

Quand le juge répressif fait la loi...

Julien DUBARRY, LL.M. (Paris I / Cologne) *

Pensez-vous que le juge pénal ait un pouvoir créateur de droit ? Telle était la question soumise à notre appréciation dans le cadre d'un séminaire de droit pénal à l'Université de Paris I. Dans un système juridique marqué au sceau de la séparation des pouvoirs, la question peut paraître provocatrice. En effet, c'est parce que tout Homme qui a du pouvoir a tendance à en abuser qu'il faut limiter ce pouvoir par le pouvoir d'autrui. Ainsi le pouvoir législatif vote les lois, l'exécutif les met en œuvre et le pouvoir juridictionnel, donc le juge, en assurera le respect en tranchant les litiges conformément à celles-ci. Mais précisément, le juge ne sera autorisé qu'à les appliquer, mais non à en modifier la substance, ni *a fortiori*, à créer du droit *ex nihilo*. Mais qu'entendre précisément par « création de droit » ? C'est par rapport au principe de séparation des pouvoirs qu'il faut la définir. Partant, relève de la création du droit toute opération étant normalement réservée aux autorités habilitées à cet effet (législateur ou exécutif), c'est-à-dire tant l'élargissement ou le rétrécissement du champ d'application d'un texte autant que la formulation de principe substantiels.¹

Si l'on regarde rapidement ce qu'il en est dans les autres branches du droit, où la séparation des pouvoirs vaut tout autant qu'en matière pénale, il convient déjà de relativiser le propos. Nul ne mettra en doute par exemple que le droit administratif s'est construit sur un corpus jurisprudentiel, la codification n'étant intervenue que très tardivement, et étant aujourd'hui encore incomplète. On ne peut davantage contester le pouvoir créateur du juge judiciaire en matière de responsabilité civile par exemple².

Qu'en est-il dès lors en droit pénal ? La question semble être un tabou dans la mesure où la plupart des auteurs se cantonne à une analyse théorique et aboutit à une réponse négative induite de la séparation des pouvoirs³. Mais force est de constater qu'une chose est de refuser de reconnaître au juge un pouvoir *ex lege* de créer du droit, une autre est de savoir comment le juge se comporte en pratique, *de facto*, de sorte que la réponse de ces auteurs, si elle présente l'avantage d'éviter le côté délicat de la question, ne nous semble qu'à moitié complète. L'inexactitude de cette réponse paraît d'ailleurs être confirmée par la seule présence de deux ouvrages intitulés « *les grands arrêts...* » en matière pénale⁴, ce qui suppose que certains arrêts revêtent une importance particulière.

Le droit pénal présente toutefois une particularité qui pourrait constituer un obstacle infranchissable au pouvoir créateur du juge : le **principe de légalité**.

C'est afin de combattre l'arbitraire institué par l'ancien Régime que le principe de légalité a été institué, notamment en réaction à l'absence d'incriminations renvoyant à des interdits

* Je remercie particulièrement Mlle Bénédicte Grange, de l'institut de droit pénal et procédure pénale de l'Université de Cologne, pour la communication d'articles de doctrine allemande inaccessibles dans nos bibliothèques, et qui n'ont pas été sans influencer la conception générale de l'étude.

¹ Contra F. Terré, *Un juge créateur de droit ? Non merci !*, Arch. phil. dr. 2007 t. 50, p. 305 et s. pour qui seuls ces derniers relèvent de la création du droit : affirmer cela, c'est restreindre le sens de *création* afin d'aboutir à la conclusion voulue... et vicier le raisonnement à sa base.

² Que l'on songe seulement aux célèbres arrêts *Consorts Blicq* sur le « principe général » de responsabilité du fait d'autrui (Cass. ass. plén. 29 mars 1991, Bull. n°1, JCP 1991 II 21673 concl. Dontewille, et note J. Ghestin) ou encore plus récemment à l'arrêt *Costedoat* sur l'immunité des préposés (Cass. ass. plén. 25 février 2000, Bull. n°2, JCP 2000 II 10295 concl. R. Kessous, et note M. Billau) ; v. aussi Th. Revet, *la légisprudence*, Mélanges Ph. Malaurie, Dalloz 2005 p. 377 et s.

³ Ainsi Y. Mayaud traite-t-il la question dans les termes suivants « déclarer le droit, c'est en révéler le contenu (...) Son action ne saurait aller au-delà des textes par des initiatives qui reviendraient non plus à dire le droit, mais à le construire » (*Droit pénal général* n°126, PUF 2007). De même certains auteurs rapportent la formule de Portalis selon qui « en matière criminelle, il faut des lois précises, et point de jurisprudence ».

⁴ J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 5^e éd. Dalloz 2005, et *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 4^e éd. Dalloz 2003.

préalablement et clairement fixés. L'intensité de l'arbitraire de l'Ancien Régime étant controversée, nous n'y reviendrons pas ici⁵. L'important comme le souligne le professeur Rebut est qu'il ait été ressenti avec une force telle qu'il suscita une réaction forte de la doctrine, puis du droit positif. Ainsi les juges devaient-ils n'être plus que « la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁶ ou encore « les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur »⁷. La Révolution française a consacré positivement ce principe en le codifiant dans l'article 8 de la DDHC du 27 août 1789, selon lequel « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Le renvoi à la DDHC par le Préambule de la Constitution de 1958 a permis au Conseil constitutionnel d'intégrer cette disposition dans le bloc de constitutionnalité⁸.

Depuis, le principe de la légalité a été repris dans de nombreux autres instruments juridiques, notamment internationaux : ainsi le retrouve-t-on à l'art. 7 CESDH, à l'art. 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais aussi dans l'art. 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et enfin, à l'article 111-3 NCP disposant que « nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou par les contraventions dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

Compris dans toute sa rigueur en tenant compte de la logique qui a présidé à son institution, le principe de légalité ne semble laisser aucune place au pouvoir du juge, lequel ne devrait faire qu'une application mécanique de la loi – ou, au moins d'un texte préexistant, en admettant que « loi » puisse s'entendre au sens matériel, et non formel, ce qui s'éloigne déjà de la conception originelle du principe.

Or la légalité d'origine n'a plus rien à voir avec celle retenue de nos jours⁹. La loi n'est plus seulement descriptive d'un crime ou d'un délit, mais elle est l'expression de valeurs sociales qu'elle entend pérenniser. Parce que ce que le droit pénal incarne ne peut être que social, on y retrouve des interférences avec la morale, voire l'éthique¹⁰. C'est à notre avis la pénétration progressive de ces facteurs en matière pénale qui est à l'origine du **déclin** du principe de légalité aujourd'hui : la loi n'est plus simplement déclarative, elle est prescriptive, qualificatif entendu comme instrument d'orientation de principe des comportements individuels.

Ce déclin se manifeste par une imprécision chronique des textes pénaux,¹¹ ce qui n'est pas sans lien avec les lois de circonstances prises dans l'urgence. Certes, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ont-elles été reconnues comme des objectifs à valeur constitutionnelle sur le fondement des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC, la garantie des droits exprimée à l'article 16 ne pouvant être effective que si le citoyen possède une connaissance suffisante des normes qui lui sont opposables¹². Toutefois, les modalités étroites du contrôle de constitutionnalité *a priori* ne sont pas suffisantes pour garantir l'efficacité de ce principe :

⁵ D'autres l'ont fait : J-P Delmas-Saint-Hilaire : *1789, un nouveau droit pénal est né*, in : Mélanges Jaubert, PU Bordeaux 1992, p. 161 ; reprochant une certaine exagération, G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, 16^e ed. 1997 n°70.

⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI chap. 6.

⁷ C. Beccaria, *Des délits et des peines* (1764), Cujas 1966, § III.

⁸ Selon la logique dégagée par la décision n° 71-44 DC relative à la liberté d'association.

⁹ Y. Mayaud, *op. cit.* n°14.

¹⁰ H. Matsopoulou, *L'éthique et le droit pénal*, in Mélanges R. Ottenhof, Dalloz 2006.

¹¹ L'étude récente de M. André Giudicelli, *le principe de légalité en droit pénal français : aspects légistiques et jurisprudentiels*, RSC 2007 (n°3) p. 509 s., spéc. p. 517 et s. l'illustre parfaitement.

¹² CC n°99-421 DC du 16 décembre 1999 ; M-A Frison Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D. 2000, p. 361.

ainsi trouve-t-on de nombreuses incriminations floues, définies avec des termes comme « de quelque manière que ce soit »¹³ ou encore « par quelque moyen que ce soit »¹⁴.

Par contre, il ne nous semble pas que la marge d'appréciation laissée au juge dans la détermination de la peine (et donc le principe d'individualisation des peines) soit une exception au principe de légalité¹⁵. Certes, l'art. 34 de la Constitution prévoit que « la loi détermine les crimes et les délits ainsi que les peines qui leur sont applicables » : toutefois, cela doit se comprendre comme fixant un cadre au juge qui ne peut prononcer des peines que dans les limites fixées par la loi. Le vocabulaire même de cette disposition écarte l'idée d'exigence de peines fixes : si elles avaient été envisagées, la formulation « (...) ainsi que la peine qui leur est applicable » (sous entendant une peine par infraction) aurait été préférée... Cette disposition constitutionnelle marque un assouplissement du principe de légalité tel qu'il était conçu au XIX^{ème} siècle¹⁶ en ce qu'elle habilite le législateur à poser un cadre de peine pour chaque infraction. Mais le juge, s'il peut librement déterminer le quantum de la peine applicable ainsi que ses modalités, agit ce faisant de façon parfaitement conforme à la loi, sans outrepasser ses droits. Cet aspect sera ainsi écarté de la suite des développements.

Ce déclin de la légalité criminelle par l'utilisation d'expressions floues et extensibles à souhait, aggravé par l'inflation pénale provoquant « une dévaluation de la norme pénale dont la puissance symbolique souffre souvent d'être employée comme la clause de style de législations techniques et professionnelles qui n'engagent pas des valeurs fondamentales »¹⁷, laisse un fort pouvoir d'interprétation, qui peut parfois confiner à la limite du pouvoir du législateur, dans la mesure où la délimitation du domaine d'application de la loi relève en principe de ce dernier (I). Parfois, soit en pure opportunité, soit parce qu'une autorité supérieure l'y oblige, le juge va plus loin et empiète consciemment et explicitement sur le domaine du législateur (II).

I. Une relecture souvent maquillée de la loi pénale

En principe, l'interprétation de la loi pénale est stricte : l'affirmation se retrouve à l'article 111-4 NCP. Cette règle prend tout son sens à la lumière du principe de légalité dont elle est le corollaire naturel. Toutefois, affirmer que la loi pénale est d'interprétation stricte n'apporte rien quant aux méthodes d'interprétation à utiliser : ce n'est qu'une directive pour le juge interprète. Dès lors, plusieurs méthodes d'interprétations peuvent être envisagées. Parmi celles-ci, certaines ont été considérées comme n'étant pas pertinentes (A). Le choix s'est alors porté sur une méthode plus malléable, et donc plus obscure dans sa mise en œuvre (B).

A. Le rejet de méthodes d'interprétation extrêmes mais claires

Pour comprendre l'évolution du pouvoir des juges, il faut distinguer des méthodes d'interprétations et analyser leur pertinence en fonction d'un double facteur, celui de l'époque historique, et celui de la conformité au principe de légalité. Si les raisons qui ont conduit au

¹³ Art. 225-5 NCP : « le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit... » (et les formules ne sont pas des plus précises dans la suite de l'incrimination non plus...).

¹⁴ Facilitation de l'usage de stupéfiants, art. 222-37 : « est puni (...) le fait de faciliter par quelque moyen que ce soit l'usage de stupéfiants ».

