

## La lettre : le juge pénal "bouche de la loi"?

Marion LACAZE,  
Maître de conférences à l'Université de Bordeaux (ISCJ- EA 4633)

1. Quand on a la tâche d'exposer à un étudiant de première année les différentes méthodes d'interprétation dont peut user le juge, il convient d'apporter aussitôt une précision s'agissant du droit répressif. En effet, « *La loi pénale est d'interprétation stricte*<sup>1</sup>. » Parce qu'il est la branche du droit la plus attentatoire aux libertés, le droit pénal est soumis au principe de légalité criminelle. En réaction à l'arbitraire des juges de l'Ancien Régime, la Révolution française a affirmé le principe avec force dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen<sup>2</sup>. Elle s'inspirait alors des idées des Lumières et de Beccaria, pour qui le juge pénal devait opérer un « *syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'action conforme ou non à la loi ; la conséquence, la liberté ou la peine* ». Dans cette conception, les juges n'ont pas « *même le pouvoir d'interpréter les lois pénales* », « *pour la bonne raison qu'ils ne sont pas législateur*<sup>3</sup> » et que, disait Voltaire, « *l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre*<sup>4</sup> ». En droit pénal, la conjonction des théories du contrat social et de la philosophie conduit à enfermer le juge dans une application « mécaniste » de la loi pénale<sup>5</sup>. Une conception rigide et formelle de la légalité apparaissait alors comme la seule façon de prémunir le justiciable contre l'arbitraire judiciaire et de garantir l'égalité devant la loi<sup>6</sup>. En République, disait déjà Montesquieu, « *les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*<sup>7</sup> ».

2. Mais s'il ne peut guère aller plus loin face à des étudiants de première année, l'enseignant pénaliste ne pourra certainement pas s'empêcher d'esquisser un sourire. Certes, le principe d'interprétation stricte, corollaire indispensable du principe de légalité criminelle, a été

---

<sup>1</sup> Article 111-4 du Code pénal.

<sup>2</sup> Article 8 de la DDHC.

<sup>3</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par M. Chevallier, GF-Flammarion, 1991, §4 « De l'interprétation des lois ».

<sup>4</sup> V. J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, p. 252 et, p. 241 et s. la dimension théorique et philosophique sous-jacente à ces conceptions et l'opposition entre Aristote et Saint-Thomas d'un côté et Locke et Rousseau de l'autre ; F. HELIE, *Introduction à C. BECCARIA, Des délits et des peines*, Guillaumin, 1856, p. IX et s.

<sup>5</sup> Ces mêmes idées avaient conduit à la création du « référé législatif », qui réservait le monopole de l'interprétation de la loi au législateur ; v. loi des 16 et 24 août 1790 ; v. J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 262.

<sup>6</sup> V. not. P. LASCOUMES *et al.*, *Au nom de l'ordre: Une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989, p. 46-51.

Si nous verrons que le droit pénal français a gardé des stigmates particuliers de cette conception, celle-ci a été commune à de nombreux pays européens de la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle au début du XX<sup>ème</sup> siècle et était encore défendue, notamment, par BINDING. V. not. F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, traduit de la 17<sup>e</sup> édition allemande (1908) par R. Lobstein, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911, tome I, p. 126 et s.

<sup>7</sup> V. *Œuvres de Montesquieu ; contenant L'esprit des lois*, Belin, 1817, p. 136.

consacré par le « nouveau » Code pénal et par le Conseil Constitutionnel<sup>8</sup>. Mais l'« *interprétation stricte* », telle qu'elle est mise en œuvre dans notre droit positif, est-elle véritablement respectueuse de la lettre du texte ? Le modèle pur du « *juge-machine* » a-t-il seulement un jour existé ?

3. En réalité, et même en limitant la question aux seuls aspects répressifs du droit pénal de fond<sup>9</sup>, la réponse est clairement négative. Même du temps de la splendeur des théories contractualisées et du « culte de la loi », il semble que le juge pénal n'ait jamais adopté l'interprétation littérale, et moins encore ses conséquences. Les raisons sont multiples, aussi bien en théorie qu'en pratique<sup>10</sup>. Tout d'abord, la soumission totale du juge à la lettre du texte postule la perfection des lois : seules des lois absolument claires et précises, inscrites dans un système normatif cohérent, permettraient en effet une délimitation évidente du champ de la répression<sup>11</sup>. Or il y a bien longtemps que plus personne ne défend cette analyse et le consensus semble plutôt même se faire autour de l'idée d'un déclin de la loi et de sa qualité<sup>12</sup>. Même d'un point de vue théorique, la complétude des lois pénales ne semble pas un objectif raisonnable : la loi est nécessairement générale et abstraite et il n'est ni envisageable ni souhaitable que le législateur détaille précisément l'ensemble des situations possibles. Le recours à des notions ou à des catégories juridiques est, comme dans les autres branches du droit, indispensable<sup>13</sup>.

En outre, une interprétation purement littérale de la loi commande de laisser impunis les comportements qui ne sont pas manifestement prohibés. Toute la « zone d'incertitude » que laisse planer la lettre du texte doit alors échapper à la répression, le doute profitant à l'accusé<sup>14</sup>. Or une telle conséquence n'a pas été acceptée par la Cour de cassation, qui a même pu considérer que le juge pénal qui relaxe au motif de l'imprécision de la loi se rend coupable d'un

---

<sup>8</sup> V. not. Cons. Const., n°96-377 DC du 16 juillet 1996, [Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme] : « *le principe de légalité impose [au juge] d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire* ».

<sup>9</sup> Sur la procédure pénale, v. not. Ph. BONFILS, « L'interprétation par analogie (in favorem) en procédure pénale », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, op. cit., p.149 et s. ; J. PRADEL, op. cit., §258.

<sup>10</sup> V. not. W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, 1998, p. 109.

<sup>11</sup> V. déjà F. HELIE, préface à BOITARD, F. HELIE, *Leçons de droit criminel*, Librairies du Conseil d'Etat, 11<sup>ème</sup> éd., 1876, p. XIII-XIV ; et J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 2005, 6<sup>ème</sup> éd, p. 191 et s. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, §168 précisant que toute loi nécessite une interprétation pour permettre le passage de la règle abstraite à l'espèce ; adde J. LEROY, « La qualification du fait et l'interprétation de la loi », art. préc., p. 43 et s.

<sup>12</sup> V. not., plus largement, sur la « crise de la loi » et la montée en puissance du juge : V. MALABAT, « Les sources du droit pénal : la loi, toute la loi, rien que la loi...Ou presque », *Revue de droit d'Assas*, février 2012, p. 83 et s.

<sup>13</sup> Tout est cependant question de mesure et nous rejoignons les auteurs qui dénoncent l'utilisation de formules trop vagues ou incertaines, ce qui rend illusoire une interprétation stricte ; v. not. E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 2010, §548. Il en va de même des assimilations légales « conceptuelles » ; v. X. PIN, « De l'interprétation législative à l'assimilation légale », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, op. cit., p. 31 et s. Ajoutons qu'il nous semble également peu respectueux du principe de légalité que de nombreuses incriminations ne déterminent pas le comportement incriminé mais uniquement son résultat, obtenu par tout moyen ; v. not. les critiques formulées par M.-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, Thèse Bordeaux, 2010, p. 66 et s.

<sup>14</sup> L'interprétation littérale ne permet en effet qu'une interprétation grammaticale de la loi, le juge ne pouvant user que de syllogismes et de raisonnements *a contrario* appuyés sur des maximes telles que *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit, Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ou encore *Inclusio unius est exclusio alterius*. V. not. R. MERLE, A. VITU, op. cit. §169.

déni de justice<sup>15</sup>. Même si la solution peut être discutée<sup>16</sup>, il faut ici simplement observer que l'interprétation littérale n'est pas celle choisie par le juge pénal.

Le constat n'est pas nouveau, et il faudrait remonter au début du XIX<sup>ème</sup> siècle pour pouvoir en trouver quelques manifestations<sup>17</sup>. Il ne doit pas non plus surprendre. La totalité de la doctrine juge en effet l'interprétation littérale « *irréaliste et stérilisante*<sup>18</sup> ». La loi ne peut pas tout prévoir et une compréhension abusive de la soumission du juge pénal à la loi serait dangereuse pour l'ordre public. Le respect du principe de légalité commande au contraire d'appliquer la loi dans toute son extension. Et si la lettre du texte n'est pas parfaitement claire, il conviendra d'en rechercher l'esprit. Bien que cela soit, pour Beccaria, « *une brèche ouverte au torrent des opinions*<sup>19</sup> », telle est pourtant la position commune de la doctrine depuis Faustin Hélie : l'interprétation du juge pénal doit être « déclarative » de la volonté du législateur<sup>20</sup>. Il reste formellement interdit au juge pénal de se substituer à la loi par une interprétation créatrice défavorable, mais le juge n'est plus enserré dans le carcan de la lettre du texte. Ainsi entendue, l'interprétation stricte permettrait de respecter la conception française de la séparation des pouvoirs sans tomber dans les excès d'une conception rigoriste de la légalité.

