

DE L'ERREUR DE TRADUCTION DE LA *CONTRACTATIO* À  
LA RUPTURE AVEC LE *FURTUM* : UNE SINGULARITÉ  
FRANÇAISE DANS LA CULTURE JURIDIQUE EUROPÉENNE  
(XVI<sup>E</sup>-XVIII<sup>E</sup> SIÈCLES)

Marc THÉRAGE  
*Agrégé des facultés de droit*

Tout n'a-t-il pas déjà été écrit à propos du vol ? Sur ce sujet, la littérature est en effet particulièrement abondante, surtout en ce qui concerne le droit romain<sup>1</sup>. Il est ainsi généralement admis<sup>2</sup> que les Romains auraient d'abord retenu une définition resserrée du *furtum*, fondée sur la *subreptio* (soustraction), avant d'évoluer vers une définition

- 
1. Les ouvrages généraux sur l'histoire du droit pénal contiennent toujours des développements sur le vol (A. Laingui, A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, t. 1, 1979, p. 183 et s. ; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2006, p. 360 et s.). Sur le *furtum* en droit romain, voir surtout : C. Ferrini, « *Furtum usus possessionis* ». *Contributo alla dottrina del furto in diritto romano* », *Rivista di diritto penale*, 23, 1886, p. 5-19 ; P. Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon, A. Rey, 1915 ; B. Albanese, « *La nozione del "furtum" fino a Nerazio* », *A.U.P.A.*, 23, 1953, p. 5-210 ; B. Albanese, « *La nozione del "furtum" da Nerazio a Marciano* », *A.U.P.A.*, 25, 1956, p. 85-301 ; J. Gaudemet, « À propos du *furtum* à l'époque classique », in *Studi in memoria di Siro Solazzi*, Italie, Naples, E. Jovene, 1961, p. 141-153, réimp. in J. Gaudemet, *Études de droit romain, I, Sources et théorie générale du droit*, Italie, Naples, E. Jovene, 1979, p. 113-127 ; H. Hankum, « *Furtum pignoris und furtum im klassischen roemischen recht (I-II)* », *R.I.D.A.*, XXVI, 1979, p. 127-161, XXVII, 1980, p. 95-143 ; J.-A.-Ch. Thomas, « *Furtum pignoris: A commentary on the commentaries* », in *Melanges Sanfilippo Cesare, Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, vol. 1, Italie, Milan, A. Giuffrè, 1982, p. 585-600 ; R. Zimmermann, « *Furtum* », in F. J. Serrano (dir.), *Derecho romano de obligaciones: homenaje al Profesor Jose Luis Murga Gener*, Espagne, Madrid, Areces, 1994, p. 753-783 ; B. Santalucia, « *"Crimen furti". La repressione straordinaria del furto nel et adel principato* », in F. J. Serrano (dir.), *Derecho romano de obligaciones...*, op. cit., p. 785-798. Sur le vol à partir de l'époque médiévale, voir surtout : V. Manzini, *Trattato del furto e delle varie sue specie*, Italie, Turin, UTET, 1902 ; H. Janßen, *Der Diebstahl in seiner Entwicklung von der Carolina bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts*, Allemagne, Diss. Göttingen, 1969 ; A. Farge, *Le vol d'aliments à Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle. Délinquance et criminalité*, Paris, Plon, 1974 ; V. Toureille, *Vol et brigandage au Moyen Âge*, Paris, P.U.F., 2007 ; M.-A. Fennocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum: Genesi, sviluppi, vecende*, Italie, Naples, E. Jovene, 2008 ; F. Battaglia, *Furtum est contractatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Italie, Padova, Cedam, 2012.
  2. E. Chevreau, Y. Mausen, C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2011, p. 99-100.

*La revue du Centre Michel de L'Hospital*, n° 24, 2022.  
DOI : 10.52497/revue-cmh.925

plus large qui, au moins à partir de Paul, repose sur la *contractatio*<sup>3</sup> (maniement). Cette nouvelle définition du *furtum* ne permet toutefois pas de réprimer tous les cas de maniement frauduleux de la chose d'autrui, ce qui explique l'existence de l'infraction spéciale de rapine, qui « désigne le vol commis par plusieurs personnes armées, et le vol perpétré à l'occasion d'un naufrage, d'un incendie ou d'un tremblement de terre<sup>4</sup> ».

Jusqu'à fort récemment, l'évolution ultérieure de la définition du vol n'avait suscité que très peu d'études générales<sup>5</sup>. Mais, en 2012, Monsieur le Professeur Federico Battaglia a comblé une large partie de cette lacune historiographique en travaillant *La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*<sup>6</sup>. Il étudie précisément les variations de la définition du vol depuis les Glossateurs jusqu'aux codifications des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, en affirmant que :

*Si tratta di un esempio notevole di trasmissione del pensiero giuridico nello spazio e nel tempo, gli intellettuali europei di molti secoli, con una forma tipica della trasmissione del sapere : quella dei rimandi alle opinioni dottrinali precedenti, utilizzati spesso quali argomenti d'autorità, in una catena ininterrotta di citazioni che lega la Glossa all'età precedente le codificazioni moderne<sup>7</sup>.*

De cette fresque historique, il est possible de déduire quatre grandes étapes de l'évolution juridique du vol<sup>8</sup>. La première évolution majeure de la définition du vol se produit lorsque les Glossateurs procèdent à l'extension du *furtum*, qui devient ainsi une incrimination encore plus extensive que dans le dernier état du droit romain fondé

- 
3. *Institutes de Justinien*, IV, 1, 1, § 1 : « *Furtum est contractatio rei fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve* » ; *Digeste*, 47, 2, 1, § 3 (Paul) : « *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi, gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve* ». La notion de *contractatio* a suscité de nombreuses publications. Voir notamment : B. Cohen, « *Contractatio in Jewish and Roman Law* », *R.I.D.A.*, 2, p. 133-156 ; A. Watson, « *Contractatio as an essential of furtum* », *LQR*, LXXVII, 1961, p. 526-532, réimp. in *Studies in Roman private law*, R.-U., London, Hambledon Press, 1991, p. 283-289 ; A. Watson, « *Contractatio again* », *SDHI*, XXVIII, 1962, p. 331-341, réimp. in *Studies in Roman private law*, R.-U., London, Hambledon Press, 1991, p. 291-301 ; J.-A.-Ch. Thomas, « *Contractatio, complicity and furtum* », *I.U.R.A.*, XIII, 1972, p. 70-88 ; J.-A.-Ch. Thomas, « *Contractatio, my last world* », *IURA*, XIV, 1973, p. 180-185 ; D. Pugsley, « *Contractatio* », *Irish Jurist*, XV, 1980, p. 341-355, réimp. in *Americans are Aliens and other Essays on Roman Law*, R.-U., Exeter, Faculty of Law, 1989, p. 89-103 ; D. Ibbetson, « *Danger of Definition: contractatio and appropriation* », in A. Lewis, D. Ibbetson (dir.), *The Roman Law Tradition*, R.-U., Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 54-72.
  4. J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 67.
  5. Avant 2012, il y avait quelques thèses traitant partiellement du sujet (M. Prévost, *Introduction à l'étude du vol et de sa répression en France à la fin de l'Ancien Régime (1724-1791)*, Thèse Droit, Paris II, 1973 ; L. Berthoumeau, *Du vol et de sa répression en Bourgogne sous l'ancien droit et charte de l'abbaye de Saint-Etienne de Dijon de 1260 à 1270*, Thèse Droit, Dijon, 1974 ; A. Bresson-Le-Minor, *Le vol domestique au XVIII<sup>e</sup> siècle d'après les arrêts du Parlement de Paris*, Thèse Droit, Paris II, 1978), la dissertation de Janßen (*op. cit.*) et, enfin, l'ouvrage de A. Fenocchio (*op. cit.*).
  6. F. Battaglia, *Furtum est contractatio...*, *op. cit.*
  7. *Ibid.*, p. 9.
  8. Il est à noter que Federico Battaglia ne distingue pas expressément ces quatre étapes dans son ouvrage, mais elles ressortent assez nettement de son analyse.

sur la définition de Paul. Par exemple, la Glose d'Accurse admet les cas de rapine et d'expilation d'hoirie sous la qualification de *furtum*<sup>9</sup>. Azon lui-même prend acte de cette évolution en élaborant une distinction théorique visant à justifier rationnellement cette première adaptation du droit romain. Il utilise en effet la notion de *prope furtum*, en se fondant sur un passage de Celse<sup>10</sup>, pour indiquer ce que les Romains qualifiaient véritablement de *furtum*. Il distingue donc le vol au sens propre de celui qui ne reçoit une telle qualification que par extension. Dans le même temps, Azon revoit la définition de l'élément matériel du vol en prétendant étrangement que « *contractatio significat omne abductionem vel baiulationem*<sup>11</sup> ». *Abducere* implique en effet un enlèvement de la chose, ce qui se rapproche à l'évidence davantage de la *subreptio* des premiers temps du droit romain que de la *contractatio* de Paul. Autrement dit, le glossateur admet une approche particulièrement extensive du *furtum*, plus large encore que celle retenue dans le dernier état du droit romain, mais il utilise un terme plus restrictif, qui paraît limiter l'élément matériel du vol au cas de la soustraction de la chose. De façon étonnamment incohérente, le régime juridique de l'infraction est élargi tandis que sa définition est resserrée<sup>12</sup>.