¹⁵ Contrairement à une doctrine autorisée, comme en témoigne l'article du professeur Didier Rebut, *La légalité des délits et des peines*, RPDP 2001 p. 249 et s, spéc. p. 257. Cet auteur estime que les larges pouvoirs d'individualisation de la peine par le juge rendent le principe de légalité « très affaibli ». On ne peut approuver une telle vision des choses qu'en se basant sur une conception stricte de la légalité, comme il le reconnaît au demeurant. Mais c'est précisément cette conception qui a été aujourd'hui abandonnée par la Constitution elle-même, de sorte que l'on ne peut faire grief au juge de s'arroger des pouvoirs qu'il n'a pas. Soutenir l'inverse serait, à notre avis, anachronique.

¹⁶ *Supra* note 15.

¹⁷ D. Rebut, *op. cit.* note 15, p. 256.

rejet officiel de la méthode analogique sont à cet égard indiscutables (A), ce sont des raisons pragmatiques qui ont conduit à écarter la méthode littérale (B). La compréhension de ces raisons est essentielle à l'évaluation de la méthode *in fine* retenue.

1. *Le rejet de l'analogie, ou de la création officielle de droit*

a. *Le fonctionnement de l'analogie*

L'analogie se définit comme une méthode qui consiste à résoudre une espèce non prévue par la loi, en se réclamant de son esprit latent et en prenant pour point de départ la similitude de l'espèce donnée avec une autre que la loi a définie ou prévue dans son texte, et dans les cas extrêmes, en recourant au fondement de l'ordre juridique pris dans leur ensemble¹⁸.

En droit positif et pour exemple, cette interprétation a été illustrée par le Code pénal soviétique de 1926 en vertu duquel « si un acte socialement dangereux n'est pas expressément prévu par le présent Code, le fondement et les limites de la responsabilité encourue à son sujet sont déterminées conformément aux articles du code qui prévoient les délits dont la nature s'en rapproche le plus »¹⁹.

b. *l'analogie comme technique légistique*

De la définition même ressort la contrariété manifeste au principe de légalité, puisqu'il est donné au juge un blanc-seing pour réprimer tout acte qui lui paraît répréhensible. D'une part cela laisse place à une pénétration assumée de la politique dans les tribunaux ainsi qu'à la subjectivité de chaque juge, même si la politique menée par l'Etat n'est pas en soi choquante. Elle a d'ailleurs été préconisée par les positivistes comme moyen pour le juge de détourner le principe de légalité combattu par eux. Mais cette méthode est à tort considérée comme une technique d'interprétation. Elle est en réalité bien plus que cela dans la mesure où elle permet d'étendre le champ d'application de l'incrimination, décision qui relève normalement de la compétence législative lors de la détermination des éléments constitutifs de l'infraction. L'analogie est au fond une méthode légitimant le pouvoir créateur du juge.

Ces considérations basiques expliquent que cette méthode extrême est souvent présentée comme ayant toujours été refusée, au moins ouvertement²⁰ par les tribunaux.

Cependant, c'est une présentation inexacte. Certains exemples anciens témoignent qu'une telle méthode a été appliquée²¹. Ainsi, une loi de 1829 interdisant le fait de jeter des drogues et appâts enivrant et détruisant le poisson (ce qui visait un certain braconnage), a été étendue au déversement de tout déchet en mer pour réprimer la pollution maritime²². Cette solution n'a été légalisée que cent ans plus tard, dans un texte devenu l'article L 432-2 du code de l'environnement.

La date de ces arrêts témoigne du fait que le juge a depuis longtemps toujours pris quelques libertés avec le texte d'incrimination. Cependant, il faut reconnaître que de nos jours, cette méthode ne semble plus guère utilisée. Malgré tout, nous montrerons que la méthode préconisée par le droit positif permet d'arriver à un résultat identique. Mais avant cela, il faut s'attacher à expliquer la destinée de la méthode littérale, qui paraît a priori la plus conforme au principe de légalité.

¹⁸ L. Jimenez de Asua, *L'analogie en droit pénal*, RSC 1949 p. 187 et s.

¹⁹ Article 16.

²⁰ Quant à l'utilisation de cet adverbe, nous renvoyons *infra* I. B. 2. b., sur les critiques théoriques à l'interprétation téléologique.

²¹ J-H Robert, *Droit pénal général*, 6^e ed. PUF 2005, p. 201 : l'auteur cite d'autres exemples, pour lesquels il est permis d'hésiter s'il s'agit d'une interprétation analogique ou téléologique.

²² Crim. 27 janvier 1859, S 1859 I 364 2^e arrêt.

2. Le rejet de la méthode littérale, ou de la stricte déclaration du droit

a. une méthode légaliste

C'est ici la lettre de la loi qui compte, non une possible proximité entre le comportement de l'agent dans l'affaire considérée et le comportement incriminé. Cette méthode permet ainsi un strict respect du principe de légalité et rend justice aux fonctions éducatives et préventives du droit pénal, dans la mesure où chaque citoyen pourra prévoir, à la lecture du texte pénal, les comportements prohibés. Les trois formules qui peuvent en définir les principes montrent que c'est une méthode favorisant la prévisibilité du droit, et donnant par là même toute sa force à la maxime *nemo censetur legem ignorare*. Ces principes sont²³ :

- *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* : quand la loi veut dire quelque chose, elle le dit ; quand elle ne veut pas, elle fait silence.
- *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ; là où la loi ne distingue pas, nous n'avons pas le droit de distinguer.
- *Inclusio unius, exclusio alterius* : si une chose est incluse dans la loi, toute autre chose en est exclue.

b. une méthode stérile

Cette méthode est convaincante au premier abord en ce qu'elle paraît, par son objectivité (le critère unique étant la lettre du texte) éviter les écueils de la subjectivité. Mais si on pouvait comprendre qu'elle soit prônée par Montesquieu et Beccaria au moment de la naissance du principe de légalité en raison de la rupture voulue avec l'Ancien Régime et même appliquée à une époque par la Cour de Cassation²⁴, force est de constater que ses conséquences s'accordent mal avec l'érosion constatée plus haut du principe de légalité. En effet, si un terme de la loi est vague – ce qui nous l'avons montré est de plus en plus souvent le cas – le juge ne pouvant aller au-delà de la lettre, devrait relaxer ou acquitter le prévenu ou l'accusé au bénéfice du doute. Ainsi, l'adage *in dubio pro reo* ne se limiterait pas à des hypothèses de doutes sur le déroulement des faits et la participation de la personne concernée, mais aussi en cas de doute sur l'applicabilité d'une règle de droit²⁵.

Au-delà de cette conséquence qui pourra choquer certains, une autre conséquence de cette méthode explique son rejet en tant que seule méthode appropriée. Nous visons ici les hypothèses où la loi serait dépassée par la réalité. En vérité, ce complexe de cas regroupe deux sous hypothèses :

- les cas où le législateur ou le pouvoir réglementaire n'aura pas envisagé toutes les possibilités techniques de commission de l'infraction qu'il a entendu réprimé. Dans ce cas, le juge serait obligé de refuser de condamner la personne qui se tient devant lui et d'appeler instamment le législateur à compléter la rédaction de la loi.
- les cas où la loi est dépassée par le progrès technologique (nouvelles technologies, informatique...). Ici, les lois devraient être réécrites en fonction de ces progrès (très rapide à notre époque) pour pouvoir être appliquée à ces hypothèses.

Ces exemples font apparaître les limites de la méthode d'interprétation littérale, et mettent à jour son caractère paralysant qui empêche toute dynamique dans l'application de la loi, l'essoufflement du législateur étant inéluctable s'il devait la suivre rigoureusement. Des auteurs ont à juste titre remarqué qu'elle exagère le rôle du législateur, et anéantit celui du

²³ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel* n° , Vol. 1, 7^e éd. Cujas 2001.

²⁴ Crim. 11 mars 1831, S 1831 I 147.

²⁵ En 1858, l'exégète Mourlon tenait pour acquis, qu' « en matière criminelle, le silence ou l'obscurité de la loi profite toujours à l'accusé, qui doit être absous », in : *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. 1 Paris 1858 p. 60.

juge²⁶ ; d'autres, à une époque où elle était encore ancrée dans les esprits, l'ont même condamnée comme « contraire à la raison »²⁷.

C'est ainsi que cette méthode est présentée par la doctrine contemporaine comme un « système en principe exclu »²⁸. L'exclusion de cette méthode semble de fait avoir été admise par la jurisprudence : elle a considéré par principe que l'application de la maxime *in dubio pro reo* à des incertitudes issues du texte d'incrimination conduirait à un déni de justice prohibé par l'article 4 du Code civil, applicable en matière pénale²⁹. D'autre part, on peut constater l'abandon effectif de cette méthode à un exemple particulier : celui de l'interprétation de l'article L 121-36 du code de la consommation définissant les loteries publicitaires soumises à réglementation pénalement sanctionnée « les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants »³⁰. Prise à la lettre, cette disposition vise les loteries qui déclarent que tous les participants recevront un lot. La Cour de cassation adopta une autre position, estimant que la fait d'éveiller l'espérance d'un lot chez chaque participant suffisait³¹.

L'écart de la technique analogique se comprend aisément au regard du principe de légalité et tendrait à laisser penser que le juge est réduit à un rôle mécanique d'application de la loi pénale. Cependant, les arguments qui ont conduit au rejet de la méthode littérale introduisent déjà l'idée que le rôle du juge ne doit pas être limité à une telle application de la loi (v. l'expression de MM. Merle et Vitu citée *supra*). C'est ainsi que l'on a voulu trouver une méthode intermédiaire, la méthode dite téléologique.

B. Le choix d'une méthode d'interprétation médiane mais obscure

Après avoir exposé la méthode accompagnée d'illustrations critiquables au regard de l'article 111-4 NCP (1), nous montrerons, en analysant son système de fonctionnement, que cette méthode rend très délicate la distinction entre ce qui reste dans le domaine de l'interprétation, et ce qui relève du domaine de la création du droit, entendue comme ce qui *normalement*, devrait relever de la compétence du législateur ou du pouvoir réglementaire (2). Ce glissement favorisé entre interprétation et création du droit introduit une certaine flexibilité, une certaine latitude dans les pouvoirs du juge, qui a ainsi les moyens de devenir une *source occasionnelle*, même si non naturelle, de droit.

1. la pratique de l'interprétation téléologique

a. l'exposé de la méthode

Cette méthode attache plus d'importance à l'esprit du législateur qu'à la lettre de la loi (du grec *τελος* = le but). C'est l'intention du législateur qu'il faut rechercher afin de découvrir la signification de dispositions dont le sens n'apparaît pas évident, ou dont la rédaction est vague. L'idée sous jacente est en effet que le sens d'une disposition peut ne pas apparaître évident en raison d'un décalage entre l'intention de son auteur et ce qu'expriment les mots

²⁶ R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* n°169 *in fine*.

²⁷ F. Hélie, *De l'interprétation de la loi pénale*, Revue critique de législation et de jurisprudence 1854 p. 97 et 220.

²⁸ J-H Robert, *Droit pénal général* p. 192. Toutefois l'exemple qui est toujours cité (Crim. 8 mars 1930, D. 1930 I 101) paraît discutable, au moins quant à sa généralisation dans la mesure où il s'agissait ici d'une loi absurde qui disposait en effet qu'« il est interdit aux voyageurs de descendre ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté ». Pris au mot, cela imposait aux voyageurs de descendre du train en marche...

²⁹ Crim. 12 mars 1984, D. 1985, 1, note F. Waremberg-Auque.

³⁰ On retrouvera l'exemple chez J-H Robert, *Droit pénal général*, p. 194.

³¹ Crim. 30 oct. 1995, Bull. n°334.

utilisés³². Elle confère dès lors un pouvoir beaucoup plus important au juge que la méthode littérale. Deux implications le confirment :

- le juge ne sera pas obligé de relaxer ou acquitter en cas de doute sur l'interprétation à préférer.
- La méthode permet au juge de dépasser le carcan du verbe pour déterminer l'intention de l'auteur, l'idée étant que les mots peuvent ne traduire que de manière imparfaite l'intention du législateur, et que dans ces cas, le juge est appelé à reconstituer la règle de droit pour lui donner toute sa portée : il en redéfinit en quelque sorte les contours.