4. Mais même si – on l'a vu- l'interprétation littérale n'a jamais été adoptée par la Cour de cassation, on observe que la conception traditionnelle a laissé des traces dans la façon dont elle motive – ou plutôt dont elle ne motive pas – ses interprétations. Les arrêts sont extrêmement succincts et se présentent comme de « *purs exercice de logique*<sup>21</sup> ». La plupart du temps, aucune référence n'est faite à l'interprétation. Et lorsque c'est le cas, la Cour de cassation ne fait qu'invoquer le principe d'interprétation stricte, sans plus d'explication<sup>22</sup>. Elle fait alors comme si la solution découlait purement et simplement du texte lui-même. Or, pendant, longtemps, il n'existait aucun moyen de contester juridiquement la validité des solutions rendues<sup>23</sup>. En matière d'interprétation, la Cour de Cassation avait tout d'une Cour Suprême<sup>24</sup> : comment

---

<sup>15</sup> V. not. Cass. Crim., 12 mars 1984, n°83-91461, *Publié au bulletin* ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20<sup>ème</sup> éd., Cujas, 2014, §254. V. ég., sur l'utilisation du déni de justice dans le droit national-socialiste : J. WALTHER, « L'interprétation en droit pénal allemand : considérations comparatistes sur les frontières du processus créateur de droit par le juge », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>16</sup> V. not., E. GARÇON, *Le droit pénal. Origines-Évolution-État actuel*, Payot, 1922 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 1913, 3<sup>ème</sup> éd., §146, considérant que, dans cette hypothèse, la spécificité du droit pénal doit conduire à considérer que le juge ne s'abstient pas de juger mais juge pour apporter une solution négative. De nos jours, la Cour de cassation pourrait en outre, sur le fondement de l'article 7 de la CESDH, écarter l'application du texte si imprécis que son interprétation serait nécessairement arbitraire et donc contraire à l'exigence conventionnelle de prévisibilité. V. not. en ce sens : Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 2004, 7<sup>ème</sup> éd, p. 80 et 132.

<sup>17</sup> Un auteur relativise même cette idée, réfutant l'application de la méthode littérale dans l'exemple fréquemment donné de l'arrêt du 11 mars 1831, la difficulté résidant dans l'omission de l'impression d'un terme au journal officiel et non d'une ambiguïté de la loi. V. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 193.

<sup>18</sup> V. not. W. JEANDIDIER, *op. cit.*, p. 109 ; et, déjà, F. HELIE, *Introduction à C. BECCARIA*, préc., p. LXII.

<sup>19</sup> C. BECCARIA, *op. cit.* § IV.

<sup>20</sup> V. not. F. HELIE, *Introduction à C. BECCARIA*, préc., p. LXVII ; R. GARRAUD, *op. cit.* §146 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 191 et s.

<sup>21</sup> V. P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Archives de philosophie du droit*, n°50, Dalloz, 2007, p. 60.

<sup>22</sup> V. not. en ce sens, soulignant que la Cour de cassation « *élude le débat* » de la méthode d'interprétation utilisée et expliquant l'impossibilité, pour les tribunaux, d'affirmer une politique criminelle par la prohibition des arrêts de règlement : J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 191 et s.

<sup>23</sup> Seule une intervention du législateur pouvait intervenir, avec plus ou moins de succès ; v. not. Y. MAYAUD, « Le législateur contre l'interprétation judiciaire », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, *op. cit.*, p. 121 et s.

<sup>24</sup> La formule est employée par le Président Louvel lui-même, dans le cadre des débats actuels autour de la nécessité d'une meilleure motivation, v. B. LOUVEL, « Discours prononcé en ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiés à la motivation », Cour de cassation, 14 septembre 2015.

garantir, alors, qu'elle demeure bien dans les limites d'une interprétation stricte ? Car même si nous sommes persuadée que les mots ont un sens<sup>25</sup>, il faut reconnaître que l'argument des théories réalistes de l'interprétation est imparable : quelle que soit la solution retenue, elle sera juridiquement exacte<sup>26</sup>.

5. On pourrait alors penser que l'essor des juridictions de contrôle, et en particulier de la Cour européenne, puisse constituer un rempart contre de possibles dérives interprétatives. Dans le cadre d'un recours individuel fondé sur l'article 7 de la Convention européenne, la Cour européenne apprécie en effet le respect du principe de légalité par les juridictions internes, et la motivation de la Cour de cassation fera ainsi l'objet d'un contrôle. Mais l'on sait que la Cour européenne ne partage pas la conception formelle de la légalité ancrée dans la tradition française, et qu'elle s'attache davantage à la légalité matérielle<sup>27</sup>. Ainsi, si elle interdit les « *interprétations extensives* » en matière pénale<sup>28</sup>, elle n'englobe pas moins dans la notion de « *law* » la loi écrite comme la jurisprudence<sup>29</sup>. Le respect de la lettre du texte ne semble alors que peu préoccuper les juges de Strasbourg. S'ils exigent la prévisibilité de la répression, ils se réfèrent bien plus volontiers aux précédents jurisprudentiels qu'à une interprétation grammaticale des lois internes<sup>30</sup>, même dans les arrêts relatifs à des pays de droit écrit<sup>31</sup>. Loin de garantir le respect du principe d'interprétation stricte, l'essor du droit européen pourrait alors participer à son affaiblissement. On pourrait cependant ne pas trop s'en alarmer dès lors que la prévisibilité de la répression pénale est mieux assurée, et donc le caractère libéral du droit pénal préservé. La vieille légalité formelle n'ayant jamais été à même de protéger efficacement le justiciable, il faudrait assumer le rôle créateur de la jurisprudence pénale, au moins lorsque celle-ci est favorable. Certes, la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu s'en trouverait affectée, mais l'essentiel serait sauf et la légalité finalement renforcée dans ses deux aspects<sup>32</sup>. La question devient cependant plus complexe si l'on intègre le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Dans le cadre de son contrôle *a priori*, les termes du débat sont bien connus et

---

<sup>25</sup> Ce n'est pas le cas des partisans des théories parfois dites du « réalisme radical » et représentées, en France, par M. TROPPER, pour qui « *avant d'être interprétés, les énoncés n'ont aucune signification* ». V. E. MILLARD, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel TROPPER*, Economica, 2006, p. 725-734. Sur le lien entre la pensée de Kelsen et les théories réalistes de l'interprétation, initiées par AUSTIN, v. not. la présentation critique de P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue Juridique Thémis*, 1999, p. 187-223, [en ligne], [http://paul-amssek.com/textes/role\\_volonte.pdf](http://paul-amssek.com/textes/role_volonte.pdf). Pour une approche de ces questions en droit pénal, v. J. LEROY, « La qualification du fait et l'interprétation de la loi », art. préc.

<sup>26</sup> Même si nous verrons que le contrôle de la Cour européenne conduit aujourd'hui à nuancer cette idée, l'impossibilité traditionnelle de contester l'interprétation adoptée par la Cour de cassation permet de transposer la plupart des observations formulées par les théories réalistes de l'interprétation – du moins dans leur courant dit de « *réalisme modéré* » – à l'égard de la jurisprudence constitutionnelle.

<sup>27</sup> Sur cette distinction, v. not. Ch. CLAVERIE, « La légalité criminelle », *Droit pénal*, septembre 2011, étude 16.

<sup>28</sup> V. not. CEDH, 25 mai 1993, n°14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*, §52.

<sup>29</sup> V. not. CEDH, 22 novembre 1995, n°20166/92, *S.W. c/ Royaume-Uni*, §35 ; CEDH, 15 novembre 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France* : §29 et CEDH, 3<sup>ème</sup> s., 24 août 2007, n°77193/01 et 77196/01, *Dragotoniou et Miliaru-Pidhorni c/ Roumanie*, §40, consacrant le principe d'interprétation stricte comme « *principe général du droit pénal* ». V. not. M. TOULLIER, « L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RDLF* 2014, chron. 8.

<sup>30</sup> Le manque de jurisprudence ne peut d'ailleurs pas être compensé par les études doctrinales, v. CEDH, 3<sup>ème</sup> s., 24 août 2007, n°77193/01 et 77196/01, *Dragotoniou et Miliaru-Pidhorni c/ Roumanie*, §43.

<sup>31</sup> Cela nous semble pouvoir être critiqué, la différence de culture juridique pouvant justifier d'apprécier différemment la prévisibilité objective selon que la loi s'inscrit dans un système de droit écrit ou de *common law*. V. not., pour une application discutée de la prévisibilité : CEDH, 5e Sect. 6 octobre 2011, n°50425/06, *Soros c. France*.

