement sexuel ainsi que

[3065] PIQUEREZ/MACALUSO, N 857 ; ZK StPO-LIEBER, Art. 115 N 1 ; PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 103 ; NYDEGGER, p. 65 s. ; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 12 ; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 683 ; GARBARSKI, SJ 2017, p. 126 ; PC CPP, Art. 115 N 8 ; BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 29 ; Synthèse consultation CPP 2003, ch. 7.3 p. 37 ; voir pour l'art. 30 CP RIEDO, Strafantrag, p. 144 ss ; cf. déjà sous l'ancien droit de procédure cantonale DUCROT, p. 333 ; PFENNINGER, Verletzte, p. 182.

[3066] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 29 et la référence à BAUMANN, p. 21 ; cf. ég. ATF 151 IV 105 c. 2.1.1 et 2.1.2 pour le délit impossible au sens de l'art. 22 al. 2 CP.

[3067] NYDEGGER, p. 66.

[3068] Cf. N 1264 ss *supra*.

[3069] Cf. aussi GARBARSKI, RPS 2012, p. 163 ; JEANNERET, Partie plaignante, p. 298.

[3070] Par opposition aux théories subjectives *(subjektive Versuchstheorien)*, qui font dépendre la punissabilité de la tentative de la seule volonté de l'auteur, indépendamment de l'existence d'un danger concret. Cf. BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Vor Art. 22 N 11 ss ; CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 22 N 12 ss.

son autodétermination en matière sexuelle ayant été concrètement mis en danger par le comportement en cause[3071].

Celui qui pense à tort commettre un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans alors que ce dernier a, en réalité, plus de 16 ans, est punissable pour délit impossible d'acte d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 *cum* 22 al. 1 *in fine* CP)[3072]. En l'absence d'une autre infraction entrant en ligne de compte (par ex. une contrainte sexuelle selon l'art. 189 CP), «l'enfant» concerné ne se verra toutefois pas reconnaître la qualité de lésé, son développement sexuel, qui est protégé jusqu'à ses 16 ans, n'ayant pas été concrètement mis en danger par le comportement de l'auteur.

C'est ici également une conséquence de la notion pénaliste du lésé dans le CPP. Selon l'approche «civiliste» de la notion de lésé, qui avait cours dans certains cantons avant l'entrée en vigueur du CPP, une infraction seulement tentée ne permettait pas de se constituer partie plaignante, faute de préjudice civil[3073]. 1287

D. Responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP)

La qualité de lésé et le caractère direct de l'atteinte subie par ce dernier commandent également qu'on examine la situation du point de vue de la responsabilité pénale de l'entreprise. 1288

La nature juridique de l'art. 102 CP fait l'objet depuis longtemps d'intenses controverses doctrinales, sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici[3074]. Nous nous contenterons de constater que, selon la doctrine majoritaire et le dernier arrêt de principe du Tribunal fédéral sur la question, l'art. 102 CP constitue une *norme d'imputation*, qui permet d'imputer une infraction sous-jacente, commise par une personne physique au sein de l'entreprise, à l'entreprise elle-même, à laquelle il est reproché un défaut d'organisation en tant que forme spéciale de culpabilité propre aux entreprises[3075]. Par opposition, une partie minoritaire de la doctrine considère que l'art. 102 CP fonde une infraction indépendante, de mauvaise gestion, qui serait de degré contraventionnel[3076]. 1289

De cette qualification dépend la qualité de lésé en procédure pénale. En considérant l'art. 102 CP comme une norme d'imputation, on pourrait retenir que la qualité de 1290

[3071] TF, 6B_1122/2018, 29.1.2019, c. 5 [f], avec plusieurs configurations et victimes différentes, lesquelles ont toutes été admises à la procédure en qualité de parties plaignantes.

[3072] CR CP II-ZERMATTEN, Art. 187 N 44.

[3073] PIQUEREZ/MACALUSO, N 845; GARBARSKI, RPS 2012, p. 177; HARARI/ROTH/STRÄULI, p. 421. Cpr. aujourd'hui avec les conclusions civiles dans le recours en matière pénale (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF): TF, 6B_1023/2021, 30.1.2023, c. 2.2 [f].

[3074] Pour une présentation récente et complète, cf. MUSKENS, Statut, N 1893 ss.

[3075] ATF 146 IV 68 c. 2.3 et 2.4; cpr. toutefois TF, 6B_750/2020, 9.9.2021, c. 4.1 [f], qui brouille les pistes et semble aller dans le sens d'une infraction indépendante, conformément à ce que retenait l'ATF 142 IV 333 (La Poste Suisse); en doctrine: CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 2b; MACALUSO, Responsabilité, N 508 ss; VILLARD, Compétence, N 516 ss; MUSKENS, Statut, N 1992 ss (qui considère toutefois l'art. 102 al. 2 CP comme une forme de participation spéciale, cf. N 2030).

[3076] BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 18 ss, avec des références.

lésé par rapport à l'infraction sous-jacente fonde aussi la qualité de lésé lorsque cette infraction est imputée à une entreprise. Une analyse plus fine, qui tient compte des deux alinéas de l'art. 102 CP, et surtout du reproche qui est fait à l'entreprise dans chacune de ces situations, mène pourtant à des résultats différents.

1291 Ainsi, l'art. 102 al. 1 CP fonde une responsabilité dite *subsidiaire* de l'entreprise, à qui l'on reproche un défaut d'organisation qui n'a pas permis d'imputer un crime ou un délit à une personne physique déterminée[3077]. La doctrine majoritaire est d'avis que la personne lésée par l'infraction de base doit pouvoir se constituer partie plaignante dans la procédure menée contre l'entreprise[3078]. Le Tribunal fédéral l'a également laissé entrevoir, sans toutefois trancher clairement la question[3079].

1292 Avec MACALUSO, il faut toutefois retenir que, dans ce cas, l'entreprise n'est pas un participant causal à l'infraction[3080]: certes, l'infraction lui est imputée, ce qui fait bien d'elle un participant à celle-ci, fût-ce par le jeu d'une fiction. Mais il s'agit alors d'une participation *sui generis*, exorbitante des règles habituelles en matière de participation et qui ne saurait pallier l'absence de relation de causalité entre le comportement reproché à l'entreprise et la commission de l'infraction sous-jacente[3081]. Si MACALUSO examinait cette situation sous l'angle de l'ancien droit cantonal de procédure pénale et notamment de la conception «civiliste» du lésé qui prévalait alors à Genève[3082], ses conclusions restent selon nous valables s'agissant de la conception pénaliste du lésé consacrée à l'art. 115 CPP, qui continue d'exiger un rapport de causalité – qui plus est direct ou immédiat – entre l'infraction poursuivie et l'atteinte au bien juridique du lésé. Or ce rapport fait défaut en cas de responsabilité subsidiaire de l'entreprise. Cette situation peut être jugée insatisfaisante pour les lésés, qui ne pourront agir contre l'entreprise, débiteur souvent plus solvable que l'auteur de l'infraction sous-jacente, qui plus est inconnu[3083]. Elle découle toutefois du système mis en place par le législateur.

1293 En revanche, la situation est probablement différente s'agissant de l'art. 102 al. 2 CP, qui consacre la responsabilité dite *primaire* de l'entreprise, dans laquelle cette dernière se voit reprocher de ne pas avoir pris les mesures d'organisation qui auraient pu «empêcher» la commission d'une infraction[3084]. Dans ce cas de figure, la participation de l'entreprise à l'infraction de base est *causale*, de sorte que l'on doit admettre que la

[3077] CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 43 ss.

[3078] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 93; AK StGB-GRAF, Art. 102 N 34; cf. aussi VILLARD, Compétence, N 525, qui fait un parallèle avec l'art. 305bis CP, mais en réponse à l'approche de NIGGLI/GFELLER en faveur d'une infraction indépendante.

[3079] TF, 6B_7/2014, 21.7.2014, c. 1.2 [f].

[3080] MACALUSO, Quelques aspects, p. 95.

[3081] À noter toutefois qu'un lien de causalité doit exister entre le défaut d'organisation et l'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée: CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 49.

[3082] MACALUSO, Quelques aspects, p. 96.

[3083] Ce que reconnaît MACALUSO, Quelques aspects, p. 95 s.; cf. aussi VILLARD, Compétence, N 525 nbp 709, en référence à l'initiative sur les multinationales responsables.

[3084] CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 50 ss.

personne lésée par cette infraction peut aussi prétendre à la qualité de lésé dans la procédure menée contre l'entreprise[3085]. Toutefois, la responsabilité primaire de l'art. 102 al. 2 CP ne s'envisage que pour une liste exhaustive d'infractions qui, tendanciellement, ne produisent pas de lésé (organisations criminelles et terroristes, financement du terrorisme, blanchiment d'argent, corruption active d'agents publics suisses ou étrangers, octroi d'un avantage et corruption privée active)[3086]. On doit toutefois réserver le cas du blanchiment d'argent (art. 305[bis] CP), pour lequel la jurisprudence permet à la personne lésée par le crime préalable de nature patrimoniale de se constituer partie plaignante dans la procédure menée contre le blanchisseur[3087], ce qui devrait également valoir pour une procédure menée contre l'entreprise elle-même[3088], par exemple contre une banque. On doit également pouvoir envisager le cas de la corruption, dont on a vu, en lien avec la qualité de lésé de l'État, qu'elle pouvait aussi fonder une qualité de lésé[3089], mais essentiellement au regard du dommage patrimonial causé au principal par l'acte de l'agent (public ou privé), ce qui est un cas de corruption passive, qui n'est pas visé à l'art. 102 al. 2 CP (contrairement à la corruption active). La doctrine considère que cette exclusion s'explique justement car en cas de corruption passive, l'entreprise est souvent elle-même lésée par l'infraction[3090].

1294 À noter que, dans un arrêt récent, le Tribunal pénal fédéral a retenu que l'entreprise, une fois condamnée pour défaut d'organisation selon l'art. 102 al. 2 CP en lien avec la corruption d'agents publics étrangers, ne pouvait pas ensuite demander à participer, en tant que lésée, à la procédure menée contre son ancien employé pour gestion déloyale (art. 158 CP) et abus de confiance (art. 138 CP), car ses propres manquements organisationnels avaient permis de tels actes[3091].

1295 S'il fallait considérer, avec la doctrine minoritaire, l'art. 102 CP comme une infraction indépendante, la qualité de lésé dépendrait alors du bien juridique protégé par celle-ci. Les partisans de cette conception retiennent généralement que l'art. 102 al. 1 CP protège l'administration de la justice, soit un bien juridique collectif (étatique), qui ne permet pas d'octroyer la qualité de lésé à la personne lésée par l'infraction de base[3092]. Cela étant, la doctrine semble ici aussi admettre qu'en cas de responsabilité primaire

[3085] MACALUSO, Quelques aspects, p. 97.
[3086] MACALUSO, Quelques aspects, p. 97.
[3087] Cf. N 648 et N 1003 *supra*; cf. aussi N 1331 *infra*.
[3088] BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 93; MACALUSO, Quelques aspects, p. 97; VILLARD, Compétence, N 525
[3089] Cf. N 1099 ss *supra*.
[3090] Cf. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 305: *«Die Ratio legis des Ausschlusses der passiven Privatbestechung nach Art. 322[novies] StGB bzw. aArt. 4a Abs. 1 lit. b UWG liegt darin, dass das Unternehmen regelmässig durch die Bestechung geschädigt wurde»*.
[3091] TPF, BB.2021.86, 6.4.2022, c. 7 [f], qui y voit une forme d'abus de droit. Cpr. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 86 ss; CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 38.
[3092] TF, 6B_7/2014, 21.7.2014, c. 1.2 [f], qui ne tranche toutefois pas la question; BSK StGB NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 24, 107 ss et 344; cf. aussi les références citées par MUSKENS, Statut, N 2015; VILLARD, Compétence, N 525.

selon l'art. 102 al. 2 CP, la personne lésée par l'infraction de base pourrait prétendre à la qualité de lésé[3093].

1296 Relevons qu'un arrêt récent du Tribunal fédéral dans une affaire de *responsabilité civile* d'une banque a quelque peu relancé le débat, mais dans une autre perspective, celle de la qualification de l'art. 102 CP en tant que norme de protection *(Schutznorm)* au sens de l'art. 41 CO. Si le Tribunal fédéral a pu laisser la question ouverte et s'éviter ainsi «une discussion superflue» en raison du fait que les conditions de l'art. 102 CP n'étaient de toute manière pas remplies en l'espèce, il semble toutefois se montrer réservé quant à l'idée de recourir à une norme d'imputation *pénale* pour fonder la responsabilité *civile* de la banque[3094]. Si la doctrine refuse généralement la qualité de *Schutznorm* à la responsabilité subsidiaire de l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP[3095], la situation de la responsabilité primaire de celle-ci selon l'art. 102 al. 2 CP est plus controversée. Une partie de la doctrine partage le scepticisme du Tribunal fédéral et dénie à l'art. 102 al. 2 CP toute qualité de *Schutznorm*, même par rapport à une infraction de base co-protégeant le patrimoine (not. l'art. 305bis CP)[3096]. D'autres auteurs semblent admettre au contraire que l'art. 102 al. 2 CP, combiné avec l'infraction sous-jacente, fonderait un acte illicite propre qui peut engager la responsabilité civile de l'entreprise, notamment sur la base des art. 55 CC (responsabilité de la personne morale pour les actes illicites des organes) et/ou 55 CO (responsabilité de l'employeur pour les actes illicites de ses employés)[3097].