Quels sont alors les moyens dont dispose le juge pour identifier cette intention ? Il va tenir compte de l'histoire, du contexte socio-économique, des travaux préparatoires, de la place du texte de référence au sein de la codification (titre, chapitre dans lequel elle est enserrée), ou encore des éventuels conditions préalables et faits justificatifs spéciaux qui sont « souvent les meilleurs révélateurs des enjeux de l'incrimination et des valeurs pénalement protégées »³³. Ces éléments ou critères d'appréciation de la volonté du législateur paraissent assez objectifs, mais il suffit d'exposer quelques exemples pour se convaincre qu'ils permettent au juge d'étendre le champ d'application des lois en négligeant la lettre du texte, décision qui relève notamment de l'autorité compétente pour édicter le texte d'incrimination. Le résultat auquel aboutit la mise en œuvre de cette méthode n'est certainement pas indifférent au fait que les tribunaux l'ont clairement validée³⁴.

b. Exemples de la dérive de la méthode

Le but n'est ici que d'illustrer notre propos, et en aucune façon de prétendre à l'exhaustivité : il eut fallu pour ce faire passer en revue toutes les infractions de droit pénal spécial. Nous nous cantonnerons à deux exemples topiques : l'abus de confiance (α) et le vol (β).

α – l'incrimination d'abus de confiance (314-1 NCP)

« L'abus de confiance est le fait, par une personne, de détourner, au préjudice d'autrui des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

C'est particulièrement à propos de l'objet de l'infraction, à savoir le « bien quelconque » et de sa remise que la dérive interprétative est la plus manifeste.

Le fait que des biens immatériels puissent être l'objet de l'infraction n'apparaît pas contestable au nom de l'interprétation stricte : en effet, la conception civiliste du mot bien renvoie actuellement tant aux biens corporels qu'incorporels³⁵. Dès lors, même si certains auteurs³⁶ ont contesté la solution de la Cour de cassation assimilant un numéro de carte bancaire à un bien quelconque³⁷ rompant avec son ancienne jurisprudence³⁸, elle ne nous paraît pas témoigner d'une extension du champ d'application de la loi.

³² R. Walter, *Das Auslegungsproblem im Lichte der reinen Rechtslehre*, in : Festschrift f. U. Klug, p. 187 et spéc. p. 188.

³³ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, n°137.

³⁴ Crim. 21 janvier 1969, Bull. n°38 (3^{ème} arrêt) « le juge répressif est *en droit*, sans violer le principe de la stricte application de la loi pénale, de retenir l'intention du législateur et *de définir le domaine d'application d'un texte* » (nous soulignons).

³⁵ Cette observation renvoie de façon incidente à la question de savoir à quel moment se placer pour apprécier la volonté du législateur. Doit-on penser qu'il faut limiter les applications de la loi à ce que voulait le législateur qui en est à l'origine ? Ce serait neutraliser l'intérêt de la méthode téléologique par rapport à la méthode littérale, et cette solution ne nous paraît donc pas souhaitable. Il faut bien plus se placer, pour la compréhension des mots, au moment où le destinataire de la loi – qu'il faut lui appliquer ou non – a agi.

³⁶ Cf. l'article de M. Véron, *l'abus de confiance, son extension dans l'espace et dans le temps*, Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2006.

³⁷ Crim. 14 novembre 2000, D. 2001 jur. p. 1423 note B. de Lamy ; RSC 2001 p. 385 obs. R. Ottenhof.

³⁸ Crim. 9 mars 1987, JCP G 1988 II 20913 note A. Devèze.

Mais bien plus discutable par rapport à la directive d'interprétation stricte est l'assimilation d'un simple projet, non matérialisé (un numéro de carte l'est sur la carte, c'est lui qui fait sa valeur) et qui plus est conçu par la personne à qui l'on impute le détournement, à un bien quelconque. Ainsi, le pourvoi faisait valoir dans sa première branche que le projet ne pouvait constituer un bien qui lui aurait été remis, dans la mesure où c'est lui-même qui l'a élaboré. Pour réfuter l'argument, la Cour de cassation estime que le projet était « la propriété de son employeur, et dont il n'était devenu que détenteur »³⁹. Il faut avouer qu'une telle remise fictive s'accommode mal de l'exigence d'interprétation stricte de l'incrimination, d'autant plus pour une œuvre de l'esprit. D'ailleurs, il n'est pas sûr que l'employeur était effectivement propriétaire du projet. Tout dépend en effet de la qualification que l'on attribue à celui-ci en fonction des critères du Code de la propriété intellectuelle. S'il s'avère être une œuvre de l'esprit (critères d'originalité et de nouveauté), alors c'est le préposé qui en est effectivement propriétaire, de sorte que la solution devient bancale.

Sur la qualité de « bien quelconque » du projet, la Cour de cassation ne se prononce pas, alors que la seconde branche du pourvoi l'y invitait, même si de façon un peu maladroite. Au plus répond elle de façon incidente en remarquant que l'agent a disposé du projet « comme d'un bien propre ». On peut regretter que la réponse soit si laconique (la qualification de bien n'est pas évidente, même en droit civil⁴⁰) mais on regrettera davantage que le pourvoi n'ait pas argué de la violation de 111-4 par les juges du fond.

On remarque ici une extension manifeste du champ d'application de la loi pénale par le juge. C'est la première étape de la création du droit, tout comme c'est la première étape du processus législatif.

β- l'incrimination de vol (311-1 NCP)

« Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Or l'expression « soustraction frauduleuse » a fait l'objet d'une extension démesurée, voire d'une dénaturation. Dans son ouvrage, le professeur Robert nous explique la méthode de raisonnement des juges sur fond de téléologie⁴¹ :

- le juge commence par identifier ce qui ne tombe assurément pas sous le coup de l'incrimination : le législateur ne voulait sûrement pas réprimer la remise volontaire d'une chose consentie par la propriétaire.
- A partir de ce constat, doit être incriminé, à suivre cette façon de raisonner, tout ce qui s'éloigne peu ou prou de ce modèle qui constitue pour ainsi dire la circonscription extérieure du texte d'incrimination. Dès lors, un dément⁴² ou une personne induite en erreur⁴³ pourra se prétendre victime d'un vol, quand bien même elle aurait elle-même remis la chose, sans qu'aucune contrainte ne soit exercée à son égard. De même en cas de soustraction temporaire : du moment que cet « emprunt » n'est pas consenti, la chambre criminelle le qualifie de vol⁴⁴. Là aussi, c'est une extension du champ d'application de la loi, relevant normalement du législateur⁴⁵.

On voit bien le vice dans cette dénaturation de l'infraction de vol permise par l'interprétation dite téléologique. Le juge par d'une hypothèse qui n'est pas incluse dans la loi pour y faire

³⁹ Crim. 22 septembre 2004, RSC 2005 p. 852, obs. R. Ottenhof.

⁴⁰ Certes le droit pénal est caractérisé par une autonomie des qualifications. Cependant il serait curieux (mais c'est aussi très pratique) que celle-ci soit utilisée afin d'élargir au maximum les notions.

⁴¹ *Droit pénal général*, p. 197.

⁴² Crim. 26 juin 1974 Bull. n°243.

⁴³ Crim. 24 octobre 1972 Bull. n°306.

⁴⁴ Crim. 19 février 1959, D. 1959 I 331 note G. Roujou de Boubée : soustraction temporaire d'un véhicule.

⁴⁵ La meilleure preuve n'est elle pas que le législateur allemand a éprouvé la nécessité d'incriminer *spécialement* cette hypothèse, distinctement du vol au § 248 b StGB ? En effet l'interprétation retenue de l'« appréhension illégale » par la doctrine et la jurisprudence n'autorise pas d'y assimiler le *furtum usus* (Lackner/Kühl, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* § 242 n°24, 26è éd. 2007).

contenir toutes les autres. Or il n'est pas sûr que l'hypothèse de référence isolée par le juge pénal soit la seule que le législateur ait entendu tenir hors de portée de l'incrimination. En procédant de telle sorte, le juge s'assure la mainmise sur la redéfinition du champ d'application des infractions, droit que les juges suprêmes avaient explicitement accordé à l'ensemble des juges répressifs dans l'arrêt précité de 1969⁴⁶. Mais on touche déjà là aux faiblesses intrinsèques de la méthode, qui permettent un glissement entre l'interprétation et la création du droit.

2. De l'interprétation à la création du droit

Nous allons d'abord mettre en lumière les causes permettant ce glissement constaté à l'aide des exemples précédents (a). Nous verrons ensuite qu'il existerait une méthode d'identifier la frontière entre les deux (b) mais que le recours à celle-ci est vain dans le système français en raison des procédés techniques de cassation (c).

a. L'influence évidente de la subjectivité.

Comme on l'a vu, la méthode téléologique laisse une place importante à l'action du juge. C'est ainsi que certains auteurs ont parlé d'une méthode qui « permet de donner à la loi sa capacité maximale d'extension »⁴⁷. Ainsi en choisissant cette méthode, on était conscient de contourner sans le dire le principe de l'interprétation stricte, et implicitement de permettre occasionnellement au juge d'empiéter sur les plates bandes du législateur (ou de l'exécutif selon la nature de l'incrimination).

La méthode consiste à rechercher l'intention du législateur afin de déterminer la *ratio legis*. Fort bien ! Mais les juges peuvent très bien assigner au législateur une volonté qui n'était pas la sienne, mais en réalité celle du juge lui-même, qui entend appliquer une certaine politique criminelle⁴⁸. On retombe en réalité dès lors dans l'analogie, méthode officiellement rejetée. On voit ici que la frontière est plus ténue qu'on ne le pense. D'autre part, la recherche du but du législateur peut conduire à dépasser de beaucoup la lettre du texte pénal, ce qui n'est pas pour favoriser l'impératif de sécurité juridique⁴⁹. En réalité, le juge se comporte donc comme le législateur lui-même, mais à une échelle différente : le législateur édicte des normes générales destinées à orienter les comportements, alors que le juge tranche la question de savoir si un comportement, une fois adopté est susceptible d'entrer dans le champ d'application de la loi. Pour ce faire, il doit reconstituer la loi, au-delà de l'imperfection⁵⁰, voire de l'impuissance du vocabulaire. Le magistrat va donc devoir émettre un jugement de valeur quant au comportement, comme le législateur lorsqu'il décide d'incriminer ou non un comportement. A cause de cette différence d'échelle, inhérente à la structure même de l'Etat de droit, le juge recevrait du législateur une *compétence normative*⁵¹.

Mais peut-on dès lors distinguer en pratique ce qui relève de l'interprétation à proprement parler de ce qui relève de la création du droit⁵² ? Il y aurait un moyen objectif, à savoir le sens des mots.

⁴⁶ *Supra* note 34.

⁴⁷ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1 n°170.

⁴⁸ A cet égard la présentation des méthodes d'interprétation par J-H Robert est très significative : dans sa section consacrée aux « systèmes pratiqués », il commence par détailler « I. L'existence d'une politique criminelle », *Droit pénal général* p. 198. Il est – sauf erreur de notre part – le seul à adopter cette présentation de la matière.

⁴⁹ R-D Herzberg, *Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung*, NJW 1990 pp. 2525 et s.

⁵⁰ Imperfection qui peut être voulue (termes délibérément vagues) ou non.

⁵¹ En ce sens B. Schünemann, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittpunkt von Sprachphilosophie, Staatsverfassung, und juristischer Methodenlehre*, in Festschrift f. Ulrich Klug, Vol. 1, 1983, p. 169 et spéc. p. 179 et 180. Le mot « Rechtsschöpfungskompetenz » est expressément utilisé par l'auteur.