<sup>32</sup> V. not. sur ces questions, en perspective avec la pensée de Beccaria : J.-Ch. SAINT-PAU, « L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne », *RSC* 2015, p. 272.

l'on sait qu'il a participé au renforcement de l'exigence de prévisibilité de la loi pénale en imposant au législateur pénal une certaine clarté et précision dans la rédaction de la loi pénale<sup>33</sup>. On pourrait discuter ici de la légitimité et de la force des réserves d'interprétation qu'il peut formuler<sup>34</sup>, mais c'est aujourd'hui essentiellement la mise en œuvre de la QPC qui suscite les passions. Or les vellétés de contrôle de la jurisprudence par le Conseil constitutionnel, et l'attitude de la Cour de cassation face à la menace pesant sur son monopole interprétatif, posent particulièrement question en droit pénal<sup>35</sup>. Le sujet éminemment classique de l'interprétation de la loi pénale se trouve alors bouleversé, aujourd'hui, dans ses implications<sup>36</sup>.

6. Pour l'heure, l'évolution des sources et des contrôles ne semble pas avoir vraiment limité la liberté que s'est accordé le juge pénal dans ses interprétations. Elle a en revanche révélé au grand jour les contradictions de la Cour de cassation. Sans être nouvelle, l'ambivalence de la jurisprudence pénale dans ses rapports à la lettre du texte est aujourd'hui manifeste. L'apparent respect de la conception traditionnelle de la légalité ne fait plus guère illusion et il semble indispensable d'assumer l'existence de choix interprétatifs.

7. Ainsi, nous verrons que l'affirmation d'une interprétation déclarative (I) et le déni d'une interprétation créatrice (II) ne doivent pas cacher que la soumission du juge pénal à la lettre du texte est toute relative, et peu conforme aux exigences conjuguées des légalités formelle et matérielle.

## **I. L'affirmation d'une interprétation déclarative**

8. Comme le souligne aujourd'hui l'ensemble de la doctrine, l'interprétation stricte n'est pas une interprétation restrictive ; elle doit permettre l'application de la loi dans toute son étendue : ni plus, ni moins que le texte<sup>37</sup>. C'est une interprétation « déclarative » de la volonté du législateur, et la lettre du texte ne constitue qu'une frontière à ne pas franchir<sup>38</sup>. Mais même si la méthode littérale n'a jamais été adoptée, la soumission théorique du juge pénal à la loi reste forte, et la conception classique a fortement imprégné la rédaction des arrêts de la Cour de cassation. Cela s'observe qu'elle revendique sa soumission à l'interprétation stricte (A) ou qu'elle se détache de la lettre du texte, pour appliquer la loi dans toute son extension (B).

### **A. L'interprétation stricte revendiquée**

---

<sup>33</sup> V. not. Cons. Const., n°98-399 DC du 5 mai 1998, [Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile], « il résulte de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure ».

<sup>34</sup> V. not. E. DREYER, « L'autorité de la chose interprétée (approche comparée) », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, *op. cit.* p. 157 et s.

<sup>35</sup> Sur ces aspects, v. not. B. de LAMY, « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan Critique », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Lexis-Nexis, 2012, p. 377-388 ; et v. plus longuement *infra*.

<sup>36</sup> V. not. N. MAZIAU, « La Constitution dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, *op. cit.*, p. 11 et s.

<sup>37</sup> V. not. sur la critique de l'interprétation restrictive : X. PIN, *op. cit.*, §52.

<sup>38</sup> V. not., F. HELIE, préface à BOITARD, F. HELIE, *Leçons de droit criminel*, *op. cit.*, p. XV, et, citant cet auteur et soulignant que le doute ne doit pas nécessairement conduire à adopter l'interprétation la plus favorable à l'accusé : R. GARRAUD, *op. cit.* §146. Des auteurs considèrent cependant toujours que le flou du texte doit conduire à adopter l'interprétation la moins attentatoire aux libertés ; v. not., se fondant sur le principe de nécessité : E. DREYER, *op. cit.* §548.

9. La Cour de cassation revendique parfois explicitement sa soumission au principe d'interprétation stricte<sup>39</sup>. Elle censure alors les interprétations extensives menées par les juges du fond (1) et prétend découvrir le sens du texte (2).

### 1. Le refus d'une interprétation extensive

10. Il est clair que le principe de légalité criminelle serait réduit à néant si le juge pouvait étendre la répression au-delà des prévisions du législateur. Si le recours à l'analogie est parfois admis *in bonam partem*, comme en matière de faits justificatifs<sup>40</sup>, il est en revanche unanimement rejeté s'agissant de l'analogie défavorable<sup>41</sup>. Aussi moralement condamnable qu'il puisse être, un comportement non incriminé ne peut être puni<sup>42</sup>. Tous les manuels de droit pénal illustrent cette idée par l'exemple, déjà ancien, de l'individu qui ne paie pas sa note au restaurant : pas de vol possible faute de soustraction, pas d'escroquerie faute de tromperie préalable à la remise. La relaxe s'imposait jusqu'à la création du délit spécifique de grivèlerie<sup>43</sup>. De telles lacunes, manifestes, dans la répression sont toutefois très rares aujourd'hui, et les exemples fort peu nombreux<sup>44</sup>.

11. Il n'en reste pas moins que le contrôle opéré par la Cour de cassation demeure essentiel pour sanctionner les interprétations extensives parfois menées par les juges du fond. Elle l'a tout récemment montré à propos des menaces de mort. Après avoir rappelé que « *la loi pénale est d'interprétation stricte* », elle expose que, selon le texte d'incrimination, « *la menace de mort implique, pour être constituée, que soit caractérisée sa réitération ou sa matérialisation par un écrit, une image ou tout autre objet* ». Elle casse alors la décision de condamnation qui avait retenu la qualification pour une menace accompagnée d'un « *simple geste* », en l'occurrence, le mime d'un pistolet<sup>45</sup>.

12. Mais si le contrôle de la Cour de cassation est une garantie d'unification de la jurisprudence, en matière pénale comme ailleurs, sa compréhension du principe d'interprétation

---

<sup>39</sup> V. déjà, quoiqu'employant une terminologie trompeuse – mais fréquente chez les auteurs anciens : Cass. Crim., 4 février 1898, *Bulletin 1898 n° 49* : « *Attendu, enfin, qu'il est de principe qu'en matière pénale tout est de droit étroit et qu'on ne saurait (...) entendre dans un sens large une disposition de loi qui prononce une peine et englober dans cette disposition des individus et des actes qu'elle ne vise pas expressément ; que (...) les lois pénales (...) doivent toujours être entendues non dans un sens extensif, mais dans un sens restrictif* ».

<sup>40</sup> Cela est unanimement reconnu et presque toujours admis par la doctrine ; v. déjà R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, éd. 1967, §116, et pour une étude plus actuelle, J.-Ch. SAINT-PAU, « L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne », art. préc.

<sup>41</sup> Il faut souligner ici de grandes divergences terminologiques au sein de la doctrine. Si l'on retrouve presque toujours la distinction entre interprétation téléologique (recours à l'esprit du texte), analogie légale (à partir d'un texte voisin) et analogie juridique (à partir de l'esprit général du système répressif), le contenu de chacune de ces notions varie selon les auteurs. Cela conduit à d'apparentes oppositions sur les méthodes d'interprétations acceptables, alors qu'en réalité, les solutions concrètes analysées donnent lieu, le plus souvent, à une acceptation ou une critique commune. Comp. not. E. DREYER, *op. cit.* §531 et s., R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, §170 et s. ; X. PIN ? *op. cit.*, p. 46 et s. ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 191 et s.

<sup>42</sup> Le principe de légalité proscrit formellement que le recours à l'esprit général du système répressif puisse conduire à étendre la répression *extra legem* ou *contra legem*, trait des systèmes totalitaires tels que l'URSS de 1926 à 1958 ayant consacré l'analogie *legis* ou l'Allemagne nazie, ayant admis en 1935 la répression des tout comportement qui « *méritera une peine en vertu des principes fondamentaux de la loi pénale et d'après le sain instinct du peuple* ». V. not. R. MERLE, A. VITU, *op. cit.* §165 et 172 ; J. WALTHER, « L'interprétation en droit pénal allemand », art. préc., soulignant cependant que le recours à des textes larges et l'interprétation téléologique de ceux-ci furent plus destructeurs que le recours à l'analogie, plus symbolique.

<sup>43</sup> V. déjà H. DONNEDIEU de VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1940, §99.

<sup>44</sup> Peut-être pourrait-on en trouver un dans le refus d'application au « *revenge porn* » de l'article 226-1 du Code pénal, dès lors que la personne représentée avait autorisé l'enregistrement de son image, et bien que la diffusion postérieure de celle-ci n'ait pas été consentie ; v. Cass. Crim. 16 mars 2016, n° 15-82.676, *Publié au bulletin*. La solution semble cependant davantage reposer sur une interprétation téléologique que littérale, la lettre de l'article 226-1 al. 3 semblant permettre la répression.

<sup>45</sup> Cass. Crim., 22 septembre 2015, 14-82435

stricte fait parfois l'objet de vives discussions. Cela tient notamment à la motivation des décisions, qui, conformément à la tradition classique, se présentent comme une pure découverte du sens du texte.

