

Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif

Thème n° 4 : **Droit pénal**

Rapport national : **Allemagne**

Rapporteur : Alix Giraud, Université de Potsdam

*Le présent document constitue une version **préliminaire** du rapport sur le droit pénal allemand et ne prétend pas être exhaustif. Les réponses, dont l'organisation est susceptible d'être modifiée en vue de la version finale du rapport, suivent le questionnaire soumis par le rapporteur général.*

En Allemagne, le droit pénal est considéré comme subsidiaire dans la protection des biens juridiques (*Rechtsgüterschutz*).¹ Seuls les comportements socialement dommageables (*sozialschädlich*) nécessitent l'intervention du droit pénal, ultime moyen de protection qu'offre le droit (*ultima ratio*).² Le concept de bien juridique (*Rechtsgut*) fait l'objet de différentes définitions.³ Certains auteurs se réfèrent notamment aux notions d'intérêts et/ou de valeurs⁴ pour le définir. Selon Claus Roxin, la notion de bien juridique entretient un lien direct avec la fonction du droit pénal comme instrument de protection des droits fondamentaux des citoyens aux fins d'une vie paisible en société.⁵ Par exemple, le droit à la vie est un droit fondamental ancré dans l'article 2 al. 2 GG⁶ et la vie est un bien juridique protégé notamment par le § 212 StGB⁷ (meurtre/*Totschlag*).⁸ Néanmoins, la notion de « vie » n'est pas incluse dans la norme pénale ; la norme contient des éléments qui décrivent le comportement interdit : « *Wer einen Menschen tötet* », c'est-à-dire « celui qui tue un humain » (§ 212 al. 1^{er} StGB). Cette norme ne renvoie donc qu'implicitement au bien juridique (valeur ou intérêt) qu'elle protège. Certains considèrent que le bien juridique doit apposer des limites au législateur dans la création d'infractions pénales.⁹ En suivant cette conception, le caractère immoral d'un comportement ne suffit donc pas à lui seul à justifier la répression pénale.¹⁰ Or la morale renvoie à une autre catégorie de valeurs. Le § 175 StGB (abrogé en 1994), qui réprimait des

¹ C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006 (4^{ème} éd.), § 2 n° 1; R. Rengier, *Strafrecht AT*, 2016 (8^{ème} éd.), § 3 n° 2, n° 6. Le principe de proportionnalité est pris en compte: BVerfGE 90, 145 = NJW 1994, 1577 (1578).

² C. Rengier, *Strafrecht AT*, 2016 (8^{ème} éd.), § 3 n° 5 et suiv.; J. Eisele in: J. Baumann / U. Weber/ W. Mitsch / J. Eisele, *Strafrecht AT*, 2016 (12^{ème} éd.), § 2, n° 18.

³ La Cour fédérale constitutionnelle, amenée à se prononcer sur la conformité du § 173 al. 2 StGB (inceste), fait elle-même ce constat : BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 1137.

⁴ « valeurs idéelles » (« *ideelle Werte* ») selon R. Rengier, *Strafrecht AT*, 2016 (8^{ème} éd.), § 3 n° 1. Pour l'utilisation des deux notions: J. Wessels / W. Beulke, *Strafrecht AT*, 1999, § 1 Rn. 7.

⁵ C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006 (4^{ème} éd.), § 2 n° 7.

⁶ *Grundgesetz* / loi fondamentale.

⁷ *Strafgesetzbuch* / code pénal.

⁸ Autres exemples : la propriété (*Eigentum*) (bien juridique individuel) ou encore l'administration de la justice (*Rechtspflege*) (bien juridique universel).

⁹ C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006 (4^{ème} éd.), § 2 n° 12.

¹⁰ C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006 (4^{ème} éd.), § 2 n° 17.

actes homosexuels¹¹, en est une illustration. Il est reproché à cette infraction de n'avoir protégé aucun bien juridique et de n'avoir tenu son existence qu'à des considérations morales.¹² Au-delà, il est reconnu au concept de bien juridique une place centrale dans l'interprétation du droit positif¹³, même s'il n'est pas toujours aisé à identifier.¹⁴

I- Normes pénales contenant des notions renvoyant à des valeurs

1- L'utilisation de notions renvoyant à des valeurs par les normes écrites de droit pénal est fréquente. Si elles ne sont pas absentes des normes procédurales (par ex : *Unehre* / déshonneur, § 68a I StPO¹⁵ ; *Schamgefühl* / pudeur, § 81d I StPO)¹⁶, ces notions sont principalement inscrites dans le droit pénal de fond (dans le code pénal et lois pénales annexes).

En droit pénal de fond, on peut concevoir deux catégories¹⁷ de notions :

Les notions conditionnant l'existence de l'infraction (*Tatbestand*):