⁵² Ce qui implique selon nous qu'il y a une différence entre les deux. En effet, certains auteurs soutiennent que le juge, s'il se repose sur un énoncé législatif, crée la véritable norme à chaque application concrète en donnant à l'énoncé sa véritable portée. Ainsi R. Guastini, *Interprétation et description de normes*, (in : P. Amselek (dir.) *Interprétation et droit*, P.U Aix-Marseille / Bruylant, 1995 p. 89 et spéc. 101) : « la signification des textes

b. La frontière improbable de l'objectivité

On pourrait songer à tirer du sens courant des mots le critère de délimitation pertinent entre interprétation de la loi et création de droit. C'est le critère retenu en droit allemand qui s'est prononcé pour une téléologie objective. D'après celle-ci, le juge doit prendre garde à ne pas interpréter le texte au-delà du sens que les mots utilisés reçoivent dans le langage courant. Si le juge va au-delà, il pénètre alors le champ de la création du droit. Seule la volonté du législateur telle qu'elle est exprimée dans le texte peut être connue du citoyen : c'est dans cette perspective qu'il convient de l'appliquer.

Ainsi le sens courant des mots aurait une double fonction : il serait un moyen de déceler la signification de terme juridique conformément à l'idée que peut s'en faire le justiciable, destinataire des textes pénaux à titre préventif, et à un stade procédural plus avancé, de savoir si le juge se trouve dans le domaine d'interprétation téléologique généralement reconnu, ou dans le domaine de la création du droit où il doit se montrer plus prudent⁵³.

Toutefois, le droit français à en croire la présentation de certains, ne semble pas avoir pris le parti d'une téléologie objective, mais bien plus subjective⁵⁴. Or cela révèle une zone floue qui permet aux promoteurs de la thèse adverse d'affirmer que tout relève de l'interprétation, et rien de la création. Mais nous rappellerons qu'une téléologie purement subjective se rapproche de l'analogie dans ses effets, et donc de la création du droit, de sorte qu'il faut, pour avoir une vision exacte des choses, que le commentateur ou l'analyste utilise *a posteriori* ce critère pour identifier de quelle technique procède l'action du juge, au cas par cas.

c. le problème de la technique de cassation

Si la Cour de cassation ne contrôle pas l'appréciation des faits, elle contrôle l'interprétation stricte de la loi pénale : l'article 111-4, s'il n'est qu'une directive pour le juge du fond n'en est pas moins une règle de droit, droit dont l'application « uniforme » est assuré par la Haute Juridiction. Des arrêts peuvent laisser penser que le contrôle est *strict*.

Ainsi dans un arrêt récent rendu par la chambre criminelle en date du 21 février 2007⁵⁵. La question était relative à l'élément matériel du viol (222-23 NCP) défini par le texte comme tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui. En l'espèce, un médecin avait forcé des jeunes patientes à introduire dans leur bouche un objet de forme phallique recouvert d'un préservatif. La cour d'appel avait estimé que les faits avaient été commis « dans un contexte sexuel » et retenu que l'auteur avait « exprimé la volonté d'accomplir un acte sexuel ». Se contenter d'une représentation subjective de l'objet aboutit à étendre « sinon sans limite, au moins de manière tout à fait excessive et donc dangereuse le champ d'application de l'incrimination »⁵⁶. La cassation fut donc prononcée. On notera toutefois que la position de la juridiction suprême était inverse jusqu'à cet arrêt⁵⁷.

A vrai dire, loin d'être systématique, ce contrôle est d'*opportunité*, et varie selon la politique criminelle officieusement menée.

normatifs est une variable dépendant de l'interprétation » (...) il s'ensuit que « l'interprétation est un discours constitutif (et non déclaratif, nous soulignons) ».

⁵³ Sur cette double fonction, voy. B. Schünemann, *op. cit. supra* note 51 p. 181, réfutant des arguments considérant ce critère comme inopportun ou inopérant ; sur l'argument tiré de la fonction préventive des textes pénaux, *ibid. Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im besonderen Teil des Strafrechts*, in : Festschrift f. P. Bockelmann, 1979, p. 117 et spéc. p. 123 *in fine*.

⁵⁴ J. Pradel, *Droit pénal général* n°183 distingue entre l'esprit du législateur et l'esprit de la loi : seul le premier serait important dans le cadre de la méthode téléologique. Cela rejoint parfaitement la distinction entre *Wille des Gesetzgebers* (volonté du législateur) et *Wille des Gesetzes* (volonté de la loi, sous entendue volonté du législateur uniquement dans la mesure où elle est exprimée par les mots de la loi).

⁵⁵ Bull. n°61, RSC 2007 p. 301 obs. Y. Mayaud.

⁵⁶ D. 2007 pan. p. 2633.

⁵⁷ Crim. 6 décembre 1995, Bull. n°372, RSC 1996 p. 374 obs. Y. Mayaud.

En effet, on a montré dans les exemples énoncés plus haut que la Cour de cassation avait rejeté validé des arrêts d'appels retenant une « interprétation » que l'on pouvait qualifier de tous les adjectifs sauf celui de strict.

Cela tient à ce que la Cour de cassation procède par voie d'affirmation de principes, dont certains, de l'aveu même de hauts magistrats « ne convainquent guère »⁵⁸. L'exemple déjà cité de l'arrêt du 9 septembre 2004 à propos de savoir si un projet est un « bien quelconque » au sens de l'article 311-4 NCP est topique : la Cour de cassation affirme que son concepteur en a disposé « comme d'un bien propre ». Un juriste étranger se serait attendu à ce que la Cour de cassation développe les différents arguments pour ou contre la qualité de bien et prenne position⁵⁹. Mais ce n'est pas dans la tradition juridique française. C'est d'autant plus regrettable que la Cour de cassation oblige les juges du fond à motiver leur décision en les censurant au besoin pour défaut ou contradiction de motifs, et ne se soumet pas à l'obligation qu'elle leur impose.

Parfois même, le principe de l'interprétation stricte peut servir d'*alibi* à l'affirmation d'un principe que l'on ne saurait officiellement justifier autrement. Ainsi en est-il de l'arrêt d'assemblée plénière du 29 juin 2001⁶⁰ concernant l'applicabilité de l'incrimination d'homicide involontaire sur l'enfant à naître. A la décharge de la position de la Cour de cassation, on peut tenter de faire valoir que l'interprétation stricte a beaucoup moins de sens pour les infractions non intentionnelles que pour les infractions intentionnelles⁶¹. En effet, la fonction préventive imprègne davantage les seconde que les premières. Cependant on fera valoir deux arguments contre cette position. D'abord, la loi ne distingue pas : bien plus, l'article 111-4 est inséré parmi les dispositions générales de la loi pénale (Titre premier, Chapitre premier), lesquelles, si les mots ont un sens, s'appliquent à toutes les dispositions « spéciales » dudit Code. Enfin, on peut se demander pourquoi la Cour de Cassation s'appuie sur cet article dans l'affaire considérée s'il n'a aucun sens. Quoi qu'on en pense, on ne peut le mettre de côté dans l'analyse de la décision. Dès lors, on ne comprend plus la décision, et l'on voit que l'interprétation stricte n'est qu'un maquillage. En effet la loi de 1975 sur l'IVG, qui disposait que « la loi garantie le respect de tout être humain dès le commencement de la vie (...) il ne saurait être porté atteinte à ce principe que dans les conditions de la présente loi », ce qui implique que la loi de 1975 entendait protéger le fœtus par le droit commun⁶². Ainsi, la Cour de Cassation manipule le principe d'interprétation stricte pour arriver à prononcer une solution à la limite du *contra legem*.

Ces exemples suffiront à montrer que l'affirmation de principes, méthode dont use (on n'osera dire abuse) notre Haute Juridiction, est propice à l'extension ou la restriction du champ d'application des textes d'incrimination, et donc à une décision modifiant l'état du droit, relevant normalement du législateur⁶³. Si l'on n'ira pas jusqu'à dire que la Cour de cassation fait œuvre de législateur à chaque fois qu'elle affirme un tel principe, on se permettra de remarquer que l'absence d'argumentation, empêche de distinguer clairement ce qui relève de l'interprétation, ou de la composition.

⁵⁸ A. Touffait et A. Tunc, *Pour une motivation plus explicites des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, RTD civ 1974 p. 487, spéc. p. 490.

⁵⁹ Formellement, les arrêts de la Cour fédérale allemande sont exemplaires : une argumentation scolaire souvent de plusieurs pages, toujours très structurée, y est développée, avec des références aux précédents ainsi qu'à la doctrine. Ce n'est pas pour cela que les solutions sont toujours incontestables au fond, mais l'analyse en est au moins facilitée...

⁶⁰ Cass. ass. plén. 29 juin 2001, JCP 2001 II 10569 rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, obs. M-L Rassat.

⁶¹ Les annotateurs n'ont pas relevé cet aspect. Mlle le Professeur D. Mayer l'a évoqué lors d'une intervention sur le statut pénal du fœtus présenté le 29. 11. 2007 dans le cadre de ce séminaire.

⁶² En ce sens M-L Rassat, obs. précitées *supra* note 60.

⁶³ D'ailleurs, un auteur a relevé dans l'affaire de l'enfant à naître que « sous couvert d'interprétation stricte (...) cette jurisprudence opère bien dépenalisation. Sa formulation est révélatrice à cet égard ». A. Prothais, *La tentation pour le juge de refaire la loi pénale*, Mélanges B. Bouloc, Dalloz 2006 p. 909 et spéc. 920.

Il est toutefois des cas où ces principes contreviennent directement à la loi : c'est vers eux que nous nous tournons à présent, par lesquels le juge abandonne le terrain de l'interprétation des textes pénaux pour modifier ouvertement ces textes.

II. Une réécriture assumée de la loi pénale

Cette réécriture équivaut à une réfaction, voire une correction de la loi pénale de la propre initiative du juge. Elle se présente sous deux aspects : soit il s'agit d'une *pure initiative* du juge qui affirme un principe contraire à la loi (A), soit le juge agit sur le fondement d'un texte juridiquement supérieur à celui qu'il doit appliquer. C'est la forme la plus aboutie du pouvoir normatif du juge pénal, puisque dans cette hypothèse, il sera *autorisé* à se comporter en tant que législateur (B).

A. Les interventions « autoritaires » du juge pénal

La prise d'initiative du juge se traduit soit par une réfaction (1), soit plus radicalement par une éviction (2) de la loi pénale.

1. La réfaction de la loi pénale

Le juge va utiliser plusieurs méthodes pour réécrire la loi pénale. On peut tenter de les exposer de la plus douce – mais pas la moins contestable – à la plus rigoureuse : il peut user de la technique de l'*obiter dictum* (a), statuer délibérément *contra legem* et non plus simplement *praeter legem* (b), ou encore recourir, dans des hypothèses il est vrai moins fréquentes en nombre, au concept d'indivisibilité pour étendre l'application de la loi française qui n'aurait pas été applicable en vertu d'une application stricte des règles relatives à ce sujet (c).

a. Le recours à l'obiter dictum

L'*obiter dictum* est utilisé comme moyen de communication entre les juges et la pratique, notamment en matière civile : il permet notamment quelquefois d'anticiper les revirements de jurisprudence et donc d'en limiter l'imprévisibilité et partant, les conséquences parfois désastreuses de l'effet rétroactif qu'il a par définition⁶⁴. En matière pénale, on le constate plus rarement. Si la chambre criminelle l'utilise avec parcimonie, on pourrait s'attendre à ce que ses interventions soient parfaitement mesurées : or une hypothèse récente montre qu'il n'en n'est rien.

Il s'agit d'un important arrêt rendu dans le cadre de l'affaire du sang contaminé par le virus du sida⁶⁵. La question en l'espèce était relative à l'applicabilité de l'incrimination d'empoisonnement (art. 221-5 NCP) à une telle contamination. La chambre de l'instruction avait motivé son arrêt de non lieu par le fait que la preuve n'était pas rapportée que les personnes poursuivies avaient eu connaissance du caractère nécessairement mortifère des produits sanguins administrés. Nonobstant le fait que le rejet du pourvoi par la Cour de cassation était justifié par ce seul motif⁶⁶, la Haute Juridiction va plus loin en affirmant :

« en effet, le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteintes volontaires à la vie de la personne ».

