

# À L'AUTRE EXTRÉMITÉ DE LA CORDE... L'ENVERS DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

Frank HAID

Volume 110, numéro 2, septembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045558ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045558ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

HAID, F. (2008). À L'AUTRE EXTRÉMITÉ DE LA CORDE... L'ENVERS DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE. *Revue du notariat*, 110(2), 693-714.  
<https://doi.org/10.7202/1045558ar>

# À L'AUTRE EXTRÉMITÉ DE LA CORDE... L'ENVERS DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

**Frank HAID\***

I. LES CAUSES DU BESOIN DE SOUPLESSE DU DROIT . . . . .	700
A. L'impossibilité d'envisager tous les cas de figure . . . . .	701
B. L'évolution constante de la société . . . . .	703
C. La nécessité de prendre en compte les nuances factuelles . . . . .	705
II. UN BESOIN UNIVERSEL . . . . .	707
A. Un besoin également ressenti en droit pénal . . . . .	708
B. Un besoin insuffisamment satisfait par le pouvoir reconnu aux juges d'individualiser la peine . . . . .	712

---

\* Docteur en Droit privé et Maître de conférences à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III.



Chaque juriste, ou même chaque justiciable, pourrait aisément en convenir : la sécurité juridique est une exigence inhérente à l'idée de droit<sup>1</sup>, elle en représente indiscutablement une valeur fondamentale. L'expression même de « sécurité juridique » sonne d'ailleurs, selon Jean Boulouis, comme « une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un »<sup>2</sup>. « On serait tenté de dire immédiatement, renchérit M. Pacteau, qu'en réalité, le droit, c'est la sécurité ou c'est rien »<sup>3</sup>. Pour être juste et régir efficacement les relations sociales, pour être « respecté et respectable »<sup>4</sup>, le droit devrait donc être stable, fiable et ses applications pleinement prévisibles. Chaque intéressé devrait pouvoir y trouver directement, sans trop de difficultés, la réponse à une question, pour lui, primordiale : « comment ma situation ou mon comportement seront-ils jugés ? »<sup>5</sup>. Les lois ayant pour fonction d'indiquer aux citoyens la mesure de leur possibilité d'action afin qu'ils ajustent leur conduite sur cette mesure<sup>6</sup>, elles devraient, en effet, leur permettre de prévoir avec certitude les conséquences juridiques de leurs actes, de manière à ce

- 
1. Selon SAUER, « [o]n ne saurait, en effet, concevoir, ni que l'opportunité puisse primer la sécurité juridique ou la justice, ni que le droit puisse avoir comme but autre chose (mais alors quoi ?) que la justice ou la sécurité juridique » (W. SAUER, « Sécurité juridique et justice », dans *Recueil Lambert*, t. III, Paris, Sirey, 1938, p. 36). Dans le même sens, pour MM. PUISOCHET et LEGAL, « l'objet même de toute entreprise juridique, qu'elle soit législative, administrative ou juridictionnelle, est d'introduire dans la vie sociale une dose aussi forte que possible de sécurité, dispensant les sujets du droit d'appuyer leurs revendications sur le seul usage de la force et les garantissant du sort incertain de leurs armes » (Jean-Pierre PUISOCHET et Hubert LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », C.c.C. n° 11, 2001.98).
  2. Jean BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », dans *Du droit international au droit de l'intégration : Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 53.
  3. Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », A.J.D.A., 1995 (n° spécial).151.
  4. Philippe MALAURIE, « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », dans Yves LEQUETTE et Laurent LEVENEUR (dir.), *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 3.
  5. A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », R.R.J., 1989.259.
  6. Paul AMSELEK, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*. 1987 ;6.131 et 132.

que chacun puisse anticiper ces conséquences et compter sur elles<sup>7</sup>. En droit pénal, cette prévisibilité absolue offrirait la possibilité de garantir au mieux le respect de la liberté individuelle de chacun. Plus généralement, elle alimenterait, quel que soit le domaine, une confiance très forte dans le droit, constituerait un gage d'égalité entre les justiciables, éliminerait tout risque de dérive arbitraire des juges et permettrait, enfin, d'éviter bien des litiges.

Seulement, en réalité, aucun système juridique n'est capable d'offrir cette prévisibilité. Compte tenu de l'infinie complexité de la vie sociale et des imperfections du langage humain, aucun système destiné à régir des comportements ne peut prévoir pour chaque cas une règle clairement désignée et certaine quant à sa signification. L'idée inverse relève de l'utopie, elle participe du mythe de la sécurité juridique dans lequel, de nos jours, presque plus personne ne croit<sup>8</sup>. Il n'empêche que tous les juristes s'accordent pour voir derrière ce mythe une exigence fondamentale, un idéal inaccessible vers lequel le législateur doit tendre tant que cela ne compromet pas la quête d'un autre idéal : celui de justice. Pour le Doyen Roubier et nombre de théoriciens du droit, la sécurité juridique représente même « la première valeur sociale à atteindre », « la plus essentielle pour l'harmonie des rapports humains »<sup>9</sup>. « Ils la placent avant la justice même et avant le progrès », constatait le Doyen Carbonnier, « c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres ». La sécurité juridique, concluait-il, c'est « le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal »<sup>10</sup>.

Il faut dire que l'expression « sécurité juridique » est pleine d'attraits. Désignant une notion fuyante, particulièrement difficile à cerner, elle est évocatrice « de stabilité et d'incontestabilité, de garantie, de protection et de permanence, d'assurance, de certitude et de confiance, donc de tout ce qu'on attend justement [...] du

---

7. Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946, p. 76.

8. P. MALAURIE, *loc. cit.*, note 4, p. 5.

9. P. ROUBIER, *op. cit.*, note 7, p. 269. Il ajoutait : « Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune valeur qui puisse subsister (le progrès devient une dérision et les pires injustices se multiplient avec le désordre) » (*ibid.*, p. 334). Sur les liens entre sécurité juridique, justice et progrès social, voir également B. TABBAH, « La trilogie : sécurité, justice, et progrès social », dans *Mélanges P. Roubier*, t. I, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 459-468.

10. Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 193 et 194.

droit »<sup>11</sup>. Observée de loin, ses principaux traits apparaissent rapidement ; la notion semble même recouvrir un peu tout à la fois : la protection contre la rétroactivité, l'assurance d'une consolidation à terme des situations juridiques individuelles, la stabilité de l'environnement juridique, la publicité effective et suffisante de la règle applicable, la clarté, la précision, la cohérence de cette règle ou encore le respect de l'autorité de la chose jugée<sup>12</sup>. L'examiner dans le détail s'avère, en revanche, plus délicat, tant il est difficile et particulièrement subjectif de tracer plus précisément les contours de cette notion polymorphe. Quelles limites effectives convient-il de fixer à la rétroactivité de la loi ? Dans quelle mesure faut-il permettre la consolidation des situations juridiques individuelles ? Doit-on, au nom de la sécurité juridique, limiter la rétroactivité des arrêts de revirements et, si oui, comment ? Qu'est-ce qu'une règle claire et précise ?... Autant d'interrogations facteurs de divergences que la référence générale à la notion de sécurité juridique permet d'éviter.

Ce grand flou explique en partie le pouvoir d'attraction de la notion. Chacun pouvant la modeler à sa guise en fonction de ses convictions et, parfois, de ses intérêts propres, quitte à en livrer, selon les circonstances, des sens contradictoires, celle-ci n'a aucun mal à faire l'unanimité. Mais, cette unanimité apparente cache en fait de sérieuses divisions sur ce que recouvre réellement l'expression « sécurité juridique » et laisse en suspens de nombreuses questions relatives à la délimitation de ses frontières. La grande majorité des auteurs décèle, par exemple, derrière cette notion, deux ordres d'exigences : d'une part, des exigences matérielles ayant trait à la qualité de la loi, c'est-à-dire à sa clarté, son accessibilité et, donc, son efficacité ; d'autre part, des exigences temporelles, relatives à la prévisibilité de la loi et à la stabilité de l'environnement juridique<sup>13</sup>. D'autres estiment que la sécurité juridique ne s'intéresse qu'à la certitude quant aux conséquences juridiques d'un acte et qu'elle doit, par conséquent, être distinguée du besoin de stabilité juridique dont découle notamment le principe de non-rétroactivité de la loi et celui de l'autorité de la chose jugée<sup>14</sup>.

Certes, fort heureusement, les avis sur la question ne sont pas toujours aussi divergents et il est en fait possible, pour ce qui

---

11. B. PACTEAU, *loc. cit.*, note 3, 151.

12. *Ibid.*, 154.

13. Antoine CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002.chr.2815.

14. Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2000, p. 58.

regarde spécifiquement la sécurité juridique offerte par un texte normatif, et notamment par un texte de loi, d'affirmer qu'elle dépend essentiellement, au-delà de l'indispensable effectivité de la règle, du respect de cinq exigences spécifiques : des exigences d'accessibilité<sup>15</sup>, d'intelligibilité<sup>16</sup>, de cohérence<sup>17</sup>, de stabilité<sup>18</sup> et de préci-

- 
15. L'accessibilité de la loi est la première de ces exigences car pour trouver les réponses à ses interrogations, le justiciable doit, bien évidemment, en premier lieu, pouvoir se référer aux textes susceptibles de les lui fournir. Ceci implique naturellement que ces textes existent mais aussi qu'ils bénéficient d'une publicité suffisante pour que ses destinataires puissent en prendre connaissance. Malheureusement, nul n'ignore que le respect de cette exigence se heurte au vertigineux volume de la production normative et à la « complexification anarchique du système juridique ». L'expression est empruntée à Moncef KDHIR, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », P.A. 1993 (16 août). 11. Cette « complexification anarchique » est notamment alimentée par le développement de la pratique des lois « fourre-tout » dénoncé par le Conseil d'État dans son rapport sur la sécurité juridique (CONSEIL D'ÉTAT, « De la sécurité juridique », dans *Rapport public 1991*, Paris, Documentation française, 1992, p. 36-41).
16. Pour être effectivement accessible, la loi doit nécessairement être intelligible. Son accessibilité matérielle ne suffit pas, elle doit aussi être intellectuellement accessible aux justiciables. Une fois identifiées les règles applicables à leur propre cas, ceux-ci devraient ainsi, dans l'idéal, pouvoir en comprendre le sens sans l'aide d'un professionnel du droit. Pour ce faire, la loi devrait exclusivement être rédigée dans des termes compréhensibles par tous, autrement dit des termes issus du langage courant. Seulement, compte tenu de la complexité des situations régies et de l'ambiguïté que ferait inévitablement naître un recours exclusif à ce type de langage, celui-ci doit parfois s'effacer devant le langage technique. La vulgarisation complète de la loi s'avère, par conséquent, impossible.
17. Pour ne pas accentuer l'insécurité juridique, la loi se doit également d'être cohérente. Ses dispositions doivent s'articuler entre elles sans se contredire et sans contredire les autres dispositions du système juridique. L'une des missions du législateur consiste donc à éviter les conflits de normes afin que le droit ne fournisse qu'une seule et même réponse à une question donnée. C'est malheureusement loin d'être le cas puisque bien souvent, justiciables et juges se trouvent en face de dispositions au moins partiellement contradictoires pour lesquelles il est nécessaire de déterminer comment elles doivent s'articuler entre elles. Il est vrai que compte tenu de l'infinie variété des hypothèses de fait qui peuvent se présenter, il est impossible de chasser toute contradiction. Mais, il est aussi vrai que la hâte avec laquelle sont préparés et examinés certains textes, et ce en dépit de la complexité de l'ordre juridique, ne permet guère d'éviter les conflits normatifs.
18. Bien qu'une poignée d'auteurs juge bon de distinguer l'exigence de stabilité du droit de celle de sécurité juridique (B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 14, p. 58), il paraît plus juste de considérer, à l'instar de la grande majorité de la doctrine, que le degré de sécurité juridique offert par la loi dépend aussi, pour une large part, de sa stabilité. C'est en tout cas l'opinion du Conseil d'État qui relevait dans son Rapport public pour 1991 que le sentiment d'insécurité juridique que peut éprouver le justiciable ne naît pas seulement de l'accumulation des textes, mais aussi, à stock normatif constant, de la fréquence des changements que ces textes connaissent (CONSEIL D'ÉTAT, *loc. cit.*, note 15, 23).

sion<sup>19</sup>. Il n'empêche toutefois que la notion de sécurité juridique semble concrètement susceptible de se prêter à autant d'acceptions qu'il y a d'individus en mesure d'exposer leur approche<sup>20</sup>. À l'évidence, et c'est encore plus flagrant lorsque des intérêts personnels ou catégoriels sont en jeu, la sécurité juridique des uns ne correspond pas toujours à la sécurité juridique des autres<sup>21</sup>. Pire, la sécurité juridique des uns coïncide même parfois avec l'insécurité juridique des autres<sup>22</sup>...