- Qui qualifient le comportement de l'auteur: *hinterlistig*/de façon sournoise (§ 224 al. 1^{er} n° 3 StGB), *rücksichtslos*/indélicat (§ 315c al. 1^{er} n° 2 StGB), *roh*/rude/brutal ou *Roheit*/rudesse (§ 225 StGB, § 17 TierSchG¹⁸), *grob ungehörig* (§ 118 OWiG), *grausam*/cruel, *heimtückisch*/sournois (§ 211 StGB), *unlauterer*/déloyal (§§ 299 al. 1^{er} Nr. 1, al. 2 Nr. 1, 299a Nr. 3, 299b Nr. 3 StGB).
- Qui qualifient l'objet ou le moyen de l'infraction: *grausam*/cruel (§ 131 StGB, § 27 en corrélation avec § 15 al. 2 n° 3a JuSchG¹⁹, § 24 Al. 1^{er} n° 1 JMStV²⁰), *unmenschlich* / inhumain (§ 131 StGB, § 24 Al. 1^{er} n° 1 f) JMStV), *höchstpersönlich*/hautement personnel (§ 201a StGB), *grob anstößig*/choquant (§ 119 al. 1^{er} n° 2, al. 3 OWiG), *Ärgernis* / outrage (§ 183a StGB), *einer Menschenwürde verletzenden Weise*/d'une manière blessant la dignité humaine (§ 131 al. 1^{er} n° 1 StGB, § 27 en corrélation avec § 15 al. 2 n° 3 JuSchG, § 24 Al. 1^{er} n° 1 JMStV), *reißerisch*/raccoleur, *unnatürlich*/non naturel (§ 27 en corrélation avec § 15 al. 2 n° 3 JuSchG, § 24 Al. 1^{er} n° 1 JMStV).
- Qui qualifient les motivations de l'auteur : *böswillig*/malintentionné (§§ 90a al. 1^{er} n° 1, 130 al. 1^{er} n° 2, al. 2 n° 1 c), 225 al.1^{er} StGB, § 24 Al. 1^{er} n° 1 JMStV), *aus Mordlust* (par soif de tuer), *zur Befriedigung des Geschlechtstriebes* (pour la

¹¹ Des discussions sont en cours en Allemagne pour réhabiliter les personnes condamnées sur le fondement du § 175 StGB et les indemniser, cf. projet de loi enregistré le 30/09/2016 n° 18/9882.

¹² K. Kühl, « Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten », *Juristische Arbeitsblätter* 2009, p. 833 (838).

¹³ C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006 (4^{ème} éd.), § 2 n° 4.

¹⁴ R. Rengier, *Strafrecht AT*, 2016 (8^{ème} éd.), § 3 n° 4.

¹⁵ *Strafprozessordnung* / code de procédure pénale.

¹⁶ Il existe aussi un certain nombre de notions renvoyant à des valeurs concernant le procès dans le code de l'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz*) (*Würde* / dignité, § 175 GVG; *Ungebühr* / inconvenance, § 178 GVG) ou les acteurs judiciaires (par ex : devoir de loyauté des juges envers la Constitution (*Verfassungstreue*), cf. BVerfG 6. Mai 2008 Az. 2 BvR 337/08).

¹⁷ A mentionner également une notion du droit pénal des mineurs: *schädliche Neigung*/inclinaison nuisible (§ 17 al. 2 JGG - *Jugendgerichtsgesetz* / code pénal des mineurs) comme critère pour prononcer une peine.

¹⁸ *Tierschutzgesetz* / loi de protection des animaux.

¹⁹ *Jugendschutzgesetz* / loi de protection de la jeunesse.

²⁰ *Jugendmedienschutz-Staatsvertrag* / Traité sur la protection de la jeunesse dans les média.

satisfaction d'une pulsion sexuelle), *aus Habgier* (par cupidité), *sonst aus niedrigen Beweggründen* (pour tout autre motif vil) (§ 211 StGB).²¹

Les notions permettant de reconnaître l'acte comme illicite ou « antijuridique » (*Rechtswidrigkeit*²²): *gegen die guten Sitten*/contre les bonnes mœurs (§ 228 StGB), *verwerflich*/blâmable/réprouvable (§§ 170 al. 2, 237 al. 1^{er}, al. 2, 240 al. 2, 253 al. 2 StGB²³); ou de restreindre les critères de sa licéité ou « juridicité » : *geboten*/adéquat (§ 32 al. 1^{er} StGB), *angemessen*/approprié (§ 34 phrase 2 StGB).

2- La doctrine est critique vis-à-vis de notions qui, si elles renvoient à la morale, sont trop floues pour servir de base à la répression. De telles notions ont déjà disparu du code pénal. Il s'agit principalement de changements concernant la 13^{ème} section du code pénal dont le titre alors explicite a été modifié.²⁴ L'abrogation du § 175 StGB (actes homosexuels) en est l'exemple le plus marquant; plusieurs décennies avant son abrogation, un de ses éléments constitutifs, la « luxure contre nature » (*widernatürliche Unzucht*), révélait encore expressément le caractère moral de l'infraction qu'une modification ultérieure du texte n'aura pas suffi à occulter.²⁵ L'outrage public à la pudeur (*Öffentliche Erregung eines Ärgernisses*) (désormais prévu au § 183a StGB) ne contient plus la notion « *unzüchtig* » (impudique/luxurieux) mais toujours celle de « *Ärgerniß* » (outrage).²⁶ L'objectif fixé en tête du rapport de la 4^{ème} loi de réforme du droit pénal s'inscrit dans une évolution en indiquant que seuls les biens juridiques dignes de protection doivent être défendus avec les moyens du droit pénal; pourtant la lecture de ce rapport concernant le § 183 StGB (exhibitionisme) renvoie à une conception morale, avec l'idée en particulier que les personnes confrontées sont « blessées dans leur ressenti moral et esthétique » (« *in ihrem sittlichen oder ästhetischen Empfindes verletzt* »).²⁷

Une partie de la doctrine plaide en faveur de la suppression de certaines notions. Exemples :

– **les bonnes mœurs (*die guten Sitten*) (§ 228 StGB)**

En droit allemand, le consentement d'un individu peut en principe justifier l'acte d'une autre personne et donc lui retirer son caractère illicite, à condition notamment que le bien juridique protégé par la norme pénale soit disponible.²⁸ S'il est traditionnellement reconnu comme fait justificatif (*Rechtfertigungsgrund*) (et non pris en compte au niveau des éléments constitutifs de l'infraction), le consentement n'est

²¹ On pourrait également se pencher sur des termes comme « *leichtfertig* » (p. ex. § 251 StGB), pouvant être traduit par « irréfléchi » / « à la légère » qui est une forme aggravée de la négligence (§ 18 StGB); ou encore « *Untreue* » correspondant à l'abus de confiance (§ 266 StGB), « *untreu* » signifiant « infidèle ».

