

ÉCOLE DOCTORALE 101

Centre de droit privé fondamental

THÈSE présentée par :

M. Guillaume CHETARD

soutenue le : 28 novembre 2019

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

La proportionnalité de la répression

**Étude sur les enjeux du contrôle de
proportionnalité en droit pénal français**

THÈSE dirigée par :

M^{me} LEBLOIS-HAPPE Jocelyne
M. WACHSMANN Patrick

Professeure, Université de Strasbourg
Professeur émérite, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

M. DREYER Emmanuel
M. PIN Xavier

Professeur, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne
Professeur, Université Jean Moulin (Lyon)

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M^{me} ALIX Julie
M. CAHN Olivier
Mme PICHON Elisabeth

Professeure, Université de Lille
Professeur, Université de Tours
Conseillère référendaire, Cour de cassation

Avertissement

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Tous mes plus sincères remerciements à Madame la Professeure Leblois-Happe et à Monsieur le Professeur Wachsmann pour avoir dirigé mes recherches avec la bienveillance et la disponibilité qui sont les leurs. J'ai constamment bénéficié de leurs conseils et de leurs encouragements durant le temps long de la préparation de cette thèse. Je dois d'ailleurs à une fréquentation assidue de leurs cours magistraux l'enthousiasme avec lequel je me suis engagé dans cette voie.

Mes remerciements vont également aux membres de mon jury de soutenance. J'ai été très honoré de pouvoir leur présenter le résultat de cette étude.

Merci à Agathe, ma lumière, d'avoir été à mes côtés lors des moments de doute, de m'avoir tant soutenu lorsque le temps m'a manqué et, surtout, de s'être jointe à ma joie et de m'avoir apporté la sienne à toutes les occasions.

Merci à mes camarades de route, Luc et Antonin, pour leur amitié et leur solidarité sans cesse renouvelée. Ils m'ont un peu devancé, il est vrai, mais je vais bien finir par les rattraper...

Merci à tous les membres de ma famille et à tous les amis qui m'ont entouré depuis le début de ce travail. Les mots me manquent pour dire à quel point votre affection et votre présence ont compté dans cette entreprise un peu folle et si solitaire.

Un remerciement particulier, enfin, à mon grand-père, Alain Weité, le plus grand humaniste que je connaisse et qui, lorsque j'étais enfant, fut le premier à m'éveiller au sens de la justice.

Sommaire

Principales abréviations.....	9
Introduction générale.....	13
Partie I. La proportionnalité requise.....	29
Titre I. Un principe fondamental.....	31
Chapitre 1. Un principe général.....	33
Chapitre 2. Une fonction spécifique.....	87
Titre II. Un enjeu méthodologique.....	153
Chapitre 1. Garantir la neutralité du contrôle.....	155
Chapitre 2. Organiser l'articulation des contrôles.....	253
Partie II. La proportionnalité inaccessible.....	345
Titre I. Des critères incommensurables.....	347
Chapitre 1. Les formes générales de l'incommensurabilité.....	349
Chapitre 2. L'incommensurabilité spéciale dans la proportionnalité des peines.....	405
Titre II. Des tempéraments indispensables.....	475
Chapitre 1. Les solutions épistémologiquement optimistes.....	479
Chapitre 2. Les solutions épistémologiquement pessimistes.....	541
Conclusion générale.....	595
Bibliographie.....	601
Index alphabétique.....	645
Table des matières.....	655

Principales abréviations

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
<i>AJ Pénal</i>	<i>Actualité juridique pénal</i>
<i>Al.</i>	<i>Alinéa</i>
<i>Arch. Phil. Dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>Art.</i>	<i>Article</i>
<i>Ass. plén.</i>	<i>Assemblée plénière</i>
<i>Bull. Civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. Crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>Cass. Civ.</i>	<i>Arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Cass. Crim.</i>	<i>Arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>CE</i>	<i>Arrêts du Conseil d'État</i>
<i>CEDH</i>	<i>Arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme</i>
<i>Chron.</i>	<i>Chronique</i>
<i>CJCE</i>	<i>Arrêts de la Cour de justice des communautés européennes</i>
<i>CJUE</i>	<i>Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne</i>
<i>Comm.</i>	<i>Commentaire</i>
<i>Comp.</i>	<i>Comparer</i>
<i>Concl.</i>	<i>Conclusions</i>
<i>Cons. const.</i>	<i>Décisions du Conseil constitutionnel</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
<i>D. actu.</i>	<i>Dalloz actualité</i>
<i>Déc.</i>	<i>Décision</i>
<i>Dr. pén.</i>	<i>Droit pénal</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du palais</i>
<i>Gr. Ch.</i>	<i>Grande chambre</i>
<i>IR</i>	<i>Informations rapides</i>
<i>JCP G.</i>	<i>Jurisclasseur Périodique – La semaine juridique</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites affiches</i>
<i>Obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>Préc.</i>	<i>Précité</i>
<i>Rappr.</i>	<i>Rapprocher</i>
<i>Req.</i>	<i>Requête</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>TFUE</i>	<i>Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne</i>
<i>V.</i>	<i>Voir</i>

« Quand les shadoks se trouvaient devant un grave problème et qu'ils ne voyaient pas très bien comment faire, hé bien, ils pompaient. De toute façon, ils disaient : "Ça pouvait pas nuire". Ils avaient de grosses pompes pour les gros problèmes et des petites pompes pour les petits problèmes. Ils avaient mis au point, aussi, des pompes spéciales pour les cas où il n'y avait pas de problème du tout. Pour ceux de nos téléspectateurs que la technique intéresse, disons que quand on pompait avec ça, non seulement il ne se passait rien, comme avec une pompe shadok ordinaire mais plus on pompait, plus il n'y avait rien qui se passait. C'était quand même une sécurité. »