1297 Cette dernière position, qui emporte notre conviction, devrait également avoir des conséquences s'agissant de *l'action civile adhésive* du lésé: dès lors que l'acte illicite de l'organe (art. 55 CC) ou de l'employé (art. 55 CO) correspond à l'infraction sous-jacente reprochée à l'entreprise dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, le lésé pourrait demander la réparation de son dommage à l'entreprise prévenue directement dans la procédure pénale.

IV. Atteinte directe et lésé en droit de la confiscation

1298 Dans le chapitre précédent, nous avions examiné une situation particulière, celle de la qualité de lésé de l'État, qui était susceptible de remettre en question les principes que

[3093] Dans ce sens apparemment: BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 93.

[3094] TF, 4A_603/2020, 16.11.2022, c. 8 [f; 5 juges]. Partageant cette lecture de l'arrêt: MACALUSO/GARBARSKI, DPE IV, p. 15.

[3095] VERDE, N 604; HEIERLI, N 822 s.

[3096] MÖCKLI ALEKSANDRA/REBER MARTINA, Bankhaftung bei pflichtwidriger externer Vermögensverwaltung, recht 2023 152 ss, p. 161; WEBER DANIEL S./BAUMGARTNER LORIS, Zur Schutznormqualität von Art. 102 Abs. 2 StGB, PJA 2023 437 ss, p. 444 s.

[3097] MACALUSO/GARBARSKI, DPE IV, p. 15; cf. aussi SCHAUB MARTIN, Haftung einer Bank für Geldwäscherei durch Unterlassungen von Angestellten, RSDA 2023 501 ss, p. 508; GIROUD SANDRINE/VALLÉLIAN ANTON, La responsabilité civile des intermédiaires financiers pour blanchiment d'argent: du mythe à la réalité? in Franz Werro/Pascal Pichonnaz (éds), La responsabilité civile en arrêts et une nouveauté législative de taille, Colloque du droit de la responsabilité civile 2022, Université de Fribourg, Berne 2022, p. 175 ss.

nous avions alors posés pour l'atteinte personnelle. Ici aussi, il existe une forme particulière de lésé, qui s'entend plus largement et risque de brouiller les cartes avec les principes développés ci-dessus pour l'atteinte directe. La source de la matière se situe dans le droit pénal matériel, en l'occurrence le droit de la *confiscation*: dans ce cadre, le lésé peut bénéficier de la restitution de valeurs patrimoniales soumises à confiscation (art. 70 al. 1 *in fine* CP) ou de l'allocation de valeurs patrimoniales confisquées et autres peines pécuniaires, amendes, créances compensatrices et cautionnements préventifs (art. 73 CP). Ces instruments sont souvent d'une importance capitale pour les lésés dans les affaires de criminalité économique[3098].

L'art. 70 al. 1 CP a la teneur suivante: 1299

> [1] Le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits.

Quant à l'art. 73 CP, il est libellé comme suit: 1300

> [1] Si un crime ou un délit a causé à une personne un dommage qui n'est couvert par aucune assurance et s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne réparera pas le dommage ou le tort moral, le juge alloue au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts ou de la réparation morale fixés par un jugement ou par une transaction:
>
> a. le montant de la peine pécuniaire ou de l'amende payées par le condamné;
>
> b. les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, sous déduction des frais;
>
> c. les créances compensatrices;
>
> d. le montant du cautionnement préventif.
>
> [2] Le juge ne peut ordonner cette mesure que si le lésé cède à l'État une part correspondante de sa créance.
>
> [3] Les cantons instituent une procédure simple et rapide pour le cas où il n'est pas possible d'ordonner cette allocation dans le jugement pénal.

Après avoir examiné les nuances linguistiques qui entourent la notion de lésé au sens de ces dispositions, nous allons voir que le lésé s'entend ici de façon sensiblement plus large que le lésé selon la définition générale de l'art. 115 al. 1 CPP, en particulier s'agissant de l'atteinte directe. Nous nous demanderons ensuite si cette fragmentation de la notion de lésé se justifie, ou si une interprétation plus uniforme pourrait en définitive parvenir aux mêmes résultats. 1301

A. Lésé, *Verletzter* ou *Geschädigte*?

En français, le terme «lésé» apparaît tant à l'art. 70 al. 1 *in fine* CP («[…] si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits») qu'à l'art. 73 CP (sous le titre marginal «Allocation au lésé»; al. 1 et 2). En revanche, les versions alle- 1302

[3098] MAURON, Interactions, p. 373.

mande et italienne parlent de *«Verletzter»*, respectivement de *«persona lesa»* à l'art. 70 al. 1 *in fine* CP, et de *«Geschädigte»*, respectivement de *«danneggiato»* à l'art. 73 CP.

1303 Ces nuances peuvent laisser penser que la notion de lésé est différente à l'art. 70 al. 1 *in fine* CP qu'à l'art. 73 CP. Pour rappel, l'art. 70 al. 1 *in fine* CP a été introduit lors de la révision du droit de la confiscation de 1994[3099]. En choisissant alors le terme de *«Verletzter»* ou de *«persona lesa»*, le législateur pourrait avoir préféré renvoyer à la notion du même nom qui figurait déjà à l'art. 28 aCP (désormais: art. 30 CP) et qui désignait le titulaire du bien juridique directement atteint par l'infraction[3100]. Par contraste, le terme *«Geschädigte»* ou *«danneggiato»* à l'art. 73 CP marquerait une notion plus large de lésé, qui dépendrait d'une prétention en dommages-intérêts (cf. la racine commune *Schaden* et *danno*)[3101]. En d'autres termes, le lésé de l'art. 70 al. 1 *in fine* CP correspondrait à la conception dite «pénaliste» du lésé en procédure pénale, tandis que le lésé de l'art. 73 CP correspondrait à la conception dite «civiliste» de ce même lésé.

1304 Cette manière de voir a été quelque peu bouleversée par l'entrée en vigueur du CPP qui, nous l'avons vu, a repris la même terminologie que l'art. 73 CP dans le cadre de l'art. 115 CPP, qui parle de *«Geschädigte Person»* en allemand et de *«danneggiato»* en italien. Dès lors que le CPP a consacré une conception «pénaliste» du lésé, on pourrait affirmer que celle-ci vaut désormais de manière générale, y compris dans le cadre de l'art. 73 CP, avec pour conséquence un rapprochement entre la notion de *«Geschädigte»* figurant aux art. 115 CPP et 73 CP et celle de *«Verletzter»* figurant aux art. 30 al. 1 et 70 al. 1 *in fine* CP. Il serait ainsi possible de défendre une notion homogène de lésé, identique en procédure pénale et en droit pénal matériel, sur le modèle de la version française de la loi[3102].

1305 Les travaux préparatoires ne livrent pas d'explications sur le sens à donner à ces différents «lésés»: le terme *«Geschädigte»* figurait déjà dans la disposition du projet de Code pénal de 1918 sur l'allocation au lésé (art. 57 P-CP), mais le Message ne précisait pas ce qu'il fallait entendre par cette notion[3103]. Dans son Message à l'appui de la

[3099] À l'époque: art. 59 ch. 1 al. 1 *in fine* aCP (RO 1994 1614; Message CP 1993, p. 300).

[3100] KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 463, pour qui l'absence de renvoi au terme *«Geschädigte»* s'explique aussi par le fait qu'il s'agissait d'un terme de procédure pénale, laquelle n'était à l'époque pas encore unifiée et ne connaissait pas de notion de lésé valant pour tout le pays, contrairement au lésé de l'art. 28 aCP.

[3101] À noter qu'avec la révision de la Partie générale du CP de 2002, l'art. 73 CP (art. 60 aCP), dans sa version italienne, est passé de *«persona lesa»* à *«danneggiato»*, ce qui permet d'accentuer la différence avec l'art. 70 al. 1 *in fine* CP; *contra*: BOMMER, Verletztenrechte, p. 114 nbp 402, pour qui la modification n'a pas emporté de changement matériel.

[3102] Dans ce sens: BOMMER, RJB 2020, p. 516; *contra*: MACALUSO/GARBARSKI, Confiscation, p. 315 nbp 72.

[3103] Message CP 1918, p. 26; cf. ég. KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 24; SCHMID, Art. 73 N 14.

révision de 1994, le Conseil fédéral utilisait indistinctement les termes de *«Verletzter»* et de *«Geschädigte Person»* pour parler de la restitution au lésé de l'art. 70 al. 1 *in fine* CP[3104], ce qui a encore ajouté à la confusion autour de la notion de lésé en droit de la confiscation[3105]. Il appartenait à la jurisprudence de faire de l'ordre dans cette terminologie difficilement lisible.

B. Une définition à géométrie variable

1. Dans le cadre de la restitution au lésé (art. 70 al. 1 in fine CP)

Dans le cadre de la *restitution au lésé* prévue à l'art. 70 al. 1 *in fine* CP, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt non publié de 2008, défini le lésé (*«Verletzter»*; *«persona lesa»*) comme suit: 1306

> *«Verletzter im Sinne dieser Bestimmung ist der strafrechtlich Geschädigte, also diejenige Person, welcher durch das eingeklagte strafbare Verhalten unmittelbar ein Schaden zugefügt wurde oder zu erwachsen drohte. Das ist in der Regel der Träger des Rechtsgutes, welches durch die fragliche Strafbestimmung vor Verletzung oder Gefährdung geschützt werden soll»*[3106].

Cette définition «pénaliste» du lésé correspond à celle examinée ci-dessus dans le cadre de l'art. 115 al. 1 CPP[3107]. La jurisprudence a encore précisé que la restitution devait porter sur des valeurs patrimoniales qui étaient le produit d'une infraction dont le lésé avait été lui-même «victime»[3108] et que ce dernier avait la qualité d'un «autre participant à la procédure» au sens de l'art. 105 al. 1 let. a CPP[3109]. Plus récemment, le Tribunal fédéral a retenu que la notion de lésé au sens de l'art. 70 al. 1 *in fine* CP visait la personne qui avait été touchée *directement* dans son patrimoine par l'infraction[3110]. En conséquence, l'ayant droit économique, le cessionnaire ou les autres lésés par ricochet ne sont pas considérés comme lésés par cette disposition, faute d'atteinte directe[3111]. 1307

[3104] Message CP 1993 (BBl 1993 III 277), p. 309 ss; cf. ég. WEILENMANN, N 515; KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 463.

[3105] KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 463 s.; BOMMER, Verletztenrechte, p. 113.

[3106] TF, 6B_344/2007, 1.6.2008, c. 3.3 [d].

[3107] L'arrêt précité renvoie d'ailleurs à la jurisprudence publiée sur la qualité de lésé sous l'ancienne procédure pénale fédérale (art. 270 aPPF): ATF 126 IV 42 c. 2a.

[3108] ATF 122 IV 365 c. 2b; TF, 6B_1035/2008, 11.5.2009, c. 2.1.2 [f]; 1P.152/2004, 19.5.2004, c. 2.3 [f]; TPF, SK.2017.77, 28.11.2022, c. 4.3 [f].

[3109] TF, 6B_687/2014, 22.12.2017 c. 2.2 et 2.3 [f], ce qui vise le lésé au sens de l'art. 115 CPP.

[3110] TF, 6B_657/2021, 19.12.2022, c. 3.2 [f].

[3111] TF, 6B_657/2021, 19.12.2022, c. 3.2 [f] (ayant droit économique); 1P.152/2004, 19.5.2004, c. 2.4 s. [f] (cessionnaires); cf. aussi les arrêts qui retiennent que la banque n'est qu'une lésée indirecte par rapport à ses clients: TF, 6B_344/2007, 1.6.2008, c. 3.4 [d]; 6S.709/2000, 26.5.2003, c. 6.4 [d]; cpr. TF, 6B_568/2013, 13.11.2013, c. 4.3 (la banque est directement lésée, mais reporte le dommage sur le client); cf. ég. CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 176.