²² Ce terme est parfois traduit par « antijuridicité ».

²³ Notions également prévues dans les §§ 74a, 74f, 129b al. 1^{er} phrase 2 StGB (dans ce dernier cas, critère d'appréciation de l'autorisation par le Ministère de la Justice d'une poursuite pénale dans un cas précis relevant des infractions de terrorisme).

²⁴ Le titre « Des crimes et délits contre les mœurs (ou la moralité) » a été remplacé par « Des infractions contre la détermination sexuelle ».

²⁵ K. Kühl, « Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten », *Juristische Arbeitsblätter* 2009, p. 833 (838).

²⁶ Roxin considère le § 183a StGB comme un délit de sentiment: C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006 (4^{ème} éd.), § 2 n° 30.

²⁷ Rapport législatif (4. StrRG, Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform), n° VI/3521, p. 53. BVerfG 22.3.1999, 2 BvR 398/99 (§ 183 StGB conforme à la Constitution - notamment pas de violation du principe de proportionnalité).

²⁸ Cela concerne tous les biens juridiques individuels sauf la vie (cf. § 216 StGB). En outre les biens juridiques universels ne sont pas disponibles.

pas de source écrite en droit pénal.²⁹ On peut en revanche le faire découler de l'Art. 2 al. 1^{er} GG (*Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*/droit au libre épanouissement de sa personnalité), qui impose néanmoins des limites : la liberté ne doit ni empiéter sur celle des autres ni violer l'ordre constitutionnel ou la « *Sittengesetz* » (« loi des mœurs »).³⁰ S'agissant plus spécifiquement des violences (*Körperverletzung*), le § 228 StGB appose des limites au consentement : l'acte, malgré le consentement, ne doit pas violer les **bonnes mœurs**. La doctrine plaide pour remplacer cette notion par un autre critère (p. ex. le danger de mort ou le degré de gravité de l'atteinte).³¹

– « *verwerflich* » (§ 240 al. 2 StGB)

Elle renvoie étymologiquement à un jugement moral et signifie « blâmable », « répréhensible », « condamnable ». ³² Cette notion (contenue dans plusieurs normes) est notamment prévue pour l'infraction de coercition (*Nötigung*) dont elle restreint le périmètre d'illicéité (§ 240 al. 2 StGB). Elle a été introduite dans cet article en 1953³³ pour remplacer les termes choisis en 1943 de « sain instinct du peuple » (« *gesundes Volksempfinden* »).³⁴ Souffrant d'un caractère flou et difficilement palpable, il est reproché à cette notion d'être la porte ouverte à des différenciations dans le jugement pouvant résulter de la prise en compte de valeurs subjectives.³⁵

Mais curieusement, il est question d'introduire la notion « *verwerflich* » dans le corps du § 211 StGB (ou § 212 nouveau)³⁶ dont la réforme est discutée (à ce jour aucun projet de loi n'a été enregistré). La notion « *verwerflich* »³⁷ est d'ailleurs expressément prévue dans l'article 112 du code pénal suisse³⁸, dans lequel le § 211 StGB (réformé en 1941) puise son inspiration.³⁹

Dans l'ensemble, si certaines notions ayant une connotation morale ont été retirées du code pénal, les notions répertoriées ne semblent pour l'instant pas en voie de disparition. D'ailleurs, le droit pénal des médias se réapproprie certaines notions-valeurs dans les lois de protection de la jeunesse. L'arrivée de la notion de « dignité humaine » en 1985 dans le § 131 al. 1^{er} StGB (déjà ancrée dans le § 130 StGB depuis 1960) renvoie à une nouvelle génération de notions-valeurs prenant appui sur les droits de l'homme.⁴⁰

²⁹ B. Hardtung in: *Münchener Kommentar zum StGB*, T. 4, 2012 (2ème éd.), § 228 n° 1.

³⁰ « *Sittengesetz* » : « Il s'agirait « seulement des principes éthiques, dont la violation conduirait à un dommage social » : C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006 (4ème éd.), § 13 n° 38.

³¹ Voir sur cette discussion: K. Kühl, *Der Abschied des Strafrechts von den guten Sitten*, *Festschrift Jakobs*, p. 307.

³² *Duden - Das Herkunftswörterbuch*, 5. éd. (2014), p. 923.

³³ 3. StrÄndG v. 4.8.1953, BGBl I 735.

³⁴ *Strafrechtsangleichungsverordnung* du 29 mai 1943 (RGBl I 339); A. Sinn, *Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts*, Baden-Baden 2000, p. 353 ff. (héritage national-socialiste reconnu; seule une position isolée considère que son origine renverrait à un projet antérieur reposant sur la notion de bonnes mœurs (« *die guten Sitten* »)). BGHSt 5, 254 ff., 256 (« *Rechtsempfinden des Volkes* »).

³⁵ A. Sinn, *Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts*, Baden-Baden 2000, p. 356-357.

³⁶ « *Das Ende von lebenslang?* », *Der Spiegel*, n°13, 26 mars 2016, p. 34.

³⁷ La notion de « *besondere Verwerflichkeit* » est considéré par certains comme le fil conducteur du § 211 al. 2 StGB.

³⁸ Notion traduite dans la version francophone du texte par le terme « odieux ».

³⁹ C. Stooss, *Avant-Projet de Code pénal et motifs à l'appui de l'avant-projet*, Bâle 1894, p. 85.

⁴⁰ Dans les discussions législatives, la notion de « dignité humaine » est comprise comme un « bien juridique abstrait » (« *abstraktes Rechtsgut* »), cf. rapport législatif n° 10/2546, p. 23.