Par la suite, il semble que les incohérences de la définition donnée par Azon aient heurté Bartole, qui en propose une nouvelle. Désormais, le *furtum* se consomme *de loco ad locum amovere*, ce qui implique simplement un déplacement de la chose, et non plus un enlèvement ou une soustraction<sup>13</sup>. Le mouvement imprimé à la chose suffit à consommer une infraction dont le régime juridique est particulièrement extensif. Bien que les cas compris sous la qualification de *furtum* soient plus nombreux que dans le dernier état du droit romain, cette deuxième étape de l'histoire du vol marque tout de même un certain retour à la cohérence du droit romain : une définition extensive de l'élément matériel du *furtum* précède une conception tentaculaire de cette infraction<sup>14</sup>. Bartole apporte ainsi une contribution décisive à la nouvelle définition

9. *Ibid.*, p. 26-27.

10. F. Battaglia, *op. cit.*, p. 99.

11. *Ibid.*, p. 24.

12. Pour Federico Battaglia, ce passage d'Azon s'interprète plutôt comme une volonté de donner une définition large à la notion de *contractatio*, bien différente de la véritable soustraction (*ibid.*, p. 25). Il y a en effet débat sur le sens de cette affirmation d'Azon. Le verbe *abducere* implique un enlèvement qui ne permet pas de le regarder autrement que comme un synonyme de la notion de soustraction. Toutefois, il est vrai que, comme le souligne Federico Battaglia, l'ajout du verbe *baiulare*, qui aurait pu être employé comme synonyme de *ferre*, implique le seul fait de porter la chose, ce qui ressemble davantage à la notion plus large de maniement. Par conséquent, il paraît légitime de regarder ce passage d'Azon comme une source de méprise possible sur le sens du mot *contractatio*, même s'il est effectivement possible que l'ajout des mots « *vel baiulare* » ait eu pour objectif de corriger le sens restrictif du verbe *abducere*.

13. Federico Battaglia montre cependant qu'une telle définition du *furtum* n'est pas totalement neuve. Elle trouverait en effet une origine lointaine sous la plume d'Isidore de Séville, sans qu'il soit toutefois possible de prouver le lien de filiation avec Bartole (F. Battaglia, *op. cit.*, p. 104 et s.).

14. Après Bartole, la doctrine se préoccupe de préciser la nouvelle définition du *furtum*. Federico Battaglia prend ainsi l'exemple de Paul de Castre qui explique très précisément le mode de consommation de l'infraction dans le cas du détournement d'une chose remise en gage ou en dépôt. Dans ce cas, le *furtum*

du *furtum* mais, au XVI<sup>e</sup> siècle, la doctrine savante italienne juge nécessaire de la revoir, pour au moins deux raisons, ce qui constitue la troisième étape de l'histoire des variations de la définition du vol après le droit romain<sup>15</sup>. D'abord, Domenico Toschi et Prosper Farinacius soulignent que le *furtum* se consomme dans des hypothèses dans lesquelles il n'y a pas véritablement de déplacement de la chose<sup>16</sup>. Ensuite, cette doctrine savante italienne considère qu'il est trop rigoureux d'appliquer les peines du vol aux diverses hypothèses sanctionnées sous la qualification de *furtum*. Ils reprennent alors la distinction des Glossateurs entre le véritable *furtum* et les autres cas, mais en lui donnant cette fois un sens différent. Ils opposent en effet le *furtum proprium*, fondé sur l'*ablatio* (enlèvement, soustraction), au *furtum improprium* recouvrant toutes les autres hypothèses, et notamment le détournement d'une chose préalablement remise en vertu d'un contrat. Pour la première fois, des auteurs prétendent donc que le véritable vol est celui consommé par l'enlèvement ou la soustraction de la chose, c'est-à-dire qu'il est le seul à mériter une peine particulièrement sévère. Autrement dit, ces nouveaux concepts juridiques n'ont pas tant pour but de souligner les lacunes d'une approche extensive du *furtum*, impliquant que les cas sanctionnés sous la qualification de *furtum improprium* ne seraient pas de véritables vols, que de permettre une répression différenciée, ce qui correspond à l'esprit de la distinction postérieure entre les vols simples et les vols qualifiés. Cette doctrine italienne passe ensuite chez Carpzov, avant de se répandre dans le reste de la doctrine savante allemande des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles (Kress, Reinharth, von Böhmer), ce qui avait d'ailleurs pu donner à certains l'illusion de l'origine germanique de la distinction<sup>17</sup>.

Enfin, le quatrième et dernier temps de l'évolution de l'histoire du vol est caractérisé par un mouvement de resserrement qui tend à réduire progressivement les cas sanctionnés sous cette qualification juridique<sup>18</sup>. Dans les diverses codifications européennes des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, de nouvelles infractions spéciales apparaissent en effet en marge du vol, comme l'escroquerie ou l'abus de confiance. Cette fois, il semble que le concept de *furtum improprium* ait insinué l'idée que ces cas n'étaient pas véritablement des vols, ce qui devait nécessairement emporter la création de plusieurs infractions, pour réduire le vol au *furtum proprium*. Autrement dit, la conceptualisation du *furtum improprium* a été une étape transitoire avant la naissance de l'escroquerie et de l'abus de confiance.

---

ne pourrait se consommer par le seul refus de restituer la chose, puisque cet acte n'implique aucun déplacement de la chose. Le *furtum* serait consommé à partir du moment où le créancier gagiste, ou le dépositaire, cacherait la chose afin de ne pas la rendre. Le fait de cacher la chose implique nécessairement un déplacement, ce qui correspond bien à la définition donnée par Bartole (*ibid.*, p. 108 et s.).

15. *Ibid.*, p. 120 et s.

16. La rétention de la chose préalablement remise en vertu d'un contrat n'implique pas nécessairement un déplacement. Cette rétention peut en effet être sanctionnée sans qu'il y ait eu un déplacement pour la cacher, ce qui diminue la rationalité de la définition du *furtum* proposée par Bartole.

17. Voir F. Battaglia, *op. cit.*, p. 6 et s. Voir *contra* : H. Janssen, *Der Diebstahl...*, *op. cit.* ; B. Petrocelli, *L'appropriazione indebita*, Italie, Naples, Morano, 1933, p. 36-47.

18. F. Battaglia, *op. cit.*, p. 221 et s.

Dans tous ces développements, Monsieur Battaglia passe presque totalement sous silence la doctrine de langue française, ce qui s'explique par la marginalité de ces auteurs, qui ne s'inscrivent pas dans les grandes étapes de l'histoire européenne du vol. Pour définir cette infraction, les auteurs de langue française se placent donc à la marge de la culture juridique européenne. Sans se fonder sur le *furtum improprium* des doctrines savantes italienne et allemande, ils tendent à restreindre le domaine du vol au seul cas de la soustraction (I). Ce terme se répand ainsi progressivement à partir de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle mais les criminalistes ne tirent aucune conséquence juridique de cette évolution sémantique. Le vol reste conçu comme une infraction tentaculaire – sur le modèle du *furtum* défini par Paul – alors même que sa définition est désormais restrictive, comme lors des premiers temps du droit romain (II).

## I. L'essor sémantique de la notion de soustraction

Sur un plan strictement sémantique, il se dégage une impression de cohérence, de progrès de la doctrine francophone vers la définition moderne du vol en tant que « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui<sup>19</sup> ». Les auteurs emploient d'abord des définitions extensives, fondées sur une traduction du dernier état du droit romain (A), avant de restreindre progressivement le vol à la soustraction, ce qui sera ensuite consacré dans le *Code pénal* de 1810 et dans celui de 1992 (B).