## 2. La découverte du sens du texte

13. Dans une conception légaliste du droit pénal, l'interprétation du juge ne peut être que « déclarative » de la loi pénale. Classique, la formule, se retrouve encore aujourd'hui dans de nombreux manuels. Sans être discutée sur le fond, la réception de cette conception dans la rédaction des arrêts de la Cour de cassation paraît beaucoup plus critiquable. Une fois le principe d'interprétation stricte invoqué, en effet, la signification du texte est présentée comme une évidence, comme si elle avait été simplement découverte<sup>46</sup>. L'exemple le plus frappant – et le plus discuté – est certainement l'exclusion du *fœtus* du champ d'application de l'homicide involontaire.

De façon constante depuis l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001, la Cour de cassation affirme solennellement que « *le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître* ». En apparence, rien que de très orthodoxe : l'interprétation stricte s'oppose à une interprétation extensive. Le juge semble ici revendiquer sa soumission à la lettre du texte. Le respect de la tradition légaliste n'est pourtant qu'apparent<sup>47</sup> : le syllogisme n'est pas explicité, et sa majeure pas définie. Or, comme l'ont montré les auteurs, plusieurs syllogismes peuvent soutenir la solution, et d'autres pouvaient la réfuter<sup>48</sup> ; ce sont alors nécessairement d'autres motifs qui ont conduit la Cour de cassation à se prononcer en ce sens. Mais en privant justiciables et commentateurs de la motivation justifiant sa solution, elle semble fermer la discussion et la présente alors comme un acte de volonté, insusceptible d'être vrai ou faux<sup>49</sup>. La multitude de commentaires parus a pourtant démontré la variété des raisonnements possibles en application des principes d'interprétation communément admis<sup>50</sup>. Le paradoxe est particulièrement éclatant en matière pénale : c'est au nom de la légalité que le prétendu acte de

---

<sup>46</sup> Sur le lien, non critiqué par l'auteur, entre le « *style quasi-législatif* » des décisions de la chambre criminelle et le principe de légalité, v. not. L. BORE, « L'interprétation des arrêts de la chambre criminelle », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, op. cit., p. 58 et s.

<sup>47</sup> Un auteur va jusqu'à qualifier l'interprétation « *péremptoire* » de la Cour de cassation comme une « *négation de l'évidence* » ; v. Y. MAYAUD, « Le législateur contre l'interprétation judiciaire », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, op. cit., p. 121 et s.

<sup>48</sup> V. not. M.-L. RASSAT, note sous Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10560 « [la solution] repose sur un syllogisme inexact, comme beaucoup de syllogismes (le droit pénal interdit de tuer les personnes ; le droit pénal permet de supprimer les fœtus ; donc le fœtus n'est pas une personne) alors que le vrai raisonnement est : le droit pénal interdit, en principe, de tuer les personnes ; mais le droit pénal permet de supprimer les fœtus ; donc le droit pénal permet de tuer certaines personnes. . Il nous semble, pour notre part que le syllogisme ici retenu est : l'homicide involontaire protège les personnes (dotées de la personnalité juridique), les fœtus ne sont pas (juridiquement) des personnes, donc l'homicide involontaire ne protège pas les fœtus. On perçoit alors clairement que c'est le choix des prémisses qui détermine seul la solution.

<sup>49</sup> V. not. P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°39, 2004, p. 201.

<sup>50</sup> On retrouve alors l'idée des théories réalistes de l'interprétation, selon laquelle la solution ne résulte pas d'un raisonnement logique mais que ce dernier est utilisé pour justifier, rationnellement, une norme posée par un acte de volonté. V. not. Ch. AGOSTINI, « Pour une théorie réaliste de la validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel TROPPEL*, Economica, 2006, p. 9. Une analyse similaire est défendue par une partie de la doctrine espagnole ; v. not. S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, [en ligne], <<http://criminet.ugr.es/recpc>>

connaissance de la loi confère à la « *règle jurisprudentielle (...) figure et valeur de règle légale*<sup>51</sup> ».

14. La rédaction péremptoire des décisions explicitement fondées sur l'interprétation stricte paraît d'autant plus critiquable que la jurisprudence pénale n'hésite pas, en de nombreuses occasions, à s'émanciper de la lettre du texte.

### **B. L'interprétation littérale écartée**

15. Comme nous l'avons déjà rapidement exposé, la soumission du juge pénal à la lettre du texte n'a jamais été totale. La doctrine pénale contemporaine ne s'en offusque pas. Ainsi, et même si Montesquieu y voyait le trait des systèmes monarchiques<sup>52</sup>, on lit souvent que le juge serait lié par la lettre du texte clair<sup>53</sup> mais qu'il pourrait avoir recours à son esprit face à une loi obscure ou imprécise<sup>54</sup>. Il peut d'abord s'agir de l'esprit du législateur qui a adopté la loi, accessible par les travaux préparatoires et souvent repris par les circulaires<sup>55</sup>. Mais il peut également s'agir de l'esprit d'un législateur idéal, déterminé au regard du bien juridique protégé par l'incrimination<sup>56</sup>. La *ratio legis* peut alors être supposée au regard des évolutions sociales ou du système juridique dans son ensemble<sup>57</sup>, s'approchant alors l'analogie juridique<sup>58</sup>. Mais bien qu'elle soit séduisante, il faut nuancer l'idée selon laquelle la liberté du juge dépendrait de la qualité du texte – et donc en quelque sorte de la marge d'interprétation laissée par le législateur. S'il est vrai que la lettre du texte peut être complétée par son esprit (2), la jurisprudence s'écarte également parfois de la lettre du texte clair (1).

#### **1. L'admission de corrections prétorienne**

16. Même face à un texte clair, on observe d'abord que la Cour de cassation a pu se permettre de corriger ou d'adapter la lettre du texte. Et malgré des variations doctrinales sur la qualification de la méthode utilisée, ces solutions sont dans l'ensemble bien acceptées.

17. **\_ La lettre du texte corrigée (texte absurde) \_** Malgré des variations terminologiques, Il est d'abord presque unanimement admis que le juge n'est pas lié par la lettre du texte

---

<sup>51</sup> La formule est empruntée à MAURY, citée par : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », art. préc., p. 49-76..

<sup>52</sup> V. *Œuvres de Montesquieu* ; contenant *L'esprit des lois*, op. cit., ch. III ; et l'analyse critique de F. HELIE, *Introduction préc.*, p. LVIII.

<sup>53</sup> Des auteurs vont ainsi jusqu'à estimer que le juge est absolument lié par la lettre du texte clair, fût-elle contraire à son esprit ; v. not. Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, op. cit., p. 77 et s. ; J. PRADEL, op. cit., §250.

<sup>54</sup> V. déjà not. : F. HELIE, préface préc., p. XIII,-XV qualifiant une telle interprétation de « *logique* » ; R. GARRAUD, op. cit., §146 ; et, pour la doctrine contemporaine, not. Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, op. cit., p. 77 et s. ; W. JEANDIDIER, op. cit., p. 109 ; X. PIN, op. cit., §53 ; c/a E. DREYER, op. cit., §531, estimant l'interprétation téléologique « *dangereuse* ».

<sup>55</sup> En ce sens, v. not. Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, op. cit., p. 80. Selon Liszt, l'exposé des motifs et les travaux préparatoires doivent cependant être maniés avec « *la plus grande prudence* » car ils n'expriment pas la « *volonté déclarée de la collectivité* » mais de simples mobiles législatifs ; v. F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 129.

<sup>56</sup> Des auteurs distinguent alors respectivement la *mens legis* et la *ratio legis* ; v. not., citant CUJAS, A. HEINRICH, *Cours de droit naturel ou De philosophie du droit*, t. 1, F. A. Brockhaus, 1875 ; Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *R.S.C.*, 1983, p. 596 et s. Notons que ce dédoublement de l'interprétation téléologique peut conduire à des interprétations divergentes, v. par ex. *infra* note 66.

<sup>57</sup> V. not. en ce sens, A. CHAUVEAU, F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 5<sup>ème</sup> éd. 1872, p. 2 et 19, qualifiant de « *premier principe d'interprétation* » la détermination du « *principe qui a présidé à la rédaction de la loi, le système dans lequel elle a été conçue* » ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., §170, qui soulignent les dangers d'une interprétation contraire aux « *principes généraux de l'ordonnement pénal* » en l'absence de disposition expresse.

<sup>58</sup> Sur les incertaines frontières entre interprétations téléologique et analogique ; v. not. D. DECHENAUD, « *Interprétation téléologique ou interprétation par analogie ?* », *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, op. cit., p. 137 et s. ; J. WALTHER, « *L'interprétation en droit pénal allemand* », art. préc.

absurde<sup>59</sup>. On ne citera à cet égard que le fameux décret de 1917, mal rédigé, et qui semblait interdire de descendre des trains...à l'arrêt. La Cour de cassation approuva la condamnation du justiciable qui était descendu du train en marche et invoquait la lettre du texte<sup>60</sup>.