J. ROUXEL, *Les Shadoks*, service de la recherche de l'ORTF, saison « BU » (1968), épisode 46.

*À mes parents, à ma sœur
et à notre amour, incommensurable.*

Introduction générale

1. En -1154, Ramsès III décède après trente ans de règne, victime d'un complot fomenté par sa deuxième épouse, la reine Tiye, qui entend faire accéder au trône son fils Pentaour. En dépit du succès du régicide, le coup d'État échoue. L'héritier légitime, Ramsès IV, charge douze magistrats de juger et punir les conspirateurs en son nom. Le Papyrus judiciaire de Turin, qui rend compte des jugements rendus par ce tribunal, présente en introduction les noms des juges et l'énoncé de leur mission. Le pharaon ne « connaît » ni des paroles par lesquelles on s'est ligué contre lui, ni des peines infligées à chacun des coupables. Que les magistrats « fassent mourir de leur propre main ceux qui doivent périr » et « mettent à exécution le châtement des autres » : ils devront « veiller à ne pas appliquer de châtement qui soit [...] injuste »¹ ou, selon certains traducteurs, « disproportionné »².

2. En dépit des inévitables incertitudes sémantiques, deux idées essentielles sont clairement énoncées. D'une part tous les coupables ne subissent pas la même peine. D'autre part le juge est incité à la vigilance, à défaut de laquelle il risque d'infliger un châtement injuste. Il ne fait pourtant aucun doute que la sévérité est de mise. Tous les inculpés mentionnés par le papyrus sont déclarés coupables et condamnés à mort, qu'ils aient pris part personnellement à la conspiration ou qu'ils se soient contentés de ne pas la dénoncer après en avoir eu connaissance, fût-ce par ouï-dire. De plus, chaque verdict entraîne sur-le-champ la mort du condamné, soit par exécution, soit par suicide forcé. Il n'en est que plus remarquable que le document qui rapporte le jugement s'ouvre sur une exhortation à la nuance et à la prudence. Ces formules inaugurales, quelle qu'ait été leur portée exacte, témoignent de l'existence, il y a plus de trois millénaires, d'une association forte entre les idées de justice punitive et de vigilance modératrice.

3. Ce texte, en ce sens, contraste fortement avec des documents antérieurs tels que Code de Hammurabi. Le prologue de celui-ci évoque le pouvoir de châtement du roi de Babylone, mais il n'est fait aucune allusion à sa tempérance : « Alors Anu et Bel m'ont appelé par mon nom, Hammurabi, le prince exalté, craignant Dieu, pour faire régner la justice dans le pays, pour détruire les méchants et les malfaiteurs »³. Si modération il y a, ses signes se situent ailleurs, dans

1 *Papyrus judiciaire de Turin*, Col. 2-3, trad. par J.H. BREASTED, *Ancient Records of Egypt, vol. IV - The Twentieth to the Twenty-Sixth Dynasties*, Chicago, University of Chicago Press, 1906, p. 213 : « “As for the words which the people have spoken, I know them not. Go ye and examine them. When they go out, and they examine them, they shall cause to die by their own hand, those who should die, without [my] knowing it. They shall execute the punishment [upon] the others, likewise without my knowing it. When [yel] go [see to it] that ye give heed, and have a care lest ye execute punishment upon — — — unjustly [— —].” »

2 V. la traduction proposée par A. THÉODORIDÈS, « La peine dans le régime pharaonique », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1991, LV-La peine (Antiquité) (I), p. 26-27 : « “Le complot que les personnes (incriminées) ont ourdi, je n'en ai pas pris connaissance (avec le sens de : j'ai renoncé à en connaître) ; mais vous, hâtez-vous et instruisez à leur sujet (avec plein pouvoirs). Ils allèrent et instruisirent ; et ils firent mourir de leur propre chef ceux qui avaient été condamnés à mort par eux, sans que [je n'e]n eusse rien connu ; [et ils] appliquèrent un châtement aux autres sans que je n'en eusse rien connu non plus. Mais je leur avais [strictement] prescrit ceci : soyez attentifs, et veillez à ne pas faire appliquer de châtement à un inculpé irrégulièrement ni disproportionnellement.” »

3 *Code de Hammurabi*, trad. L. W. KING, 1915, [<https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>] (consulté le 1^{er} octobre 2019) : « *Then Anu and Bel called by name me, Hammurabi, the exalted prince, who feared God, to bring about the rule of righteousness in the land, to destroy the wicked and the evil-doers* ». V. également la traduction de

l'élaboration d'une échelle de peines qui, dans les cas de blessures, impose le principe du talion tout en tenant compte des différences de rang entre l'agresseur et sa victime. « Si un homme a crevé l'œil d'un homme libre, on lui crèvera un œil. S'il a été brisé le membre d'un homme libre, on lui brisera un membre. S'il a crevé l'œil d'un *mouchkinou*, ou brisé le membre d'un *mouchkinou*, il payera une mine d'argent. »⁴ Dans un but de paix et de justice, le roi limite la mesure de la vengeance.

4. À sept cents ans d'écart, deux monarques de droit divin – l'un étant même un dieu vivant – établissent ainsi à l'adresse de leurs magistrats et de leurs sujets les premiers⁵ principes écrits de limitation du droit pénal. Rendre justice en présence du mal requiert que l'on use de prudence et de mesure, que l'on s'assure de ne punir que les coupables et seulement à hauteur du mal qu'ils ont commis. C'est sur ces intuitions premières que se fonde, au fil des siècles, ce que nous appelons aujourd'hui le principe de proportionnalité.

§1. Éléments de définition du principe de proportionnalité

5. La dénomination provient d'un passage bien connu de l'Éthique à Nicomaque, dans lequel Aristote considère que la justice est « une proportion »⁶, un système commun de mesure qui permet de distribuer les biens et les maux entre les hommes (justice distributive), de les échanger entre eux sans rompre cette juste répartition (justice réciproque ou synallagmatique) et de rectifier les excès ou les manques susceptibles de perturber l'équilibre du partage (justice commutative ou correctrice). Le mot utilisé dans le texte grec, *analogon*, tient autant aux mathématiques qu'à la poésie. Traduit en latin par *proportione*, il est aussi à l'origine du français *analogie*.