### A. L'expression d'une définition classique du vol aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles

En 1519, Philippe Wielant donne une définition assez large du vol, qu'il nomme « *furt* », par abréviation du terme latin « *furtum*<sup>20</sup> ». Le criminaliste flamand avance en effet que « *furt* c'est prendre les choses d'autrui sans armes (...). Ou c'est contracter aucuns biens cateulx de aultruy contre sa volente a intention de en faire du gaing<sup>21</sup> ». L'élément matériel de l'infraction serait ainsi constitué par le fait de prendre ou d'engager contractuellement la chose d'autrui, ce qui s'inscrit pleinement dans la définition extensive du *furtum* tel que défini depuis Paul. Pour ce faire, Wielant cite le *Digeste*, en passant curieusement sous silence toutes les analyses postérieures, depuis la définition d'Azon jusqu'à celle de Bartole et de ses successeurs. Le criminaliste flamand semble donc choisir ses références à dessein puisqu'il propose un système identique à celui de Paul. Par la suite, le manuscrit de Wielant est repris et corrigé

19. *Code pénal de l'empire français*, Paris, Prieur, 1810, art. 379 : « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol ». De même, le *Code pénal* de 1992 dispose en son article 311-1 que « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».

20. Archives Départementales du Nord, Manuscrit 51, Ph. Wielant, *Briesve instruction en matiere crimienelle pour josne gens veullans hanter la practique en la chambre de Flandres*, 1519, fol. 118<sup>v</sup>.

21. *Ibid.*

par Josse de Damhouder<sup>22</sup>. Dans un premier temps, en 1555, dans *La practique et enchiridion des causes criminelles*, la définition de Wielant est maintenue en substance :

Larrecin est doncques a aucun prendre le sien secrètement & a part sans armes, ou c'est les biens meubles d'aultruy contracter contre le gre du seigneur, ou maistre, avecq intention d'en avoir prouffict ou gaignage<sup>23</sup>.

Contrairement à Wielant, Damhouder ne cite pas expressément les textes fondamentaux du droit romain. Il se contente de reprendre la définition de Wielant, directement inspirée par le *Digeste*, avant d'exposer brièvement les différentes peines prononcées par le droit romain, dans les villes flamandes, et dans le « droit françois<sup>24</sup> ». Par la suite, Damhouder fait évoluer sa pensée et, dans sa *Pratique judiciaire es causes criminelles* de 1564, il affirme que :

Larcin est donques de prendre à aucun le sien secrettement & doleusement sans armes, ou c'est de manier & employer les biens meubles d'autrui contre son gré, avec intention d'en avoir prouffit & gaing<sup>25</sup>.

Dans cette définition, il s'agit toujours d'incriminer le simple fait de prendre la chose d'autrui, mais Damhouder supprime la notion d'engagement contractuel afin de retenir des termes bien plus larges : le maniement ou l'usage de la chose d'autrui paraît dépasser le seul cas de l'engagement contractuel. Damhouder ne s'explique pas sur cette évolution sémantique, et le régime juridique du larcin ne diffère guère entre ses deux ouvrages. Il ne s'agit donc vraisemblablement que d'une amélioration sémantique, n'impliquant aucune rupture juridique, et dont le but résiderait alors dans une recherche de cohérence rationnelle entre les mots choisis dans la définition et les cas recouverts par cette qualification<sup>26</sup>.

Pour les criminalistes flamands, le vol, appelé successivement « *furt* » et « larcin », est donc très clairement une infraction directement issue du dernier état du droit romain, tant pour la définition de l'infraction que pour son régime juridique. Cette approche fait tellement autorité qu'elle inspire encore certains auteurs du XVII<sup>e</sup> siècle. Par exemple, en 1622, Claude le Brun de La Rochette expose une vision renouvelée du larcin, qui s'inscrit néanmoins toujours dans le cadre du dernier état du

22. Voir Ph. Wielant, *Corte intrutie in materie criminele*, J. Monballyu (éd.), Belgique, Bruxelles, Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique, 1995.

23. J. de Damhouder, *La practique et enchiridion des causes criminelles*, Louvain, Estienne Wauters, et Iehan Bathe, 1555, p. 222.

24. *Ibid.*

25. J. de Damhouder, *Pratique judiciaire es causes criminelles*, Anvers, Iehan Bellere, 1564, f° 133v°.

26. Spécialement, Damhouder ne donne aucune information sur la distinction entre l'engagement contractuel de la chose d'autrui et le simple usage d'une chose préalablement remise par autrui en vertu d'un contrat, comme le dépôt ou le gage. Il semble donc possible d'en inférer que, pour ce criminaliste, le simple usage frauduleux d'une chose préalablement remise en vertu d'un tel contrat ait toujours mérité la qualification juridique de larcin.

droit romain. Il commence en effet par un exposé moral, en fustigeant « les lubriques affections des fruicts de leurs sales cupiditez [celle des voleurs]<sup>27</sup> », avant de reproduire la définition du larcin que « donnent l'Empereur et les Jurisconsultes<sup>28</sup> », dont l'élément matériel est fondé sur la notion de *contractatio*<sup>29</sup>. Immédiatement après cette citation du droit romain, il ajoute que « tout attouchement du bien d'autrui<sup>30</sup> » ne constitue pas un larcin, « mais celui seulement qui se fait avec intention de desrober<sup>31</sup> ». Le Brun de La Rochette a donc traduit le terme latin *contractatio* par le terme français *attouchement*, afin de souligner, dans le même sens que Wielant et Damhouder avant lui, que l'élément matériel de cette infraction se constitue par le seul fait de toucher la chose contre la volonté de son propriétaire, de la prendre. Il ne semble toutefois pas certain de sa traduction puisque, dès la phrase suivante, il préfère le néologisme *contractation* à l'étrange notion d'*attouchement*<sup>32</sup>... Implicitement, Le Brun de La Rochette semble faire état de la difficulté de langue française à rendre compte du sens du mot latin *contractatio*. En cela, il n'est pas le premier. Les criminalistes flamands avaient en effet déjà montré leur embarras en traduisant la *contractatio* par le verbe *prendre*. Ce choix ne leur semblait d'ailleurs pas tout à fait adapté puisqu'ils avaient fait référence à l'engagement contractuel de la chose ou au fait de « manier & employer<sup>33</sup> » cette chose. L'étrange traduction proposée par Le Brun de La Rochette – *attouchement* – n'est pas suivie par les autres auteurs, contrairement à celle de Damhouder, qui est presque reprise à l'identique par Laurens Bouchel, dans l'édition augmentée de sa *Bibliothèque ou Thresor de la langue françoise*. Dans cette édition de 1667, pourtant postérieure de plus de cent ans au dernier état de la pensée de Damhouder, le larcin est défini comme l'acte « de prendre à autrui le sien secrettement & par fourbes sans armes, ou c'est de manier & employer les biens meubles d'autrui contre son gré, avec intention d'en avoir profit & gain<sup>34</sup> ».

27. Cl. Le Brun de La Rochette, *Les procès civil et criminel*, Lyon, Rigaud, 1622 (1<sup>re</sup> éd. en 1619), *Le procès criminel*, livre premier, p. 25.

28. *Ibidem*.

29. *Ibidem*.

30. *Ibidem*.

31. *Ibidem*.

32. Bien que ce choix de traduction soit étrange, et isolé au sein de la doctrine d'Ancien Régime, il semble suffisamment pertinent pour qu'en plein XIX<sup>e</sup> siècle, un auteur tel qu'Ortolan utilise à son tour le mot *attouchement* afin de traduire le terme latin *contractatio* (J.-L.-E. Ortolan, *Explication historique des Institutes*, 1<sup>re</sup> éd. [1<sup>re</sup> éd. en 1827], mise au courant de l'état actuel de l'enseignement du droit Romain dans les facultés de France et de l'étranger, par J.-E. Labbé, n° 1717).

33. J. de Damhouder, *Pratique judiciaire es causes...*, *op. cit.*, f° 133v°.

34. L. Bouchel, *La Bibliothèque ou Thresor du droit françois*, Paris, Jacques Dallin, 1667 (1<sup>re</sup> éd. en 1615), t. 2, v° Larcin, p. 494. Laurens Bouchel est par ailleurs auteur d'un ouvrage consacré spécifiquement au droit criminel (*La justice criminelle de France*, Paris, Jean Petit-Pas, 1622), mais il s'agit d'une vaste compilation de cas célèbres, dans laquelle il ne donne aucune définition du vol.