Assurer à tous une sécurité juridique suffisante n'est de fait pas une mince affaire. Et cela l'est d'autant moins que la recherche de sécurité juridique ne peut bien entendu pas constituer l'unique but de l'autorité chargée d'élaborer une réglementation. Tout texte normatif poursuit, en effet, un certain nombre de finalités plus concrètes, telle la protection d'une catégorie de personnes ou la condamnation de certains comportements, qui vont, elles aussi, guider la plume de l'autorité chargée de la rédaction du texte. En outre, et c'est le point sur lequel cette contribution à l'étude de la sécurité juridique aimerait porter l'attention, il est impossible de mettre en œuvre ces finalités ponctuelles sans tenir compte d'une autre exigence fondamentale : le besoin vital de souplesse du droit.

Car l'exigence de sécurité juridique n'avance jamais seule : elle ne représente qu'un seul des deux éléments du dilemme auquel le rédacteur d'une réglementation se trouve inévitablement confronté. En effet, quel que soit l'objet de la réglementation en cours d'élaboration, l'autorité en charge de cette élaboration fait invariablement face à la même interrogation : doit-elle privilégier la rigueur du texte afin de satisfaire au mieux l'exigence fondamentale de sécurité juridique ou doit-elle jouer avec l'indétermination de ses termes pour y insuffler de la souplesse, en laissant aux juges chargés de l'appliquer une certaine marge de manœuvre afin que la réponse fournie par le droit aux hypothèses de fait complexes et variées qui lui seront soumises soit la plus juste, la plus pertinente et la plus raisonnable

---

19. Pour que les justiciables puissent obtenir des réponses fermes et précises à leurs interrogations, le contenu du texte de loi ne devrait, en effet, dans la mesure du possible, pas laisser de place aux doutes. Ceci implique qu'il livre tous les détails nécessaires à sa mise en œuvre, mais aussi qu'il le fasse en employant des termes suffisamment précis. L'usage de termes précis ou l'emploi de techniques définitoires sont ainsi vecteurs de sécurité juridique. À l'inverse, l'usage de notions à l'indétermination élevée est facteur d'insécurité.

20. Emma BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2003, p. 5.

21. B. PACTEAU, *loc. cit.*, note 11, 154.

22. A. CRISTAU, *loc. cit.*, note 13, 2815.



possible ? Face à ces deux extrémités d'une même corde, le rédacteur d'un texte normatif doit donc impérativement déterminer dans quel sens il va tirer et avec quelle vigueur et cela au regard du domaine, de la nature et des objectifs spécifiques de la réglementation en cours d'élaboration. La transcription de cet arbitrage dans le contenu du texte normatif se fait ensuite essentiellement par l'intermédiaire du dosage de l'indétermination des notions employées : plus les notions autour desquelles s'articule la règle sont précises, plus celle-ci offre de sécurité juridique et néglige le besoin de souplesse ; à l'inverse, plus ces notions sont indéterminées, plus la règle devient souple mais génère de l'insécurité<sup>23</sup>. Particulièrement délicate à réaliser, cette recherche du meilleur équilibre possible entre l'exigence de sécurité juridique et le besoin de souplesse du droit revêt une importance capitale dans l'élaboration de la règle.

Aussi convient-il, pour mieux mesurer l'importance réelle de l'exigence fondamentale de sécurité juridique, d'apprécier ce qui se trouve de l'autre côté de la balance, de soupeser ce contre poids avec lequel le rédacteur d'un texte normatif doit inévitablement composer, d'analyser plus en détail ce que l'on peut considérer comme l'envers de la sécurité juridique : le besoin vital de souplesse du droit. C'est ce que nous nous proposons de faire ici en étudiant, d'une part, les causes de ce besoin de souplesse (I), avant d'observer, d'autre part, que ces causes en font un besoin universel qui touche sans exception tous les domaines juridiques, bien que l'on ait pu croire par le passé qu'il ne concernait pas la matière pénale (II).

## **I. LES CAUSES DU BESOIN DE SOUPLESSE DU DROIT**

Trois raisons – intimement liées mais ici distinguées pour les besoins de l'analyse – expliquent le besoin de flexibilité, d'adaptabilité, autrement dit de souplesse du droit : l'impossibilité pour le rédacteur de la règle d'envisager tous les cas de figure (A), l'évolution constante de la société (B) et la nécessité de prendre en compte les nuances factuelles (C). Suivant le domaine concerné, la nature et les objectifs de la loi en cours d'élaboration, ces éléments risquent de poser plus ou moins de difficultés et réclament, de fait, plus ou moins de souplesse.

---

23. Sur le dosage de l'indétermination des notions légales, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre thèse de doctorat : Frank HAID, *Les « notions indéterminées » dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, thèse de doctorat, Aix-en-Provence, 2005, 372 p. (en cours de publication).

### A. L'impossibilité d'envisager tous les cas de figure

Le besoin de souplesse du droit s'explique, en premier lieu, par l'impossibilité pour l'autorité chargée d'élaborer une réglementation de prévoir, au moment de cette élaboration, toutes les circonstances de fait auxquelles son texte sera, une fois en vigueur, susceptible d'être confronté. Portalis le clamait haut et fort dans son *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* : « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre »<sup>24</sup>. « Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout »<sup>25</sup>. D'ailleurs, même l'esprit le plus puissant, même l'imagination la plus fertile, même la sagesse la plus profonde ne sauraient donner par avance des solutions précises à tous les cas concrets que la vie et son enchevêtrement d'intérêts, de hasards et d'aspirations génèrent. C'est une infirmité « naturelle »<sup>26</sup> et « irrémédiable »<sup>27</sup> de l'esprit de l'homme que de ne pouvoir embrasser dans son intégralité la complexité du monde dans lequel il évolue. Et, quand bien même un génie plus qu'humain permettrait au rédacteur de la règle d'envisager une à une et avec précision toutes les hypothèses possibles, il devrait se garder d'intégrer une telle liste dans son texte au risque de le transformer en « un dédale immense dans lequel la mémoire et la raison se perdraient également »<sup>28</sup>.