Ce motif de droit est non seulement superfétatoire comme on l'a vu, mais surtout inexact.

⁶⁴ A ce titre, l'éditorialiste du Recueil Dalloz, F. Rome, a appelé dans l'un des numéros de cette année à un recours plus fréquent à cette technique.

⁶⁵ Crim. 18 juin 2003, Bull. n°127, D. 2005 jur. p. 195, note A. Protais ; v. aussi JCP 2003 II 10121, note M-L Rassat, évoquant le contexte de l'affaire avant d'analyser l'arrêt en lui-même.

⁶⁶ L'exigence de la connaissance du caractère mortifère n'est pas discutée, dans la mesure où tout crime ou délit suppose une intention, et que sans cette connaissance, il ne saurait y avoir intention d'empoisonner : J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial* 4^e éd. Cujas 2007 n°30.

- D'une part, l'introduction par « en effet » impliquerait une relation d'induction entre le défaut de preuve rapportée exprimé auparavant et l'*obiter dictum* : or il n'y a absolument aucun lien de causalité entre le défaut de preuve de la connaissance du caractère mortifère des produits et l'absence d'intention homicide.
- D'autre part, l'affirmation selon laquelle le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé « que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort » est en contradiction avec la nature même du crime d'empoisonnement, voire même avec sa lettre. En effet, cet article prévoit qu'est constitutif d'un empoisonnement le « fait d'attenter à la vie d'autrui », de sorte que l'intention corrélatrice qui doit être exigée n'est que l'intention d'attenter à la vie, non une intention homicide. En réalité l'intention homicide résulte d'une application de l'article 121-3 NCP⁶⁷ au crime de meurtre prévu à l'article 221-1 NCP. D'ailleurs, la Cour de cassation justifie cette position en estimant que l'intention homicide est un élément moral commun aux deux infractions.⁶⁸ Apparemment cette conception paraît défendable par le fait que les deux incriminations se situent dans une section relative aux atteintes volontaires à la vie. En réalité, la nature des deux infractions est différente : si l'article 221-1 vise le fait de donner la mort et exige donc l'intention homicide corrélatrice, l'article 221-5 ne vise que le fait d'attenter à la vie d'autrui. Ainsi la place de l'article 221-5 au sein des atteintes volontaires à la vie relève davantage d'une maladresse de rédaction que d'une réalité structurelle⁶⁹. L'empoisonnement est un attentat, non une atteinte : c'est là son originalité conceptuelle⁷⁰. Cette conception est confortée par la présentation que l'on fait généralement de l'empoisonnement comme infraction formelle : il en est même l'exemple type⁷¹. La particularité de ces infractions est qu'elles sont consommées indépendamment de tout dommage, ce qui s'accommode mal de l'exigence d'une intention dirigée vers un certain résultat, dont la réalisation effective n'aura aucune conséquence.

b. la technique du contra legem

Les exemples les plus éclatants peuvent être vus en matière de prescription de l'action publique. Selon l'article 7 du Code de procédure pénale, la prescription de l'action publique en matière de crimes commence à courir « à compter du jour où le crime a été commis ». Il en va de même pour les délits et les contraventions, même si la précision ne figure pas expressément aux articles 8 et 9 : en effet, ceux-ci renvoient à l'article 7 quant aux modalités de la prescription.

La Haute Juridiction témoignant d'une attitude hostile à l'égard de cette institution, a multiplié les « règles » dérogoires à ce principe de computation du délai afin de retarder au maximum le point de départ de la prescription.

α- Les atteintes involontaires à la vie

Ainsi en matière d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique : selon le principe énoncé par le Code, il conviendrait de se référer (sans le prendre en compte en tant que dies a quo) au jour où l'agent a agi. Mais la jurisprudence a décidé d'adopter une autre solution, ne laissant courir le délai qu'à partir du moment où le dernier élément constitutif de l'infraction

⁶⁷ « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

⁶⁸ A dire vrai, elle va plus loin en affirmant que c'est l'élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres atteintes volontaires à la vie » (et donc au meurtre, nous soulignons). Mais nous montrerons que seulement entre empoisonnement et meurtre, l'assimilation est inexacte.

⁶⁹ Ph. Conte, *Droit pénal spécial* p. 14, 2^e éd. Litec 2005.

⁷⁰ A. Prothais, *op. cit. supra* note 63, p. 913.

⁷¹ J. Pradel, *Droit pénal général*, n°398 ; B. Bouloc, *Droit pénal général* n°227, 20^e éd. Dalloz 2007.

s'est accompli⁷². Comme l'a remarqué la doctrine⁷³, cette solution se caractérise par sa sévérité, dans la mesure où le résultat dommageable peut survenir longtemps après la commission strictement entendue. Le point de départ est dès lors retardé au jour de la survenance du dommage.

β- La théorie de la dissimulation

Cette théorie joue surtout en matière d'infractions d'affaires, à savoir en matière d'abus de biens sociaux et d'abus de confiance. Elle a pour objectif de prendre en considération le caractère occulte de l'infraction, lequel ne facilite évidemment pas les poursuites, pour retarder d'autant le point de départ de la prescription. Or comme l'a fort bien fait remarquer un auteur récemment, tous les faits délictueux ne sont pas flagrants, ils sont plutôt occultes, car l'agent prend toutes les précautions nécessaires pour ne pas être surpris au moment de la commission des faits⁷⁴. De la sorte, il devient très délicat de justifier l'attitude de la Cour de cassation au motif que ces hypothèses n'auraient pas été envisagées par le législateur de 1958, la clandestinité de l'acte étant pour ainsi dire psychologiquement inhérente à sa nature délictueuse.

En matière d'abus de confiance⁷⁵, la jurisprudence considère depuis longtemps que la dissimulation fait obstacle au jeu normal de la prescription : la raison en est que l'agent, en endormant la méfiance du mandant commettait une sorte de manœuvre qu'il fallait déjouer⁷⁶. Le point de départ de la prescription est alors repoussé au jour où le détournement est apparu et a pu être constaté⁷⁷. Cette solution s'entend en réalité du jour où la victime, si elle avait été normalement diligente, aurait dû se rendre compte de l'existence de l'infraction. Mais on peut relever des arrêts de juges du fond qui n'ont pas hésité à retarder encore plus le point de départ au jour où la victime prétendait avoir effectivement découvert l'infraction⁷⁸ : on notera que du mensonge de la victime pourra dépendre l'exercice des poursuites...

Mais la Cour de cassation a depuis peu encore repoussé le point de départ du délai de prescription au jour « où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁷⁹. La solution est inspirée de celle adoptée en matière d'abus de biens sociaux⁸⁰. Elle signifie que la prescription ne peut commencer à courir qu'au jour où les personnes ayant qualité pour mettre en œuvre l'action publique (le parquet ou la victime) sont en mesure d'agir. Cela ne signifie pas forcément que la prescription ne court qu'au jour de la découverte du détournement, mais elle peut commencer à courir dès lors qu'elle disposait des éléments permettant de le découvrir⁸¹. Ce mécanisme, contraire au principe de computation posé par le Code de procédure pénale, présente aussi l'inconvénient de laisser les poursuites dans les mains de la victime, dans la mesure où, le plus souvent, le parquet ne sera pas en mesure d'agir tant que cette dernière n'aura pas porté

⁷² Crim. 4 novembre 1999, Bull. n°248, RSC 2000, p. 395 obs. Y. Mayaud : « *Attendu que la prescription publique ne court que du jour où l'infraction, objet de la poursuite, est constituée dans tous ses éléments* ». Cassation de l'arrêt d'appel qui s'était référé au jour de la commission des faits par l'auteur.

⁷³ H. Matsopoulou, *L'oubli en droit pénal*, Mélanges B. Bouloc, Dalloz 2006 p. 771 et spéc. p. 781 avec les références citées.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 782.

⁷⁵ Pour le texte de l'incrimination, cf. *supra* I. B. 1. b. α (p.7).

⁷⁶ Crim. 5 juillet 1945, Bull. n°76.

⁷⁷ Crim. 16 mars 1970, Bull. n°104.

⁷⁸ CA Bordeaux, 9 octobre 1962, JCP 1963 II 13128 note J. Larguier ; 24 mars 1964, JCP G 1964 II 13648, note J. Larguier..

⁷⁹ Crim. 29 octobre 1984, Bull. n°323 ; Crim. 7 mai 2002, Rev. soc. 2002 p. 741 obs. B. Bouloc.

⁸⁰ Crim. 10 août 1981, Bull. n°244, Rev. soc. 1983 p.368 obs. B. Bouloc.

⁸¹ Telle est la subtile nuance apportée par Crim. 4 septembre 1995, RSC 1996 p. 378 obs. R. Ottenhof.

les faits à sa connaissance, réserve faite des cas de communications d'informations obligatoires au ministère public⁸².

Ici, on remarque que la jurisprudence pose des principes impersonnels et de portée générale, ce qui n'est pas sans rappeler les caractéristiques de la loi, traditionnellement définie comme une règle abstraite et impersonnelle émanant du Parlement. L'on pourrait alors se demander pourquoi la Cour de cassation agit de la sorte, étant entendu que la prohibition des arrêts de règlements⁸³ s'applique aussi en matière pénale. Le procédé nous paraît en effet critiquable dès lors qu'une loi existe et ne suscite pas de réelle difficulté d'interprétation, et l'argument selon lequel les arrêts rendus par la Cour de cassation ne lient que les parties et n'ont pas d'autorité absolue, quelque peu hypocrite...

c. *L'extension de compétence législative*

L'office du juge pénal est d'appliquer sa propre loi, contrairement au juge civil qui peut être amené à appliquer des règles substantielles étrangères désignées par une règle de conflit de lois française. Ainsi n'est-il compétent que dans la mesure où la loi française est applicable, conformément aux règles exposées aux articles 113-1 à 113-8-1 NCP.

Mais il est des hypothèses où aucun de ses textes ne permettraient l'application de la loi françaises (par exemple crime commis à l'étranger ou en haute mer par un étranger et contre un étranger⁸⁴), et où les juges estiment avoir en quelque sorte un devoir moral de juger, en l'absence de convention leur attribuant compétence universelle.

Dès lors, on pense à la notion de *connexité* qui pourrait venir à leur secours. Mais cette notion, si elle produit des effets en terme de compétence interne (article 203 CPP)⁸⁵, ne peut servir de base à une prorogation de compétence législative. On ne saurait en effet aller au-delà de ce qui est prévu par le code sans dénaturer la notion⁸⁶.

Il reste alors le recours possible à l'*indivisibilité*. Cette notion n'est codifiée nulle part, et est dès lors plus malléable pour le juge, qui n'hésite pas à en faire usage pour étendre sa compétence au-delà des critères du Code pénal⁸⁷. C'est une notion de fait selon laquelle « certaines infractions se trouvent tellement intriquées que la connaissance de l'une ne peut se faire sans la connaissance de l'autre »⁸⁸. Il est des cas où le lien d'indivisibilité est accepté de façon très généreuse par la Cour de cassation. Certains auteurs se sont d'ailleurs fermement opposés à un tel chef de compétence prétorien⁸⁹ : ils ont un argument de poids, à savoir que cette décision sur le domaine d'application de la loi relève du législateur, et que dès lors, le juge ne saurait le modifier artificiellement.

2. *L'éviction de la loi pénale*

Parfois, l'analyse de la jurisprudence montre que le juge écarte une norme simplement parce que la sanction lui paraît inadaptée : pour ce faire il a pu avoir recours à la technique de la correctionnalisation imposée (a). Toutefois on remarque aussi des pures décisions d'opportunités dans lesquelles la flexibilité des concepts juridiques joue à plein (b).

⁸² Ainsi pour les commissaires aux comptes, en cas de suspicion d'abus de biens sociaux dans une société, qui ont une obligation de dénonciation elle-même pénalement sanctionnée.