6. Dire que la justice est une proportion ne signifie donc pas qu'elle soit exclusivement calculatoire. Cela renvoie également à la nécessité d'une comparaison symbolique, à la recherche d'une harmonie naturelle entre les choses⁷, dont il est pris connaissance par « observation » du monde et de ses phénomènes⁸. La « proportion » est une équivalence entre deux rapports, A étant à B ce que C est à D, mais elle est aussi et à importance égale une règle d'organisation cosmique.

V. SCHEIL, *La loi de Hammourabi (vers 2000 av. J.-C.)*, Paris, Ernest Leroux, 1904, qui omet toutefois le prologue et l'épilogue du texte.

4 *Code de Hammurabi*, §§196-198, *Ibid.*, p. 41 (italiques dans la traduction). Le statut de *mouchkinou* semble être notamment celui des esclaves affranchis.

5 Le Code d'Ur-Nammu, entre -2100 et -2050, établit déjà une série de délits et de peines, mais il ne semble pas les ordonner en échelle progressive. Le meurtre comme le vol et l'adultère sont punis de mort. Seuls l'enlèvement d'une part, le viol d'une esclave vierge appartenant à un autre homme d'autre part, sont punis par l'obligation de verser une somme d'argent. Il n'existe pas encore, en particulier, de gradation des châtiments corporels telle que celle qui apparaît dans le Code de Hammurabi.

6 ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, traduit par Jean VOILQUIN, Garnier-Flammarion, 1965 V, III, 8.

7 V. à propos de ce sens poétique J. FRANK, *A democracy of distinction: Aristotle and the work of politics*, Chicago, Etats-Unis d'Amérique, University of Chicago Press, 2005, p. 95-98 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, *La proportionnalité et le droit pénal général*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, Lyon, France, 2002, p. 28-33 ; Rappr. E. JEULAND, « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G*, 11 janvier 2016, n° 1-2, supplément, p. 21 : Le terme proportionnalité « oscille entre l'idée d'un calcul entre deux rapports et l'idée d'une comparaison sans calcul qui renvoie à la singularité des termes [...] d'une comparaison entre des choses singulières que l'on essaie de rapprocher. » V. également *infra*, p. 93.

8 M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige », 2006, p. 86-87.

7. Cette assimilation tripartite entre l'arithmétique, l'esthétique et la morale est tout à fait classique au temps d'Aristote et connaît une grande postérité. « L'axiome primordial de la doctrine pythagoricienne : "Tout est arrangé selon le nombre" profère une norme dont la compétence étendue à l'univers en règle le mode de composition ; l'essence de la réalité physique s'identifie au nombre rationnel et la beauté comporte des clefs arithmétiques. »⁹ Il n'y a, autrement dit, pas seulement des rapports de proportion, il y a aussi une proportion juste, un rapport approprié. Les accords musicaux sont ainsi construits par les pythagoriciens à partir de rapports simples (notamment 2:1 et 3:2) entre des longueurs de corde vibrante¹⁰. La cosmogonie platonicienne leur emprunte le concept d'harmonie des sphères : le démiurge crée le monde en divisant la substance primordiale selon une série de rapports numériques parfaits qui correspondent à la fois aux accords musicaux et aux orbites des planètes¹¹. Le beau, le juste et le vrai sont unis par des formulations mathématiques communes.

8. L'héritage de l'arithmologie grecque nourrit les traditions artistiques occidentales jusqu'à nos jours. Vitruve, qui élabore une théorie de l'architecture fondée sur la reproduction des rapports de grandeur trouvés dans le corps humain, trouve écho à la Renaissance chez Pacioli et de Vinci. Le « nombre d'or » qui fascine des artistes contemporains tels que Le Corbusier¹² ou Xenakis est un rapport de proportion, déjà décrit dans les *Éléments* d'Euclide. Or, même s'il n'y a en soi rien d'exceptionnel à ce que le domaine des arts s'inspire de celui des sciences, le langage tend désormais à les distinguer. On ne parle plus aujourd'hui de « corps parfaits » mais, avec moins de poésie mais plus de précision sémantique, de « polyèdres réguliers ». Toutefois le radical *proportion-* a conservé une partie de sa polysémie antique. Littré définit ainsi la proportion, d'une part, comme « rapport des parties entre elles et avec leur tout », « convenance et rapport des parties du corps entre elles », « convenance que les choses ont entre elles » et, d'autre part, comme « dimensions », « rapport de quantités entre elles »¹³. Les deux sens sont séparés par l'ajout d'affixes. L'adjectif « proportionnel » se distingue du participe passé « proportionné » : « Le premier renvoie à un rapport d'ordre quantitatif, et s'emploie de manière neutre. Le second vise un rapport d'ordre qualitatif, et se charge d'une connotation positive. »¹⁴ Jusqu'au début du XX^e siècle, cette séparation se poursuivait avec d'autres formes dérivées. Littré distingue ainsi « proportionnellement » de « proportionnement » et « proportionnable », qui semblent tombés en désuétude. Au contraire le substantif « proportionnalité », selon la dernière édition du Dictionnaire de l'Académie française, désigne le « rapport qui unit des grandeurs, des quantités proportionnelles

9 J. GUILLERME et P. BOUDON, « Proportion », *Encyclopædia Universalis*.

[www.universalis-edu.com/encyclopedie/proportion/], consulté le 2 oct. 2019.

10 M. PHILIPPOT, « Gamme », *Encyclopædia Universalis*. [<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/gamme/>], consulté le 2 oct. 2019.

11 PLATON, *Sophiste ; Politique ; Philèbe ; Timée ; Critias*, traduit par Emile CHAMBRY, Paris, Garnier frères, 1992, p. 415 (Timée, 34c-36c).