Ainsi, comme toute œuvre humaine, toute réglementation juridique, à commencer par la loi, est forcément incomplète<sup>29</sup>. « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, affirmait Portalis, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances,

24. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », dans *Jean-Etienne-Marie Portalis. Écrits et discours politiques*, Aix-Marseille, PUAM, 1988, p. 24.

25. *Ibid.*, p. 29.

26. Marcel O. STATI, *Le standard juridique*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 87.

27. François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, Paris, L.G.D.J., 1919, p. 117.

28. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Exposé des motifs du titre préliminaire », dans *Jean-Etienne-Marie Portalis. Écrits et discours politiques*, *op. cit.*, note 24, p. 76.

29. F. GÉNY, *op. cit.*, note 27, p. 117.

produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau »<sup>30</sup>.

La réalité peut de la sorte engendrer tellement de cas de figure variés et surprenants qu'il est illusoire de penser l'enfermer de manière définitive dans un carcan de mots précis. Elle se plaît du reste à le rappeler régulièrement en déjouant les constructions les plus élaborées, en montrant que ce que l'on pensait impossible n'était, en fait, qu'improbable. Si le droit a besoin de souplesse, c'est donc avant tout pour pouvoir répondre à l'insaisissable complexité de la vie réelle. Car, plus une réglementation est souple, plus elle est à même de s'appliquer à des circonstances de fait diverses et imprévisibles. À l'inverse, plus l'autorité en charge de cette réglementation cherche la complétude et la précision, plus s'accroissent les risques d'enrayage de la machine du droit<sup>31</sup>.

Certes, l'emploi de certains procédés herméneutiques communément admis par les juristes<sup>32</sup> offre aux juges une certaine capacité d'ajustement du droit. Il leur permet parfois de dépasser, d'étendre, voire de forcer la lettre d'un texte pour chercher dans son esprit les réponses aux hypothèses de fait qu'elle n'envisage pas expressément. L'extension analogique d'une règle, qui consiste à appliquer à un cas non réglé par la loi, la solution établie pour un cas semblable, en constitue l'exemple emblématique<sup>33</sup>. De manière plus

30. J.-E.-M. PORTALIS, *loc. cit.*, note 24, 26.

31. Claudio LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milan, Giuffrè, 1990, p. 221.

32. On trouve, en effet, la présentation des différents procédés et méthodes d'interprétation permettant d'adapter ou de corriger l'ordre légal en cas de besoin dans quasiment tous les manuels d'introduction au droit. Voir, par exemple, Pierre PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 326-355 ; Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2004, p. 259-279, nos 228-243 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 14, p. 115-129.

33. Sur le raisonnement par analogie, voir notamment Gérard CORNU, « Le règne discret de l'analogie », dans *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, P.U.F., 1998, p. 331-345 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Une typologie des analogies dans le système juridique », R.R.J., 1995-4 (« Cahiers de Méthodologie juridique n° 10 : Analogie et Méthodologie juridique »). 1043-1052 ; Jean-Louis BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en Méthodologie juridique », R.R.J., 1995-4 (« Cahiers de Méthodologie juridique n° 10 : Analogie et Méthodologie juridique »). 1079-1086 ; Manuel ATIENZA, « L'analogie en droit », R.I.E.J. 1988.33-56 ; Zygmunt ZIEMBINSKI, « « Analogia legis » et interprétation extensive », dans *La logique juridique. Travaux du II<sup>e</sup> Colloque de philosophie du droit comparée*, Paris, A. Pedone, 1967, p. 241-251. Pour ce qui concerne plus spécifiquement le droit pénal, voir Luis JIMENEZ DE ASUA, « L'analogie en droit pénal », R.S.C. 1949.187-240.

générale, la référence à la « volonté présumée » du législateur, aux objectifs déclarés de la loi ou encore à la cohérence du système juridique peuvent aussi servir à dépasser l'interprétation littérale d'un texte pour en induire le « principe de solution »<sup>34</sup> de cas de figure qu'il n'avait *a priori* pas vocation à régir.

Mais, ces artifices de méthodes ne peuvent être utilisés qu'avec précaution et parcimonie car l'usage de cette capacité d'ajustement risque d'entamer sérieusement la sécurité juridique issue de la précision terminologique de la règle. Après tout, si la lettre d'un texte a pu être ignorée une fois, elle pourrait très bien l'être à d'autres reprises, dans d'autres circonstances.

Destinés à n'être employés qu'à titre exceptionnel<sup>35</sup>, ces procédés d'interprétation ne sont donc pas en mesure de résorber le besoin de souplesse du droit. En fait, plus que d'apporter des réponses à ce besoin, l'existence de ces procédés met surtout en évidence son caractère vital.

## **B. L'évolution constante de la société**

La vie sociale, objet du droit, n'est pas seulement complexe, elle est également en perpétuelle mutation. Et ce changement permanent rend, lui aussi, indispensable la souplesse du droit car celui-ci ne peut ignorer les évolutions du monde qu'il régit. Or, s'il est suffisamment souple, flexible, il peut répondre à certaines de ces évolutions sans qu'il soit nécessaire de modifier la lettre des textes qui en forment l'ossature.

C'est parce qu'il doit rester en phase avec la société que le droit ne peut faire abstraction des transformations sociales ou économiques, des progrès scientifiques ou techniques ou encore des changements profonds des mentalités ou des comportements et, *a fortiori*, de la modification des valeurs issues de la conscience collective. Il en va de son efficacité et de la poursuite de l'idéal de justice car un droit anachronique, dépassé par la marche en avant de la société, ne peut se prétendre juste et serait, en outre, forcément méconnu.

---

34. P. PESCATORE, *op. cit.*, note 32, p. 347.

35. On peut d'ailleurs remarquer, à ce propos, que l'usage judiciaire du raisonnement par analogie demeure très rare. « Trop rare » même, selon M. le Doyen Cornu (Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 169).

Cette prise en compte des évolutions sociales, au sens large du terme, n'a et ne peut, toutefois, pas avoir pour finalité de calquer le droit sur les faits<sup>36</sup> ; elle a juste pour vocation de nourrir la réflexion de ceux qui font le droit afin qu'ils décident si ces évolutions méritent ou non une réponse juridique. Il ne s'agit donc pas de soumettre le droit aux faits mais de réagir, s'il est opportun de le faire, à l'usure qu'ils provoquent<sup>37</sup>. Parce que « la réalité, jamais fixée, attaque, entame, use le modèle »<sup>38</sup>, parce que les certitudes d'aujourd'hui ne sont pas toujours celles de demain et parce que, à l'épreuve du temps, les solutions considérées comme les meilleures peuvent devenir néfastes, le droit doit nécessairement disposer de la faculté de répondre aux mutations de son objet.