⁸³ Art. 5 du Code civil : « il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

⁸⁴ Pour une telle situation, Crim. 3 mai 1995, pourvoi n° 95-80725, publié au bulletin.

⁸⁵ B. Bouloc, *Procédure pénale* n°572, 20è éd. Dalloz 2006.

⁸⁶ Mais certains arrêts, dont un récent, ont fait application de la notion pour proroger la compétence législative : Crim. 12 mars 1909, Bull. n°142 ; Crim. 9 novembre 2004 Bull. n°274, Dr. pén. 2005 comm. 32 obs. M. Véron.

⁸⁷ Crim. 3 mai 1995 précité note 82 ; Crim 15 mars 2006, RSC 2006 p. 634.

⁸⁸ A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international* n°146, PUF 2005.

⁸⁹ Ainsi le doyen A. Légal, Rec. Sirey 1936 I 313.

a. L'éviction par correctionnalisation imposée

Le principe de la légalité criminelle conjugué à celui de l'interprétation stricte de la loi pénale impose au juge un devoir de juste qualification⁹⁰. Comme le soulignent MM. Desportes et Le Gunehec, si les infractions telles qu'elles se présentent dans le code pénal apparaissent d'une grande diversité, c'est parce qu'elles se rattachent toutes à des espèces⁹¹. Ainsi lorsqu'il a édicté les incriminations, leur auteur avait-il en vue des cas particuliers. Et c'est afin de reconstituer en l'espèce le plus exactement possible la volonté du législateur, son jugement de valeur quant au comportement à juger, qu'un tel devoir de juste qualification s'impose à lui⁹². Or, le procédé de correctionnalisation imposée va à l'encontre de cette logique.

Certes la correctionnalisation (simple), bien que longtemps non réglementée, a été très souvent utilisée en pratique⁹³, tellement d'ailleurs qu'elle a été récemment légalisée⁹⁴. Ainsi lorsque l'affaire a été renvoyée devant le tribunal correctionnel alors que les faits sont de nature criminelle⁹⁵, le tribunal correctionnel ne peut renvoyer le ministère public « à mieux se pourvoir », c'est-à-dire à saisir la Cour d'assises si la victime était constituée partie civile et assistée d'un avocat lors du renvoi⁹⁶. Mais la correctionnalisation imposée aboutit au même résultat sans tenir compte de l'avis de la victime. Un tel procédé a été validé par la Cour de cassation dans les affaires de transmission du virus du sida dans le cadre de relations sexuelles non protégées où elle a approuvé la qualification correctionnelle d'administration de substances nuisibles aggravées par ses conséquences⁹⁷ imposée à la partie civile, après que la qualification criminelle d'empoisonnement a été écartée⁹⁸.

b. L'éviction par décision d'opportunité

On distinguera deux types de cas :

α- le jeu de la causalité

Le premier est relatif à l'affaire du sang contaminé, déjà évoquée à l'instant. On a vu que les tribunaux, après avoir rejeté la qualification d'empoisonnement avaient, par un procédé critiquable, imposé celle d'administration de substances nuisibles. Mais une autre question pouvait se poser : l'incrimination d'homicide involontaire est-elle applicable ? Les juges ont rejeté cette qualification au motif que le lien de causalité entre la faute de l'agent et le résultat dommageable était trop ténu. L'exigence de causalité est très classique, mais n'avait jamais jusqu'alors « défrayé la chronique ni été source de scandale ». En effet, c'est désormais une certitude absolue qui est désormais exigée dans ces hypothèses⁹⁹. On voit ici que la causalité est un mécanisme sur lequel les juges du fond vont pouvoir jouer pour évincer une incrimination et donc restreindre son champ d'application par rapport à ce qu'avait voulu le

⁹⁰ Y. Mayaud, *Droit pénal général* n°145.

⁹¹ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général* n°108, 14^e éd. Economica 2007.

⁹² C'est ainsi qu'il faut comprendre l'affirmation de la Cour de cassation estimant que le juge « doit examiner les faits qui lui sont soumis sous l'incrimination qui leur est spécialement applicable », Crim. 30 janvier 1989, Bull. n°33.

⁹³ Même si l'on pouvait avoir des doutes sur sa légalité dans la mesure où les règles de compétence sont, dit-on, d'ordre public.

⁹⁴ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, art. 124-II (dite Perben II), codifiée in art. 469 al. 4 CPP. Voir aussi A. Darsonville, *la légalisation de la correctionnalisation judiciaire*, Droit pénal 2007 (n°3) Etude 4.

⁹⁵ Par exemple en minorant, dans l'ordonnance de renvoi l'importance de tel ou tel élément de l'incrimination : par exemple, il arrive dans le cadre des infractions sexuelles que l'acte de pénétration ou sa tentative soit considéré comme un simple attouchement impudique, disqualifiant dès lors un vol en infraction sexuelle. Encore faut-il motiver suffisamment cette décision, car si la disqualification apparaît ouvertement, la Cour de Cassation pourra, par un moyen relevé d'office, sanctionner cette violation de la loi (Crim. 20 juin 2001, Dr. pén. 2002 comm. 2).

⁹⁶ Article 469 al. 4 et al. 1^{er} CPP.

⁹⁷ Crim. 10 janvier 2006, RSC 2006 p. 321 obs. Y. Mayaud, RPDP 2006 p. 401 obs. J-C Saint-Pau.

⁹⁸ Crim. 2 juillet 1998, D. 1998 jur. p. 457 note J. Pradel et A. Prothais ; JCP G 1998 II 10132 note M-L Rassat.

⁹⁹ A. Prothais, *op. cit. supra* note 63, p. 921 et 922.

législateur, sans avoir à craindre une censure dans la mesure où l'appréciation de la certitude de la causalité relève de leur appréciation souveraine : la justification de la décision par la défaillance de la causalité masque alors, comme l'a très justement fait remarquer un auteur, « une volonté discrétionnaire de dépenalisation de la part du juge »¹⁰⁰.

β- la responsabilité partagée

Même si la question est dépassée aujourd'hui, on mentionnera que pendant longtemps, aucune poursuite pénale n'a été exercée dans les hypothèses de transmission intentionnelle du sida lors de relations sexuelles non protégées. Il est apparu lors de débats récents que la thèse officielle pour l'éviction de toute loi pénale était l'idée de responsabilité partagée¹⁰¹, donc l'idée de faute de la victime qui aurait imprudemment accepté des relations non protégées. Ainsi dévoilée, la dépenalisation ne pouvait plus être défendue, et c'est donc logiquement que la Cour de cassation a décidé d'appliquer la loi pénale¹⁰².

B. Les interventions « autorisées » du juge pénal

L'admission du contrôle d'un acte du Parlement par les tribunaux ne va pas de soi dans un système comprenant strictement la notion de séparation des pouvoirs. Ceci étant la structure constitutionnelle de notre Etat de droit oblige à les admettre dans une certaine mesure (1). Mais le constat doit aller au-delà : on voit en effet le juge constitutionnel interne donner au juge pénal des pouvoirs qui ne lui sont pas naturellement reconnus (2).

1. Les contrôles de conformité

Si la séparation des pouvoirs paraît interdire au juge judiciaire de remettre en cause des actes administratifs ou législatifs, le principe de hiérarchie des normes impose que tout texte doit être conforme à celui qui lui est juridiquement supérieur. De là la nécessité d'instaurer des contrôles de conformité. Ce contrôle peut être défini d'une façon générale comme une opération de confrontation d'une norme à celle qui lui est juridiquement supérieure.

a. l'éviction de fait des actes administratifs illégaux

Une telle éviction peut être réalisée grâce au contrôle de légalité (α), de constitutionnalité (β), ou, plus rarement en cette matière, de conventionalité (γ) de l'acte administratif.

α- Le contrôle de légalité

Dans cette logique on comprend que le contrôle de légalité, c'est-à-dire le contrôle de conformité par le juge judiciaire d'un acte réglementaire à la loi, entendue au sens formel, ait été admis. Cette position, si elle est celle en faveur de laquelle se prononce le nouveau Code pénal à l'article 111-5¹⁰³, n'a pas toujours été celle adoptée par nos institutions. Depuis longtemps en effet, la Cour de cassation s'était rangée derrière cette opinion¹⁰⁴, alors que le tribunal des conflits, lui, distinguait entre actes réglementaires (qui pouvaient être seuls contrôlés par le juge judiciaire) et les actes individuels¹⁰⁵.

Ainsi, un acte administratif peut-il ne pas être appliqué par le juge pénal, si ce dernier constate que l'acte contrevient à la loi. Le juge est dès lors créateur de droit en ce sens que s'il

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 922.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 921.

¹⁰² Crim. 10 janvier 2006, préc. note 97.

¹⁰³ « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels, et en apprécier la légalité, lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ».

¹⁰⁴ Crim. 21 décembre 1961, *Dame Leroux*, D. 1962 p. 102 rapp. Costa.

¹⁰⁵ T. confl. 5 juillet 1951 *Avranches et Desmarests*, JCP 1951 II 6623 note Homont. On retrouve la trace de cette distinction dans l'actuel article 111-5 NCP, cité note 103.

n'annulera pas l'acte administratif (cela relève des juridictions administratives, *via* un recours en excès de pouvoir par exemple), il le privera *de facto* d'effet en accueillant l'exception d'illégalité, et il en résultera un effacement de fait de l'acte.

β- Le contrôle de constitutionnalité

- *la contrariété directe à la constitution*

La solution précédente, si elle vaut en cas de contravention de l'acte administratif à la loi, vaut *a fortiori* en cas de contravention de l'acte administratif à une disposition constitutionnelle, laquelle est juridiquement supérieure à la loi. Mais il faut à propos de cette dernière hypothèse apporter une nuance : cela n'est vrai que lorsqu' aucune loi ne s'interpose entre l'acte administratif et la Constitution, conformément à laquelle aurait été pris l'acte administratif mis en cause. En effet, cela reviendrait à mettre en cause la constitutionnalité de la loi, contrôle pour l'instant refusé en France (théorie dite de l'écran législatif)¹⁰⁶.

- *la contrariété de la loi à la constitution*

Ici, on en vient incidemment à la question de la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité de la loi¹⁰⁷. L'hypothèse est donc celle d'un acte administratif conforme à une loi, qui, elle, se révèle contraire à la Constitution. Que peut alors faire le juge judiciaire ? Lui donner le pouvoir d'écarter l'acte administratif serait implicitement lui accorder le droit de ne point tenir compte de l'intervention du législateur. Or cette conception du contrôle serait tout à fait contraire à la séparation des pouvoirs à la française, que traduit notamment l'article 10 de la loi de 1790.¹⁰⁸ Aussi est-il constant en jurisprudence que le juge judiciaire¹⁰⁹ (comme le juge administratif¹¹⁰) ne saurait réaliser un tel contrôle.

γ- Le contrôle de conventionalité

Le raisonnement *a fortiori* tenu précédemment vaut ici aussi dans la mesure où les conventions et traités internationaux ont une valeur supérieure à celle des lois d'après l'article 55 de la Constitution. Mais là encore, la question est de savoir s'il faut faire la même distinction que précédemment dans le cas où une loi, conformément à laquelle aurait été pris l'acte administratif, s'interposerait entre ledit acte et le traité ou la convention. A vrai dire, les solutions ont évolué.

b. Le traitement des lois inconventionnelles

Après que le Conseil constitutionnel s'est refusé à contrôler la conformité des lois aux normes internationales (a), le juge judiciaire s'est rapidement octroyé ce pouvoir (b), ce qui conduit à un véritable contrôle de l'action du législateur, pouvant aboutir à l'éviction voire à la réécriture de normes législatives (c).