II- Principes régissant les rapports entre législateur et interprète en droit pénal

1- Les rapports en législateur et interprète⁴¹ en droit pénal sont régis par le principe d'interdiction de l'analogie en défaveur de l'auteur des faits (*Analogieverbot*) qui découle du principe de légalité (*Gesetzlichkeitsprinzip*)⁴² (Art. 103 al. 2 GG, § 1 StGB, § 3 OWiG⁴³).

2- Ancré dans la Loi fondamentale de 1949, le principe de légalité était anciennement prévu à l'article 116 de la Constitution de Weimar de 1919. Le XX^e siècle a connu avec le régime national-socialiste une période trouble et charnière. La loi du 28 juin 1935⁴⁴ a modifié le § 2 StGB dans les termes suivants : « Est puni quiconque commet une infraction que la loi déclare punissable ou qui mérite une peine selon l'idée fondamentale de la loi pénale et le sain instinct [ou saine conscience] du peuple [*gesundes Volksempfinden*] », ce qui ouvre grand la porte à l'analogie.⁴⁵ Le principe de légalité tel qu'il a été formulé dans la Loi fondamentale en 1949 (Art. 103 al. 2) a été étendu aux anciens territoires de la République Démocratique Allemande (RDA) : depuis la Réunification, la loi fondamentale vaut pour tout le peuple allemand (« *für das gesamte deutsche Volk* », Art. 146 GG).⁴⁶

III- Interprétation des lois en matière pénale : délimitation et modalités d'application

1- Le principe de légalité (Art. 103 al. 2 GG) entraîne l'obligation pour le législateur d'élaborer une loi précise⁴⁷, et pour le juge d'interpréter la norme sans franchir la limite apposée par l'interdit de l'analogie (*Analogieverbot*). L'objectif de l'interprétation est de rechercher le sens d'une loi abstraite dans son énoncé pour pouvoir l'appliquer à un cas concret.⁴⁸ L'interprétation est donc nécessaire même lorsque la loi est claire.⁴⁹ Dans le discours international, le rejet d'une interprétation extensive des normes (*ausdehnende Auslegung*)⁵⁰ pourrait laisser penser que seule une interprétation restrictive de la loi pénale serait tolérée. D'un point de vue allemand, cette acception de l'interprétation extensive se

⁴¹ Au-delà, les rapports entre *loi* et *juge* sont régis par d'autres principes comme celui de l'indépendance du juge (Art. 97 al. 1er GG, § 1 GVG). Voir le remarquable article de Paul Bockelmann qui retrace les rapports entre juge et loi des Lumières et la fin du régime national-socialiste (le juge est tour à tour « esclave de la loi », « serviteur de la loi », « maître de la loi », « valet du pouvoir politique »). P. Bockelmann, *Richter und Gesetz*, in: *Festschrift Smend*, 1952, p. 23 et suiv.

⁴² Ce principe a quatre corollaires résumés par cette formule latine : « *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa, stricta* ».

⁴³ *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* / code des infractions administratives.

⁴⁴ *Gesetz zur Änderung des StGB vom 28.6.1935* (RGBl I, 839).

⁴⁵ A. Sinn, *Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts*, Baden-Baden 2000, p. 354 et suiv.

⁴⁶ En RDA, le principe de légalité était prévu à l'article 4 al. 3 du StGB de la RDA, dans lequel l'interdiction de l'analogie en défaveur de l'auteur de l'infraction était expressément prévue.

⁴⁷ Même si l'utilisation de concepts abstraits et généraux rend le doute dans l'interprétation inévitable: BVerfGE 92, 1 = *NJW* 1995, 1141; BVerfG *NJW* 1993, 1911.

⁴⁸ B. Kertai, « Strafbarkeitslücken als Argument », *Juristische Schulung*, 2011, p. 978.

⁴⁹ H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1988 (4^e éd.), § 17, p. 137.

⁵⁰ Voir l'amendement proposé par M. Sasserath (« exclusion de la méthode analogique et de toute interprétation extensive »): Congrès international de droit pénal 1937, p. 109-110.

confond en réalité avec l'analogie, dont le périmètre reste à préciser.⁵¹ Certains auteurs considèrent que le principe de légalité exige seulement une interprétation⁵² et que « l'interdit de l'analogie commence là où la signification [objective] du mot [...] s'arrête et les considérations subjectives triomphent ». ⁵³ Un exemple célèbre est l'impossibilité d'assimiler l'électricité à un objet corporel, condition nécessaire pour que l'infraction de vol soit constituée.⁵⁴ L'analogie est l'interdiction faite au juge de punir un comportement qui serait à ses yeux punissable au même titre qu'un comportement puni par une loi.⁵⁵

2- Le code pénal allemand ne prévoit pas de norme équivalente à l'article 111-4 du code pénal français.⁵⁶ Malgré tout, l'interprétation, sans pour autant être restrictive, est stricte dans la mesure où elle se raccroche au seul libellé du texte (*Wortlaut*).⁵⁷ Cette approche est confirmée par la jurisprudence constitutionnelle constante : « l'exigence de précision de la loi interdit toute répression fondée sur une analogie ou sur le droit coutumier », l'analogie, prise dans son sens large, étant une « application du droit qui irait au-delà du contenu d'une norme pénale »⁵⁸ ; le libellé du texte (*Wortlaut*) est le « critère déterminant » de l'interprétation de la loi pénale et « le sens possible du mot contenu dans la loi marque la limite extérieure de l'interprétation judiciaire recevable ». ⁵⁹ A l'intérieur du périmètre strictement délimité par le texte (*Wortlautgrenze*), qui est le rempart contre l'analogie, l'interprétation pourra prendre appui sur la finalité de la loi pour en resserrer ou en élargir l'interprétation.⁶⁰ L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle va dans le sens d'un resserrement du contrôle de l'interprétation du juge.⁶¹ La Cour fédérale constitutionnelle demande au juge, à l'intérieur du sens possible du mot, de ne pas procéder à une interprétation large au point que l'élément interprété se fonde dans les autres éléments de la norme pénale (« *Verschleifung oder Entgrenzung* »).⁶² Le juge peut donc être contraint à interpréter un terme restrictivement. La Cour attribue au juge une fonction de précision et de concrétisation (*Präzisionsgebot*) d'une loi pénale qui, sans violer l'Art. 103 al. 2 GG, est malgré tout imprécise.⁶³