Il est vrai que cette faculté de réponse réside avant tout dans la possibilité de modifier les textes, et notamment la loi. Lorsque leurs préoccupations deviennent obsolètes, lorsque les solutions qu'ils prévoient deviennent inadaptées, voire injustes, il n'existe guère d'autre alternative que de les réformer<sup>39</sup>. Mais, la capacité du droit à réagir aux transformations de la société ne saurait uniquement dépendre du pouvoir de changer la lettre des textes. Beaucoup trop lourd, un système juridique qui ne reposerait que sur ce mode d'adaptation serait voué à sa perte, d'autant que, comme chacun sait, les interventions du législateur peuvent parfois se faire attendre très longtemps.

Le recours à des procédés d'interprétation permettant de dépasser la lettre des textes peut, quant à lui, s'avérer très utile. Il s'agit peut-être même du rôle principal de ces techniques interprétatives :

---

36. Christian ATIAS et Didier LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D 1977.chr.251-258.

37. Comme le souligne M. le Doyen Cornu, « le passage du fait au droit, de la constatation à la prescription, suppose toujours une opération intellectuelle de décision et cette décision demeure pour le législateur un choix dans lequel entrent d'autres facteurs que la donnée sociologique d'information » (Gérard CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Cours de droit civil (D.E.S 1970-1971) rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Cornu, Paris, Cours de droit, 1971, p. 23). Dans le même sens, Pescatore écrit : « le droit n'a pas pour fonction de suivre le fait, de suivre la force brute, mais au contraire, de régir, de diriger les faits sociaux et l'évolution sociale selon des visées rationnelles » (P. PESCATORE, *op. cit.*, note 32, p. 334).

38. Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 171.

39. Comme l'écrivait Dabin, « il appartient au législateur lui-même de réformer sa loi, de l'améliorer là où elle est imparfaite, de la mettre à jour là où elle est en retard sur la vie » (Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1944, p. 201).

donner aux juges la faculté d'aller au-delà d'un texte trop rigide pour qu'il garde son emprise sur les faits en dépit des évolutions de la société. Seulement, comme nous le disions plus haut, le recours à ces procédés ne peut constituer qu'une solution exceptionnelle sous peine de ruiner tous les efforts réalisés pour rendre les applications d'une règle prévisibles. Tunc prenait soin de le rappeler : « ce n'est pas au juge à fausser la loi, à moderniser le droit : c'est au législateur lui-même qu'il appartient de donner au juge un instrument qui permettra que le droit, constamment, de lui-même, s'adapte aux circonstances sociales variables »<sup>40</sup>.

C'est la raison pour laquelle le droit, et principalement la loi, doit porter en lui les moyens d'atténuer, de résister dans la mesure du possible à l'usure provoquée par le temps. Il a besoin pour cela de souplesse, une souplesse que lui offre l'indétermination des notions légales. Plus la loi est précise et rigide, plus elle risque, en effet, de subir les effets du temps. L'indétermination la rend, au contraire, malléable et peut ainsi lui permettre de s'adapter aux circonstances nouvelles.

### **C. La nécessité de prendre en compte les nuances factuelles**

Le besoin de souplesse du droit, né de l'impossibilité pour l'auteur de la règle d'envisager tous les cas de figure et de l'évolution constante de la société, est renforcé par le fait que le droit doit prendre en compte, par souci de justice, les nuances qui distinguent et éloignent les différentes situations de fait qu'il est amené à connaître. Certes, pour des raisons d'utilité pratique et parce qu'il est, de toute façon, incapable d'embrasser parfaitement les contours sinueux de la réalité, le droit use forcément de simplifications pour saisir les hypothèses de fait qui se présentent à lui. Mais, ces simplifications ne doivent pas le conduire à ignorer les nuances factuelles les plus importantes car celles-ci peuvent justifier un traitement juridique différent de celui prévu pour d'autres espèces proches. Il est donc nécessaire que le droit prenne en compte ces nuances. Encore faut-il pour cela que le cadre juridique, et notamment celui dessiné par la loi, offre une souplesse suffisante, car plus ce cadre est rigide, plus il a tendance à appréhender de manière schématique et réductrice la complexité naturelle des choses.

---

40. André TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », dans *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 109.

Si le droit doit tenir compte des particularités factuelles des situations qui se présentent à lui, c'est tout simplement parce qu'en dépit de l'indispensable généralité de ses prescriptions, il doit traiter différemment les situations différentes. « Institué pour discipliner la matière vivante », il est tenu, selon les mots de Dabin, « d'épouser – autant que les exigences de la sécurité le permettent – la plasticité de la vie »<sup>41</sup>. Aussi doit-il, autant que possible, se donner les moyens de saisir tous les aspects importants des circonstances de fait qu'il est susceptible de rencontrer afin de donner à chacune d'entre elles la réponse qui paraît la plus juste. Là encore, la poursuite de l'idéal de justice l'exige. « Envisager des hypothèses variées d'une façon abstraite et générale, établir une règle rigide pour les englober en bloc sans tenir compte des particularités de chaque cas » reviendrait, en effet, à « méconnaître la nature même du monde social, nature rebelle à toute uniformisation mathématique »<sup>42</sup>. Ne pas tenir compte de certaines spécificités factuelles pourrait ainsi conduire à de flagrantes injustices ou, tout au moins, à de déplorables aberrations. Ce serait le cas, par exemple, si le droit sanctionnait de la même manière tous les vols sans tenir compte des circonstances dans lesquelles ils ont été commis ou de la nature des biens dérobés. Ce serait également le cas s'il traitait tous les mineurs de manière identique, quel que soit leur âge, leur degré de maturité ou le problème posé.

La souplesse du droit – à commencer par celle découlant de l'indétermination des notions autour desquelles s'articulent les textes normatifs, mais aussi, pour le droit pénal, celle liée au rôle dévolu au juge de déterminer, dans les limites fixées par la loi, les peines en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur<sup>43</sup> – représente le moyen le plus efficace de favoriser cette prise en compte des nuances factuelles. Il faut dire que plus l'auteur d'une réglementation souhaite conserver un cadre rigide, plus il devient délicat d'assurer une telle prise en compte. Car plus le cadre est précis, inflexible, plus il repose sur des critères artificiels qui découpent le réel de manière quelque peu schématique et arbitraire.