12 J. GUILLERME et P. BOUDON, « Proportion », *op. cit.*

13 É. LITTRÉ, « Proportion », *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, vol. 3/ p. 1353.

14 B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 86, 2009, p. 2-3 ; Rappr. P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, France, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 24-26 ; M.-C. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, France, LexisNexis, 2012, p. 711.

entre elles » mais porte aussi le sens « d'adéquation, équilibre »¹⁵. Le proportionnel et le proportionné, le quantitatif et le qualitatif, sont réunis après avoir divergé. **La proportionnalité est donc, en un sens général, un rapport de mesure adéquat entre deux ou plusieurs objets, eu égard à leurs nature et qualités respectives.**

9. À cette définition générale, il importe d'ajouter un sens spécifique aux domaines du droit et de la morale, hérité de la conception naturaliste classique qui assimile justice et proportion. Selon la formule du Digeste, la justice consiste à attribuer à chacun le sien (*suum jus cuique tribuere*). Elle est donc une méthode de partage, un « juste milieu » entre le manque et l'excès¹⁶ qui s'oppose à la démesure, l'*hubris*¹⁷. S'ajoute à cela le fait qu'elle ne peut se concevoir que dans un cadre interpersonnel et égalitaire¹⁸. Comme le résume Ricœur, « de Socrate, Platon et Aristote, jusqu'à Kant et Hegel, la philosophie morale ne cesse de souligner la connexion entre justice et égalité, la fameuse *isotês* des grecs. [...] La justice comme vertu implique la référence récurrente à un autre. En ce sens, la justice n'est pas une vertu parmi d'autres, à côté du courage, de la tempérance, de la générosité, de l'amitié, de la prudence ; elle partage de fait avec toutes ces vertus le statut rationnel de l'équilibre entre excès et défaut. Mais avant tout, la justice est le côté orienté vers autrui de toutes les autres vertus, dans la mesure où celles-ci tiennent compte de l'existence, des besoins et des exigences de quelqu'un d'autre. »¹⁹ En droit, la notion de proportionnalité désigne ainsi également **une forme de modération, un équilibre nécessaire au respect de l'égalité.**

10. Si l'on conçoit donc la justice comme une fin du droit, il n'est pas surprenant de constater qu'un esprit de proportionnalité presque ubiquitaire anime la doctrine et le droit positif. Le domaine du droit pénal en présente des exemples parmi les plus remarquables et les plus anciens. La loi du talion, déjà employée par le Code de Hammurabi, est aussi au cœur de la conception kantienne de la justice pénale²⁰ et elle constitue encore l'un des principaux arguments avancés par les partisans de la peine de mort²¹. L'idée voisine selon laquelle les peines doivent être proportionnées à la gravité des délits est, dans les systèmes de droit issus de la culture gréco-romaine, associée au nom d'Aristote et à la Loi salique, mais elle est également présente dans le droit impérial chinois dès la fin du VI^e siècle²².

15 « Proportionnalité », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., vol. 3 (2011) : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4627>, consulté le 3 oct. 2019.

16 V. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 56.

17 J.-F. MATTÉI, « La mesure de la justice », F. JACQUES et S. GOYARD (dir.), *Le droit, le juste, l'équitable*, Salvator, 2014, p. 102-104.

18 F. DE VITORIA, *La justice*, traduit par Jean-Paul COUJOU, Dalloz, 2014, p. 29 : « L'égalité est relation à autrui ; donc la justice est relation à autrui ». D. ALIGHIERI, *La monarchie*, traduit par Michèle GALLY, Belin, coll.« Littérature et politique », 1993, p. 166-169 (II, V) : « *Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, que servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit* » (« le droit est un rapport réel de l'homme avec l'homme qui, s'il est préservé, préserve la société humaine et, s'il est détruit la détruit »).

19 P. RICŒUR, *Le Juste 2*, Esprit, coll.« Philosophie », 2001.

20 E. KANT, « Principes métaphysiques de la doctrine du droit », *Métaphysique des mœurs II. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, traduit par Alain RENAUT, Flammarion, 1994, p. 331-333.

21 J.-M. CARBASSE, *La peine de mort*, PUF, coll.« Que sais-je ? », 2016, p. 111-113, 120-121.

22 T. BROOK, J. BOURGON, et G. BLUE, *Death by a thousand cuts*, Cambridge, Mass., Etats-Unis d'Amérique, Harvard University Press, 2008, p. 37-38, 47, 49-50.

11. La notion de proportionnalité est ainsi à la fois ancienne et très répandue dans la pensée juridique. Toutefois, jusqu'à une époque récente, elle demeure une simple source d'inspiration, un principe de philosophie morale externe au système juridique et qui permet d'en décrire certains aspects. Ce n'est qu'à partir du XVIII^e siècle et, surtout, de la fin du XIX^e, que la proportionnalité devient un principe général de droit positif²³, corollaire de la reconnaissance de droits fondamentaux des individus qui limitent l'étendue du pouvoir des autorités publiques. Elle est alors très fortement associée à la notion voisine de nécessité.