1308 Si la doctrine majoritaire partage cette conception[3112], certains estiment qu'une qualification purement pénale ne se justifie pas au regard du but de la restitution – éviter une *«Doppelbelastung des Täters»* et favoriser les droits du lésé – et définissent le lésé comme toute personne ayant subi un dommage patrimonial du fait de l'infraction[3113]. D'autres adoptent une position en quelque sorte intermédiaire, en qualifiant de lésé tout titulaire d'une prétention réelle en restitution (notamment en revendication, art. 641 al. 2 1ère hyp. CC) sur l'objet de la confiscation[3114]. La controverse perd toutefois de sa vigueur du fait que, selon la doctrine récente, la prétention en restitution visée à l'art. 70 al. 1 *in fine* CP est de toute façon susceptible d'être transférée à autrui, que ce soit au travers d'une cession volontaire (art. 164 CO) ou par succession universelle[3115].

2. Dans le cadre de l'allocation au lésé (art. 73 CP)

1309 Dans le cadre de *l'allocation au lésé* prévue à l'art. 73 CP, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt de principe rendu en 2019, défini le lésé (*«Geschädigte»*; *«danneggiato»*) de la manière suivante:

> «On entend par lésé au sens de l'art. 73 CP toute personne privée […], physique ou morale, qui a subi un préjudice du fait d'une infraction pénale […]. Envisagée sous cet angle, la qualité de lésé au sens de l'art. 73 CP se conçoit de façon plus large que dans le cadre des art. 30 CP et 115 CPP. Elle vise non seulement le lésé défini en tant que titulaire du bien juridique atteint par l'infraction […], mais aussi, plus généralement, tout tiers titulaire, sur le plan civil, d'une créance en réparation du préjudice subi»[3116].

1310 C'est donc une conception résolument «civiliste» du lésé qui est privilégiée dans le cadre de l'art. 73 CP, étant précisé que, toujours selon ce même arrêt, le droit à l'allocation prévu par cette disposition est plus lié à la créance en dommages-intérêts fondée sur l'art. 41 CO qu'à la personne du lésé et peut dès lors être cédé à autrui. Privilégiant une interprétation téléologique de la loi – dont le but est de favoriser la réparation du dommage subi par le lésé –, la Haute Cour a retenu qu'une allocation était aussi possible, au-delà de la lettre de l'art. 73 al. 1 CP, en faveur du lésé par ricochet *(Reflexgeschädigte)* qui avait lui-même supporté le dommage du lésé direct, en l'occurrence l'assurance ayant indemnisé le lésé et étant ainsi subrogée aux droits de ce dernier[3117]. Cette solution doit permettre d'éviter que l'État ne s'enrichisse aux dépens du lésé, direct ou indirect[3118]. Elle vaut toutefois uniquement pour l'allocation de va-

[3112] KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 464 s. et 475; voir aussi CR CP I-HIRSIG-VOUILLOZ, Art. 70 N 24a; MAURON, Prescription, p. 552; PAVLIDIS, p. 216 s.; NADELHOFER DO CANTO, p. 222; BOMMER, Verletztenrechte, p. 77; pour un aperçu complet: BURGENER, N 1302 ss.

[3113] WEILENMANN, N 517.

[3114] BURGENER, N 1349 et 1352.

[3115] WEILENMANN, N 519 ss; KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 494 ss, spéc. 498; *contra*: VIVIROLI, PJA, p. 968 et les références citées.

[3116] ATF 145 IV 237 c. 5.1.

[3117] Cf. ATF 145 IV 237 c. 5.1.1 et 5.1.2; voir aussi CJ GE, ACPR/454/2022, 27.6.2022, c. 3.2.

[3118] ATF 145 IV 237 c. 3.3, 5.1.1 et 5.2.2; cpr. TF, 6B_204/2023, 25.9.2023, c. 2.2 [d; 5 juges], qui semble limiter la portée de cet arrêt aux *Reflexgeschädigte* subrogés aux droits du lésé.

leurs patrimoniales confisquées selon l'art. 73 al. 1 let. b CP, le Tribunal fédéral s'étant abstenu de trancher la question des autres hypothèses visées par l'art. 73 al. 1 let. a et c-d CP[3119].

Auparavant, le Tribunal fédéral avait déjà jugé dans ce sens afin de permettre à la banque, qualifiée de lésée indirecte par rapport aux détournements commis sur les avoirs de ses clients – lésés directs –, de se voir malgré tout allouer les valeurs patrimoniales confisquées[3120]. En 2021, notre Haute Cour a tenu un raisonnement similaire pour l'art. 305[bis] CP (blanchiment d'argent) en retenant que cette disposition protégeait également le patrimoine de la personne qui, bien que n'étant pas elle-même lésée par le crime préalable, avait néanmoins acquis par cession de créance les prétentions en dommages-intérêts issues de l'infraction; dans ce cas, en effet, les actes de blanchiment (postérieurs à la cession) pouvaient entraver le cessionnaire dans le recouvrement de sa créance, notamment au travers de l'art. 73 CP[3121]. 1311

Cette définition large du lésé a été globalement saluée par la doctrine[3122], qui estime qu'elle s'étend aux successeurs légaux *(Rechtsnachfolger)*, comme la société absorbante ou reprenante en cas de fusion[3123]. Une partie de la doctrine est toutefois d'avis que la notion de lésé à l'art. 73 CP doit s'entendre de façon plus restrictive, soit de la même manière qu'à l'art. 30 CP et 115 CPP[3124] ou, à tout le moins, de manière à exclure les lésés indirects à qui la prétention a été transférée par voie de cession ou de subrogation[3125]. 1312

On en arrive donc à une situation où, selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, le lésé se définirait différemment à l'art. 70 al. 1 *in fine* CP qu'à l'art. 73 CP. Même si l'on doit considérer qu'à terme, le lésé de l'art. 70 al. 1 *in fine* CP s'alignera sur la conception «civiliste» du lésé de l'art. 73 CP, aucune de ces deux définitions ne cor- 1313

[3119] ATF 145 IV 237 c. 5.1.2 *in fine*. Sur ce point, cf. WEILENMANN, N 571 ss; MAURON, Restitution, N 529.

[3120] TF, 6B_344/2007, 1.6.2008, c. 5.3 s. [d]; 6S.709/2000, 26.5.2003, c. 5.3.2 et 7.1 [d]; pour une discussion de ce dernier arrêt, cf. GARBARSKI, RPS 2012, p. 188 ss.

[3121] TF, 6B_931/2020, 22.3.2021, c. 3.4.2 [f]; pour un commentaire: PAYER, Cessionnaire.

[3122] *Sur l'ATF 145 IV 237*, cf. MACALUSO/GARBARSKI, Confiscation, p. 315; MACALUSO/GARBARSKI, DPE II, p. 20; PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 73 N 3; OFK StGB-HEIMGARTNER, Art. 73 N 3; AK StGB-KONOPATSCH, Art. 73 N 8; HK StGB-WOHLERS, Art. 73 N 2; *pour la doctrine antérieure*, cf. WEILENMANN, N 566, 573, 591 ss; KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 20, 25 et 41 et la nbp 131; KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 495 ss; NADELHOFER DO CANTO, p. 224; PC CP, Art. 73 N 5; MONFRINI/KLEIN, p. 136; cf. ég. PAYER, Cessionnaire, qui ne prend toutefois pas position; sur l'ensemble de la question: BURGENER, N 1445 ss, qui parle d'allocation «élargie».

[3123] BURGENER, N 1395; MACALUSO/GARBARSKI, Confiscation, p. 315; MAURON, Restitution, N 530; HEIERLI, N 361.

[3124] CR CPI-HIRSIG-VOUILLOZ, Art. 73 N 7 (cpr. toutefois N 7a); BOMMER, RJB 2020, p. 516; HEIERLI, N 360 et 603 ss; BOMMER, Verletztenrechte, p. 114.

[3125] VIVIROLI, PJA, p. 968; SCHMID, Art. 73 N 19 s.; PAVLIDIS, p. 218; BOMMER, Verletztenrechte, p. 118 nbp 419; cf. ég. BSK StGB-BAUMANN, Art. 73 N 5, qui réserve toutefois les *Reflexgeschädigte*. Pour le cas du *Prozessstandschaft*: BURGENER, N 1397.

respond à celle prévue à l'art. 115 al. 1 CPP (ou à l'art. 30 CP), puisqu'elles admettent largement le transfert de la prétention en restitution, respectivement du droit à l'allocation, alors qu'en procédure pénale, ces tiers ne sont pas des lésés faute d'atteinte directe, et le transfert de la qualité de lésé et des droits qui y sont associés est strictement encadré par l'art. 121 CPP. Il en résulte une certaine insécurité juridique ou, à tout le moins, un manque de cohérence autour de la notion de lésé.

1314 À noter que cette conception large dans le cadre de l'art. 73 CP ne se retrouve pas lorsque le lésé est une *entité étatique*. Doctrine et jurisprudence considèrent en effet que le lésé au sens de cette disposition ne peut être qu'une personne privée, puisque le but de la norme est de faciliter l'indemnisation du lésé et non de permettre la répartition des valeurs patrimoniales confisquées ou encaissées entre les services de l'État ou les corporations publiques[3126]. Une telle réserve n'existe pas pour la restitution au sens de l'art. 70 al. 1 *in fine* CP, le lésé pouvant ici être une entité publique ou un État étranger[3127].

C. Une proposition

1. Pour une interprétation uniforme de la notion de lésé

1315 Il faut à notre sens privilégier une interprétation uniforme de la notion de lésé prévue à l'art. 70 al. 1 *in fine* CP et à l'art. 73 CP, sur le modèle du droit de procédure pénale. Si l'unification de celui-ci en 2011 a introduit, à l'art. 115 CPP, une définition unique de lésé sur tout le territoire suisse, on doit considérer que cette réglementation exprime une notion générale et transversale, qui vaut non seulement pour la procédure pénale, mais également lorsque des institutions de droit pénal matériel se réfèrent à la personne du lésé. Si le terme de lésé s'avère trop étroit dans le contexte de la confiscation, il appartient au législateur d'agir, comme cela a d'ailleurs été le cas en Allemagne[3128].

1316 Certes, on ne peut ignorer que l'art. 73 al. 1 CP contient déjà une forme de définition du lésé: «Si un crime ou un délit a causé à une personne un dommage […], le juge alloue au lésé […]». Dans cette perspective, le lésé serait toute personne qui a subi un dommage ensuite d'un crime ou d'un délit, sans que soit pour le surplus exigé qu'elle soit titulaire du bien juridique protégé par l'infraction ni que ce bien ait été directement atteint par celle-ci[3129]. Cette définition sommaire pouvait s'expliquer lors de l'entrée en vigueur de la norme, qui figurait déjà dans le Code pénal de 1942 (art. 60 aCP)[3130], à une époque où la procédure pénale était encore cantonale et où la notion de lésé pouvait fortement varier d'un canton à l'autre. Elle ne se suffit désormais plus

[3126] TF, 6B_834/2011, 11.1.2013, c. 4 [f] et les auteurs cités; cf. ég. ATF 145 IV 237 c. 5.1.
[3127] Pour un ex. concernant la République Tchèque: TF, 6B_687/2014, 22.12.2017, c. 2.3 [f]; TPF, SK.2017.77, 28.11.2022, c. 5.3 [f].
[3128] Pays dans lequel le terme *«Verletzer»* a été remplacé en 2021 par celui de *«Anspruchsinhaber»* (§ 111l StPO/D): cf. MüKo StPO-BITTMANN, Vor §§ 111b-111q N 21 s.
[3129] Cf. dans ce sens KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 24.
[3130] RO 54 781.

à elle-même[3131] et doit être interprétée à l'aune de la définition générale du lésé contenue à l'art. 115 CPP, disposition plus récente *(lex posterior)*.

Le lésé au sens de l'art. 115 CPP est un autre participant à la procédure au sens de l'art. 105 al. 1 let. a CPP, qui se voit reconnaître la qualité de partie dans la mesure nécessaire à la défense de ses intérêts (art. 105 al. 2 CPP). Nous avons vu que le principal droit qui lui est reconnu sur cette base est celui de se constituer partie plaignante[3132], mais même sans cette constitution, le lésé peut toujours faire valoir des droits de partie tirés des art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP[3133]. Le CPP contient du reste plusieurs autres références au «lésé» en lien avec des problématiques d'allocation ou de restitution (art. 240 al. 4, 263 al. 1 let. c, 264 al. 2 et 378 CPP). D'un point de vue *systématique*, il apparaît peu cohérent de considérer qu'un même terme puisse recevoir une interprétation différente au sein d'une même loi, surtout lorsqu'il connaît déjà une définition générale à l'art. 115 CPP. 1317

Ce lien entre allocation au lésé et procédure pénale n'est pas nouveau: *historiquement*, l'institution avait été pensée pour faciliter la réparation effective du dommage subi par le lésé, ce qui devait inciter ce dernier à dénoncer l'infraction et à collaborer à l'instruction[3134]. Selon nous, en faisant référence au «dommage» (*Schaden*; *danno*) causé par l'infraction, l'art. 73 al. 1 CP renvoie désormais à la possibilité donnée au lésé de se constituer partie plaignante (art. 118 CPP) afin de demander la réparation de son dommage par adhésion à la procédure pénale (art. 122 ss CPP). Pour bénéficier de l'allocation, le lésé doit d'ailleurs être au bénéfice d'un jugement ou d'une transaction fixant le préjudice et son montant (cf. art. 73 al. 1 *in fine* CP) et, même si d'autres configurations sont envisageables[3135], c'est avant tout dans le cadre de la procédure pénale elle-même qu'un tel prononcé sera rendu, plus particulièrement au moment du jugement des conclusions civiles adhésives[3136]. 1318

[3131] Dans l'ATF 145 IV 237, le TF ne s'est d'ailleurs pas embarrassé de la lettre de l'art. 73 CP et a fait abstraction de pans entiers de cette disposition – soit les conditions de l'absence de couverture d'assurance, du pronostic de recouvrement incertain (art. 73 al. 1 CP) et de cession de la créance à l'État (art. 73 al. 2 CP) – en cas d'allocation de valeurs patrimoniales confisquées (art. 73 al. 1 let. b CP) (c. 5.1.2 et 5.5.2).