Aussi, l'auteur de la règle doit-il, pour permettre une véritable prise en compte des nuances factuelles dans un cadre relativement

---

41. J. DABIN, *op. cit.*, note 39, p. 179.

42. A.-A. AL SANHOURY, « Le standard juridique », dans *Recueil F. Génny*, t. II, Paris, Librairie E. Duchemin, 1935, p. 144.

43. En droit français, ce rôle est dévolu au juge par l'article 132-24 du Code pénal.

précis, élaborer un texte très détaillé envisageant expressément chacune des nuances considérées comme importantes puis leur attribuant des conséquences juridiques<sup>44</sup>, que ce soit en assortissant un principe d'exceptions, en énumérant des circonstances aggravantes ou en mettant en place une réglementation plus complexe.

Mais, même si ces efforts sont faits, un cadre textuel très rigide n'autorise qu'une appréciation critère par critère selon un découpage extrêmement sommaire des infinies nuances de la vie sociale<sup>45</sup>. À l'inverse, plus le cadre recèle de souplesse, et surtout plus le degré d'indétermination des notions employées est élevé, plus il permet d'élargir le cercle des données prises en compte et de porter une appréciation globale sur l'ensemble de ces données.

La nécessité de prendre en compte les nuances factuelles, l'impossibilité pour le législateur d'envisager tous les cas de figure et l'évolution constante de la société rendent ainsi primordiale une certaine souplesse du droit. Elles font de cette souplesse un besoin vital qui touche, sans distinction, tous les domaines juridiques, y compris la matière pénale, contrairement à ce que certains auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle et du début du XIX<sup>e</sup> ont pu affirmer.

## II. UN BESOIN UNIVERSEL

En réaction aux excès de l'Ancien Régime et au terrible sentiment d'arbitraire judiciaire qu'ils ont fait naître<sup>46</sup>, certains juristes et philosophes européens – dont Beccaria et Portalis – ont, au XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup>, soutenu l'idée selon laquelle la loi pénale ne devait laisser aucune marge de manœuvre aux juges chargés de l'appliquer. Selon ces auteurs, le législateur ne devait

---

44. Roger HOUIN, « De lege ferenda », dans *Mélanges P. Roubier*, *op. cit.*, note 9, p. 287.

45. Comme le rappelle Jeanne Parain-Vial, « le juriste sait même, qu'en un sens, ses concepts représentent la réalité d'autant plus mal qu'ils sont plus précis » (Jeanne PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », A.P.D., 1966.XI.49).

46. Notons, à ce propos, que de nombreux pénalistes contemporains estiment que « l'arbitraire des juges [de l'Ancien Régime] a été exagéré ou mal compris ». Pour certains auteurs, les pouvoirs dont disposaient ces juges « n'excédaient guère ceux que l'institution des circonstances atténuantes avait donnés aux magistrats ou ceux octroyés par la nouveau Code pénal » (Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 19<sup>e</sup> éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 2005, p. 59, n° 70).



faire du juge pénal qu'un simple automate, le droit pénal pouvant et devant éliminer toute source d'incertitude. Mais, si ces idées ont, à l'époque, eu une influence considérable – elles se sont notamment traduites en France par la proclamation du principe de légalité des délits et des peines et la mise en place, en 1791, d'un système de peines fixes – elles n'ont guère résisté au contact de la réalité. L'expérience a ainsi mis en évidence le fait que le droit pénal, comme tout autre domaine, ressent, lui aussi, un besoin vital de souplesse (A). Or, ce besoin ne peut être satisfait sans s'appuyer sur une certaine indétermination des notions légales car le pouvoir du juge d'individualiser la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ne saurait, à lui seul, le combler (B).

#### **A. Un besoin également ressenti en droit pénal**

Le droit pénal peut-il se passer de souplesse ? Telle est la question qui vient à l'esprit lorsqu'on relit la célèbre formule de Portalis : « en matière criminelle, [...] il faut des lois précises et point de jurisprudence »<sup>47</sup>. Pour le « père du Code civil », les lois pénales devraient, en effet, priver les magistrats de toute liberté d'appréciation, de toute marge de manœuvre dans leur application. Elles devraient suivre une logique radicalement différente de celle des lois civiles dont l'office n'est, pour Portalis, que « d'établir des principes féconds » laissant aux juges le soin de résoudre les points de détail<sup>48</sup>.

L'idée, exposée dans le *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, s'inscrit en droite ligne dans la réflexion de Beccaria selon laquelle les lois pénales ne devraient laisser aucune place à l'appréciation ou à l'interprétation des juges chargés de les appliquer. Pour l'auteur *Des délits et des peines*, ces derniers devraient juste avoir à « former un syllogisme parfait » : la majeure étant la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion l'acquittement ou la condamnation. « Si le juge fait, volontairement ou par contrainte, ne fût-ce que deux syllogismes au lieu d'un seul, c'est, prévient-il, la porte ouverte à l'incertitude »<sup>49</sup>.

Or, pour Beccaria, cette incertitude doit être éliminée pour éviter tous risques d'arbitraire des juges. Selon lui, « lorsqu'un code

47. J.-E.-M. PORTALIS, *loc. cit.*, note 24, 28.

48. J.-E.-M. PORTALIS, *loc. cit.*, note 24, 26.

49. Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines* (1764), Paris, Flammarion, 1991, p. 67.

formel de lois devant être observées à la lettre ne laisse au juge d'autre tâche que d'examiner les actes des citoyens et de déterminer s'ils sont conformes ou contraires à la loi écrite, lorsque les normes du juste et de l'injuste qui doivent régler les actions de l'ignorant comme du philosophe sont une question non de controverse, mais de fait, les sujets n'ont pas à subir, de la part de nombreux petits tyrans, des vexations d'autant plus cruelles qu'il y a moins de distance entre l'opresseur et l'opprimé »<sup>50</sup>.

Les termes sont moins directs que ceux de Portalis mais l'idée demeure la même : compte tenu de la nature et des enjeux du droit pénal, la souplesse ne représenterait pas, en ce domaine, un besoin indispensable mais une anomalie, un mal qu'il serait non seulement possible<sup>51</sup> mais même nécessaire d'éradiquer.

Ainsi, pour ces auteurs, le droit pénal ne ressentirait pas le besoin de souplesse que ressentent pourtant profondément toutes les autres branches du droit. Contrairement aux lois civiles qui devraient impérativement, pour Portalis, être porteuses d'une telle souplesse, et même en receler énormément, les lois pénales pourraient et devraient par leur précision exclure toute intervention des juges.