## B. L'expression d'une définition moderne du vol à partir de Lange et de Domat

À la fin du xvii<sup>e</sup> siècle, François Lange et Jean Domat sont à l'origine d'une rupture décisive dans l'histoire de la définition du vol. Il semble en effet qu'ils soient les premiers auteurs à définir l'élément matériel de cette infraction par la notion de soustraction. Dans sa *Nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale ou le nouveau praticien françois*, Lange affirme d'abord que « sous cette espece de crime [des vols & larcins], nous entendons toute soustraction frauduleuse du bien d'autrui, pour se l'approprier, mal gré celui à qui il appartient, ou à son absence, ou à son insçû<sup>35</sup> ». De même, dans ses *Quatre livres du droit public*, Domat affirme que « voler, c'est soustraire par fraude une chose à celui à qui elle appartient, pour se l'approprier, ou pour en user contre la volonté du propriétaire<sup>36</sup> ». Plus clairement que Lange, Domat présente le verbe *soustraire* comme une traduction fidèle du terme latin *contractatio*. Cette nouvelle définition du vol, qui n'est rien d'autre qu'une nouvelle traduction, est ensuite reprise par une très large partie des criminalistes français du xviii<sup>e</sup> siècle.

La généralisation de la notion de soustraction ne s'est toutefois pas réalisée sans hésitation. Dans le premier tiers du xviii<sup>e</sup> siècle, les auteurs semblent en effet réticents face à cette nouvelle traduction. Ainsi, en 1715, dans ses *Observations et maximes sur les matières criminelles*, Antoine Bruneau fait le choix de l'ancienne traduction. Selon lui, « suivant le droit civil, aux Institutes, [voler] c'est prendre par fraude une chose à celui auquel elle appartient<sup>37</sup> ». Il ne s'explique pas sur ce choix de traduction, et il ne cite pas davantage Lange ou Domat, mais sa définition du vol doit à l'évidence être regardée comme une résurgence des premières traductions françaises du droit romain. D'ailleurs, de façon significative, comme si la nouvelle définition proposée par Lange et par Domat faisait l'objet d'une discrète réprobation, la première édition du *Traité des matières criminelles*, publiée par Merville en 1732, ne contient aucune traduction de la *contractatio*<sup>38</sup>. L'auteur se contente de proposer la définition du *furtum* figurant au *Digeste*, sans se risquer à la traduire, comme s'il redoutait – sans l'affirmer – de commettre une erreur de traduction.

Dans le courant des années 1730, Claude-Joseph de Ferrière semble jouer un rôle décisif dans la généralisation de la traduction retenue par Lange et par Domat. En 1734, alors qu'il propose une *Nouvelle traduction des Institutes de l'Empereur Justinien*, il admet – sans aucune explication – la nouvelle traduction, en affirmant que « le larcin est une contractation, c'est-à-dire une soustraction & un enlèvement<sup>39</sup> ». Il est piquant

35. F. Lange, *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale ou le nouveau praticien françois*, 3<sup>e</sup> éd., Première Partie, Paris, Theodore Girard, 1687 (1<sup>re</sup> éd. 1681), p. 26.

36. J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, 2<sup>nd</sup> tome, Paris, Compagnie des Libraires, 1767, *Les quatre Livres du droit public*, Livre III, Titre VIII, p. 211.

37. A. Bruneau, *Observations et maximes sur les matières criminelles*, Paris, Guillaume Cavelier, 1715, p. 415.

38. P. Biarnoy de Merville, *Traité des matières criminelles*, Paris, Théodore le Gras, 1732, p. 276.

39. C.-J. de Ferrière, *Nouvelle traduction des Institutes de l'Empereur Justinien*, Paris, chez Saugrain, 1734, t. V, p. 264-265.

de constater que Ferrière commence par créer un néologisme – *contractation* – directement dérivé du terme latin – *contractatio* – comme s’il souhaitait implicitement faire savoir qu’aucun terme de la langue française de son époque ne permettait de traduire efficacement la notion juridique issue du droit romain. Ce constat étant posé, il se permet, dans un second temps, de proposer une nouvelle définition fondée sur les notions de soustraction et d’enlèvement, sans toutefois préciser que cette option avait déjà été retenue avant lui par Lange et par Domat. Il s’agit indubitablement d’une étape décisive dans la généralisation de cette nouvelle traduction puisqu’à partir de ce moment les auteurs retiennent la notion de soustraction à la place des verbes *prendre* et *manier*. Le premier signe de cette évolution peut être constaté à l’occasion des rééditions du *Traité des matières criminelles* de Merville. La deuxième édition de ce traité, publiée en 1741 par Guy Du Rousseaud de La Combe<sup>40</sup>, et la quatrième édition, publiée en 1751 par Nicolas-Guy Du Rousseaud de La Combe<sup>41</sup>, sont à ranger dans la continuité de l’ouvrage de Ferrière, puisque ces auteurs osent employer le substantif *soustraction* afin de traduire le mot *contractatio*. Sans aucune ambiguïté, Guy Du Rousseaud de La Combe affirme ainsi que « Justinien (...) définit le larcin, une soustraction & enlèvement frauduleux de quelque chose qui appartient à autrui, dans le dessein de profiter ou de la chose même, ou de son usage ou de sa possession<sup>42</sup> ». Contrairement à Ferrière, qui semblait encore prendre quelques précautions en 1734, Guy Du Rousseaud de La Combe paraît suffisamment confiant pour ne pas sous-entendre l’existence d’une quelconque difficulté de traduction. La nouvelle traduction est désormais une évidence mais elle n’est pas nécessairement conçue comme une alternative à l’ancienne traduction. Par exemple, en 1756, Jean-Baptiste Denisart affirme que « voler, c’est prendre ou soustraire ce qui appartient à autrui pour se l’approprier, ou malgré lui, ou à son insu<sup>43</sup> ». La nouvelle traduction se trouve ainsi accolée à l’ancienne, comme s’il s’agissait de simples synonymes. Dès l’année suivante, la parution des *Institutes au droit criminel* de Muyart de Vouglans confirme toutefois l’essor de la nouvelle traduction puisque le vol y est défini comme « l’enlèvement clandestin & frauduleux de la chose d’autrui, pour en faire son profit particulier, contre le consentement de celui auquel la propriété ou l’usage en appartient<sup>44</sup> ». De même, en 1771, Jousse reprend cette traduction en affirmant qu’« on entend par vol, toute soustraction & enlèvement frauduleux du bien d’autrui, dans le dessein de se l’approprier, ou de s’en servir, sans le consentement de celui à qui il appartient<sup>45</sup> ». Muyart de Vouglans confirme une

40. G. Du Rousseaud de La Combe, *Traité des matières criminelles*, Paris, Théodore le Gras, 2<sup>e</sup> éd., 1741, p. 62-63.

41. N.-G. Du Rousseaud de La Combe, *Traité des matières criminelles*, Paris, Théodore le Gras, 4<sup>e</sup> éd., 1751, t. 1, p. 67-68.

42. G. Du Rousseau de La Combe, *op. cit.*

43. J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Savoye et Leclerc, 1756, t. 6, v<sup>o</sup> Vol, p. 409.

44. P.-F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757, p. 552.

45. D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure, 1771, t. 4, p. 166.

dernière fois cette traduction dans ses *Loix criminelles* parues en 1781. Il y présente le substantif *soustraction* comme une traduction fidèle du mot *contractatio*<sup>46</sup>.

La nouvelle traduction du mot *contractatio* s'est donc lentement imposée jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle mais, paradoxalement, c'est à ce moment précis que Merlin de Douai critique vigoureusement cette doctrine<sup>47</sup>. À l'entrée « vol » du dix-septième tome du *Répertoire* de Guyot, paru en 1785, il affirme que « pour qu'il y ait vol, (...) il faut qu'il y ait, non pas comme disent certains criminalistes fort instruits d'ailleurs, une soustraction, un enlèvement (car ce n'est point là ce que veut dire *contractatio*), mais un maniement, seul terme de notre langue qui réponde à l'expression latine des jurisconsultes romains<sup>48</sup> ». Celui qui ne se faisait pas encore appeler Merlin de Douai, mais sobrement Merlin, et qui n'était encore qu'un jeune avocat au Parlement de Flandre, formule en ces termes une critique sévère des grands auteurs qui, depuis Lange et Domat, en passant par Ferrière, Denisart, Jousse et Muyart de Vouglans, ont commis une terrible erreur de traduction. Cette erreur est d'autant plus regrettable qu'elle est à l'origine d'une incohérence juridique majeure dans leurs ouvrages de référence.