[3132] Cf. N 216 *supra*.

[3133] TF, 6B_687/2014, 22.12.2017, c. 2.3 [f]; 1B_581/2012, 27.11.2012, c. 1 [d]; TPF, SK.2017.77, 28.11.2022, c. 5.3 [f]; CJ GE, ACPR/258/2021, 20.4.2021, c. 3.3; SCHMID/JOSITSCH, PK, Art. 105 N 3; BSK StPO-KÜFFER, Art. 105 N 9.

[3134] Message CP 1918, p. 26; cf. aussi KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 3 et 6 ss, en référence à l'avant-projet de Code pénal élaboré en 1893 par CARL STOOS. Selon CLERC, Introduction, p. 166, le CP a repris ici l'idée du criminologue italien ENRICO FERRI, qui estimait l'État responsable de l'ordre et, par conséquent, du dommage causé aux particuliers par le délit, et qui se montrait favorable à l'idée d'apporter, par la peine infligée au coupable, une «satisfaction» au lésé.

[3135] Par ex. un jugement civil, même étranger, pour autant qu'il soit exécutoire en Suisse: TF, 6B_720/2021, 11.3.2022, c. 2.4.2 [f; 5 juges]; 6B_64/2021, 7.12.2022, c. 4.3 [f]; MACALUSO/GARBARSKI, Confiscation, p. 315 s.

[3136] Cf. KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 26.

1319 Alors que pour sa part, la restitution au lésé (art. 70 al. 1 *in fine* CP) est souvent présentée comme une *alternative* à l'action civile adhésive[3137], on peut dire que l'allocation au lésé (art. 73 CP) en est *l'aboutissement*. Le dommage «causé» par l'infraction (cf. art. 73 al. 1 CP) fait partie des conclusions civiles «déduites» de l'infraction (cf. art. 122 al. 1 CPP)[3138]. Le lésé qui s'est constitué partie plaignante au civil peut ainsi «coupler» ses prétentions de nature pécuniaire avec une requête d'allocation au sens de l'art. 73 CP[3139]. Raison de plus de considérer que le lésé pouvant prétendre à l'allocation doit être compris de la même manière que le lésé pouvant faire valoir des prétentions civiles adhésives. Il est du reste piquant de constater que, dans un arrêt de principe récent, le Tribunal fédéral a retenu que l'institution de l'action civile par adhésion à la procédure pénale devait permettre au lésé d'obtenir «l'allocation» de ses conclusions civiles sans devoir initier une procédure distincte devant le juge civil[3140].

1320 Notre position emporte trois conséquences concrètes. *Premièrement*, l'interprétation extensive de la notion de lésé, retenue par la jurisprudence à tout le moins pour l'allocation au lésé (art. 73 CP), doit être *rejetée*, car ne répondant pas aux réquisits de l'art. 115 al. 1 CPP en termes d'atteinte directe. Il en va de même pour la possibilité de céder la prétention en restitution ou en allocation à un tiers, lésé par ricochet seulement. On pourrait opposer que l'interprétation extensive du lésé en matière de restitution ou d'allocation ne change rien à la situation du prévenu, dès lors que ce dernier doit dans tous les cas supporter une mesure de confiscation, à laquelle vient seulement se substituer une restitution ou s'ajouter une allocation. En d'autres termes, le fait que des valeurs patrimoniales soient restituées ou allouées au lésé plutôt que dévolues à l'État aurait un effet neutre sur le prévenu, ou même un effet positif, puisque ces mesures viennent éteindre (ou réduire) d'autant les prétentions civiles du lésé. Toutefois, il faut selon nous garder à l'esprit que les droits de procédure qui sont reconnus au lésé pour lui permettre de faire valoir ses prétentions tirées des art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP sont, quant à eux, susceptibles de péjorer la situation du prévenu (ou du tiers touché par un acte de procédure)[3141]. On pense ici notamment au droit de recours contre une

[3137] BOMMER, Verletztenrechte, p. 68 s.: «équivalent fonctionnel» à l'action civile; KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 2; MAURON, Prescription, p. 552; MAURON, Restitution, N 477; cf. aussi TPF, SK.2017.77, 28.11.2022, c. 4.7 [f]: restitution comme moyen «d'éviter le dommage» civil.

[3138] Un *lien de causalité* est exigé dans les deux cas: cf. TF, 6B_204/2023, 25.9.2023, c. 2.2 [d; 5 juges] (art. 73 CP); ATF 148 IV 432 c. 3.1.3 et 3.2 (art. 122 CPP). Ce dernier arrêt ajoute que les prétentions strictement contractuelles ne sont pas «déduites» de l'infraction au sens de l'art. 122 CPP. Les prétentions contractuelles sont aussi exclues du champ d'application de l'art. 73 CP: BSK StGB-BAUMANN, Art. 73 N 9; KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 40.

[3139] JEANNERET, Voyage, p. 50; cf. aussi BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 69.

[3140] ATF 148 IV 432 c. 3.2.3, citant PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 186.

[3141] *Contra:* BURGENER, N 1448, qui retient que l'allocation «élargie», à tout créancier d'une prétention civile déduite de l'infraction, s'avère avantageuse pour le prévenu et ne contrevient donc pas au principe de la légalité (art. 1 CP).

décision de levée de séquestre, contre une décision qui refuserait de restituer ou d'allouer au lésé des valeurs patrimoniales confisquées ou même contre une décision qui refuserait d'ordonner un séquestre ou une confiscation, sans encore se prononcer sur la restitution ou l'allocation[3142]. Ces circonstances commandent que l'interprétation du lésé en droit de la confiscation obéisse au principe de la légalité (du droit de procédure pénale) et respecte ainsi les termes de l'art. 115 al. 1 CPP.

Deuxièmement, la pratique n'a désormais plus besoin de définir le lésé de manière ex- 1321
tensive pour permettre à la *banque* de demander l'allocation du produit de la confiscation en cas de malversations commises sur les avoirs de ses clients[3143]. Il suffit de retenir que, dans un tel cas, la banque n'est pas indirectement, mais bien directement lésée au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, cas échéant aux côtés du client si ce dernier n'est pas dédommagé, ce qui correspond à l'approche prônée depuis quelques temps par la doctrine et la jurisprudence[3144]. En sa qualité de lésée directe, la banque peut ainsi prétendre à l'allocation en sa faveur des valeurs patrimoniales confisquées, pour autant qu'elle dispose d'une créance en dommages-intérêts contre l'auteur de l'infraction[3145].

Troisièmement, l'interprétation uniforme de la qualité de lésé proposée a pour effet 1322
que, lorsque cette qualité est – exceptionnellement – reconnue à *l'État*, rien ne s'oppose à ce que ce dernier puisse faire valoir les droits tirés des art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP[3146]. Le fait que le lésé étatique dispose dans ce cas déjà de la voie offerte par la loi sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (LVPC) pour mettre la main sur (une partie) des biens confisqués ne change rien à cette conclusion, contrairement à ce que retient la jurisprudence[3147]. Le *sharing* selon la LVPC s'efface en effet devant l'allocation au lésé (art. 4 al. 2 LVPC), ce qui signifie bien que, lorsqu'il est touché comme un privé, l'État doit pouvoir directement bénéficier de la confiscation, au même titre que tout autre lésé[3148]. En présence d'un État étranger lésé, la possibilité pour la Suisse de négocier des modalités de restitution spécifiques, de manière à s'as-

[3142] Sur toutes ces questions: AEBI CHRISTIAN, Vermögenssicherung im Strafverfahren, thèse Lucerne 2020, p. 175; SCHÖDLER SARA, Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren, thèse Lucerne 2012, p. 191. Cf. aussi TF, 1B_312/2016, 10.11.2016, c. 2.1 [f]. En revanche, le lésé qui ne s'est pas constitué partie plaignante ne peut pas remettre en cause un acquittement ou un classement. Il peut tout au plus faire valoir qu'une confiscation aurait dû être prononcée (par ex. sur la base de l'art. 320 al. 2 CPP).

[3143] Cf. N 1311 *supra*.

[3144] GARBARSKI, SJ 2017, p. 131 ss; CR CPII-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 177; GARBARSKI, SJ 2013, p. 128 ss; GARBARSKI, RPS 2012, p. 186 ss; cf. aussi BSK StPO-MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 57; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 24 s.; STOLL, p. 419 ss; TF, 1B_190/2016, 1.9.2016, c. 2.2 s. [f]; 1B_118/2017, 13.6.2017, c. 3.1 [f]; plus nuancée: PERRIER DEPEURSINGE, CEMAJ 2020, p. 105 s.

[3145] Question qui devrait dépendre des relations contractuelles la liant avec son client, notamment de l'existence d'une clause de transfert de risques valable. Cf. GARBARSKI, SJ 2017, p. 133; en matière civile, cf. ATF 146 III 326; 146 III 387.

[3146] Dans ce sens, KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 467 ss; KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 21; HEIERLI, N 359.

[3147] TF, 6B_834/2011, 11.1.2013, c. 4 [f] *in fine*.

[3148] KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 471.

surer que les avoirs confisqués et alloués à l'issue de la procédure pénale bénéficient à la population locale, passe par l'adoption d'une base légale spécifique, comme le retient du reste un rapport récent du Conseil fédéral[3149].

2. Une transmission des droits fondée sur l'art. 121 CPP

1323 Cette interprétation uniforme de la notion de lésé ne signifie toutefois pas que tout transfert du droit à la restitution ou à l'allocation serait exclu. Un tel transfert est tout à fait concevable, mais dans les limites de l'art. 121 CPP. En effet, nous estimons que le renvoi à la notion de lésé de l'art. 115 CPP opéré par les art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP s'étend au mécanisme de transfert des droits aux successeurs du lésé prévu par l'art. 121 CPP[3150]. Plus spécifiquement, les droits à la restitution et à l'allocation constituent selon nous des «droits de procédure qui se rapportent directement aux conclusions civiles» au sens de l'art. 121 al. 2 CPP.

1324 Certes, la jurisprudence et la doctrine considèrent que les prétentions fondées sur les art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP ne sont pas de nature civile, mais relèvent du droit public[3151]. Cependant, l'action civile adhésive permet au lésé qui s'est constitué partie plaignante de conclure à l'allocation en sa faveur des objets et montants listés à l'art. 73 al. 1 let. a-d CP; en ce sens, l'allocation peut être vue comme une mesure d'exécution du jugement rendu sur prétentions civiles adhésives[3152]. Elle se rapporte donc «directement» aux conclusions civiles au sens de l'art. 121 al. 2 CPP.

1325 Quant à la restitution directe de l'art. 70 al. 1 *in fine* CP, qui prime une éventuelle confiscation et une allocation au lésé, elle intervient également dans l'intérêt de ce dernier, afin d'éviter que l'État ne s'enrichisse à ses dépens et que l'auteur ne soit tenu de restituer l'avantage illicite à double[3153]. Cette mesure porte en première ligne sur les objets provenant directement du patrimoine du lésé et tend au rétablissement de ses droits absolus, notamment de propriété[3154]. On peut, ici aussi, faire un rapprochement avec l'action civile adhésive, qui permet à la partie plaignante de faire valoir des conclusions civiles fondées sur les actions en revendication (art. 641 CC) ou possessoires (art. 927, 928 et 934 CC)[3155]. Une partie de la doctrine considère d'ailleurs

[3149] Rapport restitution 2024, p. 6 et 9 ss, qui ne traite toutefois pas de l'allocation de manière spécifique.

[3150] Sur ce mécanisme, cf. N 1204 ss *supra*.