Portée par l'immense force de conviction de ses défenseurs, l'idée pourrait de prime abord sembler juste. Mais elle résulte en fait d'un constat d'opposition trop tranché entre les matières civile et pénale : comme l'écrit M. Conte, « prétendre que le droit pénal s'épuise avec ses textes, que la loi est pour lui l'alpha et l'oméga, en sorte qu'en son absence le juge n'aurait plus rien à dire, tandis qu'en droit civil la situation serait à l'exact opposé est un raccourci qui n'est pas éloigné d'une confusion »<sup>52</sup>.

---

50. *Ibid.*, p. 69.

51. Pour Portalis, s'il est techniquement possible de faire des lois pénales des lois précises ne laissant aux juges aucune marge de manœuvre dans leur application c'est parce que « les matières criminelles, qui ne roulent que sur certaines actions, sont circonscrites » alors que les matières civiles – qui « embrassent indéfiniment toutes les actions et tous les intérêts compliqués et variables qui peuvent devenir un objet de litige entre des hommes vivant en société » – ne le sont pas. « Conséquemment, les matières criminelles peuvent devenir l'objet d'une prévoyance dont les matières civiles ne sont pas susceptibles » (J.-E.-M. PORTALIS, *loc. cit.*, note 24, 28).

52. Philippe CONTE, « Les silences de la loi et du juge en matière pénale, selon Portalis : matière à commentaires », dans *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, Éditions du Juris-classeur, 2004, p. 30.

L'expérience glanée depuis l'écriture *Des délits et des peines* et du *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* l'a d'ailleurs largement démontré : comme toutes les autres branches du droit, le droit pénal a, lui aussi, un besoin vital de souplesse<sup>53</sup>. Pour assurer une défense efficace des valeurs de la société et des intérêts de ses membres, il doit, lui aussi, pouvoir faire face, dans une certaine mesure, à l'impossibilité pour l'auteur de la règle d'envisager tous les cas de figure et à l'évolution constante de la société. Pour le faire de la manière la plus juste possible, il doit, lui aussi, tenir compte des nuances factuelles. Une législation pénale obnubilée par la quête de sécurité juridique n'offrirait, en effet, qu'une protection très limitée à la société et à ses membres. Elle laisserait notamment aux individus les moins scrupuleux la possibilité d'utiliser les inévitables failles de textes recherchant la précision à tout prix pour commettre en toute impunité des actes ne faisant pas encore l'objet d'une réglementation particulière mais qui, pourtant, mériteraient manifestement d'être sanctionnés.

Certes, le droit pénal reste, plus que tout autre domaine, avide de sécurité juridique. Parce qu'en la matière le droit « ne doit point frapper sans avertir »<sup>54</sup>, il est nécessaire que les règles soient fixées avec la plus grande précision possible pour que chacun puisse distinguer le permis de l'interdit et connaître la peine qu'il encourt s'il commet tel ou tel acte répréhensible.

Mais, cette soif de précision ne peut conduire à ignorer le besoin de souplesse de la matière. Car, s'il reste inconcevable que le juge pénal puisse créer de toutes pièces de nouvelles infractions ou infliger une peine non prévue par les textes, s'il est important que les évolutions du droit pénal se fassent essentiellement par l'entremise de modifications législatives et s'il paraît préférable que la prise en compte des nuances factuelles s'inscrive dans un cadre relativement rigide, il est totalement illusoire de penser que le droit pénal puisse, sans s'appuyer sur une certaine souplesse, répondre avec la justice et le discernement que réclament ses enjeux à l'infinie variété des faits qui lui sont soumis.

Cela est d'autant plus vrai que le principe d'interprétation stricte de la loi pénale proscrit, en théorie, tous dépassements de la

---

53. Ce qui fait dire à M. Conte que « ce passage de Portalis n'a pas traversé sans dommage la distance du temps » (*ibid.*, 34).

54. J.-E.-M. PORTALIS, *loc. cit.*, note 24, 28.

lettre de la loi, y compris lorsqu'il s'agit d'y trouver les réponses aux questions qu'elle ne règle pas ou d'atténuer les conséquences absurdes ou injustes qui pourraient découler de sa stricte application.

Aussi, l'auteur de la règle doit-il, en droit pénal comme dans tout autre domaine, rechercher le meilleur équilibre possible entre exigence fondamentale de sécurité juridique et besoin vital de souplesse.

La souplesse du droit pénal est si nécessaire que les juges se sentent même parfois obligés d'assouplir eux-mêmes la lettre de la loi pour éviter les conséquences socialement indésirables qu'entraînerait sa trop grande rigidité. En dépit du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, il arrive, en effet, que les juges se reconnaissent le pouvoir de dépasser les limites littérales d'un texte lorsqu'ils estiment que, compte tenu de la rigidité de ses termes, son application scrupuleuse aux faits de l'espèce aboutirait à une solution inacceptable.

Ainsi, en France, les magistrats pénaux sont quelquefois allés au-delà de la lettre de la loi pour l'adapter à des situations que le législateur n'avait pu prévoir lors de son élaboration<sup>55</sup>. La chambre criminelle de la Cour de cassation a, par exemple, assimilé l'électricité à une « chose » susceptible d'être volée au sens de l'article 379 de l'ancien Code pénal<sup>56</sup> alors qu'à proprement parler, l'électricité n'est pas une « chose » mais un état de la matière. Elle a également appliqué à l'émission radiophonique d'une œuvre l'article 428 de l'ancien Code pénal qui ne réprimait pourtant que la représentation théâtrale illicite<sup>57</sup>. Elle a étendu la loi du 29 juillet 1881 à la diffamation par voie de radio ou de cinéma, alors qu'à l'époque sa lettre ne punissait que la diffamation par journaux ou affiches ou lors d'une réunion publique<sup>58</sup>. Elle a jugé que les bateaux à moteur diesel, et plus généralement tous les bateaux à propulsion mécanique, devaient être soumis à la réglementation prévue pour les bateaux à vapeur<sup>59</sup>. Elle a aussi estimé que la vente ou la mise à dis-

55. Les exemples qui suivent sont empruntés à W. JEANDIDIER, « Interprétation de la loi pénale », *J.-Cl. Pénal*, 8-1998.7, n° 37, art. 111-2 à 111-5.