12. Ce rapprochement s'opère dans un premier temps dans la conception du contrat social adoptée par Locke et Beccaria et dans le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Bien que Locke considère le pouvoir législatif comme étant « *suprême* », il lui reconnaît des limites : « Ce pouvoir n'étant autre chose que le pouvoir de chaque membre de la société, [...] [il] ne saurait être plus grand que celui que toutes ces différentes personnes avaient dans l'*état de nature*, avant qu'ils entrassent en société [...] Selon sa véritable nature et ses véritables engagements, il doit se terminer au bien public de la société »²⁴ (italiques dans le texte). **Le pouvoir du législateur est donc relatif. Il est soumis à la limite d'une double mesure, celle du bien public et celle de la part de droit naturel abandonnée par les individus en vue de leur réunion en société.** Beccaria prolonge cette réflexion, en l'appuyant de manière légèrement apocryphe sur l'autorité de Montesquieu : « Tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique »²⁵. Les hommes, dans le contrat social, n'ont mis en commun « que la plus petite portion possible » de leur liberté et « l'ensemble de ces plus petites portions constitue le droit de punir ; tout ce qui s'y ajoute est abus et non justice [...]. Par justice, je n'entends rien d'autre que le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers [...] ; toutes les peines qui outrepassent la nécessité de conserver ce lien sont injustes par nature. »²⁶ Le principe de proportionnalité des peines est pour Beccaria une conséquence d'un principe plus général, dont la portée dépasse le seul domaine du droit criminel : les peines doivent être proportionnées aux délits parce que **tout acte d'autorité doit se trouver dans un rapport de juste mesure avec ce qui fait sa nécessité.** L'affirmation permet également d'éclairer la relation qui existe entre les deux notions et ce pourquoi il peut arriver qu'elles soient confondues. **La nécessité est ici un des termes du rapport de proportion, qu'il s'agit de comparer à la sévérité de la**

23 V. B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, op. cit., p. 6-30, qui distingue les « principes-idées », simples inspirations externes au système juridique, des « principes-normes » et « principes-exigences », revêtus d'une portée normative.

24 J. LOCKE, « Traité du gouvernement civil », *Essai et Lettre sur la tolérance. Traité du gouvernement civil*, traduit par David MAZEL, Flammarion, coll.« Le Monde de la philosophie », 2008, p. 300-301 (§135).

25 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduit par Maurice CHEVALLIER, Paris, Flammarion, coll.« Les livres qui ont changé le monde », n° 22, 2010, p. 35 (II). Beccaria attribue à Montesquieu l'affirmation selon laquelle « Tout châtiement qui ne découle pas d'une nécessité absolue [...] est tyrannique ». La phrase originale énonce seulement que « toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique » : MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Lavigne, 1845, p. 209 (XIX, XIV). De plus, dans le contexte de *L'esprit des lois*, cette citation précise ne revêt pas la portée générale que lui prête Beccaria. Elle n'appartient pas au corps des développements sur la modération des peines, mais au Livre XIX, consacré aux lois « dans le rapport qu'elles ont avec les principes qui forment l'esprit général, les mœurs et les manières d'une nation ». Le propos est qu'en matière d'usages culturels ou de coutumes, l'exemple ou la persuasion sont des moyens politiques de régulation bien plus efficaces que la répression.

26 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 36-37 (II).

peine ou à l'exercice de l'autorité, pour déterminer la juste mesure de ceux-ci. La proportionnalité est ce rapport lui-même, auquel Beccaria attribue une valeur impérative.

13. Sans que les deux qualités soient consubstantielles, l'exigence de l'une entraîne généralement l'exigence de l'autre²⁷. Cette association transparaît d'ailleurs dans le libellé des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'article 8 prévoit que « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Si la nécessité « évidente » est celle qui apparaît d'elle-même, qui ne fait pas de doute, le texte peut à la rigueur s'interpréter comme prohibant toute peine dont le principe n'irait pas de soi, sans que l'intensité exacte du châtement soit en question. En revanche, exiger que les peines prévues par la loi soient « *strictement* » nécessaires signifie bien qu'elles ne doivent pas dépasser la mesure de leur nécessité. De même, l'article 9 distingue deux questions en matière de coercition procédurale : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ». Ce ne sont pas seulement les arrestations arbitraires qui sont ainsi prohibées, c'est aussi l'excès de rigueur dans le traitement des accusés. Toutefois ces principes ne s'adressent alors qu'au législateur et ils ne font pas encore l'objet d'un contrôle juridictionnel.

14. Le second temps de la consécration du principe de proportionnalité n'intervient qu'à partir de la fin du XIX^e siècle et, initialement, dans le seul domaine du droit administratif. Il devient alors un critère du contrôle juridictionnel de légalité, adopté d'abord par la Cour administrative suprême de Prusse, puis repris par les juridictions administratives suisses et françaises. Le contrôle de proportionnalité consiste pour le juge à s'assurer que l'action des autorités publiques soit proportionnée au but visé par elles. Comme le résume Latournerie en 1931, « les droits » de l'administration « les plus discrétionnaires et les plus absolus en apparence, portent leur limitation en eux-mêmes, dans leur spécialité et dans le fait qu'ils ne sont concédés qu'en vue d'atteindre un but précis et dans la mesure où leur titulaire se propose d'atteindre ce but »²⁸. Après la Seconde guerre mondiale, cette conception se diffuse progressivement dans l'activité des juridictions constitutionnelles et internationales, notamment dans le domaine de la protection des droits fondamentaux²⁹. **Dans le contentieux des libertés, l'expression « contrôle de proportionnalité » désigne un mode de contrôle juridictionnel visant à la garantie des droits contre des atteintes qui, bien qu'adoptées par une autorité matériellement compétente, s'avèrent excessives ou simplement inefficaces. Dans le même cadre, le principe de proportionnalité exige, à titre général, que toute limite apportée à l'exercice des libertés soit non seulement prévue par la loi,**

27 R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 1998, p. 106 ; M. VAN DE KERCHOVE et VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, L.G.D.J., coll.« Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », n° 37, 2002, p. 153-160.

28 R. LATOURNERIE, concl. ss. CE 5 juil. 1929, *ministre du Travail*, *RDJ* 1931, p. 319.

29 V. notamment A. BARAK, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, traduit par Doron KALIR, Cambridge University Press., Cambridge, pays multiples, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 186-202 ; *infra*, 34.

mais aussi adoptée en vue d'un but légitime et proportionnée à ce but. C'est dans ce sens que la présente étude a pour objet la proportionnalité de la répression.