[3151] TF, 6B_938/2013, 10.2.2014, c. 1.3.1 [f], à propos de l'art. 81 al. 1 let. b LTF; pour la restitution au lésé, cf. KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 450 ss; pour l'allocation au lésé, cf. KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 20.

[3152] BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 42; KLINGLER, N 425.

[3153] ATF 145 IV 237 c. 3.2.2.

[3154] TF, 6B_115/2024, 7.4.2025, c. 6.1 [f] en référence à la *rei vindicatio* et à l'ATF 112 IV 74 c. 3b; 6B_1035/2008, 11.5.2009, c. 2.1.2 [f]; le point de savoir si la restitution s'étend pour le surplus aux biens acquis en remploi (proprement ou improprement dit [*echte* ou *unechte Surrogate*]) est controversé: BURGENER, N 1302 ss; BSK StGB-BAUMANN, Art. 70/71 N 49 ss; KV/KO-SCHOLL, Art. 70 N 486 ss; ATF 145 IV 237 c. 4.1; TF, 6B_115/2024, 7.4.2025, c. 6.1 [f]; 6S.68/2004, 9.8.2005, c. 7.2.3 ss [d].

[3155] ATF 148 IV 432 c. 3.1.3; TF, 6B_367/2020, 17.1.2022, c. 2.2.3 [f], avec références.

qu'en demandant la restitution au sens de l'art. 70 al. 1 *in fine* CP, le lésé fait «implicitement» valoir une prétention civile contre le prévenu[3156]. Partant, en tant que la restitution poursuit le même objectif et porte sur les mêmes prétentions que l'action civile adhésive, il se justifie de l'assimiler aux droits visés par l'art. 121 al. 2 CPP.

Dans son résultat, l'approche défendue ici ne se distingue pas fondamentalement de la solution à laquelle est parvenue le Tribunal fédéral dans l'ATF 145 IV 237[3157]: en l'espèce, l'assurance ayant indemnisé le lésé avait été subrogée aux droits de ce dernier en vertu du mécanisme prévu à l'art. 72 aLCA (désormais: art. 95*c* al. 2 LCA) et avait été admise au procès pénal en qualité de demanderesse au civil[3158]. Même si l'arrêt ne le dit pas, cette transmission des droits s'est faite en vertu du mécanisme de l'art. 121 al. 2 CPP. Le raisonnement aurait selon nous pu s'arrêter là, sans qu'il soit nécessaire de passer par une définition autonome du lésé selon l'art. 73 CP, qui met à mal la cohérence générale de la notion. 1326

Hormis cette situation, la transmission de la prétention en restitution ou en allocation interviendra aussi en cas de décès du lésé (cf. art. 121 al. 1 CPP) ou dans d'autres hypothèses de subrogation légale (cf. art. 121 al. 2 CPP), mais pas lorsque le transfert s'opère sur une base seulement volontaire, notamment par voie de cession de créance (art. 164 CO)[3159]. Dès lors, la banque qui indemnise son client et se fait céder ses prétentions civiles après que ce dernier a été admis en qualité de partie plaignante ne prendra pas sa place en procédure[3160]. Cette circonstance ne porte toutefois pas à conséquence, puisque l'établissement bancaire revêtira de toute façon la qualité de lésé «originel» au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, et donc des art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP[3161]. 1327

Reste qu'en excluant le transfert des droits en cas de cession volontaire, l'art. 121 al. 2 CPP réduit les possibilités de dédommagement du lésé au travers d'une mise en circulation de sa créance et, surtout, expose l'auteur au risque de devoir restituer deux fois l'avantage illicite (une fois par la confiscation ou la créance compensatrice, une autre fois sur le plan civil). Ce risque est cependant plus acceptable, à notre sens, que celui inhérent à un élargissement de l'allocation à tout créancier d'une prétention civile déduite de l'infraction pénale, au mépris de la lettre de l'art. 73 CP et avec toutes les conséquences négatives que cela comporte sur la situation procédurale du prévenu. Toutefois, pour parer à ce risque de double charge de l'auteur, et en l'absence d'une autre solution expressément prévue par la loi, l'État devrait selon nous rembourser les montants confisqués ou recouvrés en exécution d'une créance compensatrice si l'au- 1328

[3156] MAURON, Prescription, p. 552; MAURON, Restitution, N 477; cf. aussi BURGENER, N 1308.
[3157] Cf. N 1309 s. *supra*.
[3158] ATF 145 IV 237, let. A.b en fait et c. 5.1.2 et 5.1.3; cf. aussi TF, 6B_204/2023, 25.9.2023, c. 2.2, 3ème par. [d; 5 juges].
[3159] Cf. aussi VIVIROLI, PJA, p. 968. Sur cette situation, cf. déjà N 1202 ss *supra*.
[3160] Hypothèse envisagée par CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, Art. 146 N 177.
[3161] Cf. N 1321 *supra*.

teur parvient à prouver qu'il a effectivement dédommagé le cessionnaire[3162]. L'autorité pénale ordonnant la mesure de confiscation ou de créance compensatrice pourrait assortir sa décision d'une réserve en ce sens, par exemple en prévoyant que tout montant acquitté au civil viendra réduire d'autant la mesure prononcée au pénal, charge à l'auteur de démontrer qu'il a bien réparé le dommage issu de l'infraction.

D. Lésé, confiscation et blanchiment d'argent (art. 305bis CP)

1329 Il nous reste enfin à examiner le cas de l'infraction de *blanchiment d'argent* (art. 305bis), qui entretient des liens étroits avec la confiscation pénale, lesquels sont susceptibles d'impacter la qualité de lésé sous deux angles distincts.

1330 *En premier lieu*, si elle est maintenue, l'approche large, voire «civiliste», de la notion de lésé en droit de la confiscation, telle qu'elle ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral présentée ci-dessus[3163], risque bien d'être importée en procédure pénale au travers de l'infraction de blanchiment d'argent, ce qui serait regrettable.

1331 Dans notre ordre juridique, l'infraction de blanchiment d'argent est conçue comme réprimant des actes d'entrave à la confiscation (pénale), ce qui sert d'abord les intérêts à une bonne administration de la justice (pénale)[3164]. Depuis l'arrêt *Banca Popolare di Milano*, déjà examiné ci-dessus[3165], la jurisprudence retient que le blanchiment protège également le patrimoine de la personne lésée par le crime préalable, car la confiscation intervient dans ce cas dans l'intérêt du lésé, précisément en raison de son droit d'obtenir la restitution ou l'allocation des valeurs patrimoniales confisquées[3166]. Même si cet arrêt portait sur la notion de norme de protection *(Schutznorm)* au sens de l'art. 41 CO, sa conclusion vaut aussi pour le lésé selon l'art. 115 CPP[3167]. Or, le lien tissé entre le lésé par l'infraction de blanchiment et le lésé en droit de la confiscation serait distendu, voire rompu, si l'on devait admettre, à la manière du Tribunal fédéral dans sa jurisprudence récente, que le second s'entend en réalité plus largement que le premier. Le risque serait que cette notion de lésé en droit de la confiscation soit ensuite reprise en procédure pénale, créant ainsi une catégorie autonome de lésés pour l'infraction de blanchiment d'argent uniquement.

[3162] Cf. de manière générale (sans examiner le cas de la cession): ATF 150 IV 338 c. 2.2.2 s.; 117 IV 107 c. 2b; TF, 7B_783/2023, 15.10.2024, c. 8.4.1 à 8.4.3 [d]; STRATENWERTH/BOMMER, AT II, § 12 N 140; KV/KO-THOMMEN, Art. 73 N 51; JORNOT OLIVIER/GRODECKI STÉPHANE, La coordination entre les créances compensatrices et les prétentions civiles dans le procès pénal, FP 1/2021 33 ss, p. 35. Sur l'ensemble de la question: BURGENER, N 1565 ss, spéc. N 1597 ss.

[3163] Cf. N 1309 ss *supra*.

[3164] ATF 145 IV 335 c. 3.1; CR CP II-CASSANI/VILLARD, Art. 305bis N 10.

[3165] Cf. N 648 et 664 (interprétation systématique et bien juridique) et N 1003 (biens juridiques en blanc) *supra*.

[3166] ATF 129 IV 322 c. 2.2.4; confirmé in ATF 146 IV 211 c. 2.3.1; 145 IV 335 c. 3.1; 133 III 323 c. 5.1.

[3167] Dans ce sens, cf. TF, 6B_1013/2020, 12.3.2024, c. 2.2 [d]; 1B_350/2020, 28.5.2021, c. 5.3 [d] n.p. in ATF 147 IV 544.

Ce risque s'est d'ailleurs réalisé avec un arrêt de 2021, dans lequel le Tribunal fédéral a retenu que le créancier cessionnaire ayant succédé à la personne lésée par le crime préalable pouvait prétendre à la qualité de lésé au sens de l'art. 115 CPP pour les actes d'entrave commis postérieurement à la cession de créance[3168]. Une telle conclusion est critiquable en ce qu'elle omet de prendre en compte que le cessionnaire n'est jamais «directement» (au sens de l'art. 115 al. 1 CPP) lésé par le crime préalable, faute de concomitance. L'arrêt *Banca Popolare di Milano* n'avait admis la qualité de lésé qu'au regard du crime préalable, ce qui paraît cohérent avec la conception du blanchiment comme *«Anschlussdelikt»*, rattaché à une première infraction[3169]. C'est seulement lorsque cette première infraction protège le patrimoine que la personne lésée par celle-ci est aussi – ou à sa suite (cf. le terme *«Anschluss»*) – lésée par l'acte d'entrave, qui l'éloigne un peu plus d'une éventuelle restitution ou allocation. 1332

Il faut donc s'en tenir à une interprétation uniforme de la notion de lésé, en procédure pénale comme en droit de la confiscation, avec la précision qu'en matière de blanchiment d'argent, le lésé est celui dont le patrimoine a été directement touché par le crime préalable à l'acte d'entrave. 1333

En second lieu, et pour faire suite aux considérations qui précèdent sur le lien entre blanchiment d'argent et confiscation, il nous faut mentionner un autre arrêt de principe du Tribunal fédéral, qui concernait un cas de blanchiment d'argent en présence d'un *crime préalable commis à l'étranger* (art. 305bis ch. 3 CP)[3170] et que nous avons déjà évoqué en lien avec la nationalité des biens juridiques[3171]. Le Tribunal fédéral y retient que le caractère confiscable des valeurs patrimoniales en cause constitue un élément constitutif normatif du blanchiment d'argent, de sorte que s'il fait défaut, l'infraction n'est pas réalisée. Lorsque le crime préalable est commis à l'étranger (art. 305bis ch. 3 CP), le caractère confiscable des valeurs patrimoniales s'analyse à la lumière du droit étranger, puisque la norme vise alors à protéger la bonne administration de la justice du pays en question[3172]. 1334

Dans l'affaire en question, les valeurs patrimoniales litigieuses n'étaient pas confiscables selon le droit étranger – en l'occurrence allemand – en vigueur à l'époque des faits[3173]. Ce droit prévoyait en effet que la confiscation (*«Verfall»* selon la terminologie allemande) était exclue dès lors que le lésé disposait d'un droit lui permettant de 1335

[3168] TF, 6B_931/2020, 22.3.2021, c. 3.4.2 [f], déjà cité sous N 1311 *supra*.

[3169] ATF 129 IV 322 c. 2.2.4; TF, 6B_565/2022, 11.9.2024, c. 1.4.2 [d; 5 juges]; MUSKENS, PJA 2021, p. 131; VIVIROLI, PJA, p. 968 (critique également).

[3170] ATF 145 IV 335, cf. le résumé et l'analyse de MACALUSO/GARBARSKI, DPE II, p. 16 ss.

[3171] Cf. N 580 *supra*; cf. nbp 2337 *supra* pour la protection alternative de biens juridiques.

[3172] ATF 145 IV 335 c. 3.2, 3.3 et 4.4. À noter que si l'infraction préalable est certes commise à l'étranger, mais qu'elle relève de la compétence du juge suisse (ainsi en cas de compétence universelle ou fondée sur l'art. 4 CP), le caractère confiscable s'examine selon les art. 70 ss CP: ATF 145 IV 355 c. 4.1; TF, 6B_45/2021, 27.4.2022, c. 4.5.4 [d; 5 juges]; CR CP II-CASSANI/VILLARD, Art. 305bis N 10 nbp 22.

[3173] ATF 145 IV 355 c. 4.2 et 4.5.2; cpr. TPF, CA.2020.7, 14.6.2023, c. 3.1.1 et 3.2.1.1 [d], qui procède à un examen similaire en *droit grec*.

priver l'auteur de l'avantage patrimonial obtenu, comme une prétention en dommages-intérêts. Le Tribunal fédéral précise que, dans la conception suisse du blanchiment, la protection des intérêts patrimoniaux des lésés n'est qu'indirecte *(« mittelbar »)*, intervenant au travers de la protection de l'intérêt étatique à confisquer ; si cet intérêt fait défaut, il ne peut y avoir de blanchiment, même si les actes reprochés peuvent avoir pour effet de compliquer la réparation du dommage subi par les personnes lésées par l'infraction préalable[3174].