## II. Les difficultés juridiques induites par l'essor de la notion de soustraction

Depuis la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, la nouvelle traduction de la *contractatio* s'inscrit dans le cadre romain du *furtum*. Il s'agit d'une simple modernisation de la traduction de laquelle il ne résulte aucune évolution juridique. Pourtant, la notion de soustraction possède un sens plus précis que celle de maniement, ce qui engendre une incohérence entre la nouvelle définition restrictive du vol et le régime juridique particulièrement extensif de cette infraction. Un tel choix de traduction impose ainsi de s'interroger sur le sens de cette nouvelle traduction proposée par des jurisconsultes aussi lettrés que Lange et Domat (A). Par la suite, dès le début de l'essor de cette nouvelle traduction, les criminalistes de langue française tendent à autonomiser le régime juridique du vol de celui du *furtum*. En droit français, la qualification juridique de vol recouvre désormais

46. P.-F. Muyart de Vouglans, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Neufchatel, La Société typographique, t. 1, livre III, titre VI, II, p. 249.

47. Tous les auteurs de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle n'admettent pas cette traduction. Par exemple, Roussel de La Berardièrre affirme : « Nous définissons, comme les Romains, le vol, ou larcin, l'usurpation frauduleuse, à l'intention de nous enrichir de la chose d'autrui, ou de l'usage ou de la possession de cette chose ; usurpation défendue par le droit naturel » (J. H. Roussel de La Berardièrre, *Institution au droit de Normandie, ou conférence des principes des Institutes de Justinien avec le droit françois, & en particulier avec le droit de Normandie*, Caen, Jean-Claude Pyron, 1782, p. 355). Ainsi, Merlin de Douai n'est pas le seul à refuser la nouvelle traduction, mais il est incontestablement celui qui formule le plus clairement son opposition dans un ouvrage dont le rayonnement est considérable.

48. Ph.-A. Merlin de Douai, « vol », in J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. XVII, Paris, chez Visse, 1785, p. 644.

moins de cas qu'en droit romain mais, cette première rupture avec le *furtum* est opérée sans se fonder sur le sens précis de la notion de soustraction. Pour cela, il faut attendre les législateurs révolutionnaire et impérial, qui tirent pleinement les conséquences juridiques de l'affirmation de Merlin de Douai dans le *Répertoire* de Guyot (B).

#### A. L'aveuglement sur le caractère restrictif de la notion de soustraction

Lange et Domat rompent avec la traduction classique du mot latin *contractatio*, héritée de Damhouder, en préférant la notion française de soustraction à celle de maniemment. Non seulement, il s'agit d'une erreur de traduction, comme l'a relevé Merlin de Douai, mais cela introduit en outre une incohérence dans le raisonnement juridique des nombreux auteurs qui ont repris cette doctrine. Merlin de Douai prétend en effet qu'il s'agit d'une erreur de traduction puisque le terme *soustraction* est plus restrictif que celui de *maniemment*. Autrement dit, Paul et, à sa suite, les *Institutes* de Justinien et le *Digeste*, n'ont pu vouloir conférer une définition restrictive au *furtum* qu'ils s'efforçaient précisément d'élargir afin d'englober plus de cas sous cette qualification juridique. D'ailleurs, nous savons aujourd'hui que les Romains ont progressivement substitué le terme *contractatio* à celui de *subreptio* dans le but de rompre avec l'ancienne conception restrictive du *furtum*, fondée sur l'idée de soustraction<sup>49</sup>. Merlin de Douai paraît donc fondé à soutenir que la *contractatio* ne peut être traduite par le terme *soustraction* puisque la *contractatio* s'oppose, et remplace même la *subreptio* qui, quant à elle, se traduit par le terme *soustraction*. Or cette erreur a d'importantes implications juridiques dans la mesure où elle introduit une incohérence dans le raisonnement des auteurs qui, dans le sillage de Lange et de Domat, ont retenu cette notion de soustraction. Contrairement à ce que l'usage du terme *soustraction* laisse entendre, ils ne rompent pas avec la doctrine de Paul, reprise aux *Institutes* de Justinien et au *Digeste* : ils continuent à définir le vol comme une infraction tentaculaire. Ainsi, Lange prétend que le larcin se consomme par « soustraction frauduleuse<sup>50</sup> » mais, dans le même temps, il admet que « le dépositaire est coupable de ce crime, non seulement quand il dénie le dépôt pour se l'approprier ; mais aussi quand il se sert de la chose déposée, & l'emploie à son usage<sup>51</sup> ». Or, comment peut-on soustraire une chose qui est déjà en notre détention ? Et plus encore, comment peut-on soustraire une chose par la simple négation de l'existence d'un contrat de dépôt ? Le terme est inadapté, et c'est la raison pour laquelle les Romains ont progressivement préféré celui de *contractatio*, c'est-à-dire le maniemment de la chose. Pourquoi ces auteurs ont-ils changé la définition du vol tout en conservant le régime juridique du *furtum* du droit romain ? Trois hypothèses peuvent être avancées afin d'expliquer ce curieux choix de traduction.

49. E. Chevreau, Y. Mausen, C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 99-100.

50. F. Lange, op. cit., p. 26.

51. *Ibid.*, p. 34.

Selon la première hypothèse, Lange et Domat auraient commis une simple erreur de traduction qui serait ensuite passée dans les plus grands ouvrages des criminalistes du XVIII<sup>e</sup> siècle. Il est toutefois peu probable que des juristes aussi lettrés que Lange et Domat aient commis une telle erreur de traduction, ce qui paraît suffisant pour rejeter cette première hypothèse.

Une deuxième hypothèse peut être trouvée dans la volonté de moderniser la traduction du droit romain. Lange et Domat auraient alors voulu renouveler une traduction proposée par Damhouder, plus d'un siècle avant eux. Cette hypothèse semble d'autant plus probable que, au cours du XVII<sup>e</sup> siècle, le sens du substantif *soustraction* évolue. Au moins depuis le XI<sup>e</sup> siècle, le mot *subtraction* est en effet attesté dans un sens mathématique, en tant qu'« action de retrancher<sup>52</sup> ». Par la suite, vers la fin du XV<sup>e</sup> siècle, l'orthographe du mot évolue vers sa forme contemporaine – *soustraction* – mais, le sens mathématique du mot demeure. Au cours du XVII<sup>e</sup> siècle, ce mot commencerait à être utilisé en-dehors de ce contexte algébrique pour désigner, par extension, « l'action d'enlever<sup>53</sup> » quelque chose à quelqu'un. Ainsi, dès 1690, Furetière peut utiliser l'expression « soustraction des pièces d'un procès<sup>54</sup> ». Cette évolution pourrait expliquer la nouvelle traduction du mot *contrectatio*, mais cela ne suffit pourtant pas puisque l'histoire du substantif féminin *soustraction* n'est pas identique à celle du verbe transitif *soustraire*. Dès le XI<sup>e</sup> siècle, le sens mathématique de ce verbe, alors employé sous la forme *sustraire*, se double, par extension, d'un second sens qui permet à Philippe de Thaon d'affirmer qu'« Adam fut soustrait de son saint paradis<sup>55</sup> ». Il ne s'agit donc pas encore d'utiliser le verbe *soustraire* pour désigner l'action de celui qui enlève quelque chose à quelqu'un, mais il est déjà possible d'utiliser ce verbe pour souligner qu'un individu est privé de quelque chose. Le sens de ce verbe aurait ensuite très rapidement évolué. Avant même la fin du XII<sup>e</sup> siècle, dans le *Roman de Troie* de Benoît de Sainte-Maure, il aurait été utilisé sous la forme *soztraire* pour désigner l'action « d'enlever quelque chose à quelqu'un<sup>56</sup> ». Or, dans ce nouveau sens, le verbe *soustraire* correspond parfaitement à son origine étymologique. Il est en effet directement emprunté au latin *subtrahere*, lui-même composé de *sub* (sous) et de *trahere* (tirer), ce qui implique l'idée de « tirer par-dessous, enlever par-dessous<sup>57</sup> », d'où « enlever, retirer, dérober<sup>58</sup> ». Autrement dit, le verbe *soustraire* a, dès l'origine, un sens précis, directement fondé sur son origine étymologique : il n'est pas possible de soustraire une chose qui serait déjà en notre possession. Par conséquent, il est vrai

52. TLFi : *Trésor de la langue Française informatisé*, [En ligne] URL : <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS Université de Lorraine, v° Soustraction.