§2. Objet de la présente étude : la proportionnalité de la répression

15. Que les thèmes de la juste mesure et de la modération intéressent la matière pénale tient aujourd'hui du lieu commun. La préoccupation est bien antérieure au siècle des Lumières. Dès ses origines, le droit répressif est une régulation et une limitation de la vengeance fondée sur une logique d'équivalence entre l'offense et la riposte³⁰. Les doctrines qui se succèdent et se répondent au fil des siècles ayant parmi leurs principaux objets d'expliquer la violence de la justice pénale, il arrive que l'éloge de la sévérité côtoie celui de la clémence³¹, l'œuvre de Sénèque en constituant probablement l'exemple le plus connu. La mesure des peines est également abordée, notamment par Tiraqueau, qui consacre un traité entier aux critères d'aggravation et de mitigation du châtement en 1559³². Ces problématiques deviennent incontournables à partir de Beccaria. Les interrogations quant aux fondements, au champ d'intervention et aux méthodes du droit criminel animent l'ensemble des doctrines pénales de la fin du XVIIIe siècle à nos jours³³ et elles sont à l'origine du développement de l'une des sciences criminelles modernes, la pénologie³⁴.

16. Toutefois, jusqu'à la Seconde guerre mondiale, ces questions demeuraient essentiellement entre les mains du législateur et elles n'étaient pas susceptibles de fonder une contestation de l'action des autorités judiciaires au niveau individuel. En matière pénale, les limites de la nécessité stricte et évidente étaient celles établies par la loi. Ni la loi pénale en tant que norme abstraite, ni les effets concrets de son application à l'égard de l'exercice des libertés, n'étaient susceptibles d'un contrôle juridictionnel fondé sur le principe de proportionnalité. Le juge, chargé d'interpréter et d'appliquer la législation, ne pouvait en altérer le sens ni *a fortiori* refuser de l'appliquer au motif qu'il causerait ainsi une atteinte excessive aux libertés³⁵ – le « bon juge » Magnaud ne s'étant précisément rendu célèbre que par une remarquable exception dont nul ne conteste l'illégalité³⁶. Lorsque la loi ouvrait aux autorités judiciaires la possibilité d'opter entre différentes solutions – par exemple devant une alternative entre plusieurs voies procédurales ou lors du choix de la peine par le

30 R. VERDIER, « Le système vindicatoire, esquisse théorique », R. VERDIER et A. ADLER (dir.), *La vengeance: études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie. Volume 1, Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales*, Paris, France, Ed. Cujas, 1981, p. 17 et s.

31 E. CHEVREAU, « La clémence en droit romain », J.-M. JUDE (dir.), *La clémence et le droit*, Economica, coll. « Études juridiques », 2011, p. 15-28 ; J. HOAREAU, « "Préférer miséricorde à rigueur de justice", pardon exemplaire, aux XIVe et XVe siècles », Y. JEANCLOS (dir.), *La dimension historique de la peine. 1810 - 2010*, Economica, 2013, p. 45-59 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Presses universitaires de France, 2014, p. 77-80.

32 A. TIRAQUEAU, *De Pœnis Legum, ac Consuetudinum, Statutarumque temperandis, aut etiam remittendis, & id quibus quotque ex causis*, 1559 ; *Le « De Poenis Temperandis » de Tiraqueau (1559)*, traduit par André LAINGUI, Economica, 1986.

33 J. PRADEL, *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, 2016, p. 84-86, 87-92 ; É. TILLET, « Histoire des doctrines pénales », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2010, p. 61-75, 78, 86, 93-98.

34 B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Dalloz, 2017, p. 14-27.

35 Le Code pénal de 1810 prévoit d'ailleurs des *minima* de peine pour chaque infraction, dont la méconnaissance fait encourir l'annulation de l'arrêt ou du jugement pour violation de la loi.

36 T. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898. V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du Bon Juge Magnaud », *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 335-342.

juge – cette compétence était considérée comme relevant de l’appréciation souveraine des juges du fond. Par exemple, en vertu de la théorie de la peine justifiée, établie par l’article 411 du Code d’instruction criminelle de 1808, une erreur dans la qualification pénale des faits ne suffisait pas à fonder l’annulation de la peine prononcée si celle-ci était de mêmes nature et quotité que celle applicable en vertu de la qualification exacte³⁷. De même, lorsque Garraud écrivit en 1912 que la détention préventive « constitue un mal nécessaire, auquel il convient d’apporter tous les tempéraments conciliables avec l’intérêt de la répression »³⁸, il ne se référait qu’aux conditions formelles qui encadraient la délivrance du mandat d’amener ou du mandat de dépôt et au régime de détention auquel était soumis l’inculpé privé de sa liberté. En matière correctionnelle, où cette privation de liberté n’était ni imposée, ni prohibée par la loi, l’appréciation de sa nécessité relevait de la discrétion du juge d’instruction.

17. Or, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, le modèle du contrôle de proportionnalité, qui a connu un succès croissant, va précisément à l’encontre de cette conception stricte de la légalité. D’une part, la loi pénale s’est trouvée subordonnée à des normes substantielles de valeur supérieure. Les sources du droit criminel se sont diversifiées, suivant un mouvement de « constitutionnalisation »³⁹ et « d’européanisation »⁴⁰. Dans le cadre de cette évolution, l’adoption du contrôle de proportionnalité par le Conseil constitutionnel⁴¹, la Cour européenne des droits de l’homme⁴² et la Cour de justice de l’Union européenne⁴³, s’est étendue à la matière répressive. Le juge judiciaire, juge ordinaire de la conventionnalité des lois⁴⁴, a également été amené à connaître

37 Code d’instruction criminelle, art 411 : « Lorsque la peine prononcée sera la même que celle portée par la loi qui s’applique au crime, nul ne pourra demander l’annulation de l’arrêt sous le prétexte qu’il y aurait erreur dans la citation du texte de la loi. » Ce principe a survécu à l’abrogation du Code de 1808 et a continué d’être appliqué en jurisprudence jusqu’en 2009 (Cass. Crim., 19 mai 2009, n° 08-87.145, inédit). L’abandon de la théorie n’a jamais été expressément confirmé par la Cour de cassation, mais il paraît désormais acquis. V. C. GUÉRY et P. CHAMBON, *Droit et pratique de l’instruction préparatoire*, Dalloz, coll.« Dalloz action », 2018, p. 113.41-113.144.