1336 À notre sens, cet arrêt emporte aussi des conséquences importantes sur la qualité de lésé en cas de blanchiment portant sur des valeurs patrimoniales provenant d'un crime commis à l'étranger (art. 305bis ch. 3 CP). Dans ce cas, le droit étranger applicable détermine non seulement le caractère confiscable des valeurs patrimoniales, mais également la possibilité de les allouer ou de les restituer (ou toute autre institution similaire de droit pénal étranger) à la personne lésée par l'infraction préalable. Si une telle possibilité fait défaut, il peut certes y avoir blanchiment d'argent, mais il ne peut y avoir de lésé pour cette infraction, faute de prétention individuelle sur le produit de la confiscation.

1337 Par ailleurs, et malgré une formulation malheureuse quant à une protection indirecte *(« mittelbar »)* de biens juridiques individuels, cet arrêt n'invalide selon nous pas la solution consacrée dans l'arrêt *Banca Popolare di Milano*, de sorte que l'infraction de blanchiment continue à protéger, certes de manière secondaire (mais non indirecte), le patrimoine de la personne lésée par l'infraction préalable[3175]. Cela étant, c'est selon nous le droit étranger qui détermine si la personne qui se prétend lésée par l'infraction de blanchiment commise en Suisse dispose bien de la qualité de lésé par rapport au crime préalable commis à l'étranger.

1338 Il est même permis d'aller plus loin : on pourrait envisager que la condition de la *double incrimination*, exigée par l'art. 305bis ch. 3 CP[3176], puisse s'étendre à la qualité de lésé, en ce sens que le juge devrait transposer les faits commis à l'étranger à une situation similaire (et hypothétique) se déroulant en Suisse pour déterminer si le lésé en droit étranger serait également qualifié de lésé selon la conception suisse. Un tel examen, qui a déjà été suivi par le passé dans des affaires d'entraide internationale en matière pénale[3177] et à tout le moins implicitement dans une affaire récente de blanchi-

[3174] ATF 145 IV 355 c. 4.5.1.

[3175] Cf. les références à l'ATF 129 IV 322 à l'ATF 145 IV 355 c. 3.1 et 4.5.1. Cf. déjà N 961 *supra* pour notre critique de la protection directe ou indirecte de biens juridiques.

[3176] Comme en entraide, c'est une double incrimination *abstraite* qui prévaut : ATF 136 IV 179 c. 2.3 ; TF, 7B_171/2022, 15.4.2024, c. 2.4.3 [d] ; KV/KO-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305bis N 314 ss.

[3177] Cf. ATF 129 II 453 c. 2.2.1, s'agissant de la qualité de lésé (cf. art. 21 al. 2 EIMP) de l'État requérant dans sa propre procédure pénale (étrangère), mais dans lequel le TF applique ensuite la définition du lésé en procédure pénale suisse (à l'époque encore cantonale).

ment[3178], permettrait d'éviter que des tiers ne satisfaisant pas aux conditions de l'art. 115 al. 1 CPP se voient malgré tout reconnaître la qualité de lésé grâce à un droit étranger par hypothèse plus généreux.

Nous constatons donc que la décision du législateur helvétique d'étendre, avec l'art. 305bis ch. 3 CP, le champ de protection de l'infraction de blanchiment à des biens juridiques étrangers a une incidence certaine sur la qualité de lésé pour cette même infraction, qui dépendra du droit étranger en cause. Toutefois, la notion uniforme de lésé que nous défendons pourrait aussi être mobilisée dans ce cas, au travers de la double incrimination, afin de vérifier si la solution de droit étranger s'avère compatible avec la conception du lésé qui prévaut en droit suisse. 1339

V. Synthèse de la troisième partie

La troisième partie de cette thèse a examiné le rôle central joué par le bien juridique dans la définition du lésé en procédure pénale. Le *premier chapitre* a présenté la notion et tenté d'en proposer une définition. Fondement matériel de toute infraction, le bien juridique se définit comme l'état de la relation qu'une personne entretient avec un objet digne d'intérêt et protégé à ce titre par le droit pénal matériel positif. 1340

L'analyse a permis d'identifier, dans un *deuxième chapitre*, différentes catégories de biens juridiques. Les biens individuels, dont le titulaire est une personne physique ou morale déterminée, se distinguent des biens collectifs, qui bénéficient à l'ensemble de la société ou à l'État. À mi-chemin entre ces deux catégories, les biens mixtes protègent simultanément des intérêts individuels et collectifs. Cette distinction joue un rôle déterminant dans la reconnaissance de la qualité de lésé, celle-ci étant traditionnellement refusée pour les atteintes portées aux seuls biens collectifs. 1341

Le *troisième chapitre* a porté sur la détermination du bien juridique protégé par l'infraction, processus qui mobilise les méthodes classiques de l'interprétation, avec une prédominance pour l'élément littéral, une méfiance envers l'élément systématique et une mise de côté de l'élément téléologique, qui raisonne déjà à l'aide du bien juridique (raisonnement circulaire). Une rigueur méthodologique s'impose, pour éviter que le processus ne repose excessivement, voire exclusivement, sur la doctrine ou la jurisprudence, au détriment d'une analyse rigoureuse du texte légal, qui décrit les éléments dont l'interprète tirera le bien juridique. 1342

Le bien juridique structure la conception du lésé en procédure pénale, qui a fait l'objet du *quatrième chapitre*. Alors que le droit pénal moderne a d'abord contribué à anonymiser le lésé derrière un bien juridique abstrait, un mouvement inverse a progressivement conduit à sa réintégration dans le procès pénal. Cette évolution se traduit 1343

[3178] TF, 7B_60/2022, 21.1.2025, c. 3.4.2 [f; 5 juges] (Hermitage Capital Management Ltd), qui examine la qualité de lésée de la recourante par rapport à un crime préalable commis en Russie à l'aune des conditions de l'art. 115 CPP, en particulier l'atteinte directe.

aujourd'hui par une conception pénaliste du lésé dans le CPP, qui ne se définit pas en référence à un dommage civil, mais par une atteinte au bien juridique protégé par l'infraction. Cette conception pénaliste influence directement la capacité du lésé à agir en procédure, puisqu'elle fonde sa qualité de partie plaignante au pénal et limite sa qualité de partie plaignante au civil.

1344 Enfin, l'étude a mis en lumière deux conditions essentielles de la qualité de lésé: l'atteinte personnelle et l'atteinte directe au bien juridique. La condition de l'atteinte personnelle, développée dans le *cinquième chapitre*, exige que le lésé soit titulaire du bien juridique protégé par l'infraction, ce qui vise d'abord les biens juridiques individuels, et impose de distinguer selon que le lésé est une personne physique ou morale. La situation des biens juridiques collectifs soulève des difficultés particulières: ceux-ci n'admettent en principe aucun titulaire individuel, en raison de leur non-distributivité, de l'absence d'action populaire en procédure pénale, du rôle du ministère public et de la limite posée par le sens littéral possible de l'art. 115 al. 1 CPP. Reste qu'en présence d'infractions protégeant des biens juridiques mixtes, le titulaire du bien juridique individuel doit pouvoir se voir reconnaître la qualité de lésé. Il faut toutefois prendre garde, dans ce cadre, à la tendance des tribunaux à reconnaître une protection accessoire, par certaines infractions comme le faux dans les titres, de biens juridiques individuels dits «en blanc», ce qui démultiplie le nombre de lésés potentiels et s'avère difficilement compatible avec le principe de la légalité. Une interprétation stricte s'impose ici, par exemple en limitant la protection accessoire du faux dans les titres au patrimoine de la personne au préjudice de laquelle le faux a été utilisé.

1345 Toujours en lien avec la condition de l'atteinte personnelle, la question de la qualité de lésé de l'État soulève des défis particuliers qui ont justifié d'y dédier un *sixième chapitre*. La jurisprudence adopte à cet égard une approche restrictive, fondée sur la souveraineté de l'État, sa représentation au procès par le ministère public et son inadéquation à agir comme demandeur au pénal ou au civil. À titre exceptionnel toutefois, la qualité de lésé de l'État est admise lorsqu'il est touché «comme un privé» – soit de manière identique *(gleich)*, dans des cas d'infractions de droit commun ne distinguant pas entre personnes privées et publiques, soit de manière similaire *(ähnlich)*, lorsque l'infraction vise un bien juridique public mais suit une structure proche de celle applicable aux intérêts individuels. Ces situations demeurent toutefois exceptionnelles, et les autorités contournent la rigueur actuelle de la jurisprudence en octroyant à l'État une qualité de partie *ad hoc* (art. 104 al. 2 CPP) et/ou des droits de recours spécifiques (art. 381a CPP et 81 al. 2 LTF). Ces mécanismes, qui sont souvent équivalents, dans leur résultat, à l'admission d'un lésé à proprement parler, interrogent quant à leur impact sur les droits du prévenu et doivent faire l'objet d'une interprétation rigoureuse de la part des tribunaux.

1346 Le *septième chapitre* s'est concentré sur le caractère direct ou immédiat *(«unmittelbar»)* de l'atteinte, qui constitue la seconde condition essentielle de la qualité de lésé selon l'art. 115 al. 1 CPP. Cette condition suppose de se demander si l'atteinte au bien juridique (individuel) protégé par l'infraction se trouve dans un rapport de causalité

directe avec le comportement reproché à l'auteur, ou si cette atteinte n'a été rendue possible qu'avec le concours d'éléments supplémentaires. En d'autres termes, une atteinte directe implique une certaine intensité, une certaine proximité spatio-temporelle entre l'infraction reprochée à l'auteur et l'atteinte au bien juridique dont le lésé est titulaire. Une telle conception se retrouve également dans la définition du lésé en droit allemand et en droit français.

1347 L'exigence d'atteinte directe permet d'exclure du cercle des lésés les personnes dont on estime qu'elles n'ont pas suffisamment souffert de l'infraction en raison de leur éloignement, dans le temps ou dans l'espace, par rapport à celle-ci. Ces personnes sont qualifiées de lésés indirects, terme générique qui se décompose en quatre catégories distinctes: *(i)* les lésés par ricochet, soit ceux qui subissent une atteinte par effet réflexe, en raison de leur relation (économique, contractuelle, familiale ou amicale) avec le lésé initial; *(ii)* les successeurs du lésé originel, soit ceux qui succèdent au lésé après l'infraction (ou à cause de celle-ci) et qui souhaitent prendre sa place en procédure; *(iii)* les lésés subséquents, qui ne sont touchés dans leur bien juridique qu'à la suite d'un évènement ultérieur au comportement reproché au prévenu, relégué à l'arrière-plan; *(iv)* les lésés diffus, qui ne sont atteints qu'en raison de leur appartenance à un groupe indéterminé de personnes, au sein duquel l'atteinte va se propager, pour finalement perdre en intensité. L'art. 121 CPP prévoit des exceptions pour les successeurs du lésé originel, en cas de décès de ce dernier (al. 1) ou de subrogation légale (al. 2). Ces exceptions doivent être interprétées restrictivement, ce qui a mis en lumière un besoin de réforme s'agissant du cercle des successeurs du lésé décédé et du transfert des droits en cas de fusion.

1348 La condition de l'atteinte directe permet également d'assurer une cohérence entre la qualité de lésé et la nature de l'infraction poursuivie, en ce qu'elle souligne que le bien juridique dont le lésé est titulaire doit avoir été effectivement atteint par les faits reprochés au prévenu. Tout d'abord, la distinction entre infractions de lésion et de mise en danger, avec au sein de ces dernières les infractions de mise en danger concrète et de mise en danger abstraite, aura montré que le bien juridique doit avoir été lésé ou, à tout le moins, concrètement mis en danger par le comportement en cause; une mise en danger seulement abstraite ne suffit pas. Ensuite, l'atteinte directe conserve une portée propre pour les infractions formelles, alors qu'elle est en principe absorbée par l'exigence de rapport de causalité naturelle et adéquate en tant que condition commune à l'ensemble des infractions matérielles. Enfin, le caractère direct de l'atteinte aura pour conséquence qu'en cas de tentative (art. 22 CP), le bien juridique du lésé devra avoir été concrètement menacé (et donc mis en danger) par le comportement de l'auteur et que pour la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP), un lésé ne pourra entrer en ligne de compte que par rapport à la responsabilité primaire (al. 2), et pour autant que cette qualité lui soit reconnue par rapport à l'infraction sous-jacente.