53. *Ibidem*.

54. *Ibidem*.

55. TLFi : *Trésor de la langue Française informatisé*, [En ligne] URL : <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS Université de Lorraine, v° Soustraire.

56. *Ibidem*.

57. *Ibidem*.

58. *Ibidem*.

que le substantif *soustraction* acquiert tardivement le sens d'« action d'enlever », ce qui aurait pu expliquer l'erreur de traduction commise par Lange et par Domat : le nouveau sens de ce terme aurait été si récent qu'ils n'en auraient pas aperçu la dimension restrictive. Tel ne peut vraisemblablement pas être le cas puisque ces deux éminents juristes ne pouvaient guère ignorer le sens précis du verbe *soustraire*, attesté depuis le XII<sup>e</sup> siècle, et bien plus restrictif que l'expression de Damhouder, « employer & manier<sup>59</sup> ». D'ailleurs, si Lange emploie l'expression « soustraction frauduleuse<sup>60</sup> », Domat préfère, quant à lui, l'expression « soustraire par fraude<sup>61</sup> », ce qui tend à prouver que le substantif et le verbe sont employés indifféremment pour traduire le mot latin *contrectatio*. L'hypothèse de la modernisation de la traduction du droit romain n'est donc pas suffisante pour expliquer l'erreur commise par ces éminents juristes, mais elle ne doit toutefois pas être totalement abandonnée parce qu'elle explique en partie la généralisation de l'usage des termes *soustraire* et *soustraction*. Il est ainsi particulièrement significatif que cette généralisation se produise dans les années 1730, juste après la parution de l'ouvrage de Ferrière, dont le titre même – *Nouvelle traduction des Institutes*<sup>62</sup> – révèle l'ambition de l'auteur. Lange et Domat ont donc peut-être voulu moderniser la traduction du droit romain, mais il ne peut s'agir de l'explication principale, tant l'origine latine du verbe *soustraire* et du substantif *soustraction* interdit d'utiliser ces termes comme synonymes de maniement d'une chose.

Selon une troisième hypothèse, Lange et Domat auraient peut-être feint la simple modernisation de traduction afin de masquer leur véritable intention : faire évoluer le droit pour rompre avec la définition extensive du *furtum* héritée d'un fragment de Paul, repris au *Digeste*. Autrement dit, ils auraient volontairement commis une erreur de traduction du mot latin *contrectatio*, en substituant la notion restrictive de soustraction à celle de maniement. Ils auraient ainsi été conscients de l'incohérence consistant à retenir une définition restrictive du vol tout en conservant le régime juridique extensif du *furtum*. Il est donc possible qu'ils aient voulu distinguer implicitement le vol et le *furtum*, sans oser rompre avec le droit romain, encore perçu comme une *ratio scripta* lors du Grand Siècle. Ce faisant, ils auraient ainsi imité maladroitement les doctrines savantes italienne et allemande qui, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, et sans rompre avec le droit romain, regardent le *furtum proprium* comme une *ablatio*, c'est-à-dire une soustraction de la chose<sup>63</sup>. Tandis que, dans le sillage de Domenico Toschi et de Prosper Farinacius, la doctrine savante admet une scission au sein du *furtum*, afin d'isoler les cas impliquant une véritable soustraction de ceux résultant d'une remise volontaire de la chose, les criminalistes de langue française ne parviennent pas, quant à eux, à ce degré de conceptualisation, et peut-être d'ailleurs préférèrent-ils passer

59. J. de Damhouder, *Pratique judiciaire es causes...*, op. cit., f° 133v°.

60. F. Lange, *La nouvelle...*, op. cit., p. 26.

61. J. Domat, *Les quatre Livres du droit public*, op. cit., Livre III, Titre VIII, p. 211.

62. C.-J. de Ferrière, *Nouvelle traduction des Institutes...*, op. cit.

63. F. Battaglia, op. cit.

par une erreur volontaire de traduction. Sous prétexte de traduction, le passage du latin au français aurait insidieusement permis l'avènement de la définition moderne du vol. Cette hypothèse est d'autant plus probable que, dès le xvi<sup>e</sup> siècle, dans l'édition latine de sa *Practicque criminelle*<sup>64</sup>, Damhouder critique les juristes qui « entendent [...] par *contrectatio, ablatio rei alienae*, c'est-à-dire la soustraction de la chose<sup>65</sup> ». Si le criminaliste flamand ne reprend pas cette critique dans les éditions françaises de ses ouvrages, cela permet néanmoins d'affirmer que la nouvelle traduction de la *contrectatio* proposée à la fin du xvii<sup>e</sup> siècle repose probablement sur un courant doctrinal antérieur, retenant une définition restrictive de la *contrectatio*. L'erreur de traduction commise par Lange et par Domat ne résulterait alors peut-être pas tant d'une méconnaissance du latin que de l'adhésion à un courant doctrinal proposant, en langue latine, une définition restrictive de la *contrectatio*. Si tel est bien le cas, alors la nouvelle définition du vol reposerait cette fois sur une mauvaise lecture de la doctrine savante. Comme cela a été démontré par Monsieur Battaglia, la doctrine savante ne distingue le *furtum proprium* et le *furtum improprium* que dans le but d'appliquer une pénalité différenciée. Il s'agit toujours de la même infraction mais l'*ablatio* est simplement regardée comme un type de *contrectatio* méritant une peine plus sévère que les autres cas résultant d'une remise volontaire de la chose. Or, Lange et Domat ne proposent guère un tel système. Leur définition réduit le vol au seul cas de la soustraction frauduleuse, ce qui tend théoriquement à exclure du vol tous les autres cas. Autrement dit, la doctrine savante théorise un aménagement du dernier état du droit romain alors que Lange et Domat proposeraient implicitement de rompre avec le dernier état du droit romain. L'erreur de traduction aurait ainsi pu être volontaire, afin d'inciter les criminalistes ultérieurs à réduire le nombre de cas tombant sous la qualification juridique de vol, c'est-à-dire à tirer toutes les conséquences de leur définition restrictive du vol. Lange et Domat espéraient probablement que les générations futures de criminalistes constateraient l'erreur de traduction, s'interrogeraient sur l'incohérence juridique résultant de cette erreur, et décideraient finalement de rompre avec le droit romain en détachant le régime juridique du vol de celui du *furtum*, pour décriminaliser les cas qui supposent une remise volontaire de la chose. Cette hypothèse paraît séduisante mais, si tel est bien le cas, alors force est de constater que les intentions de Lange et de Domat n'ont pas été immédiatement suivies d'effet. Jusqu'à Merlin de Douai, les criminalistes du xviii<sup>e</sup> siècle qui acceptent la nouvelle traduction du mot latin *contrectatio* ne comprennent pas le caractère restrictif de la notion de soustraction. Pour eux, il s'agit d'une simple traduction, qui ne révèle en-elle-même aucune doctrine spécifique, aucune rupture nécessaire avec le droit romain, aucune volonté de limiter le nombre de cas tombant sous la qualification juridique de vol.

64. J. de Damhouder, *Praxis rerum criminalia*, éd. de 1562, Ch. CX, 9, p. 325.

65. Y. Bongert, *Histoire du droit pénal. Cours de Doctorat*, texte établi par Jean-Luc Lefebvre, rééd. coordonnée par Olivier Descamps, Louis de Carbonnières et Jean-Luc Lefebvre, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 476.