⁵¹ W. Hassemer / W. Kargl in: U. Kindhäuser / U. Neumann / H.-U. Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 2013 (4ème éd.), § 1, n° 76; H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1988 (4ème éd.), § 17, p. 141.

Sur le sujet également les développements de l'auteur suisse O. A. Germann, *Methodische Grundfragen*, 1946, p. 120 ff. (il distingue entre le libellé et le sens du texte).

⁵² H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1988 (4ème éd.), § 17, p. 141 : Il prend appui sur les travaux du juriste suisse O. A. Germann qui considère qu'une interprétation conforme au sens du texte (« *sinngemäße Auslegung* ») pourrait sembler aller au-delà du libellé et parle à ce titre non pas d'interprétation extensive mais d'interprétation juste (« *richtige Interpretation* ») : O. A. Germann, *Methodische Grundfragen*, 1946, p. 121.

⁵³ W. Hassemer / W. Kargl in: U. Kindhäuser / U. Neumann / H.-U. Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 2013 (4ème éd.), § 1, n° 80.

⁵⁴ Jurisprudence du *Reichsgericht* (Cour de l'Empire): RGSt 29, p. 111. Le législateur a créé ultérieurement une infraction spécifique pour la soustraction d'énergie électrique (aujourd'hui § 248c StGB).

⁵⁵ H. Frister, *Strafrecht AT*, 2015 (7ème éd.), Chapitre 4, n° 23.

⁵⁶ L'article 4 al. 3 du StGB de la RDA contenait quant à lui le terme « strict ».

⁵⁷ W. Hassemer / W. Kargl in: U. Kindhäuser / U. Neumann / H.-U. Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 2013 (4ème éd.), § 1, n° 78. L'adage latin « *lex stricta* » est d'ailleurs utilisé en référence à l'interdit de l'analogie (*ibid.* § 1 n° 13).

⁵⁸ BVerfGE *NJW* 2008, 3627 ; BVerfGE 92, 1 = *NJW* 1995, 1141 ; BVerfGE 73, 206 = *NJW* 1987, 43 (44) ; BVerfGE 71, 108 = *NJW* 1986, 1671 (1672).

⁵⁹ BVerfGE *NJW* 2008, 3627 ; BVerfGE 92, p. 1 = *NJW* 1995, 1141 ; BVerfGE 73, 206 = *NJW* 1987, 43 (44).

⁶⁰ C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006 (4ème éd.), § 5 Rn. 28.

⁶¹ F. Saliger, « Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung », *NJW* 2010, p. 3195 : il évoque une « extension spectaculaire » (« *spektakuläre Ausdehnung* ») du contrôle constitutionnel de l'interprétation des juges en matière pénale.

⁶² BVerfGE 126, 170 = *NJW* 2010, 3209 (3211).

⁶³ BVerfGE 126, 170 = *NJW* 2010, 3209 (3211).

3- Quatre méthodes d'interprétation sont traditionnellement reconnues : méthodes grammaticale, systématique (replacer la norme au sein de l'architecture pénale), historique et téléologique.⁶⁴ Cette dernière interroge la finalité de la loi, c'est-à-dire qu'elle prend en considération le bien juridique (*Rechtsgut*) protégé par la norme ou encore la peine encourue pour l'infraction donnée.⁶⁵ A cet égard est prise en compte la méthode dite de conformité constitutionnelle (*verfassungskonforme Auslegung*) ou orientée vers les droits fondamentaux (*grundrechtsorientierte Auslegung*)⁶⁶. Dans une importante décision du 21 juin 1977, la Cour constitutionnelle fédérale a enjoint les juridictions du fond à interpréter restrictivement le § 211 al. 2 StGB⁶⁷ en prenant appui sur la Constitution afin que l'application de la peine d'emprisonnement à vie (peine fixe par nature) soit en adéquation avec le principe de proportionnalité⁶⁸, sans pour autant donner de directives précises.⁶⁹ Dans une décision du 19 mai 1981 qui a fait grand bruit, la Cour fédérale de justice a démontré l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait d'interpréter restrictivement la sournoiserie⁷⁰ (l'auteur avait tiré une balle dans le dos de la victime qui l'avait provoqué plus tôt dans un contexte de drame familial), tout en rejetant notamment l'idée développée par une partie de la doctrine d'interpréter le § 211 StGB en s'appuyant sur le caractère « particulièrement répréhensible » (*besonders verwerflich*) de l'acte.⁷¹

3- L'article 103 al. 2 de la Loi fondamentale s'applique aux normes du *Ordnungswidrigkeitrecht* (droit relatif aux infractions de nature administrative)⁷² (dont le principe est repris au § 3 OWiG). En revanche, il ne s'étend pas en principe aux lois de procédure.⁷³ Par exemple, l'application de l'imprescriptibilité de l'action publique à des faits plus anciens a été considérée conforme avec l'article 103 al. 2 GG parce que ne concernant que le caractère poursuivable (*Verfolgbarkeit*) et non punissable (*Strafbarkeit*) de l'acte.⁷⁴

IV- Valeurs, intérêts et/ou biens juridiques protégés nommés par la jurisprudence pour interpréter la règle de droit pénal

1- La notion de « bien juridique » est reconnue comme critère pour interpréter une norme de droit pénal. Dans le cas du § 316a StGB (*Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer*/attaque sur un conducteur pour appropriation frauduleuse), dont le cadre répressif est aujourd'hui encore très élevé (peine minimale de 5 ans dans le cas général)⁷⁵, la norme est interprétée restrictivement

⁶⁴ Cf. BGHSt 29, 204 (206) = *NJW* 1980, 1638 ; H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1988 (4ème éd.), § 17, p. 137-138.