**18. \_ La lettre du texte adaptée (texte obsolète) \_** Mais il est aussi le plus souvent toléré que le juge adapte les incriminations aux évolutions, techniques ou sociales, qui ne pouvaient être prévues par le législateur au moment de la rédaction de l'incrimination. Ainsi est-il assez peu discuté que la Cour de cassation ait retenu un vol de courant électrique<sup>61</sup> ou étendu la diffamation aux phonogrammes là où la loi de 1881 visait les seules publications écrites<sup>62</sup>. Les auteurs qualifient parfois ces interprétations de téléologiques<sup>63</sup>. Il faut cependant souligner que l'esprit du texte est ici entendu de façon large ; il ne s'agit pas de l'esprit du législateur qui a rédigé la loi –et qui ne pouvait pas prévoir ces évolutions- mais de l'esprit d'un législateur « idéal ». En réalité, il nous semble plus exact de considérer que le juge raisonne ici par analogie, bien qu'il ne puisse évidemment pas l'avouer<sup>64</sup>. Sans doute légitimes d'un point de vue répressif, ces solutions le sont certainement moins au regard du principe d'interprétation stricte. L'intervention rapide du législateur à la suite de ces décisions peut d'ailleurs être comprise de cette façon : tout en les approuvant sur le fond, il a jugé nécessaire de prévoir ces hypothèses dans la loi.

**19. La lettre du texte écartée \_** Mais un autre exemple montre que le texte même clair peut donner lieu à interprétation par une mise en perspective avec d'autres textes. C'est ainsi que la Cour de cassation exclut la qualification de détention de produits stupéfiants lorsque ceux-ci sont exclusivement destinés à la consommation personnelle<sup>65</sup>. La solution est loin d'être évidente car il faut bien détenir pour consommer. Même si elle s'appuie explicitement sur une règle de qualification -le caractère spécial de l'incrimination d'usage -, la décision paraît également justifiée par une interprétation téléologique<sup>66</sup>. La détention est une infraction du Code pénal incluse dans les incriminations visant le trafic de stupéfiants, l'usage une infraction du Code de la santé publique. L'esprit de la loi commande alors également la solution, ici clémente<sup>67</sup>. Cela relativise l'idée, encore communément admise dans la doctrine française, selon laquelle l'interprétation littérale serait toujours la plus protectrice. Nous n'avons pas le temps de développer cet aspect, à la frontière de l'interprétation et de la qualification<sup>68</sup> mais

---

<sup>59</sup> V. cependant : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.* p. 129.

<sup>60</sup> Cass. Crim., 8 mars 1930, *DP* 1930, I, 301.

<sup>61</sup> V. cependant H. DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* §98, n'admettant une telle extension que lorsque la lettre du texte permet d'inclure des cas qui ne pouvaient être prévus au moment de sa rédaction et, §100, critiquant l'admission du « *vol d'électricité* » ; v. également les auteurs, anciens, cités par W. JEANDIDIER, *op. cit.*, §130.

<sup>62</sup> V. not. H. DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* §98, dissociant alors les deux exemples ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, §177.

<sup>63</sup> V. not. E. DREYER, *op. cit.* §531 et 532 ; W. JEANDIDIER, *op. cit.*, §130 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, §177 ; X. PIN, *op. cit.*, §52, évoquant également la qualification d'« analogie légale » ; J. PRADEL, *op. cit.*, §254.

<sup>64</sup> En ce sens, v. not. H. DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.*, §99.

<sup>65</sup> Cass. Crim. QPC, 16 sept. 2014, n° 14-90.036, *Publié au bulletin*.

<sup>66</sup> Le choix n'est pas neutre, la Cour de cassation en déduisant des conséquences pour le moins discutables en matière probatoire ; v. Cass. crim., 21 oct. 2015, n° 14-82.832, *Publié au bulletin*, note Ph. CONTE, *Droit pénal* n° 12, Décembre 2015, comm. 158. Le recours à une interprétation téléologique fondée sur l'objet de protection des incriminations imposerait en outre, en toute logique, une modification de la jurisprudence relative à la conduite après usage de stupéfiants. Conformément à la volonté exprimée dans les travaux préparatoires, celle-ci refuse en effet d'exclure la qualification lorsque le faible taux de substance détectée indique l'absence d'influence sur le comportement, et donc la création d'un risque particulier pour la sécurité routière. V. Cass. Crim. 14 oct. 2014, n° 13-87.094 et n° 13-81.390, *Publiés au bulletin*.

<sup>67</sup> On s'éloigne alors ici d'une position souvent défendue, selon laquelle « *se soumettre à la lettre du texte (...)* est encore le plus sûr moyen d'en respecter l'esprit » ; v. E. DREYER, *op. cit.*, §502, liant cependant cette affirmation à l'exigence d'une précision suffisante du texte légal.

<sup>68</sup> Sur le lien entre les deux notions, v. not. J. LEROY, « « La qualification du fait et l'interprétation de la loi », art. préc.

nous signalerons, dans le même sens et même si leur application en ce sens reste encore marginale<sup>69</sup>, que les principes de nécessité<sup>70</sup> et de proportionnalité pourraient aujourd'hui influencer l'interprétation dans un sens restrictif. C'est cependant surtout la définition parfois large des notions qui nourrit aujourd'hui les discussions.

## 2. L'admission de définitions prétoriennes

20. Alors que Portalis souhaitait qu'en matière criminelle, il n'y ait que « *des lois précises et point de jurisprudence* », force est de constater qu'il n'a pas été entendu. C'est bien souvent, en effet, la jurisprudence qui délimite le champ de la répression<sup>71</sup>, qu'elle complète la lettre du texte, ou qu'elle néglige de s'y référer.

21. **La lettre du texte complétée** – Même si l'essor d'une conception matérielle de la légalité a renforcé l'exigence de qualité de la loi pénale, force est de constater que le Conseil constitutionnel ne censure pas systématiquement le recours à des notions larges. Ce n'est d'ailleurs pas nécessairement un mal car l'on observe que l'excès de précision n'est pas forcément gage de clarté ; il suffit, pour s'en convaincre, de lire la définition nouvelle du harcèlement sexuel<sup>72</sup>... Dans une certaine mesure, il est donc normal que la loi pénale soit, comme les autres, générale et abstraite et s'appuie sur des catégories juridiques. Toujours est-il que, plus la loi est imprécise, plus le législateur concède de liberté au juge dans son interprétation. C'est ainsi par exemple que la notion de « violences », non définie par la loi, a pu être comprise comme incluant les comportements qui, sans contact physique avec la victime, étaient « *de nature à causer une sérieuse émotion*<sup>73</sup> ». Et, comme en matière d'adaptation aux évolutions technologiques, la solution a été pérennisée par le législateur en 2010, par l'ajout d'une disposition indiquant que les violences pouvaient n'être que psychologiques.

22. Mais même face à une notion *a priori* précise, la Cour de cassation a pu prendre quelques libertés avec la lettre du texte. C'est ainsi que la « *soustraction* » du vol peut, depuis longtemps, être entendue de façon abstraite, comme soustraction intellectuelle d'une chose dont la détention précaire avait été remise<sup>74</sup>. Plus récemment, et sans consacrer véritablement la possibilité de voler une « chose » incorporelle<sup>75</sup>, elle a également pu admettre que la soustraction se caractérise par l'impression voire la transmission d'une information<sup>76</sup>.

Mais la Cour de cassation va parfois encore plus loin et semble « oublier » complètement la lettre du texte.

---

<sup>69</sup> La Cour de cassation avait même pu considérer que « *l'appréciation de la conformité (...) au principe conventionnel de proportionnalité relève du contrôle de constitutionnalité et échappe à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* » ; Cass. Crim., 2 décembre 2007, cité par E. DREYER, « L'autorité de la chose interprétée », art. préc. p. 171. Des arrêts plus récents montrent cependant une évolution certaine, y compris en droit pénal de fond ; v. Cass. Crim. 3 juin 2015, n° 14-86.507, *Publié au bulletin*, cassant la décision prononçant une interdiction définitive du territoire au motif de la « *méconnaissance du principe de proportionnalité* ». La portée de cette décision peut néanmoins être relativisée au regard des exigences posées par la CJUE en la matière, même si aucune référence n'y est faite ; v. CJUE, 19 septembre 2013, 4<sup>ème</sup> ch., *Filev et Osmani*, C-297/12.

<sup>70</sup> Sur ce principe, v. not. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, p. 257.

<sup>71</sup> V. not., en droit pénal spécial et général : V. MALABAT, « Le changement en droit pénal », *Revue de droit d'Assas*, février 2015, p. 30 et s.

<sup>72</sup> Art. 222-33 du Code pénal, issu de la loi n°2012-954 du 6 août 2012.

<sup>73</sup> Position de principe depuis Cass. Crim., 19 février 1892, *DP* 1892 ; I. 550.

<sup>74</sup> Notons que ces exemples sont qualifiés d'interprétation par analogie par un auteur ; v. E. DREYER, *op. cit.*, §551 et s.

<sup>75</sup> Sur cette question, v. not. L. SAENKO, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *Dalloz* 2016, p. 587.