## B. Le dévoilement du caractère restrictif de la notion de soustraction

Au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, les criminalistes ne tirent pas les conséquences de l'erreur de traduction – peut-être volontaire – commise par Lange et par Domat. Cette notion – rejetée au début du siècle, notamment par Bruneau – se généralise dans les années 1730, à partir de *la Nouvelle traduction des Institutes de Justinien* de Ferrière. Le premier grand traité de droit criminel publié après cet ouvrage consacre non seulement la notion de soustraction, mais il contient en outre une première rupture avec le droit romain. En 1741, à l'occasion de la réédition du *Traité des matières criminelles* de Merville, Guy Du Rousseaud de La Combe traduit expressément le mot latin *contractatio* par les mots français *soustraction* et *enlèvement*. Il s'inscrit ce faisant dans la continuité de Domat et de Lange mais, cette fois, il se permet de rompre clairement avec la conception extensive du *furtum* retenue en droit romain. Il affirme ainsi que :

Justinien dit que l'on commet un larcin, non seulement lorsqu'on emporte une chose qui appartient à autrui à dessein de se l'approprier, mais généralement toutes les fois qu'on prend la chose d'autrui contre sa volonté. Ainsi un créancier qui se sert de la chose qui lui a été donnée en gage, ou un dépositaire, qui se sert de celle qui lui a été donnée en garde, est coupable de ce délit ; aussi bien qu'un commodataire à qui l'on a permis l'usage de quelque chose lorsqu'il s'en sert à d'autres usages, qu'à ceux pour lesquels elle lui a été mise entre les mains. Mais en France nous n'admettons point d'autre larcin que celui qui se fait de la chose même, pour se l'approprier ; dans les autres cas ci-dessus du dépôt, du gage, & du prêt à usage, l'on ne doit se pourvoir que par la voie civile pour ses dommages & intérêts<sup>66</sup>.

Dans cet extrait, Guy Du Rousseaud de La Combe distingue le vol du droit français et le *furtum* du dernier état du droit romain. S'il s'agit peut-être d'une première application du souhait de Lange et de Domat, cette distinction doit toutefois être sérieusement relativisée parce qu'elle n'est guère tirée de la notion de soustraction. En réalité, Guy Du Rousseaud de La Combe ne se fonde pas sur la remise volontaire de la chose pour évincer les cas du dépôt, du gage et du prêt à usage. Il se contente en effet d'affirmer que le simple usage de la chose, permettant sa restitution, ne consomme pas le vol. Si cet usage cause un dommage au propriétaire de la chose, alors il peut toujours agir par la voie civile afin d'obtenir des dommages et intérêts. En affirmant cela, l'auteur passe sous silence le cas de l'usage qui rend impossible toute restitution de la chose, celui de la négation de la remise de la chose, comme s'il n'y avait jamais eu de remise, ou encore celui du refus de restitution de la chose. Dans toutes ces hypothèses, cela signifie que Guy Du Rousseaud de La Combe reprend la solution

---

66. G. Du Rousseaud de La Combe, *Traité des matières criminelles...*, *op. cit.*, p. 64. C'est une véritable rupture puisque la première édition du *Traité des matières criminelles*, publiée par Merville en 1732, ne fait pas état de cette analyse. L'auteur consacre au vol un paragraphe plus court, en expliquant « qu'il n'est pas facile de détailler [toutes les espèces de vol], parce que le vol se peut commettre en une infinité de manières » (Merville, *op. cit.*, p. 277).

du droit romain, en retenant la qualification juridique de vol. Or, dans tous ces cas, il n'y a pas eu soustraction de la chose à proprement parler, puisque celui à qui le vol est imputable détenait déjà la chose. Il y a détournement et non soustraction. Cela signifie qu'il n'y a aucune prise en compte du caractère restrictif de la notion de soustraction, qu'il n'y a aucune conscience de l'erreur de traduction du mot latin *contrectatio*. Il y a bien une rupture partielle avec le droit romain, mais elle n'est pas fondée sur la bonne compréhension de la notion de soustraction. Par la suite, dès 1751, la doctrine de Guy Du Rousseaud de La Combe est reprise par Nicolas-Guy Du Rousseaud de La Combe dans les éditions successives du *Traité des matières criminelles*<sup>67</sup>. Cette doctrine est suivie par Jousse<sup>68</sup> mais Muyart de Vouglans ne s'y rallie que tardivement. Dans ses *Institutes au droit criminel*, Muyart de Vouglans rejette cette doctrine en appliquant scrupuleusement le dernier état du droit romain : il utilise la traduction de Lange et de Domat tout en continuant à analyser le vol comme une infraction tentaculaire qui ne se distingue pas du *furtum* du dernier état du droit romain. Il affirme ainsi que :

Nous avons dit [...] que le vol se faisoit contre le consentement de celui envers qui il se commettoit ; par conséquent si le débiteur consentoit que le créancier se servit du gage qu'il lui avoit remis pour sûreté de sa dette ; si le déposant voyoit tranquillement, & sans se plaindre, le dépositaire se servir de la chose déposée ; si le créancier souffroit également que son débiteur employât les deniers qu'il lui a prêtés à d'autres usages que celui pour lequel avoit été fait le prêt ; dans tous ces cas, il n'y auroit pas lieu à l'accusation de vol. Mais, il n'en seroit pas de même, si ces emplois avoient été faits à l'insçû de ceux-ci ; on ne peut douter que ce ne fussent alors de véritables vols, tant à cause de la fraude qu'ils renfermeroient, que du préjudice réel qu'ils porteroient à autrui : néanmoins il peut arriver que les circonstances soient telles, qu'il n'y ait pas lieu à la procédure extraordinaire, & qu'il n'y ait pas même de vol ;

67. N.-G. Du Rousseaud de La Combe, *Traité des matières criminelles*, *op. cit.*, p. 69.

68. Jousse fait d'ailleurs montre d'une plus grande clarté que Guy et Nicolas-Guy Du Rousseaud de La Combe puisqu'il distingue expressément les situations de remise volontaire qui peuvent consommer le vol et celles qui ne le peuvent pas. Ainsi, « les dépositaires, gardiens, messages, voituriers & mandataires, qui retiennent injustement la chose qui leur est donnée en garde, dépôt, ou gage ; ou qui la vendent, ou en disposent à d'autres, commettent une espece de vol, & doivent être punis, du moins d'une peine extraordinaire. Ainsi, le créancier qui, après la dette payée, retient en cachete le gage qui est entre ses mains, ou qui nie qu'il lui en ait été donné un, peut être poursuivi par action de vol » (D. Jousse, *op. cit.*, p. 175-176). Selon ce criminaliste, celui qui a reçu la chose et qui la détient peut quand même commettre une soustraction et un enlèvement de cette chose, constitutif du vol. En revanche, il affirme que « dans nos mœurs nous n'admettons point d'autre larcin que celui qui se fait de la chose même pour se l'approprier. Le larcin d'usage y est entièrement inconnu ; & celui qui s'est servi de la chose prêtée, ou du dépôt, ou du gage contre l'intention de celui de qui il l'avoit reçu, en est quitte, en lui payant ses dommages & intérêts, en cas que la chose soit diminuée, ou altérée par l'usage qu'il en a fait. La raison pour laquelle, en France, le larcin d'usage n'est pas regardé comme un véritable vol, & ne se punit pas comme le larcin de possession, qui est le vrai larcin ; c'est [...] que comme la possession est de fait, il s'ensuit que tout larcin de possession consiste en voie de fait, qui est ce qu'il y a de plus dangereux dans les États, & de plus, défendu en France, au lieu que dans le larcin qui n'est que de simple usage, il n'y a aucune voie de fait » (*ibid.*, p. 178).

comme si, par exemple, on employoit la chose prêtée ou déposée à de certains usages qui ne peuvent lui causer aucun tort ni altération, ou si l'on s'en étoit servi dans une extrême nécessité ; l'on doit présumer dans tous ces cas, que si le maître en avoit eu connoissance, il ne s'y seroit point opposé, & qu'en tout cas, s'il l'avoit fait, son refus n'auroit pas été raisonnable ; car c'est une maxime constante en cette matière, que quand on dit qu'il faut le consentement du propriétaire, l'on ne veut parler que d'un consentement qui soit juste & raisonnable<sup>69</sup>.

Selon, le premier état de la pensée de Muyart de Vouglans, l'usage d'une chose remise volontairement constitue un vol. Il excepte toutefois trois situations : si celui qui a remis la chose a préalablement consenti à cet usage ; si un tel usage n'altère pas la chose remise ; si celui qui a reçu la chose se trouve en situation d'extrême nécessité. Par la suite, Muyart de Vouglans fait évoluer sa pensée en retenant implicitement la doctrine de Guy Du Rousseaud de La Combe. Il affirme désormais que :

1°. [...] les dépositaires, sequestres-gardiens, & les créanciers, lorsqu'ils abusent & font leur profit particulier des choses qui leur ont été confiées, ou qui leur ont été mises en gage. [...] 4°. [...] le commodataire qui abuseroit du prêt qui lui auroit été ait en changeant sa destination, comme si, ayant emprunté un cheval pour faire une lieue, on lui en faisoit faire plusieurs, ou si l'on prêtoit ce même cheval à un autre<sup>70</sup>.