⁶⁵ H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1988 (4ème éd.), § 17, p. 137-138. Sur l'interprétation en fonction des peines encourues: O. A. Germann, *Methodische Grundfragen*, 1946, p. 78 ff.

⁶⁶ H. Kudlich, « Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht », *JuristenZeitung* 2003, p. 127 et suiv.

⁶⁷ La décision portait plus précisément sur la sournoiserie (*Heintücke*) et l'intention de dissimuler une infraction (*Verdeckungsabsicht*).

⁶⁸ BVerfGE 45, 187 = *NJW* 1977, 1525 (1532).

⁶⁹ Crit. W. Mitsch, « Die Verfassungswidrigkeit des § 211 StGB », *JuristenZeitung* 2008, p. 337.

⁷⁰ BGHSt 30, 105 = *NJW* 1981, 1965.

⁷¹ BGHSt 30, 105 = *NJW* 1981, 1965 (1967).

⁷² BVerfGE 71, 108 = *NJW* 1986, 1671.

⁷³ A. Eser / B. Hecker in: A. Schönke / H. Schröder, *Strafgesetzbuch*, 29. éd (2014), § 1 n° 34.

⁷⁴ BVerfGE 25, 269 (287). Sur la nature juridique des lois de prescription: W. Mitsch, in: *Münchener Kommentar StGB*, 3^{ème} éd. (2016), § 78 n° 1.

⁷⁵ L'ancêtre de cette norme, prévu par une loi du 22 juin 1938 (*Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen*), faisait encourir la peine de mort à son auteur.

au regard de la finalité de la loi.⁷⁶ Pour identifier les biens juridiques protégés par la norme, les juges ont utilisé la méthode systématique : Rangée dans une section du code concernant les infractions dangereuses pour autrui (*gemeingefährliche Straftaten*), la norme protège, à côté de biens juridiques individuels, la sécurité routière (*Sicherheit im Straßenverkehr*).⁷⁷

2- La jurisprudence se réfère expressément à la notion de valeur ou de bien juridique:

- Parmi les neuf critères de l'assassinat (§ 211 al. 2) introduits en 1941, les « **motivations viles** » (*niedrige Beweggründe*) (§ 211 al. 2 StGB) ont illustré de manière emblématique le changement historique de conception dans le choix du critère de distinction entre meurtre et assassinat en faveur d'une conception « éthico-morale » (abandon du critère de préméditation).⁷⁸ La Cour fédérale de justice définit une motivation vile « selon une évaluation générale des mœurs » : La motivation se situe « sur la marche la plus basse » et est « pour cette raison particulièrement blâmable [réprouvable], et donc méprisable ». ⁷⁹ C'est le cas par exemple de « celui qui accepte la mission de tuer une personne inconnue »⁸⁰ ou lorsque l'auteur de l'homicide a été animé par des sentiments comme la haine, la colère, la vengeance à condition qu'ils reposent sur des motivations viles.⁸¹ Le cadre de référence sont les « représentations de la communauté juridique de la République fédérale d'Allemagne » (« *Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland* »).⁸² Si la définition des motivations viles est constante dans la jurisprudence, on peut néanmoins observer une tendance qui consiste à se dégager de toute appréciation morale pour se concentrer sur la proportionnalité ; ainsi émerge le concept de « disproportion éclatante » entre le mobile et l'acte (« *eklatantes Missverhältnis zwischen Tatanlass und Tötung* »).⁸³
- Les « **bonnes mœurs** » (*die guten Sitten*) (§ 228 StGB), traditionnellement comprises comme le « sentiment de bienséance de toute personne bien-pensante » (« *Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* »)⁸⁴, renvoient expressément à des valeurs morales. Mais la jurisprudence, dans son évolution, s'éloigne de critères moraux au profit de critères juridiques.⁸⁵ Deux décisions marquent un tournant. Dans une décision du 11 décembre 2003, la 3ème Chambre pénale de la Cour fédérale de justice s'est prononcée en se référant expressément à la notion de « critères éthiques-moraux » restreignant « la liberté de chacun à disposer à sa guise de son bien juridique individuel qu'est l'intégrité corporelle » : Elle considère que « selon un sentiment

⁷⁶ BGHSt 49, 8 = BGH *NJW* 2004, 786 (786). G. Duttge / W. Nolden, « Die rechtsgutsorientierte Interpretation des § 316a StGB », *Juristische Schulung* 2005, p. 193.

⁷⁷ BGHSt 49, 8 = BGH *NJW* 2004, 786 (787), BGHSt 52, 44 = *NJW* 2008, 451 (452).

⁷⁸ Crit. A. Grünwald, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck Tübingen, 2010, p. 89 et suiv.

⁷⁹ BGHSt 3, 132 (« *Niedrig ist ein Tötungsbeweggrund, der nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht ... und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich ist* »). Plus récemment BGH *NStZ* 2011, 35; BGH *NStZ* 2013, 337 (jurisprudence constante).

⁸⁰ BGHSt 50, 1, 8.