<sup>76</sup> Cass. Crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, *Publié au bulletin* ; note V. MALABAT, *RPDP* 2015, n°4, p. 903 et s.

**23. \_ La lettre du texte oubliée \_** On peut d'abord citer un exemple récent, relatif à l'articulation du délit d'association de malfaiteurs et de la circonstance aggravante de bande organisée. La Cour de cassation a ainsi affirmé en forme de principe que « *la bande organisée suppose la préméditation des infractions et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres*<sup>77</sup> ». Intuitivement, on pourrait être tenté d'approuver la solution. Mais ce serait oublier qu'au-delà de la dénomination des deux notions, le Code pénal leur attribue une définition strictement identique<sup>78</sup>, les éléments constitutifs du délit et de la circonstance aggravante étant rigoureusement les mêmes. En instituant une telle distinction, l'interprétation de la Cour de cassation semble difficilement pouvoir être stricte à l'égard des deux textes : soit elle ajoute une condition à la bande organisée, soit elle en retire une à l'association de malfaiteurs.

**24.** De même, la Cour de cassation semble parfois interpréter directement l'incrimination fondant les poursuites. La caractérisation des éléments constitutifs est pourtant une exigence indissociable du principe d'interprétation stricte. A quoi bon interpréter strictement la loi pénale si tous les éléments constitutifs ne sont pas scrupuleusement vérifiés ? Or, bien qu'elle partage cette analyse en rappelant cette exigence dans le chapeau de certaines de ses décisions<sup>79</sup>, la Cour de cassation n'en semble pas moins, parfois, interpréter directement l'incrimination fondant les poursuites. Les exemples les plus frappants se trouvent certainement en matière d'atteinte aux biens. C'est ainsi notamment que la Chambre criminelle a pu approuver une condamnation pour abus de confiance « *dès lors que l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération [de son employeur] constitue un abus de confiance*<sup>80</sup> ». Là encore, la Cour de cassation n'apporte aucune justification relative à son interprétation, la solution se présente comme une évidence, directement dégagée du texte d'incrimination. Celui-ci comporte pourtant des éléments constitutifs. Il faut qu'« *un bien quelconque* » ait été « *remis* » à la personne et que celle-ci ait « *accepté à charge de [le] rendre, de [le] représenter ou d'en faire un usage déterminé*<sup>81</sup> ». On cherchera vainement dans la décision de la Cour de cassation l'identification du bien remis... Et plus vainement encore la caractérisation d'une remise de ce bien, préalable indispensable à la qualification du détournement incriminé. Des auteurs ont bien essayé de montrer que ces éléments pouvaient être abstraitement caractérisés dans une telle hypothèse<sup>82</sup>... Que l'on soit ou non convaincu par cette opération intellectuelle, force est néanmoins de constater que le raisonnement n'est aucunement explicité par la Cour de cassation : les éléments constitutifs

---

<sup>77</sup> Chambre criminelle, 8 juillet 2015, 14-88.329, *Publié au bulletin*.

<sup>78</sup> Art. 132-71 du Code pénal : « *Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* » ; art. 450-1 du Code pénal : « *Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.* »

<sup>79</sup> V. not. Cass. Crim., 27 janvier 2016, n°15-80581, *Publié au bulletin* : « *Attendu que le juge répressif ne peut déclarer un prévenu coupable d'une infraction sans en avoir caractérisé tous les éléments constitutifs* ».

<sup>80</sup> Chambre criminelle, 19 juin 2013, 12-83.031, *Publié au bulletin*.

<sup>81</sup> Art. 314-1 du Code pénal.

<sup>82</sup> V. not. G. BEAUSSONIE, « *Un pas de plus vers la dématérialisation de l'abus de confiance : la sanction d'un détournement de temps de travail* », *Dalloz* 2013, p. 1936. Un autre auteur cite cet exemple parmi ceux relevant d'une adaptation nécessaire aux « *besoins de la politique criminelle* », relevant cependant par ailleurs d'autres « *cas où le juge s'écarte manifestement du texte* » ; v. J. PRADEL, *op. cit.*, §255 et 264 et s.

sont tout bonnement absents de sa motivation<sup>83</sup>. La lettre du texte est alors fort loin, seule restant l'affirmation de l'application de l'infraction considérée à une situation donnée.

25. Au vu de ces différentes solutions prétorienne, il semble difficile de continuer à affirmer que la jurisprudence pénale soit toujours strictement déclarative de la loi pénale. L'émancipation du juge au regard de la lettre du texte est bien manifeste, et seule la présentation des décisions semble aujourd'hui conforme à la conception classique du principe de légalité. Mais l'apparence d'une interprétation déclarative est renforcée par le déni persistant d'une interprétation créatrice.

## **II. Le déni d'une interprétation créatrice**

26. La conception traditionnelle du principe de légalité pénale interdit formellement toute interprétation créatrice. Mais l'exigence croissante de prévisibilité de la répression et l'essor du contrôle de conventionnalité ébranle l'affirmation d'une interprétation déclarative (A). Prise en étau entre la conception européenne de la légalité et les velléités de contrôle de l'interprétation judiciaire par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation va devoir repenser sa conception de l'interprétation stricte (B).

### **A. L'interprétation déclarative ébranlée**

27. Le déni français de la normativité de la jurisprudence et ses conséquences sur la rétroactivité des revirements sont bien connus. Mais en droit pénal, la question est encore plus problématique que dans les autres matières. Lorsqu'ils sont défavorables au prévenu (1), ils viennent heurter non seulement l'exigence générale de sécurité juridique mais aussi la conception européenne de la légalité pénale (2).

#### **1. La nécessaire rétroactivité de la jurisprudence dans une conception formelle de la légalité pénale**

28. Dans la conception rigoriste de la légalité pénale, les revirements de jurisprudence ne devraient même pas exister. Si le juge ne fait que prononcer « *les paroles de la loi* », le sens du texte ne saurait varier<sup>84</sup>. La jurisprudence pénale comporte, pourtant, bien des exemples de revirements sur l'interprétation même des textes. C'est ainsi par exemple que l'incrimination de viol a successivement été retenue, puis rejetée, dans l'hypothèse d'une fellation imposée sur la personne de la victime et, pratiquée par l'auteur de l'agression sexuelle<sup>85</sup>.

29. Le problème est ici que, dans la conception traditionnelle de la légalité, la rétroactivité des revirements de jurisprudence est inexorable, surtout en droit pénal : puisque seule la loi peut créer des interdits pénaux, la jurisprudence ne peut pas être normative. L'interprétation est alors réputée inhérente au texte et son champ d'application temporel est nécessairement celui du texte

---

<sup>83</sup> V. not., pour une critique similaire : V. MALABAT, « La sanction pénale du détournement de son temps de travail par un salarié : détournement de l'abus de confiance ? », *Rev. trav.* 2013. 767 ; H. MATSOPOULOU, « Abus de confiance : les 'dérives jurisprudentielles' », *RSC* 2013. 813. Plus largement, sur la caractérisation parfois « *surprenante* » des éléments de cette infraction, v. not. S. DETRAZ, R. OLLARD, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance », *Droit pénal* n° 11, novembre 2014, étude 20.

<sup>84</sup> V. not. J.-Ch. SAINT-PAU, « L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne », art. préc.

<sup>85</sup> Sur le seul fondement de l'article 222-23 du Code pénal, demeuré inchangé, la Chambre criminelle affirma ainsi que « *tout acte de fellation constitue un viol au sens des articles précités, dès lors qu'il est imposé par violence, contrainte, menace ou surprise, à celui qui le subit ou à celui qui le pratique* » puis que « *l'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime* ». V. respectivement : Cass. Crim., 16 décembre 1997, *Bull. crim.* n°429 et Cass. Crim., 22 août 2001, *Bull. crim.* n°169.

lui-même<sup>86</sup>. Formellement donc, la rétroactivité du revirement de jurisprudence s'impose, même s'il est défavorable au prévenu. Cette conséquence inéluctable de la conception formelle de la légalité étend le champ de la répression, ce qui contrarie bien sûr la fonction de prévention générale du droit pénal et sa fonction pédagogique<sup>87</sup>. L'exigence libérale de culpabilité semble également affectée puisque la Cour de cassation refuse traditionnellement l'exclusion de la responsabilité par l'erreur de droit<sup>88</sup>. Nul n'est censé ignorer la loi telle qu'elle sera interprétée... Les conséquences de la conception formelle et traditionnelle de la légalité heurtent alors la légalité matérielle telle qu'elle est entendue par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>89</sup>.