Il précise ensuite que cette rupture avec le droit romain ne s'étend pas à toutes les hypothèses de remise volontaire de la chose puisque « le vol fait par le créancier qui retiendrait le gage après la dette payée ou qui viendrait à le nier<sup>71</sup> » est encore réprimé. Par conséquent, comme Guy Du Rousseaud de La Combe avant lui, Muyart de Vouglans ne comprend pas qu'il y a une erreur de traduction du mot latin *contractatio* et que la notion de soustraction nécessite de rompre avec le régime juridique du *furtum*. Le vol commence à se détacher du *furtum* mais il demeure fortement imprégné de droit romain.

Au terme de cette évolution sémantique et juridique, il semble donc que Merlin de Douai soit le premier criminaliste à se rendre compte de l'erreur de traduction commise par ces « criminalistes fort instruits<sup>72</sup> ». L'influence considérable de cet éminent jurisconsulte a semble-t-il amené le législateur révolutionnaire à détacher définitivement le vol du *furtum*, en conférant à la notion de soustraction un sens précis, plus restrictif que la *contractatio*. Cette évolution se produit toutefois lentement. En 1791, le *Code pénal* ne contient étrangement aucune définition du vol<sup>73</sup>. L'infraction est mentionnée, des peines sont prévues, mais ses éléments constitutifs sont passés sous silence. Si le législateur fait ainsi preuve de prudence en ne préférant

69. P.-F. Muyart de Vouglans, *Institutes...*, *op. cit.*, p. 555.

70. P.-F. Muyart de Vouglans, *Les loix...*, *op. cit.*, p. 255.

71. *Ibid.*, p. 256.

72. Ph.-A. Merlin de Douai, « Vol », in J.-N. Guyot, *Répertoire universel...*, *op. cit.*, p. 644.

73. *Code pénal des 25 et 6 octobre 1791*, partie 2, titre II, section 2, articles premier et suivants.

pas définir cette infraction, il tire néanmoins toutes les conséquences de l'affirmation de Merlin de Douai dans le *Répertoire* de Guyot. Dès le début de la Révolution française, le législateur prend acte du caractère restrictif de la notion de soustraction, ce qui signifie que le vol du droit français est désormais perçu comme une infraction totalement distincte du *furtum* du droit romain, et cette qualification juridique recouvre moins de cas que celle définie par Justinien. C'est précisément la raison pour laquelle l'Assemblée nationale constituante crée le délit d'escroquerie<sup>74</sup>, à l'occasion du décret des 19 et 22 juillet 1791 relatif à la création d'une police municipale et correctionnelle<sup>75</sup>. De même, quelques semaines seulement après ce décret, le *Code pénal* de 1791 définit l'abus de confiance comme une infraction distincte du vol<sup>76</sup>. Il faut toutefois souligner que le législateur révolutionnaire se montre une nouvelle fois plus réservé dans le *Code* que dans les textes spéciaux. L'abus de confiance est clairement défini dans un article autonome, mais l'infraction est étrangement innommée, et elle est de surcroît insérée immédiatement après le dernier article relatif au régime juridique du vol. Autrement dit, la timidité du législateur pourrait laisser penser que l'abus de confiance ne serait pas véritablement détaché du vol, ce qui impliquerait que la notion de soustraction ne serait pas pleinement analysée comme une définition restrictive de l'élément matériel du vol, en rupture avec la *contractatio* du droit romain. Si la création de l'escroquerie, quelques semaines seulement avant la promulgation du *Code pénal* de 1791, permet d'affirmer que l'Assemblée nationale constituante a certainement admis le caractère restrictif de la notion de soustraction, Merlin de Douai

- 
74. En réalité, l'Assemblée nationale constituante ne fait que consacrer une évolution jurisprudentielle antérieure, puisque les juges d'Ancien Régime avaient déjà dégagé cette infraction. Sur la naissance de l'escroquerie dans l'Ancien Droit, voir C. Samet, *La naissance de l'escroquerie moderne du XVIII<sup>e</sup> au début du XIX<sup>e</sup> siècle : la naissance de la notion d'escroquerie d'après la jurisprudence du Châtelet et du Parlement de Paris durant le siècle de Louis XV (1700-1790)*, Paris, L'Harmattan, 2005 ; M. Thérage, *Le cercle des affaires, entre suspect et bienfaiteur. L'invention du droit criminel des affaires dans l'ombre de la police économique : l'exemple de la Flandre wallonne et du Hainaut (XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, thèse en histoire du droit, Lille, 2017.
75. J.-B. Duverger, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du conseil d'état*, 2<sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, chez A. Guyot et Scribe, 1834, p. 114 et s., Décret des 19 et 22 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, article 35 : « Ceux qui, par dol, ou à l'aide de faux noms ou de fausses entreprises, ou d'un crédit imaginaire, ou d'espérances et de craintes chimériques, auraient abusé de la crédulité de quelques personnes et escroqué la totalité ou partie de leurs fortunes, seront poursuivis devant les tribunaux de district, et, si l'escroquerie est prouvée, le tribunal de district, après avoir prononcé les restitutions et dommages et intérêts, est autorisé à condamner, par voie de police correctionnelle, à une amende qui ne pourra excéder 5 000 livres, et à un emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans. En cas d'appel, le condamné gardera prison, à moins que les juges ne trouvent convenable de le mettre en liberté, sur une caution triple de l'amende et des dommages et intérêts prononcés. En cas de récidive, la peine sera double ».
76. *Code pénal des 25 et 6 octobre 1791*, partie 2, titre II, section 2, article XXIX : « quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit, ou dissipé, ou méchamment & à dessein de nuire à autrui, brûlé ou détruit d'une manière quelconque des effets, marchandises, deniers, titres de propriété ou autres emportant obligation ou déchargé, & toutes autres propriétés mobilières qui lui avoient été confiées gratuitement, à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la peine de la dégradation civique ».

se refuse néanmoins à regarder l'abus de confiance comme une infraction autonome, tout en promouvant l'ancienne définition romaine du *furtum*, qu'il présente, selon la traduction de Damhouder, comme le simple maniement frauduleux de la chose d'autrui<sup>77</sup>. Excellent latiniste, Merlin de Douai semble donc le premier à constater l'erreur de traduction de la *contrectatio* mais, jurisconsulte admirateur du droit romain, il préfère donner les caractères du *furtum* au vol conçu comme une infraction tentaculaire. Cette résistance n'arrête toutefois pas le législateur qui, sous le I<sup>er</sup> Empire, établit clairement la tripartition entre le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance. L'article 379 du *Code pénal de l'empire français* retient cette fois une définition précise du vol, en disposant que « quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol<sup>78</sup> ». Par ailleurs, la notion de soustraction frauduleuse est désormais entendue de façon restrictive, ce qui s'observe par comparaison avec les articles 405<sup>79</sup> et 408<sup>80</sup>, incriminant respectivement l'escroquerie et l'abus de confiance. Cette logique passe ensuite dans le *Code pénal* de 1992, à l'occasion duquel la définition du vol est modernisée. L'article 311-1 du *Code pénal* dispose en effet que « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui<sup>81</sup> ». Notre définition du vol résulte donc d'une erreur de traduction – volontaire ou involontaire – commise par Lange et par Domat, soulignée par Merlin de Douai à la fin de l'Ancien Régime, et dont les législateurs révolutionnaire et impérial ont – les premiers – tiré toutes les conséquences du point de vue du régime juridique de l'infraction.

77. Ph.-A. Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, t. 13, 1809, v. « Vol », p. 496 et s.

78. *Code pénal de l'empire français*, Paris, Prieur, 1810, art. 379.

79. *Ibid.*, art. 405 : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus ».

80. *Ibid.*, art. 408 : « Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, possesseur ou détenteur, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de dépôt ou pour un travail salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées dans l'article 406 ». L'expression « abus de confiance » n'apparaît pas dans l'article mais, contrairement au Code pénal de 1791, cette disposition est insérée sous un paragraphe distinct du vol, et intitulé « Abus de confiance ».

81. *Code pénal*, art. 311-1.