α- Le refus du contrôle de conventionalité par le Conseil constitutionnel

La solution retenue n'allait pas de soi. En effet, le Conseil d'Etat, par un célèbre arrêt de section du 1^{er} mars 1968 avait refusé de contrôler une loi par rapport à une convention internationale au motif que ce contrôle était assimilable à un contrôle de constitutionnalité, car, la loi violant le traité, elle serait de ce fait contraire à la constitution¹¹¹. Mais cet argument devait être battu en brèche quelques années plus tard par le Conseil constitutionnel alors que la loi Veil du 15 janvier 1975 autorisant l'avortement lui était déférée. Dans sa décision, il refusa d'examiner la loi au regard de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde

¹⁰⁶ *Infra* II. B. 2. a.

¹⁰⁷ Cette incidence justifiera que nous traitions ici de la question, et non sous II. B. 2.

¹⁰⁸ P-L Frier, *Précis de droit administratif* n°60, 4^e éd. Montchrestien 2007.

¹⁰⁹ Crim. 20 décembre 1994 Bull. n°424 ; 14 mai 1998 Bull. n°163.

¹¹⁰ CE 6 novembre 1936 *Arrighi*, Lebon p. 966, Sirey 1937 3 33 concl. J. Latournerie.

¹¹¹ CE sect. 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Lebon p. 409.

des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹¹². Non seulement un tel contrôle n'est pas expressément prévu à l'article 61 de la Constitution, mais en plus, il présente un caractère relatif et contingent en ce sens que le champ d'application du traité est limité dans l'espace et que son applicabilité est subordonnée à la constatation de réciprocité¹¹³, condition posée par l'article 55 de la Constitution.

β- L'admission du contrôle de conventionalité par le juge judiciaire

La réaction de la jurisprudence judiciaire à la décision du Conseil constitutionnel n'a pris que quatre mois. Par un arrêt fondateur, la Cour de cassation réunie en chambre mixte s'est reconnue compétente pour exercer un tel contrôle¹¹⁴. D'abord appliquée au droit communautaire, la jurisprudence est désormais étendue à l'ensemble des normes internationales. Ainsi la chambre criminelle a-t-elle reconnu incompatible avec l'article 10 CESDH une loi interdisant la publication de sondages avant une élection¹¹⁵.

Il reste à préciser les conséquences d'un tel contrôle. Il est clair que la séparation des pouvoirs – si elle a encore un sens - interdit que le juge puisse annuler la loi par voie d'action. Ainsi le contrôle ne se fera que par voie d'exception, ce qui conduit à écarter la loi *in concreto*, celle-ci étant toujours obligatoire pour les autres sujets de droit, conformément au principe de l'autorité relative de la chose jugée.

Malgré ces principes théoriques, il n'en reste pas moins que ce contrôle est un outil de contrôle de l'action législative¹¹⁶.

En effet, le juge s'impose d'une part comme le garant de la qualité de la norme pénale, en refusant par exemple de faire application d'incriminations trop larges. Ainsi les juges du fond¹¹⁷, approuvés par la Cour suprême¹¹⁸ ont-ils refusé de faire application de l'article 38 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 qui sanctionne la publication ou la reproduction de « toute ou partie des circonstances d'un crime », cette disposition ne satisfaisant pas aux exigences de l'article 7 CESDH (principe de légalité). Ce contrôle devient instrument de dépénalisation.

On reconnaîtra que, pour l'instant, un tel comportement du juge pénal n'est pas généralisé. Cependant, on ne voit aucun obstacle de principe à cette généralisation, sauf peut être le risque de divergences jurisprudentielles entre l'appréciation de constitutionnalité *a priori* du Conseil Constitutionnel lorsque la loi lui est déférée, et la décision par hypothèse *a posteriori* de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui inviterait cette dernière à ne pas succomber trop facilement aux charmes de l'article 7 CESDH¹¹⁹. En effet, cette tentation serait grande au vu de l'imprécision croissante des textes pénaux dénoncée en introduction. Mais il est permis de se demander si l'utilisation de l'article 7 CESDH à toutes les hypothèses où il serait « objectivement » applicable n'aboutirait pas à une situation précisément contraire à celle voulue par l'article 7 : en effet, celui-ci est basé sur l'impératif de sécurité juridique et donc de prévisibilité de la sanction, et son application à tout texte imprécisément rédigé aboutirait à une imprévisibilité juridique plus grande que celle résultant de la rédaction¹²⁰. Toujours est-il qu'il y a là un moyen technique pour le juge d'écarter la loi, et donc

¹¹² CC n°74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19.

¹¹³ C'est vrai en principe. Il existe toutefois une exception notable : en présence de convention relative au droits de l'Homme (donc la CESDH par exemple, considérée comme un « instrument de l'ordre public européen »), cette exception ne joue pas. La décision du Conseil constitutionnel n'en a que plus d'impact.

¹¹⁴ Ch. mixte 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, Bull. mixte n°4, Gaz. Pal. 1975 2. 470 concl. A. Touffait.

¹¹⁵ Crim. 4 septembre 2001, pourvoi n° 00-85329.

¹¹⁶ Sur la question, voy. D. Mayer, *Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ?*, D. 2001 chron. p. 1643.

¹¹⁷ TGI Paris 10 septembre 1996 et CA Paris 18 sept. 1997, D. 1998 Somm. p. 82 obs. J-Y Dupeux.

¹¹⁸ Crim. 20 février 2001, D. 2001 p. 908.

¹¹⁹ La question est soulevée par D. Mayer, *op. et loc. cit. supra* note 115.

¹²⁰ Il faut garder à l'esprit que toutes les décisions du fond ne sont pas frappées de pourvois en cassation, et donc que les différences d'appréciations des juges du fond ajouteraient encore à cette imprévisibilité.

d'empiéter sur le domaine du législateur à qui il revient normalement de décider si une loi doit être maintenue en vigueur ou abrogée.

D'autre part, plus qu'un garant de la qualité de la norme pénale, le juge peut être amené à réécrire la loi sous la pression d'une autorité « supérieure ».

Nous en avons un exemple très récent à propos de l'article 489 al. 1^{er} du code de procédure pénale. D'après cet article « le jugement par défaut est non avenu dans toutes ses dispositions si le prévenu forme opposition à son exécution ». Pendant longtemps, la chambre criminelle a appliqué cet article à la lettre et estimé que le prévenu ne pouvait mandater un avocat pour procéder à l'opposition¹²¹. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt servant d'illustration¹²², la Cour d'appel de Caen a confirmé le jugement des premiers juges, estimant dans la lignée d'une jurisprudence établie que l'opposition formée par un avocat mandaté à cet effet est irrecevable. Mais tirant les conséquences d'un arrêt de la CEDH rendu en 1993 ayant conclu dans une hypothèse comparable (droit ou non de se faire représenter pour former un pourvoi en cassation) à la violation de l'article 6 CESDH¹²³, M. l'avocat général Boccon-Gibod conclut à la transposition de ces solutions en matière d'opposition. La Cour de cassation rendant un arrêt de censure conforme aux conclusions, c'est bien d'une réécriture de l'article 489 dont il s'agit, qui doit se comprendre ainsi : « le jugement par défaut est non avenu dans toutes ses dispositions, si le prévenu, en personne ou représenté par un avocat, forme opposition à son exécution ».

De même l'avocat général concluait-il à une relecture de l'article 494 du code de procédure pénale, lequel affirme que « l'opposition est non avenue si l'opposant ne comparaît pas (...) ». La Cour de cassation ne vise pas cet article mais semble implicitement accepter cette relecture au vu de la formulation du motif de droit. Or, on voit bien à la lumière des conclusions que cette relecture ne peut résulter d'une interprétation du texte, mais seulement d'une reconstruction de celui-ci. En effet, M. Boccon-Gibod relit-il l'article ainsi : « l'opposition est non avenue si le prévenu ne comparaît pas personnellement ou par le *truchement* de son conseil »¹²⁴. L'emploi même du terme « truchement » révèle la conscience du haut magistrat que la solution ne peut se déduire du texte tel qu'il est codifié actuellement dans le code de procédure pénale.

2. *L'autorisation du juge constitutionnel*

Les Sages ont donné ces dernières années des pouvoirs de plus en plus larges au juge pénal, tant en considération de sa fonction de garant des libertés individuelles (a), que par le biais de réserves d'interprétations, où il apparaît que le Conseil constitutionnel voit dans le juge judiciaire un acteur à part entière de la politique criminelle (b).

a. *le juge pénal, garant des libertés individuelles*

Cette mission est confiée au juge judiciaire par l'article 66 de la Constitution. Elle est particulièrement significative à l'égard du juge pénal, puisque c'est l'activité répressive de l'Etat qui est, par nature, la plus à même de restreindre ces libertés. Elle lui a dès lors permis d'élaborer de véritables règles de droit visant à atteindre cet objectif. Une illustration de ce constat peut être donnée en matière de contrôle d'identité d'étrangers sur le territoire français. La Cour de cassation estime traditionnellement que « *pour que les agents de l'autorité aient la faculté de requérir la présentation des documents sous le couvert desquels les étrangers sont autorisés à séjourner en France, il faut que des éléments objectifs, déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé soient de nature à faire paraître sa qualité d'étranger ; en l'absence de tels éléments, le contrôle d'identité doit être*

¹²¹ Crim. 13 juin 1988, Bull. n°268 ; 1^{er} février 1994, Bull. n°46.

¹²² Crim. 11 septembre 2007, D. 2007 p. 2912 concl. D. Boccon-Gibod ; JCP G 2007 II 10200 note E. Vergès.

¹²³ CEDH 26 novembre 1993, *Poitrinol c/ France* n°39/1992/384/462, D. 1994 somm. 187 obs. J. Pradel.

¹²⁴ D. Boccon-Gibod, *op. cit. supra* note 122, p. 2915.

préalablement effectué sous les conditions et dans les formes prévues par les articles 78-1 et suivants du Code de procédure pénale »¹²⁵.

Cette jurisprudence plutôt libérale a provoqué une réaction du législateur, lequel a entendu freiner cet élan. Toutefois, le Conseil Constitutionnel a qui cette loi a été déférée a rappelé qu' « *il revient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité »¹²⁶, et laisse donc une latitude certaine au juge pénal.*

En dehors du champ de l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel érige le juge pénal en législateur *bis*, en l'habilitant ouvertement à mener une politique criminelle.

b. le juge pénal, acteur de la politique criminelle

Il arrive que la loi déférée au Conseil constitutionnel ne soit pas exempte de tout reproche au regard des exigences constitutionnelles, mais qu'elle ne soit cependant pas censurée. Dans ces cas, les magistrats de la rue Montpensier pourront assortir leur déclaration de conformité de réserves d'interprétations. Le juge constitutionnel devient alors le « sauveur du législateur » dans la mesure où ces réserves, par leur caractère délibérément imprécis, doivent être considérées comme des « instruments de pouvoir » mis à la disposition du juge pénal.¹²⁷

Comme l'a justement souligné le Professeur Christine Lazerges, ce sont des directives de politique pénale qui laissent une marge d'appréciation considérable à l'autorité judiciaire¹²⁸.

Ainsi que l'a très justement fait observé le Professeur Danièle Mayer, le Conseil constitutionnel ne s'octroie aucun pouvoir (il n'en ferait rien puisqu'il juge de la conformité de la loi *a priori*, hors de tout cas concret) mais l'offre, par ces réserves, aux juges judiciaires et donc au juge pénal.¹²⁹

Récemment, le Conseil constitutionnel est même allé au-delà, dans sa décision du 9 août 2007, en affirmant que l'article 122-1 NCP autorise le juge à prononcer une autre peine que l'emprisonnement, alors que le texte de la loi déférée et in fine validée prévoit que pour les crimes et délits les plus graves, le juge ne peut prononcer une autre peine que l'emprisonnement.¹³⁰ En réalité, l'autorité de 122-1 NCP ne peut jouer que sous réserves de dispositions spéciales contraires. Ce qu'a fait le Conseil constitutionnel, à supposer qu'il ait parfaitement mesuré les conséquences de ses affirmations, n'est rien moins qu'autoriser le juge judiciaire à violer une loi votée par le Parlement.