⁸¹ BGH *NStZ* 2011, 35.

⁸² Cas d'homicides commis à l'intérieur de familles d'origine étrangère : BGH *NJW* 2006, 1008 (1011) ; BGH *NJW* 2004, 1466 (1467) (idée d'une solution différenciée dans des cas où l'auteur vit intensément dans le cadre de valeurs inculquées par son pays d'origine) ; K. Kühl, « Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten », *Juristische Arbeitsblätter* 2009, p. 833 (835).

⁸³ BGH *NStZ* 2006, 284 (285).

⁸⁴ K. Kühl in: Lackner/Kühl, *StGB*, 2014 (28ème éd.), § 228 n° 10.

⁸⁵ BGHSt 38, 83 (87) = *NJW* 1992, 702 (703) (blessures partielles / „*ersichtlich nur geringfügigen Verletzungen*“).

général de moralité [« *nach allgemeinem sittlichen Empfinden* »], la limite du blâme moral [« *Grenze moralischer Verwerflichkeit* »] est dépassée lorsque le danger de mort, en l'espèce causé par une injection d'un gramme d'héroïne, était objectivement prévisible.⁸⁶ La Cour fait référence à des valeurs morales sur le plan formel mais identifie matériellement des critères propres au bien juridique protégé par la norme (intégrité corporel / danger de mort).⁸⁷ Dans une autre affaire concernant des pratiques sexuelles sado-masochistes ayant entraîné la mort, la 2^{ème} Chambre pénale va plus loin (décision du 26 mai 2004): Dans son interprétation de la notion des bonnes mœurs, elle rejette expressément les critères « éthiques-moraux » pour se concentrer sur des critères juridiques.⁸⁸ L'interprétation doit se détacher des motivations blâmables de l'auteur pour se raccrocher à l'intensité de l'atteinte au bien juridique protégé par la norme. Finalement, la référence au bien juridique vient dans ces cas suppléer à la lacune du § 228 StGB qui ne contient pas de critères précis et peut même s'analyser ici comme allant à l'encontre du concept de bonnes mœurs établi par la loi.⁸⁹

3- Le justiciable peut faire un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale (Art. 93 Al. 1^{er} n° 4a et 4b GG, § 13 n° 8a BVerfGG⁹⁰) pour contester la conformité d'une norme pénale avec la Constitution. Un tel recours peut toucher l'existence même de la norme.⁹¹ Mais ce recours peut également donner lieu à un contrôle de l'interprétation par le juge de la loi pénale par la Cour fédérale constitutionnelle. Exemples :

- Invalidation de l'interprétation des termes « **d'une manière qui blesse la dignité humaine** » (« *in einer die Menschenwürde verletzenden Weise* ») (§ 131 al. 1^{er} StGB).

Il s'agissait d'une affaire de saisie de cassettes vidéo contenant une version raccourcie du film d'horreur américain *The Evil Dead* (1981) interdit à la distribution en Allemagne.⁹² La Cour considère que le critère « d'une manière qui blesse la dignité humaine » est suffisamment précis à condition que son interprétation soit conforme à la Constitution.⁹³ L'interprétation de la notion devait se raccrocher à la notion de dignité humaine telle qu'elle est comprise à l'article 1^{er} de la Loi fondamentale (le respect de l'humain interdit de le réduire en objet). Les critères retenus par les juges du fond laissaient plutôt percevoir un jugement de valeur en qualifiant les scènes

⁸⁶ BGHSt 49, 34 (40) = *NStZ* 2004, 204 (205).

⁸⁷ Roxin évoque une « réorientation révolutionnaire » de la jurisprudence : C. Roxin, *Strafrecht AT*, T. 1, 2006, § 13 n° 61. Autre avis : K. Kühl, « Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten », *Juristische Arbeitsblätter* 2009, p. 833 (837).

⁸⁸ « Der Begriff der „guten Sitten“ betrifft weniger außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien. Um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens zu genügen, muss der Begriff der guten Sitten auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden ». BGHSt 49, 166 = *NJW* 2004, 2458

⁸⁹ Crit. K. Kühl, « Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten », *Juristische Arbeitsblätter* 2009, p. 833 (837).

⁹⁰ *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* / code sur la cour fédérale constitutionnelle.

⁹¹ Dans une affaire de relations incestueuses entre un frère et une sœur (§ 173 al. 2 phrase 2 StGB), la Cour fédérale constitutionnelle, dans une décision du 26 février 2008, conclut à la conformité de la norme pénale avec la constitution : BVerfGE 120, 224 = *NJW* 2008, 1137. Opinion dissidente du juge Hassemer qui considère que la répression est fondée sur la seule moralité et non sur la protection d'un bien juridique : BVerfG *NJW* 2008, 1144.

⁹² Il s'agissait plus précisément dans cette procédure de l'ancien § 131 al. 1er n° 4 StGB qui interdisait des actes comme la fabrication, la livraison, le stockage de telles cassettes.

⁹³ BVerfGE 87, 227 = *NJW* 1993, 1457 (1458).

d'« actes de violence brutaux montrés de manière désagréablement intrusive sans aucune motivation socialement sensée et sans aucun but » (« *rohe Gewalttaten in aufdringlicher Weise anreißerisch und ohne jegliche sozial sinnhafte Motivation um ihrer selbst willen gezeigt* ») et donnaient à la notion des contours trop flous non conformes à l'article 103 al. 2 GG.⁹⁴

– Invalidation de l'interprétation du mot « *verwerflich* » (§ 240 al. 2 StGB)⁹⁵

Dans une affaire où il était reproché aux prévenus d'avoir bloqué la circulation pour protester contre l'intervention militaire en Irak, l'élément d'illicéité de l'infraction de coercition (*Nötigung*) spécialement prévu par le § 240 al. 2 (*Verwerflichkeit*) a été retenu notamment au motif que les motivations politiques des prévenus ne pouvaient enlever à l'acte son caractère illicite. La Cour constitutionnelle fédérale a considéré que l'interprétation et l'application du § 240 al. 2 StGB devaient être examinées à l'aune de la liberté de réunion (*Versammlungsfreiheit*), droit fondamental ancré à l'article 8 al. 1^{er} GG.⁹⁶

Ces deux exemples montrent une vérification de la conformité de l'interprétation avec les droits fondamentaux (et donc les valeurs qu'ils portent).