1349 Le caractère direct de l'atteinte semble à première vue moins essentiel dans une notion de lésé qu'on rencontre non pas en procédure pénale, mais en droit (matériel) de la

confiscation, plus spécifiquement dans le cadre de la restitution (art. 70 al. 1 *in fine* CP) et de l'allocation (art. 73 CP) au lésé. En la matière, la jurisprudence a tendance à définir largement le lésé, de manière à y inclure les lésés par ricochet ou les cessionnaires, qui n'ont pas été directement touchés par l'infraction. Plutôt qu'une telle fragmentation de la notion de lésé, nous avons proposé une harmonisation autour de la définition unifiée de l'art. 115 al. 1 CPP, qui a vocation à s'appliquer au-delà du seul droit de procédure pénale. Une éventuelle transmission des droits doit s'examiner à l'aune de l'art. 121 CPP uniquement. La question est particulièrement sensible pour le blanchiment d'argent (art. 305bis CP), où seule la personne lésée dans son patrimoine par le crime préalable doit être reconnue comme lésée, à l'exclusion du cessionnaire. Lorsque le crime préalable a été commis à l'étranger, la qualité de lésé dépend du droit étranger, ce qui peut engendrer des incohérences ; le recours au principe de la double incrimination pourrait offrir ici une solution satisfaisante.

Conclusion

Au terme de cette étude, il nous reste désormais à en faire une synthèse générale **(I.)**, puis à reprendre nos propositions d'interprétation et de droit souhaitable exprimées au fil du texte **(II.)**, avant de conclure par quelques réflexions plus générales et orientées vers l'avenir **(III.)**. 1350

I. Synthèse générale

La présente thèse a porté sur la qualité de «lésé» en procédure pénale suisse, telle que définie à l'article 115 CPP. L'approche adoptée fut interprétative, avec pour trame de fond l'observation que la qualité de lésé, bien que formellement ancrée dans une norme de procédure, se situe à l'intersection entre le droit pénal matériel et le droit pénal formel. À ce titre, elle appelle une analyse rigoureuse, tenant compte du principe de la légalité et des spécificités du droit pénal, dont le rôle central du bien juridique dans la définition de l'infraction. 1351

La *première partie* a posé les fondements méthodologiques de notre étude. Après un rappel des méthodes et des éléments d'interprétation *(chapitre 1)*, nous avons examiné leur application spécifique en droit pénal matériel *(chapitre 2)* puis en procédure pénale *(chapitre 3)*, domaines dans lesquels ces sujets n'avaient été que peu explorés par la doctrine. Une attention particulière a été portée à la question de savoir si les limites interprétatives propres au droit pénal, dont celle du sens littéral possible issue de l'interdiction de l'analogie (art. 1 CP), s'appliquent aussi à la procédure pénale. Nous 1352

avons répondu par l'affirmative, même si le fondement de ce «principe de la légalité du droit de procédure pénale» est distinct: il réside dans le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH) et impose une interprétation stricte de toute norme qui peut péjorer la situation du prévenu.

1353 La *deuxième partie* a appliqué ces principes à l'interprétation de l'art. 115 CPP. Nous avons d'abord arrêté le régime interprétatif de cette disposition *(chapitre 1)*. Seule une interprétation strictement limitée par le principe de la légalité peut rendre compte de la réalité de la notion de lésé, intrinsèquement liée à l'existence d'une infraction pénale et doté par le législateur de nombreux droits offensifs, susceptibles de nuire à la position du prévenu. Malgré sa relative faible densité normative, l'énoncé légal de l'art. 115 CPP peut et doit constituer une limite à la démarche interprétative.

1354 Sur cette base, nous avons analysé la définition générale du lésé contenue à l'art. 115 al. 1 CPP *(chapitre 2)*, en la décomposant élément par élément, soit: *(i)* une atteinte, perceptible par autrui, *(ii)* subie par une personne jouissant des droits civils, physique ou morale, suisse ou étrangère, de droit privé ou de droit public, en faillite ou non *(iii)* dont l'origine est l'infraction pénale objet de la procédure, qui ne peut être qu'hypothétique tant que dure cette dernière, de sorte que le lésé n'est lui-même qu'un lésé potentiel, *(iv)* qui touche le lésé dans ses droits, ce par quoi il faut comprendre les biens juridiques, un dommage civil étant insuffisant; et *(v)* qui doit être à la fois personnelle (le lésé doit être titulaire du bien juridique protégé par l'infraction) et directe (l'atteinte doit se trouver dans rapport de causalité suffisamment étroit avec le comportement en cause).

1355 Nous nous sommes ensuite penchés sur la situation du lésé plaignant de l'art. 115 al. 2 CPP *(chapitre 3)*, disposition qui se recoupe en grande partie avec la définition générale de l'al. 1 et n'étend que dans de rares situations la qualité de lésé à des «plaignants non lésés». Il s'agit essentiellement des représentants légaux et des proches du lésé ainsi que des tiers, notamment des autorités, disposant d'un droit de plainte spécial en vertu de la loi.

1356 La *troisième partie* a permis d'approfondir l'analyse à la lumière du bien juridique, qui n'avait jusqu'alors été qu'esquissé dans l'interprétation de l'art. 115 CPP, mais qui occupe une place centrale dans la conception du lésé en procédure pénale. Les trois premiers chapitres ont servi à introduire ce concept normatif et à en délimiter les contours. Nous avons d'abord montré que le bien juridique était, malgré les controverses et les critiques, au cœur de l'infraction comprise au sens matériel du terme, et l'avons défini comme «l'état de la relation qu'une personne entretient avec un objet digne d'intérêt et protégé à ce titre par le droit pénal matériel positif» *(chapitre 1)*. Nous avons ensuite distingué les biens juridiques individuels, collectifs (sociaux ou étatiques), mixtes, domestiques ou étrangers *(chapitre 2)*. Nous avons ensuite exposé comment identifier le bien juridique *(chapitre 3)*, ce qui a permis de faire le lien avec la première partie de notre étude, puisque l'exercice passe par l'interprétation de l'infraction, avec un accent particulier sur l'élément littéral, une certaine réserve par rap-

port à l'élément systématique, un rejet de l'élément téléologique et un poids prépondérant donné à la doctrine et à la jurisprudence.

Forts de ces constats, nous avons pu étudier, dans les chapitres suivants, le rôle structurant du bien juridique pour la qualité de lésé. Nous avons ainsi montré comment, après une phase d'anonymisation, le droit pénal moderne avait redonné une place centrale au lésé en le rattachant à l'infraction à l'aide précisément du concept de bien juridique *(chapitre 4)*. Cette conception pénaliste du lésé, consacrée par le législateur dans le Code de procédure pénale, s'exprime aussi dans la qualité pour agir reconnue au lésé: alors qu'elle fonde sa qualité pour agir au pénal, au travers d'une action pénale accessoire tirée de ses droits de la personnalité, elle limite sa qualité pour agir au civil, au travers de l'action civile adhésive, à certains fondements juridiques et à certains postes du dommage. 1357

Nous sommes ensuite revenus sur la condition de l'atteinte personnelle au bien juridique, élément central de la qualité de lésé *(chapitre 5)*. Nous avons montré qu'elle ne soulevait guère de difficulté pour les biens juridiques individuels, hormis dans quelques cas particuliers (personnes morales, triangulations). En revanche, elle devient plus complexe pour les biens juridiques collectifs. Si le principe est l'absence de qualité de lésé, faute de titularité desdits biens, la jurisprudence admet des exceptions au travers d'une formule ambiguë, qui a mené à une casuistique source d'insécurité juridique. Nous avons proposé d'y substituer un critère clair: admettre la qualité de lésé uniquement si, sur la base d'une interprétation stricte, on peut retenir que l'infraction protège un bien individuel parallèlement au bien collectif, situation visée par les biens juridiques mixtes. 1358

Nous avons poursuivi cette réflexion en examinant une catégorie particulière de lésés, soit l'État et les autres personnes morales de droit public *(chapitre 6)*. À partir de la condition de l'atteinte personnelle, nous avons analysé la position restrictive de la jurisprudence et mis en évidence ses limites. Nous avons ensuite discuté l'exception qui reconnaît à l'État la qualité de lésé lorsque ce dernier est touché comme un privé par l'infraction, notamment en matière patrimoniale. Nous avons enfin examiné d'un œil critique les mécanismes parallèles permettant à des autorités d'intervenir dans la procédure avec une qualité de partie *sui generis*, souvent équivalente à celle de lésé, en soulignant les enjeux qu'ils soulèvent pour l'équilibre du procès pénal. 1359

Enfin, nous avons présenté la condition de l'atteinte directe au bien juridique *(chapitre 7)*, essentielle pour distinguer les lésés immédiats des tiers plus éloignés (actionnaires, créanciers, proches, successeurs, lésés diffus ou subséquents). Il a été montré que cette condition permettait d'assurer une cohérence avec la typologie de l'infraction (infractions de lésion, de mise en danger, matérielles ou formelles), mais aussi avec les cas de tentatives ou de responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP). Nous avons identifié des tensions avec la définition du lésé en droit de la confiscation (art. 70 al. 1 *in fine* et 73 CP) et en matière de blanchiment d'argent (art. 305bis CP), et avons défendu une notion uniforme du lésé, sur le modèle de l'art. 115 al. 1 CPP, de manière à écarter les personnes touchées de manière indirecte seulement. 1360

II. Propositions d'interprétation et de droit souhaitable

1361 Notre analyse de la qualité de lésé en procédure pénale suisse s'est articulée autour de deux axes principaux, qui nous ont amené à formuler un certain nombre de propositions d'interprétation et de droit souhaitable.

1362 En premier lieu, nous en appelons à plus de *rigueur* dans l'interprétation du droit pénal en général et de la qualité de lésé en particulier. Cette rigueur s'exprime d'abord sur le plan de la *méthode*:

1363 – les tribunaux doivent enfin reconnaître que le sens littéral possible de la loi constitue la limite admissible à l'interprétation extensive non seulement du droit pénal à charge du prévenu, mais aussi du droit de procédure pénale lorsque la norme litigieuse est susceptible de péjorer la situation procédurale du prévenu, ce qui est le cas de la définition du lésé à l'art. 115 CPP;

1364 – cette approche rigoureuse – mais non rigoriste – de l'interprétation doit aussi guider les tribunaux dans la recherche du bien juridique protégé par les infractions pénales, exercice absolument crucial pour la qualité de lésé et qui ne peut se satisfaire d'un simple renvoi à des moyens auxiliaires que sont la doctrine et la jurisprudence, sans un début d'analyse de la disposition litigieuse, ne serait-ce que d'un point de vue grammatical.

1365 Cette rigueur se retrouve ensuite dans les *résultats* de notre interprétation de l'art. 115 CPP, dont les principaux sont les suivants:

1366 – la qualité de lésé doit être niée aux entités de droit privé (hoiries, quasi personnes morales, propriétaires d'étage[3179]) ou de droit public (services de l'administration centrale) dépourvues de la personnalité juridique, aux personnes qui ne sont pas personnellement titulaires d'un bien juridique individuel protégé par l'infraction et à celles qui ne justifient pas d'une atteinte directe, sous la forme d'une lésion ou d'une mise en danger concrète, portée à ce même bien juridique;

1367 – le terme «droits» figurant à l'art. 115 al. 1 CPP pour désigner l'objet de l'atteinte subie par le lésé est imprécis et gagnerait à être remplacé par celui de «biens juridiques», soulignant ainsi la conception pénaliste du lésé consacrée dans le Code de procédure pénale;

1368 – les formules peu claires développées par la jurisprudence au sujet de la qualité de lésé en présence d'infractions contre des biens juridiques collectifs, qui font un amalgame entre protection et atteinte au bien juridique, ou entre atteinte personnelle et atteinte directe, doivent être abandonnées; en lieu et place, il faut retenir que, pour ce type d'infractions, un lésé ne peut entrer en ligne de compte que lorsqu'une interprétation rigoureuse de la norme, conforme au principe de la léga-

[3179] Pour les communautés de propriétaires d'étages, nous avons vu qu'une révision du CPP pourrait s'envisager afin de leur conférer la qualité pour agir en matière civile, notamment en cas d'infraction commise contre le patrimoine communautaire (cf. N 315 *supra*).

lité, met au jour la protection parallèle d'un bien juridique individuel, dont le titulaire peut prétendre à la qualité de lésé à condition que ce bien juridique ait été directement touché par le comportement en cause;

– la tendance des tribunaux à faire de certaines infractions contre des biens juridiques collectifs (notamment le faux dans les titres, le faux témoignage, l'abus d'autorité) des normes protégeant «en blanc» n'importe quel bien juridique individuel à titre secondaire, s'avère excessive; il faut lui préférer une interprétation restrictive de ces infractions, de manière à mieux délimiter la protection parallèle de ces biens juridiques individuels, dans le respect du principe de la légalité et des droits du prévenu; 1369