Ces deux exemples montrent bien qu'on assiste aujourd'hui à une réorganisation des pouvoirs par laquelle le juge n'est plus la simple bouche de la loi, mais participe bien plus activement à la détermination de son contenu. Plus qu'une simple fonction déclarative, il a dans certains cas de plus en plus nombreux une fonction constitutive.

*
* *
*

L'œuvre de la jurisprudence que nous avons tenté de mettre en valeur a-t-elle force de droit, et le cas échéant est-il légitime ? C'est sur ces délicates questions que nous refermerons notre étude.

¹²⁵ Crim. 25 avril 1985, Bull. n°159, JCP 1985 II 20465 concl. Dontenville et note W. Jeandidier. On notera la structure de l'attendu similaire à la structure d'une règle de droit sous forme « *conséquence* » si « *présupposé* ».

¹²⁶ CC n°93-323 DC du 5 août 1993 (extrait figurant au Code de procédure pénale Dalloz, 49^e éd. 2008 p. 240).

¹²⁷ Ces formules éclairantes sont de D. Mayer, *Le Conseil constitutionnel et le juge pénal. Histoire d'une tentative de séduction vouée à l'échec*, in : Mélanges B. Bouloc p. 821 et spéc. p. 823.

¹²⁸ *Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle (à propos de la décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004)*, RSC 2004 p. 725 et spéc. p. 732.

¹²⁹ *Op. et loc. cit. supra* note 126, spéc. p. 824.

¹³⁰ CC n°2007-554 DC du 9 août 2007, consid. 18.

Tout d'abord, la qualité de droit pourrait être niée en raison de l'autorité relative de la chose jugée, impliquant que ce qui a été jugé ne s'impose qu'aux parties au procès, non à l'ensemble des citoyens, au contraire de la loi. En théorie l'argument est irréfutable, et c'est là son charme. Mais nous avons déjà dit plus haut que nous le trouvions hypocrite : en effet on ne constate pas de revirement tous les jours dans les arrêts de la Cour de cassation. Justement pour éviter les effets pervers du revirement (qui revient d'une façon ou d'une autre à une application rétroactive de principes), les Hauts magistrats prennent soin de peser leurs décisions de façon à pouvoir utiliser les mêmes le plus longtemps possible, surtout en matière pénale, où l'impératif de prévisibilité est plus important qu'ailleurs.

La qualité de « droit » pourrait être par ailleurs déniée à l'œuvre jurisprudentielle en ce sens qu'elle pourrait toujours être modifiée par une loi. On concèdera volontiers que la loi puisse briser une jurisprudence, mais une loi peut aussi en abroger une plus ancienne. Dira-t-on alors que la loi ancienne n'ait jamais eu force de droit ? Personne n'osera le soutenir¹³¹, où l'on voit que cet argument ne peut convaincre.

D'autre part, quand bien même la loi modifierait une jurisprudence, il n'est pas vrai que la loi a systématiquement le dernier mot : les juges auront toujours la possibilité de ne pas s'incliner, soit qu'ils utilisent des biais (comme l'interprétation téléologique, particulièrement utile dans ces cas), soit qu'ils trichent sur les faits (et on pense ici à la technique de la correctionnalisation, v. *supra*)¹³². Comme le souligne le Professeur Jestaz, quand le juge répressif ne souhaite pas punir, nul ne peut l'y forcer¹³³, et les multiples réformes de la procédure pénale n'y pourront rien changer. Cela tient à l'indépendance de la magistrature. Enfin, il faut dresser un constat positif : celui de la reconnaissance spontanée d'un droit jurisprudentiel par la communauté qui paradoxalement le conteste le plus au nom des principes, celle des juristes¹³⁴. Cette reconnaissance, dont on trouve la trace dans de vigoureuses critiques ou approbations enthousiastes publiées aux différentes revues ou encore dans l'existence même de l'exercice du commentaire d'arrêt, a « une force telle qu'elle va lier la juridiction elle-même » : ce serait alors elle qui donne force de droit à la jurisprudence.¹³⁵

Loi et jurisprudence ont donc une égale force, la force du droit. Mais le droit jurisprudentiel, dont nous avons démontré qu'il existe, est-il en lui-même légitime ?

C'est sur ce point que le consensus sera le plus difficile.

En raisonnant par rapport à une conception très classique de la séparation des pouvoirs – qui est finalement l'alpha et l'oméga de notre propos – la réponse est sûrement négative. C'est ainsi qu'un auteur pénaliste a estimé que les magistrats qui composent la Cour de cassation semblent ne plus avoir une « conception exacte de leur rôle, et qu'il semble nécessaire en conséquence de rappeler que le juge – quelle que soit sa place dans la hiérarchie – n'a qu'une seule mission en laquelle se résume la grandeur de sa tâche : appliquer la loi, et non pas la faire, la refaire ou la défaire »¹³⁶.

La raison tient à ce que seul le pouvoir législatif est directement légitimé par le Peuple pour édicter des règles de droit dans l'intérêt général. Les magistrats, nommés et non élus, ne possèdent pas cette légitimité directe. Cela explique qu'une décision de justice n'est considérée comme légitime selon cette conception de la séparation des pouvoirs que si elle peut être rattachée à une décision de l'autorité légitime, c'est-à-dire du Parlement. Ainsi la

¹³¹ Ne serait-ce qu'au regard des conséquences que cela aurait : en effet toutes les affaires, même définitivement jugées devraient être rejugées selon la loi nouvelle, laquelle recevrait donc une application systématiquement rétroactive...

¹³² Ph. Jestaz, *La jurisprudence : réflexions sur un malentendu*, D. 1987 chron. p. 11 et s, spéc. p. 14.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ « Peu nombreux par rapport à l'ampleur du phénomène sont ceux désormais qui, refusant le positivisme effréné actuel, se déclarent choqués par les violations répétées de la loi dont la Cour de cassation se rend coupable » : Ph. Conte, *L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur*, JCP G 1988 I 3343 n°8. Vingt ans après, la remarque est plus que jamais pertinente.

¹³⁵ *Op. et loc. cit. supra* note 132, p. 15 et p. 17.

¹³⁶ Ph. Conte, *op. cit. supra* note 134, n°9.

création du droit traduirait une usurpation de la compétence législative, et partant, la négation de la séparation des pouvoirs.

Nous acceptons cette vision des choses dans le cas où une application directe de la loi serait possible sans l'intermédiaire d'un quelconque jugement de valeur : ainsi faut-il résolument condamner par exemple la jurisprudence violant l'article 7 du code de procédure pénale exposée plus haut, où encore l'extension de compétence législative *via* l'indivisibilité. Mais de cette hypothèse, il faut distinguer les cas où le législateur, en utilisant sciemment des termes généraux et vagues, a entendu laisser une latitude certaine au juge. Un tel comportement du Parlement¹³⁷ pourrait en effet s'analyser en une attribution de compétence normative au juge pénal, lequel devra émettre un jugement de valeur sur le comportement afin de contrôler s'il doit tomber sous le coup de la loi pénale ou non¹³⁸.

Cela nous conduirait *in fine* à distinguer deux cas

- les cas des textes applicables directement : dans ce cadre, le pouvoir créateur du juge n'est pas légitime.
- Les cas des textes qui, en raison de leur formulation vague ou imprécise, impliquent un jugement de valeur de la part du juge : dans ce cadre, le pouvoir créateur de droit est légitime, à condition toutefois d'exiger des tribunaux une motivation substantielle. Ce n'est pas la méthode retenue par notre Cour de cassation, et nous le déplorons. Mais c'est alors à la Cour européenne des droits de l'Homme de prendre ses responsabilités et de condamner la France pour violation de l'article 6 § 1 CESDH, ce qu'elle se refuse à faire pour l'instant.

C'est en se basant implicitement sur cette distinction que le Président de la Cour fédérale allemande comparait récemment le juge à un pianiste : il peut interpréter les textes de façon plus ou moins virtuose, mais doit prendre garde à ne point le dénaturer.¹³⁹

On peut effectivement avoir du mal à combiner cette position avec la directive d'interprétation stricte de la loi pénale. Mais il est des maux contre lesquels même les gardiens du Temple ne peuvent rien, au nombre desquels figure l'érosion du principe de légalité en raison des textes du second type. Or, la directive d'interprétation stricte est le corollaire du principe de légalité : elle ne peut donc que s'effondrer avec lui, de sorte que l'on peut raisonnablement douter de l'utilité actuelle de l'article 111-4 NCP. D'ailleurs, un Etat comme l'Allemagne ne possède pas de disposition de ce type dans son Code pénal. Toutefois, l'activité du juge n'est pas arbitraire : bien plus son contrôle y est plus efficace. En effet, tout intéressé peut former un recours devant la Cour constitutionnelle s'il estime avoir été lésé par l'un des trois pouvoirs dans ses droits fondamentaux ou dans d'autres droit précisés par le § 90 BVerfGG¹⁴⁰, dont le droit à l'application du principe de légalité par les tribunaux répressif... dont le corollaire est l'interprétation stricte. D'autre part, l'exception d'inconstitutionnalité peut être invoquée bien avant devant les juges judiciaires. Force est de constater que ce contrôle est plus effectif et introduit une vraie discipline, au contraire d'une règle écrite dans la loi, mais dont personne ne peut assurer le respect, notamment par les juges de la Cour de cassation, et qui est donc proche de l'incantation.

Un jour viendra, peut-être, où nous connaissons nous aussi un mécanisme analogue. Très récemment encore un auteur l'a appelé de ses vœux.¹⁴¹ Le comité de réforme sur les

¹³⁷ Dans la mesure bien sûr où le texte passe entre les mailles du filet des juges constitutionnels, s'il leur est déféré dans les conditions restrictives de l'article 61 de la Constitution.

¹³⁸ En ce sens également, B. Schünemann, *op. et loc. cit supra* note 51 p. 179. L'auteur parle plus radicalement de « transfert de pouvoirs législatifs ».

¹³⁹ G. Hirsch, *Zwischenruf : Der Richter wird's schon richten*, ZRP 2006 p. 161 ; du même auteur, *Auf dem Weg zum Richterstaat ?* JZ 2007 p. 853 et spéc. p. 858 (n°18).

¹⁴⁰ §§ 90 à 95 BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), sur la procédure de la *Verfassungsbeschwerde*.

¹⁴¹ F. Chaltiel, LPA 26 novembre 2007, p. 4 et spéc. p. 9.

institutions présidé par Edouard Balladur l'a évoqué, mais discrètement et imparfaitement¹⁴², dans la mesure où tous les membres ne s'y montraient pas favorables. Ceci nous laisse craindre que cette réforme urgente ne soit pas encore à l'ordre du jour.

En attendant, si les lois pouvaient parler, elles rappelleraient sûrement à nos magistrats que « *au tribunal, partout, le devoir est d'exécuter ce qu'ordonnent l'Etat et la patrie, ou sinon de la faire changer d'idée par les moyens légitimes. Quant à la violence, n'est elle pas impie envers la patrie ?* ». ¹⁴³ Ce rappel à la loi serait-il justifié ?

A l'instar de Criton, nous le pensons, mais leur mutisme arrange bien du monde, tant dans le milieu politique que juridique.

Paris, décembre 2007

¹⁴² Imparfaitement en effet, car un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ne serait pas suffisant. Le simple contrôle de constitutionnalité par voie d'exception serait superfétatoire (sinon pour la symbolique) dans la mesure où les mêmes règles peuvent être tirées des conventions internationales – notamment CESDH – que du bloc de constitutionnalité. En effet l'important est qu'il y ait une autorité nationale et facilement accessible au dessus de la Cour de cassation. Ceci d'autant plus en matière pénale, dans la mesure où une autorégulation naturelle comme elle peut se faire en matière civile en raison de la pluralité de chambres ne peut avoir lieu de par l'unicité de la chambre criminelle.

¹⁴³ Platon, *Criton*, Hatier 2000 coll. Les belles lettres, p. 76 (prosopopée des lois).