## 2. L'intenable rétroactivité de la jurisprudence dans une conception matérielle de la légalité pénale

30. Pour la Cour européenne, ce qui compte est la prévisibilité de la répression, peu important que la règle soit légale ou prétorienne. Sans interdire les revirements de jurisprudence de façon générale, elle considère que le principe de légalité, matériellement entendu, implique qu'ils ne puissent s'appliquer à l'affaire jugée que s'ils étaient raisonnablement prévisibles au moment des faits. Cela a été admis, par exemple, s'agissant du viol entre époux en Grande-Bretagne<sup>90</sup>. Mais si tel n'est pas le cas, le revirement défavorable viole le principe de légalité tel que garanti par l'article 7 de la Convention européenne. Le problème est bien connu et a valu une condamnation à la France le 10 octobre 2006 dans un célèbre arrêt *Pessino contre France*<sup>91</sup>. Depuis lors, la Cour de cassation ne semble pas avoir été de nouveau confrontée à la question des revirements *in pejus*. Il est alors difficile de savoir si les prémices d'une adaptation dans le temps des effets des revirements<sup>92</sup> se retrouveront en droit pénal de fond. Ou si la Cour de cassation finira au moins par admettre l'erreur de droit en pareille hypothèse, ce qui serait une façon de concilier les exigences respectives des conceptions française et européenne de la légalité<sup>93</sup>. Quoiqu'il en soit, le principe d'interprétation stricte est aujourd'hui de plus en plus

---

<sup>86</sup> Sur cette question de l'« incorporation » de la jurisprudence au texte, v. not. V. not. J.-Ch. SAINT-PAU, « Le revirement d'interprétation », *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, op. cit., p. 177 ; comp. E. DREYER, « L'autorité de la chose interprétée (approche comparée) », art. préc., p. 157 et s.

<sup>87</sup> V. not. en ce sens : E. DREYER, op. cit., §526.

<sup>88</sup> Cass. Crim., 30 janvier 2002, *Bull. crim. n°16* : « le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une seule interprétation jurisprudentielle » ; v. not. la position critique d'E. DREYER, op. cit., §525.

<sup>89</sup> Nous évoquons ici la seule Convention européenne mais il faut souligner que d'autres difficultés peuvent naître de la confrontation entre droit du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne et de l'absence de hiérarchisation des principes et juridictions européens ; v. not. A. AMALFITANO, « Plaidoyer pour une rationalisation des sources constitutionnelles du droit pénal européen : à propos des 250 ans de la parution de *Des délits et des peines* de Cesare Beccaria, *RSC* 2015, p. 297.

<sup>90</sup> CEDH, 22 novembre 1995, n°20166/92, *S.W. c/ Royaume-Uni*, §43 : « Les décisions de la Court of Appeal et de la Chambre des lords ne faisaient que poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence et démantelant l'immunité qui mettait un mari à l'abri de poursuites pour le viol de sa femme (...) De plus, l'interprétation jurisprudentielle opérait une évolution manifeste, cohérente avec la substance même de l'infraction, (...). Cette évolution était telle que la reconnaissance judiciaire de l'absence d'immunité constituait désormais une étape raisonnablement prévisible de la loi ». Sur les différents critères de prévisibilité, v. not. J.-Ch. SAINT-PAU, « Le revirement d'interprétation », préc., p. 182 et s.

<sup>91</sup> CEDH, 10 octobre 2006, n° 40403/02, *Pessino c/ France*, constatant une violation de l'article 7 de la CESDH car « il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale ». V. ég. CEDH, 14 janvier 2010, n° 36815/03, condamnant la Macédoine pour un revirement imprévisible.

<sup>92</sup> V. not. les arrêts de la chambre commerciale étudiés par L. BORE, « L'interprétation des arrêts de la chambre criminelle », art. préc., p. 57 ; v. également, sur l'aménagement dans le temps des effets des revirements, en matière procédurale et sur le fondement de l'article 6§1 de la CESDH : Ass. Plén., 21 décembre 2006, n° 00-20493, *Publié au bulletin* ; Civ. 1, 6 avril 2016, n° 15-10552, *Publié au bulletin*.

<sup>93</sup> V. not. en ce sens, E. DREYER, op. cit., §528. Sur les difficultés procédurales et substantielles néanmoins soulevées par une telle solution, v. J.-Ch. SAINT-PAU, « Le revirement d'interprétation », art. préc. p. 196 et s.

conurrencé dans sa fonction de garantie de la prévisibilité, et il semble indispensable de repenser sa signification et ses conséquences.

## **B. L'interprétation stricte à repenser**

**31.** Le développement d'une conception matérielle du principe de légalité pourrait conduire à considérer le principe d'interprétation stricte comme dépassé. La conception libérale du droit pénal pourrait d'ailleurs s'en satisfaire, les garanties somme toute assez illusoires qu'il procure pouvant être considérées comme compensées par la soumission de la jurisprudence à l'exigence de prévisibilité. Mais cette idée paraît trop optimiste face aux ambiguïtés du contrôle de la légalité matérielle dans le cadre de la QPC (1) et il semble qu'une évolution de la motivation des décisions interprétatives soit devenue indispensable (2).

### **1. Légalité et monopole interprétatif du juge judiciaire**

**32.** Le débat sur la normativité de la jurisprudence et sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation n'est pas propre au droit pénal<sup>94</sup>. La matière est cependant particulière dans son rapport à la loi. Il est d'ailleurs remarquable que les études sur ces questions excluent parfois prudemment la jurisprudence pénale du champ de leur réflexion, au motif de cette particularité<sup>95</sup>. Plus qu'ailleurs, pourtant, le constat des incohérences du droit positif actuel semble s'imposer. Plus qu'ailleurs, surtout, les effets pervers d'une soumission apparente à la lettre du texte peuvent porter atteinte à la liberté individuelle. Pendant longtemps, le problème théorique était insoluble dès lors que la Cour de cassation était l'organe officiel d'interprétation de la loi<sup>96</sup>. La doctrine avait beau jeu de critiquer certaines solutions, jugées extensives...la décision n'en restait pas moins juridiquement inattaquable. De ce point de vue, l'essor d'une conception matérielle de la légalité pourrait être saluée. En imposant la prévisibilité de la répression et, surtout, en contrôlant celle-ci, la Cour européenne ajoute à la protection de la légalité formelle celle d'une conception matérielle de la légalité. Les protections s'additionnant, le justiciable aurait finalement gagné en garanties. Mais on a déjà dit que la Cour européenne s'attachait assez peu à la lettre du texte<sup>97</sup>. Et même si le principe de légalité pénale est plus contraignant que le simple objectif général de prévisibilité<sup>98</sup>, on a relativisé l'idée d'une liberté interprétative proportionnelle à l'imperfection des textes. Il n'est alors pas certain que le renforcement des exigences en matière de légalité matérielle garantisse un meilleur respect du

---

<sup>94</sup> V. not. B. LOUVEL, « Discours prononcé en ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiés à la motivation », préc.

<sup>95</sup> V. not. P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », Cour de cassation, 2015.

<sup>96</sup> Seule l'hypothèse d'une réserve subordonnant la constitutionnalité de la loi contestée à une certaine interprétation affecte ce monopole ; v. plus largement : E. DREYER, « L'autorité de la chose interprétée », art. préc, p. 157 et s.

<sup>97</sup> Cela est encore vu par certains auteurs comme une « *promotion du flou* », le « *nouveau modèle de raisonnement juridique (...) proposé* » étant en « *rupture complète avec la solidité des analyses cartésiennes* ». V. Y. MAYAUD, « Le législateur contre l'interprétation judiciaire », art. préc.

<sup>98</sup> La distinction est également importante quant aux recours ouverts –et donc quant à l'effectivité des principes, le principe de légalité pénale pouvant fonder une QPC mais non l'objectif d'intelligibilité ; v. respectivement Cons. Const. n°2012-240 QPC du 4 mai 2012 et Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, confirmée depuis, et posant que « *si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité* ».

principe d'interprétation stricte. Et ce d'autant moins que le cadre de la QPC a donné lieu à de vives tensions entre Cour de cassation et Conseil constitutionnel<sup>99</sup>.

**33.** On sait que la Cour de cassation a résisté à la soumission de ses interprétations au contrôle du Conseil constitutionnel<sup>100</sup>. Le principe d'interprétation stricte ayant été reconnu comme de valeur constitutionnelle, il n'était pas absolument exclu que le Conseil constitutionnel s'empare – plus ou moins directement- de son contrôle dans le cadre de la QPC<sup>101</sup>. Mais lorsqu'il aurait eu l'occasion de le faire, il s'y est refusé et s'est montré respectueux de la conception traditionnelle d'une légalité purement textuelle. Même si on l'a connu moins intransigeant, c'est ainsi qu'il jugé en 2012 que l'incrimination de harcèlement sexuel qui permettait que « *le délit (...) soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis* », méconnaissait le principe de légalité des délits et des peines et devait être déclarée contraire à la Constitution<sup>102</sup>. Alors qu'il était en vigueur depuis une dizaine d'année, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le seul texte de loi et non sur son interprétation. Et bien que le commentaire aux cahiers affirme que la jurisprudence peut être prise en compte à l'heure d'apprécier la prévisibilité de l'infraction examinée<sup>103</sup>, celle-ci est à peine évoquée dans le dossier documentaire. Elle n'est pas mentionnée dans la décision et, moins encore, utilisée pour apprécier la prévisibilité de la répression à la date à laquelle le Conseil a été saisi. Cette décision aurait pu, alors, rassurer la Cour de cassation quant au respect de son monopole interprétatif<sup>104</sup>. Pourtant, et bien qu'elle ait par ailleurs assoupli sa position de principe sur l'intégration de la jurisprudence à la loi contestée dans le cadre de la QPC<sup>105</sup>, le filtre de la Cour de cassation a pris un tour particulier dans le contentieux QPC de la légalité pénale.