– l'extension jurisprudentielle de la qualité pour porter plainte (art. 30 CP) à d'autres ayants droit sur la chose, qui permet à ces derniers d'être assimilés à des lésés par le jeu de l'art. 115 al. 2 CPP et qui a récemment été transposée au lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, est dangereuse et la plupart du temps inutile. Il faut réserver quelques rares infractions contre le patrimoine, pour lesquelles la solution passe toutefois par des révisions législatives ponctuelles plutôt que par la généralisation d'une formule vague qui vient troubler la systématique légale existante. 1370

En second lieu, nous nous sommes attachés à défendre, tout au long de ce travail, une certaine idée de *cohérence* autour de la qualité de lésé en procédure pénale et au-delà, de manière à renforcer l'acceptation et l'efficacité de cette institution juridique[3180]. Cette idée se retrouve dans les éléments suivants: 1371

– la condition de l'atteinte personnelle au bien juridique exclut par principe la qualité de lésé pour les infractions contre des biens juridiques collectifs, ce qui s'avère consistant avec le fait que notre droit de procédure pénale ne connaît pas l'action populaire et que le ministère public est déjà chargé de défendre de tels biens juridiques au travers de l'action publique. Cela a certes pour effet qu'une décision de classement ne pourra dans ce cas faire l'objet d'aucun contrôle judiciaire, mais cet élément est contrebalancé par l'indépendance du ministère public et le principe de la légalité des poursuites qui régit son activité; 1372

– la condition de l'atteinte directe ou immédiate *(unmittelbar)* au bien juridique, qui suppose un lien de causalité d'une certaine intensité ainsi qu'une proximité spatio-temporelle avec le comportement reproché au prévenu, se retrouve en des termes similaires ailleurs en droit pénal (état de nécessité, mise en danger de la vie d'autrui, détention provisoire) et en droit de la responsabilité civile (dommage direct/indirect et propre/réfléchi); 1373

– à la rigueur qui s'impose pour l'interprétation de la définition générale du lésé de l'art. 115 CPP s'oppose parfois un mouvement en sens inverse, qui vise une meilleure reconnaissance de certains types particuliers de lésés: *(i)* lecture extensive par 1374

[3180] Sur le principe de cohérence et d'unité du droit: MACALUSO/GARBARSKI, Confiscation, p. 321; JEANNERET, Voyage, p. 61 s.

la doctrine des cas de transmission des droits prévus à l'art. 121 CPP; *(ii)* essor des parties *sui generis* au sens de l'art. 104 al. 2 CPP et de leurs droits; et *(iii)* approche civiliste du lésé pouvant prétendre à l'allocation des valeurs confisquées selon l'art. 73 CP.

Cette hétérogénéité nuit à la sécurité du droit et doit être corrigée par: *(i)* une application stricte de l'art. 121 CPP, les quelques situations problématiques (*hiatus* entre légitimation procédurale et matérielle des héritiers non proches, exclusion des fusions et autres restructurations) devant faire l'objet d'une révision législative; *(ii)* une interprétation restrictive des conditions posées par l'art. 104 al. 2 CPP, sous peine d'introduire des lésés déguisés en autorités; et *(iii)* un concept unifié de la notion de lésé, sur le modèle de l'art. 115 CPP, qui contient une définition transversale, dépassant le seul cadre de la procédure pénale et s'étendant à la confiscation;

1375 – la possibilité pour l'État de prétendre à la qualité de lésé lorsqu'il est touché comme un privé est une configuration qui se retrouve en des termes similaires dans d'autres domaines (droits de la personnalité, droits fondamentaux, qualité pour recourir en droit public). Par ailleurs, c'est dans ce cadre qu'a été développée la distinction entre l'État touché de manière identique *(gleich)* et l'État touché de manière similaire *(ähnlich)* à un particulier, laquelle se laisse transposer utilement en procédure pénale.

Cependant, il faudrait pouvoir admettre une action civile adhésive de l'État contre son (ancien) agent, qui lui aurait causé un dommage du fait d'une infraction. La situation de l'État se rapproche ici de celle d'un employeur privé ayant été lésé par une infraction commise par son employé. La limitation, contenue aux art. 119 al. 2 let. b et 122 al. 1 CPP, aux prétentions fondées sur le seul droit privé, s'avère dans ce cas insatisfaisante.

1376 Enfin, et plus fondamentalement, cette quête de cohérence se retrouve au niveau du *bien juridique* lui-même, notion qui permet d'assurer une forme d'unité entre procédure pénale et droit pénal matériel. Le bien juridique constitue à la fois le fondement et la limite de la qualité de lésé: d'un côté, il légitime la qualité pour agir du lésé en procédure, notamment en tant que demandeur au pénal. D'un autre côté, il encadre cette possibilité, sur la base des choix opérés par le législateur quant à sa nature (bien juridique individuel, collectif, mixte) et/ou l'étendue de sa protection (infraction de lésion, de mise en danger concrète ou abstraite, matérielle, formelle, etc.). Ce faisant, il souligne surtout que la notion de lésé à l'art. 115 CPP est consubstantielle à celle d'infraction pénale.

III. Quelques considérations finales et prospectives

1377 Au terme de ce travail, nous pouvons affirmer que la qualité de lésé en procédure pénale est un concept simple dans sa formulation – toute personne touchée directement dans ses droits par une infraction – et pourtant d'une grande complexité dans son application, ce qui vient confirmer la citation du début de notre introduction[3181]. L'étude de l'art. 115 CPP révèle que, bien plus qu'une simple règle d'organisation de la procé-

dure, cette norme consacre une conception pénaliste du lésé, fondée sur l'atteinte au bien juridique protégé par l'infraction comme élément structurant. En référence à CASSEL/MORRIS, on peut dire que la définition du lésé en droit suisse suit une *«target-of-the-crime approach»*, par opposition à une *«harmful-effects approach»*, qui qualifierait de lésé toute personne ayant subi un quelconque tort (physique, émotionnel, pécunier) du fait de l'infraction[3182].

Cette approche plus restrictive s'explique aussi par l'ampleur des droits qui sont reconnus au lésé dans notre droit de procédure. En effet, la définition du lésé ne peut être considérée de façon isolée et statique, mais dépend des prérogatives qui lui sont effectivement octroyées par le législateur. Il est même permis d'aller plus loin: le cercle des lésés pourrait être *inversement proportionnel* à l'étendue des droits qu'ils peuvent exercer en procédure[3183]. Dans cette perspective, notre proposition d'interprétation stricte se justifie quand on se rappelle que, dans le système du CPP, le lésé peut, par une simple déclaration, se constituer partie plaignante à la procédure, ce qui lui ouvre un large arsenal de droits offensifs et lui permet d'œuvrer à la condamnation pénale et civile du prévenu. 1378

D'autres approches sont envisageables, qui tiendraient justement compte de ces deux actions, pénale et civile, à disposition du lésé. Dans une démarche prospective, nous en esquisserons trois ici: 1379

– tout d'abord, on pourrait *décorréler* l'action civile adhésive de la notion de lésé selon l'art. 115 CPP, de façon à étendre la qualité pour agir au civil à toute personne disposant contre le prévenu d'une prétention civile déduite de l'infraction, indépendamment de la titularité du bien juridique protégé par celle-ci[3184]; 1380

– il serait possible de *limiter*, en parallèle, le cercle des demandeurs à l'action pénale accessoire *(Nebenstrafklage)* à certaines infractions spécifiques, protégeant des biens juridiques de grande valeur (vie et intégrité physique, intégrité sexuelle, liberté, etc.)[3185] ou à certains lésés qualifiés (victimes); 1381

– enfin, le législateur pourrait décider de reconnaître la qualité de partie plaignante, notamment au pénal, à des *associations* qui se donnent pour but statutaire de défendre les biens juridiques collectifs protégés par certaines infractions pénales (corruption, droit pénal de l'environnement), afin de combler l'absence de lésé (individuel, tout du moins) en la matière[3186]. 1382

[3181] Cf. N 1 *supra*.
[3182] CASSEL/MORRIS, p. 8 s. Cette dernière approche est similaire à celle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe: cf. CM/Rec(2023)2, Exposé des motifs, ch. 30.
[3183] Cf. en *droit allemand* WEIGEND, Deliktsopfer, p. 414 s.; cf. aussi N 230 *supra*.
[3184] Cette proposition se retrouve en des termes similaires en *France*: cf. N 819 *supra*.
[3185] À la manière de la *Nebenklage* en *Allemagne* (§ 395 StPO/D); cf. N 744 *supra*.
[3186] Sur cette possibilité qui existe déjà en *France* et en *Belgique*, cf. GIROUD/ROTH, p. 392 ss.

1383 Néanmoins, aucune de ces approches ne nous paraît pleinement satisfaisante:

1384 – le retour à une conception «civiliste» du lésé pour l'action civile adhésive favorise certes le règlement unique de l'ensemble des prétentions nées de l'infraction (*«one-stop-shop process»*[3187]), mais comporte aussi le risque d'une complexification et d'un allongement des procédures pénales, ainsi que d'un détournement de celles-ci à des fins purement indemnitaires;

1385 – à l'opposé, une restriction de la qualité pour agir sur le plan pénal présume que l'intérêt du lésé à obtenir le constat judiciaire du tort qui lui a été causé serait plus digne de protection pour certaines infractions que pour d'autres, sans toutefois que cela ne corresponde à une réalité empirique. En outre, et bien que les attentes des lésés soient rarement satisfaites par la procédure pénale actuelle[3188], l'absence de véritable alternative *de lege lata* – sous forme notamment d'instruments de justice restaurative ou d'instances parajudiciaires permettant la reconnaissance de la souffrance subie[3189] – impose de maintenir le principe d'une action pénale accessoire généralisée;

1386 – enfin, l'octroi de la qualité de partie à des associations ne doit pas entraîner de déséquilibre au sein du procès pénal, en accentuant le processus qui est déjà à l'œuvre pour les autres autorités visées par l'art. 104 al. 2 CPP, ni conduire à certaines dérives observées chez nos voisins, notamment en France, où les nombreuses associations habilitées par le législateur sont parfois vues comme des «agents martiaux de la répression» poursuivant un «combat militant»[3190].

1387 Il ne fait guère de doute que les discussions sur la qualité de lésé et ses droits en procédure ne vont pas tarir ces prochaines années. Elles pourraient même être ravivées dans le cadre d'un énième projet de révision du Code de procédure pénale[3191], qui serait destiné à désengorger les autorités et à améliorer l'efficacité de la justice pénale, et que l'on sent déjà poindre dans le discours juridique et politique actuel[3192]. Il faudra alors prendre garde à ne pas sacrifier, sur l'autel de l'efficacité ou de la protection des lésés, les droits du principal intéressé par toute procédure pénale: le prévenu.

[3187] MEYER, p. 133 ss; cf. N 753 *supra*.

[3188] GIUDICELLI-DELAGE, p. 276: *«La victime est plus utile à la justice que la justice n'est utile à la victime»*; LANGUIN/ROBERT, p. 58 ss; cf. aussi N 719 *supra*.

[3189] Sur le premier point, cf. PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel, p. 135 ss; sur le second, cf. GÖHLER, p. 469 ss.

[3190] CARBONNIER, p. 147 s. (pour la première citation) et PIN, Victimes, p. 63 s. (pour la seconde).

[3191] Rappelons que la dernière révision est entrée en vigueur le 1er janvier 2024.

[3192] En doctrine, cf. ZIMMERLIN SVEN, Überlastung der Strafjustiz in der Schweiz, Hintergründe und Lösungsansätze, Zurich 2024; au niveau politique, cf. le communiqué de presse du 13 mars 2025 de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP): «La CCDJP fait évaluer les raisons de la surcharge des autorités pénales cantonales et élaborer des propositions de mesures».

Qui peut se prévaloir de la qualité de lésé en procédure pénale ? Derrière cette question en apparence simple se cache l'une des notions les plus complexes et transversales du Code de procédure pénale.

Consacrée à l'interprétation de l'art. 115 CPP, cette thèse propose la première étude approfondie de la qualité de lésé en droit suisse depuis l'entrée en vigueur du CPP unifié. Elle met en lumière le rôle central du bien juridique, concept fondamental du droit pénal matériel, comme clé de lecture de la notion de lésé et de ses contours.

À la croisée du droit de fond et du droit de forme, l'ouvrage développe une approche à la fois théorique et résolument pratique de la qualité de lésé. Il examine les principales questions soulevées par la jurisprudence et la doctrine, notamment en matière d'infractions protégeant des biens juridiques collectifs, de qualité de lésé de l'État, de lésés indirects (créanciers, actionnaires, successeurs) ou encore de lésé en droit de la confiscation.

L'ouvrage défend une conception pénaliste, unifiée et cohérente du lésé, guidée par le principe de la légalité et ancrée dans une interprétation rigoureuse de l'art. 115 CPP.

Alexandre Guisan, Docteur en droit

ISBN 978-3-7190-5128-0