V- Conflit entre des intérêts ou des valeurs et existence d'un arbitrage

Au-delà du mécanisme de contrôle de l'interprétation évoqué précédemment, le droit pénal lui-même contient des mécanismes permettant une mise en balance d'intérêts ou de valeurs :

1- Le § 34 StGB (état de nécessité justificatif/*Rechtfertigender Notstand*) exige expressément une mise en balance des intérêts – et en particulier des biens juridiques – en conflit (« *Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren* ») afin de déterminer si l'intérêt protégé prévaut essentiellement sur l'intérêt sacrifié (« *das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt* ») dans le cas d'un acte nécessaire face à un danger actuel. L'ordre des biens juridiques établi par le § 34 phrase 1 (« vie, intégrité corporelle, liberté, honneur, propriété ou tout autre bien juridique ») donne un indice sur leur hiérarchie. La peine encourue en cas de violation du bien juridique peut être un indice.⁹⁷ S'agissant d'une comparaison qualitative ou quantitative des dommages résultant d'une atteinte aux biens juridiques, il est cependant reconnu qu'une mise en balance de la vie contre la vie est à rejeter, même dans un cas où le nombre de vies sauvées serait supérieur au nombre de vies sacrifiées (abattre un avion contenant dix passagers victimes d'un détournement terroriste pour sauver cinquante autres personnes⁹⁸) ou la durée restante de la vie sacrifiée serait plus courte que celle de la vie sauvée (vieillard/enfant).⁹⁹ En outre, le § 34 phrase 2 StGB exige que l'acte commis soit

⁹⁴ BVerfGE 87, 227 = NJW 1993, 1457 (1459).

⁹⁵ S'agissant du § 240 al. 1^{er} StGB, l'interprétation du mot « violence » (*Gewalt*) dans le cadre de manifestations de blocage a donné lieu à de nombreux contrôles de la Cour constitutionnelle fédérale reposant sur différentes appréciations au cas par cas (barrière causant une contrainte physique ou psychologique) : BVerfGE 92, 1 = NJW 1995, 1141 (violation de l'Art. 103 al. 2 GG), BVerfG 104, 92 = NJW 2002, 1031 (non-violation), BVerfG NJW 2011, 3020 (non-violation).

⁹⁶ BVerfG NJW 2011, 3020 (3023).

⁹⁷ R. Rengier, *Strafrecht AT*, 2016, § 19 n° 28.

⁹⁸ Cette question fait débat.

⁹⁹ R. Rengier, *Strafrecht AT*, 2016, § 19 n° 32.

« approprié » (« *angemessen* »), qui est une notion assez floue. Par exemple, le fait de contraindre un tiers à une perfusion sanguine (biens juridiques sacrifiés : liberté et intégrité corporelle) pour sauver une personne sur le point de mourir (bien juridique protégé : vie) pourrait heurter le principe de dignité humaine (Art. 1 al. 1^{er} GG) car le tiers serait réduit à un objet.¹⁰⁰

2- En revanche, le § 32 StGB, qui pose les conditions du fait justificatif de légitime défense (*Notwehr*), ne contient pas de mécanisme permettant de mettre en balance les biens juridiques en conflit. Si la loi exige que l'acte de défense soit nécessaire (« *erforderlich* », § 32 al. 2 StGB), c'est-à-dire l'acte le plus léger possible approprié pour se défendre, elle n'exige pas de proportionnalité entre la riposte et l'attaque. Néanmoins, l'acte de défense doit être « adéquat » (« *geboten* ») (§ 32 al. 1^{er} StGB). La jurisprudence interprète cette notion sur la base de critères dits « socio-éthiques » pour apposer des limites à la riposte (*sozialethische Notwehrrschränken*).¹⁰¹ Plusieurs cas sont traditionnellement reconnus. L'un d'entre eux est l'absence de disproportion manifeste (*krasses Mißverhältnis*) entre le bien juridique du défenseur et le bien juridique de l'agresseur (exemple classique : un coup de fusil par une personne paralysée sur une personne qui a grimpé dans son pommier ne pourra jamais être justifié par le vol de quelques pommes). Par ailleurs, la légitime défense peut être restreinte après une mise en balance des droits fondamentaux: Un interrogatoire conduisant un policier à torturer le suspect pour qu'il révèle le lieu où est séquestrée une victime sur le point de mourir (droit à la vie, Art. 2 GG) entre en collision avec l'interdit absolu de la torture (Art. 1 al. 1^{er} et 104 al. 1^{er} phrase 2 GG, Art. 3 CEDH, § 136a StPO).¹⁰²

¹⁰⁰ K. Kühl, *Strafrecht AT*, 2017 (8^{ème} éd.), § 8 n° 169 et suiv. ; R. Rengier, *Strafrecht AT*, 2016, § 19 n° 59.

¹⁰¹ Erb considère que cette désignation est trompeuse car l'appréciation doit s'appuyer sur des critères juridiques. V. Erb in : *Münchener Kommentar zum StGB*, 2017 (3^{ème} éd.), § 32 n° 202.

¹⁰² LG Frankfurt a.M. *NJW* 2005, p. 692.