38 R. GARRAUD, *Précis de droit criminel contenant l’explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d’instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1912, p. 735-736.

39 L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit pénal français », *RSC*, 1985, p. 711 ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », *Droit pénal contemporain : mélanges en l’honneur d’André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 169-209 ; S. SCIORTINO-BAYART, *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, Thèse de doctorat, Université d’Aix-Marseille 3, 2000 ; A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2014.

40 J. LEBLOIS-HAPPE, « Le Code pénal et le droit européen : harmonie ou cacophonie ? », L. SAENKO (dir.), *Le nouveau Code pénal 20 ans après. État des questions*, L.G.D.J., Lextenso, 2014, p. 37-57.

41 V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel », *RFD Const.*, 1997, vol. 30, p. 227-267 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d’une théorie générale », *RFD Const.*, 2001, vol. 45, p. 67-83 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, France, Économica, 1990 ; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1996.

42 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme : prendre l’idée simple au sérieux*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2001 ; P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l’homme*, op. cit.

43 D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des communautés européennes », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 17-25 ; A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l’Union européenne*, Clermont-Ferrand, France, Institut universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », 2014.

44 V. Cons. Const., décision n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse* : D. 1975, p. 529, note HAMON ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les*

de griefs tirés de l'absence de proportionnalité de dispositions légales⁴⁵, notamment au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après Convention européenne des droits de l'homme). Le pouvoir répressif du législateur a trouvé des limites nouvelles dans cette garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. D'autre part et dans le même temps, il a lui-même entrepris d'imposer au juge pénal, pour l'adoption de certaines décisions, des obligations de motivation spéciale fondées sur des critères de proportionnalité. La loi du 17 juillet 1970⁴⁶ a par exemple inscrit aux articles 144 et 145 du Code de procédure pénale que le placement de l'inculpé en détention provisoire ne pourrait être ordonné que par une ordonnance du juge d'instruction spécialement motivée au regard de critères déterminés. Le juge d'instruction devrait ainsi vérifier, d'une part, que « *les obligations du contrôle judiciaire [seraient] insuffisantes* » et, d'autre part, que la détention serait « *l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins, soit une concertation frauduleuse entre inculpés et complices* » ou qu'elle serait « *nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction ou pour protéger l'inculpé, pour mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ou pour garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice* »⁴⁷. De manière plus générale, la loi du 15 juin 2000⁴⁸ a créé l'article préliminaire du Code de procédure pénale, dont le III, alinéa 3, disposait à son entrée en vigueur que « *les mesures de contrainte dont [toute personne suspectée ou poursuivie] peut faire l'objet [...] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne* ». La réforme du Code pénal a également été l'occasion pour le législateur de consacrer le principe de la subsidiarité de la peine d'emprisonnement. Au 1^{er} mars 1994, l'article 132-19, alinéa 2 disposait « *qu'en matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine* ».

18. **Progressivement, le droit pénal français a ainsi commencé à se « proportionnaliser »**, évolution remarquable qui a d'ailleurs suscité la rédaction de trois thèses soutenues entre 2001 et 2004⁴⁹.

19. Cette évolution s'est poursuivie au cours des deux dernières décennies et l'intervention du principe de proportionnalité dans le contentieux lié au droit pénal s'est systématisée, dans un esprit

grandes décisions du Conseil constitutionnel, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, p. 219. Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556 : Bull. Mixte., n° 4 ; D. 1975, p. 497, concl. TOUFFAIT.

45 G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pénal*, décembre 2003, chron. 34.

46 Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens* : *JORF*, 19 juil. 1970, p. 6751. R. MERLE, « La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970 », *RSC*, 1971, p. 567.

47 Ces conditions de fond peuvent être écartées si l'inculpé se soustrait volontairement au contrôle judiciaire.

48 Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, art. 1^{er} : *JORF* n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.

49 C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, UFR de droit et sciences sociales, France, 2001 ; M. COULIBALY, *Le principe de proportionnalité en droit répressif français*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I, 2003 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, *La proportionnalité et le droit pénal général*, op. cit. ; v. également S. HATRY, *Essai de définition du principe constitutionnel de la proportionnalité des peines applicables aux mineurs*, France, 2008.

manifeste de dialogue des juges. Un moment essentiel a été la création de la question prioritaire de constitutionnalité par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁵⁰. En permettant un contrôle de la constitutionnalité des lois déjà promulguées, sur saisine individuelle, à raison d'une violation des droits et libertés que la Constitution garantit, cette procédure a renforcé l'idée d'une justiciabilité de principe des droits fondamentaux qui dépasse le cadre de la légalité au sens classique. S'est rapidement instauré un « dialogue à trois » renforcé entre la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, chacun de ces juges étant susceptible d'être saisi, dans le champ de sa compétence, de questions similaires.

20. Le problème de la garantie des droits de la défense en garde à vue en a fourni l'un des premiers exemples et l'un des plus emblématiques. La Cour européenne des droits de l'homme estima d'abord, dans des arrêts rendus contre la Turquie en 2008 et 2009, que les restrictions apportées au droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue ne devaient pas être « systématiques »⁵¹, qu'elles ne pouvaient être justifiées que par des « raisons impérieuses » et qu'elles devaient alors être « clairement circonscrite[s] », « strictement limitée[s] dans le temps » et ne pas « indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 » de la Convention européenne des droits de l'homme⁵². C'était énoncer, en substance, une condition de proportionnalité que les autorités nationales devraient s'efforcer de respecter. Ensuite le Conseil constitutionnel, saisi dès 2010 par plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité pour se prononcer sur la compatibilité du régime français de garde à vue avec les droits et libertés garantis par la Constitution, rendit une série de décisions qui s'inspiraient manifestement des critères employés par la Cour de Strasbourg⁵³. Enfin, la Cour de cassation, interrogée en sa qualité de juge ordinaire de la conventionnalité des lois, reconnu à cette occasion, dans quatre arrêts d'assemblée plénière⁵⁴, l'autorité de chose interprétée par les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge judiciaire manifestait ainsi son intention de se saisir de manière plus effective du contentieux des libertés fondamentales.