## **2. Légalité et prévisibilité de la répression**

**34.** Depuis l'abrogation traumatisante du harcèlement sexuel, on observe en effet que la Cour de cassation refuse presque systématiquement de transmettre les QPC fondées sur le principe de légalité criminelle. Avec quelques variations terminologiques, la question est toujours jugée dépourvue de caractère sérieux, au motif que les dispositions contestées sont

---

<sup>99</sup> V. not. à cet égard : B. de LAMY, « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan Critique », art. préc, p. 377-388.

<sup>100</sup> V. Ass. Plén., 20 mai 2011, n°11-90.032, *Publié eu bulletin* ; v. not. E. DREYER, « L'autorité de la chose interprétée », art. préc. p. 162 et s.

<sup>101</sup> Puisque le Conseil constitutionnel a lui-même consacré le principe d'interprétation stricte en matière pénale, et puisqu'il accepte de contrôler les lois telles qu'elles sont interprétées par une jurisprudence constante, on pourrait imaginer qu'il prétende s'assurer que l'interprétation de la Cour de cassation est bien une interprétation stricte. Ce serait cependant s'opposer à la volonté du législateur organique ; v. not. l'analyse fouillée de B. de LAMY, « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan Critique », art. préc.

<sup>102</sup> Cons. Const. n°2012-240 QPC du 4 mai 2012, [Définition du délit de harcèlement sexuel], cons. 5.

<sup>103</sup> Commentaire de la décision n°2012-240 QPC, p 10 : « *En somme, il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'une « infraction » qui ne serait pas définie dans un texte de manière claire et précise, ou ne serait pas explicitée, peut ne pas entraîner d'inconstitutionnalité, si d'autres textes du même domaine ou la jurisprudence ont apporté les éclaircissements permettant de pallier les lacunes du texte contesté.* »

<sup>104</sup> Il en va de même de la position claire selon laquelle qu'un arrêt ne peut, en tant que tel, constituer « *une disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution* » ; v. not. Cons. Const., n° 2013-363 QPC du 31 janvier 2014, [Droit d'appel des jugements correctionnels par la partie civile].

<sup>105</sup> Notons également que la Cour de cassation a pu modifier son interprétation pour justifier d'une non transmission de QPC ; v. not. : Cour de cassation, *Rapport annuel 2014*, « La Cour de cassation, gardienne de la conformité immédiate de la loi aux normes supralégislatives » ; E. DREYER, « L'autorité de la chose interprétée (approche comparée) », art. préc.

« suffisamment claires et précises pour que leur interprétation, qui relève de l'office du juge pénal, s'effectue sans risque d'arbitraire<sup>106</sup> ».

35. Or, si l'on peut comprendre -et certainement partager- les craintes de la Cour de cassation de se voir confisquer ses prérogatives interprétatives, il n'en reste pas moins qu'une telle motivation est inacceptable. La Cour de cassation ne se réfère pas, en effet, à sa jurisprudence passée<sup>107</sup> mais à une jurisprudence abstraite... Non à des solutions concrètes précédemment dégagées et dont il ressortirait que la légalité matérielle - peut-être insuffisante au moment de l'entrée en vigueur du texte- est désormais assurée, mais à une simple potentialité de jurisprudence dépourvue d'arbitraire<sup>108</sup>. La Chambre criminelle auto-apprécie, alors, sa capacité à garantir la prévisibilité de la répression<sup>109</sup>. Le renversement du principe d'interprétation stricte est total : loin de soumettre le juge, il se transforme en argument pour préserver son autonomie... Corollaire du principe de légalité, il devient- par sa seule évocation- un obstacle au contrôle de celui-ci par le Conseil constitutionnel.

36. On ne fera pas semblant d'ignorer que, derrière le débat juridique, ce sont la séparation des pouvoirs et la légitimité du Conseil constitutionnel qui sont en cause. Mais la Cour de Cassation pourrait **convaincre** de la prévisibilité de la répression, la démontrer et non plus seulement l'affirmer. Le cadre de la QPC pourrait alors constituer un terrain propice à un premier pas vers la reconnaissance de l'existence de choix interprétatifs... Afin qu'un jour, peut-être, la Chambre criminelle accepte de donner une motivation véritable de ses interprétations, comme le font déjà la plupart des autres juridictions supérieures des systèmes juridiques européens- y compris dans les systèmes de droit écrit<sup>110</sup>. Dévoiler les ressorts de son interprétation -et les soumettre à l'analyse critique- est en effet la seule façon de prouver que

---

<sup>106</sup> V. not. Cass. Crim., QPC, 24 septembre 2013, n°12-87059, *Publié au bulletin*, à propos de la discutée définition des fautes non intentionnelles ; Cour de cassation, *Rapport annuel 2013*, « Examen du caractère sérieux des QPC » ; et, plus récemment, par ex., Cass. Crim., 7 octobre 2015, n°15-81787, *Inédit* ; Cass. Crim., 22 juillet 2015, 15-80.815, *Inédit*.

<sup>107</sup> C'est la voie choisie par la Cour fédérale de justice allemande, ce qui fait également débats ; v. J. WALTHER, « L'interprétation en droit pénal allemand », art. préc., p. 89.

<sup>108</sup> V. not.. en ce sens : Ph. CONTE, « La question prioritaire de constitutionnalité et le petit bricoleur (ou l'apport de la clef de 12 à la clarification de la loi pénale », *Droit pénal* n°4, avril 2013, étude 8 .

<sup>109</sup> V. not.. en ce sens : E. DREYER, « L'autorité de la chose interprétée (approche comparée) », art. préc., p. 167 et s.

<sup>110</sup> L'exposé des différentes méthodes d'interprétation possibles, des choix effectués et de l'évolution prétorienne est souvent associé aux des Cours des systèmes *common law* ou d'un raisonnement excluant le syllogisme au profit d'une appréciation fondée sur la seule proportionnalité. V. not. S. CASTILLO-WYSZOGRODZKA, « La motivation des décisions de justice : perspective comparatiste », *Dalloz* 2014, p. 1838 ; Ch. JAMIN, « Contrôle de proportionnalité : Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », Cour de cassation, *Réforme de la Cour*, 30 mars 2015. Une motivation véritable et l'énoncé de tels éléments n'est pourtant pas l'apanage de tels système et se rencontre également dans des pays de droit écrit. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter les décisions rendues par les hautes juridictions et tribunaux constitutionnels espagnols, allemands ou italiens. V., à titre d'exemple, quelques décisions dont la portée a dépassé le cadre national : Tribunal Supremo Español, STS 197/2006, 34 pages, dite « jurisprudence *Parot* », justifiant longuement d'un revirement de jurisprudence (ce qui n'empêcha pas la condamnation de l'Espagne par l'arrêt CEDH, 21 octobre 2013, n° 42750/09, *Del Rio Prada c. Espagne*) ; Tribunal Supremo Español, STS 101/2012, *Manos Limpias y Asociación Libertad e Identidad vs Baltasar Garzón* (relaxe pour des faits de prévarication judiciaire), 63 pages ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 février 2004 (détention de sûreté), reproduite en français dans le dossier documentaire de la décision 2008-562 DC, 30 pages ; Suprema Corte di Cassazione italienne, 19 novembre 2014 ( cassation de la condamnation dans l'affaire dite « Eternit »), publication en deux temps de la décision, n° 47907 (4 pages) puis de sa motivation, n°1292/2014 (146 pages).

l'interprétation n'est pas un pur acte de volonté<sup>111</sup> et qu'elle se plie véritablement aux exigences du principe de légalité<sup>112</sup>.

1<sup>er</sup> juin 2016.

---

<sup>111</sup> Cela est clairement admis par le Tribunal Suprême espagnol, STS 108/2001 du 23 avril 2001 : « *la raison ultime qui impose ce devoir de motivation en tant qu'obligation d'extérioriser le fondement de la décision réside dans la prohibition de l'arbitraire et, de ce fait, de la nécessité de mettre en évidence que la solution de la décision n'est pas un simple acte de volonté arbitraire du juge mais une décision issue d'un raisonnement juridique (...)* [si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho ].

<sup>112</sup> Il s'agirait alors seulement d'étendre à l'interprétation de l'incrimination un principe consacré par le Conseil constitutionnel s'agissant des déclarations de culpabilité, cadre dans lequel il a posé que « *que l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation constitue une garantie légale de cette exigence constitutionnelle* [de légalité] » ; v. Cons. Const., n°2011-113/115 QPC du 1<sup>er</sup> avril 2011, [Motivation des arrêts d'assises].