56. Crim. 3 août 1912, S.1913.I.337, note Roux.

57. Crim., 27 décembre 1934, S.1935.I.193, note Gény.

58. Crim. 5 février 1970, *Bull. crim.*, n° 53.

59. Crim. 1<sup>er</sup> avril 1965, *Bull. crim.*, n° 106. Sur cet arrêt, voir R. COMBALDIEU, « À propos d'un conflit entre la «raison» et l'interprétation restrictive en droit pénal », *R.S.C.*, 1965.831-835.

position de disques phonographiques pouvait constituer un moyen d'apologie de crime au sens de la loi du 29 juillet 1881, bien que celle-ci ne visait expressément que la vente ou la mise à disposition d'« écrits » ou d'« imprimés », ces disques devant, selon la Cour de cassation, être considérés comme des « imprimés »<sup>60</sup>...

Ces dépassements de la lettre de la loi ont, d'autres fois, eu pour but d'assurer une meilleure prise en compte des nuances factuelles<sup>61</sup>. Ainsi, sous l'empire de l'ancien Code pénal, les tribunaux ont fait de l'état de nécessité un fait justificatif général en se fondant sur quelques textes épars<sup>62</sup>. Ils ont aussi élargi le champ d'application de la légitime défense à toutes les infractions volontaires alors qu'elle n'était à l'origine prévue qu'en cas d'homicide et de coups et blessures<sup>63</sup>. De manière analogue, ils ont étendu l'immunité familiale, que l'article 380 de l'ancien Code pénal réservait au vol, à d'autres infractions comme l'extorsion de signature, l'escroquerie, l'abus de confiance ou le recel de choses<sup>64</sup>. Preuve qu'elles répondaient à un véritable besoin, toutes ces solutions ont depuis été entérinées par le nouveau Code pénal.

Ces quelques exemples constituent autant de signes révélateurs du besoin de souplesse du droit pénal et donnent une idée de son importance. Ils permettent, par ailleurs, en rappelant certaines des causes à l'origine de ce besoin, de comprendre pourquoi celui-ci ne peut être pleinement satisfait par la reconnaissance du pouvoir des juges d'individualiser la peine.

### **B. Un besoin insuffisamment satisfait par le pouvoir reconnu aux juges d'individualiser la peine**

Une bonne partie de la souplesse du droit pénal réside dans le pouvoir d'appréciation que la loi laisse aux juges dans la détermination des peines. Il faut dire qu'en France ce pouvoir s'avère désormais très large puisque, d'une part, la loi se contente, depuis l'adoption du nouveau Code pénal, d'énoncer le maximum de la peine pouvant être prononcée suivant l'infraction commise et l'éven-

60. Crim. 14 janvier 1971, D. 1971.101, rapport F. Chapar.

61. Ces exemples sont également empruntés à W. JEANDIDIER, *loc. cit.*, note 55, 8 et 9, n<sup>os</sup> 48 et 49.

62. Crim. 25 juin 1958, D. 1958.603.

63. Crim. 20 novembre 1956, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 761.

64. Ainsi, pour l'extension de l'immunité familiale à l'extorsion de signature : Crim. 8 février 1840, S.I.451.

tuelle présence de circonstances aggravantes et, d'autre part, elle propose un assez large éventail de sanctions parmi lesquelles les juges peuvent faire leur choix.

Ce pouvoir d'individualisation de la peine est énoncé à l'article 132-24 du Code pénal. En vertu du premier alinéa de cet article, « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction ». Depuis la loi du 12 décembre 2005, le second alinéa précise :

La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions.<sup>65</sup>

Mais, en dépit de l'importance désormais considérable du pouvoir reconnu aux juges d'individualiser la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ce pouvoir ne peut suffire, à lui seul, à combler le besoin de souplesse du droit pénal. Car, s'il permet une large prise en compte des nuances factuelles, il n'apporte aucune réponse à l'impossibilité pour l'auteur de la règle d'envisager tous les cas de figure et guère plus à l'évolution constante de la société. Or, nous l'avons déjà dit, et la remarque vaut également pour la matière pénale, un système qui ne

---

65. Ce très large pouvoir d'individualisation de la peine n'a été accordé aux juges français que très progressivement. Le Code pénal de 1791 instituait, en effet, un système de peines fixes ne laissant aux juges aucune latitude dans le choix de la sanction applicable. Mais, ce système a vite montré ses effets pervers : toute personne reconnue coupable devant subir une peine dont la nature et le *quantum* étaient exactement prévus par la loi, les juges fermaient parfois les yeux sur la culpabilité de l'accusé lorsqu'ils estimaient trop sévère la peine qui lui était promise. Ce système a donc rapidement été abandonné au profit de l'affirmation, par le Code pénal de 1810, du pouvoir des juges d'individualiser la peine, pouvoir qui depuis n'a cessé d'être renforcé. Ainsi, alors que le Code de 1810 indiquait la peine minimale et maximale pouvant être prononcée pour sanctionner l'auteur d'une infraction donnée, le nouveau Code pénal a supprimé, sauf rares exceptions, la mention de ces minima. Entre-temps, le XIX<sup>e</sup> siècle a notamment vu l'instauration des circonstances atténuantes et l'introduction du sursis au bénéfice du délinquant primaire. Le XX<sup>e</sup> siècle a, lui, entre autres, connu la création de l'ajournement et de la dispense de peine, le développement du mécanisme du sursis et la multiplication des alternatives à l'emprisonnement.

compterait que sur les interventions du législateur pour faire face à ces difficultés s'avérerait beaucoup trop lourd. C'est la raison pour laquelle le droit pénal doit, lui aussi, s'appuyer sur une certaine indétermination des notions autour desquelles s'articulent ses textes. Même si, dans ce domaine plus que dans tout autre, la précision doit être recherchée, elle ne doit pas l'être à n'importe quel prix.

Le dosage de l'indétermination des notions employées – dosage qui dépend essentiellement du choix des termes utilisés pour véhiculer ces notions et de l'emploi ou non de techniques définitoires – revêt ainsi, quel que soit le domaine, une importance capitale. Il mérite de fait d'être réalisé avec grand soin. Ce n'est en effet qu'à cette condition que l'autorité chargée d'élaborer un texte normatif pourra tenter de donner à la sécurité juridique la place qui lui revient au vu des exigences du domaine concerné et de la souplesse nécessaire à la poursuite des objectifs de la réglementation en cours d'élaboration.