50 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République : JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

51 CEDH (2^e s.), 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03, §33 : D. 2009, p. 2897, note RENUCCI ; *AJ Pénal* 2010, p. 27, étude SAAS ; *RSC* 2010, p. 231, obs. ROETS.

52 CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, §54-55 : *JCP G.* 2009, I, n° 104, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2009, Chron. 4, obs. DREYER ; *ibid.*, Chron. 8, obs. LESCLOUS ; *ibid.*, 2010, Chron. 1, obs. GUÉRIN.

53 Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]* : D., 2010, Entretien 1928, obs. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; *ibid.*, Actu. 1876 ; *ibid.*, p. 1949, obs. CASSIA ; *ibid.*, Pan. 2259, obs. PRADEL ; *ibid.*, Entretien 2696, obs. MAYAUD ; *ibid.*, Chron. 2783, obs. PRADEL ; *ibid.*, p. 165, obs. DE LAMY ; *RSC*, 2011, Chron. 139, obs. GIUDICELLI ; *AJ Pénal*, 2010, p. 470, obs. PERRIER ; *Dr. pénal*, 2010, n° 113, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, 2012, Chron. 1, obs. GEORGET ; *ibid.*, 2011, Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Constitutions*, 2010, p. 571, obs. DAOUD et MERCINIER ; *ibid.*, 2011, p. 58, obs. DE LA ROSA ; *RTD civ.*, 2010, p. 513, obs. PUIG ; *ibid.*, p. 517, obs. PUIG. Cons. const., déc. n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres [Garde à vue terrorisme]* : *RSC* 2011, p. 139, obs. GIUDICELLI-DELAGE ; *ibid.*, p. 165, obs. DE LAMY ; *Dr. pénal* 2011, Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *ibid.*, 2012, Chron. 1, obs. GEORGET.

54 Cass., ass. plén., 15 avr. 2011 (4 arrêts), n° 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 : D. 2011, Actu. 1080 ; *ibid.* 2011, p. 1128, note ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1713, obs. BERNAUD et GAY ; *Constitutions* 2011, p. 326, obs. LEVADE ; *RSC* 2011, p. 410, obs. GIUDICELLI ; *RTD civ.* 2011, p. 725, obs. MARGUÉNAUD ; *D. actu.* 19 avr. 2011, obs. LAVRIC ; *AJ Pénal* 2011, p. 311, obs. MAURO ; *Dr. pénal* 2011, n° 72, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, n° 84, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *ibid.* 2012, Chron. 1, obs. GEORGET ; *JCP G.* 2011, n° 214, note LEROY.

21. Cette intention a depuis été confirmée lors d'un revirement de jurisprudence abondamment commenté⁵⁵, par lequel la Cour a abandonné le principe d'un contrôle exclusivement abstrait de la conventionnalité des lois en faveur d'un contrôle également concret des effets de leur application, suivant la méthode du contrôle de proportionnalité. Les hauts magistrats ont par la suite exprimé, dans le cadre d'un mouvement de réforme de la Cour initié en 2014 par M. Louvel, leur intention de s'engager dans « la construction progressive d'une doctrine du contrôle de proportionnalité »⁵⁶.

22. **Le contrôle de proportionnalité occupe ainsi une place toujours croissante au sein de l'activité juridictionnelle en droit pénal, sous l'influence cumulée de la jurisprudence concernant les libertés fondamentales et de l'action du législateur.** Même si ce mode de contrôle n'était pas inconnu du juge judiciaire et même si nul ne prétend qu'il faille en faire la seule méthode d'application du droit à l'exclusion de toute autre technique interprétative, son adoption généralisée n'en constitue pas moins un mouvement majeur, proche du changement de paradigme. Le contrôle de proportionnalité s'éloigne en effet par conception du modèle du syllogisme juridique, auquel il mène à préférer une approche concrète, casuistique et conséquentialiste des conflits de normes⁵⁷. Cela signifie également, dans chaque matière du droit concernée, une possible remise en question des solutions de principe anciennes, qui peut mener soit à les renverser, soit à les moduler, soit à les réitérer, le cas échéant sur la base d'un argumentaire nouveau. C'est peut-être une « révolution tranquille »⁵⁸, mais c'est tout de même une révolution et, à ce titre, elle n'a pas manqué d'inquiéter⁵⁹.

23. Or les développements du droit positif semblent avoir ici pris de vitesse ceux de la doctrine. Ainsi qu'il a déjà été relevé, des travaux scientifiques ont bien été consacrés à la notion de proportionnalité, en droit pénal comme dans les autres branches du droit relevant de la compétence de l'autorité judiciaire⁶⁰. Toutefois, peu de ces recherches ont jusqu'à présent abordé **le problème des conditions et des répercussions potentielles de l'application, dans ces matières, du principe**

55 Cass. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *Bull. Civ. I*, n° 234 ; *D.* 2014, p. 179, note CHÉNEDÉ ; *ibid.*, p. 153, note FULCHIRON ; *ibid.*, p. 1342, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. THOURET ; *ibid.*, 2013, p. 663, note CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. HAUSER ; *ibid.*, p. 307, obs. MARGUÉNAUD. Cass. Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 : *D.* 2015, p. 2365, note FULCHIRON ; *RTD civ.* 2015, p. 596, obs. HAUSER ; *ibid.*, p. 825, obs. MARGUÉNAUD. Cass. Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23.612 : *Bull. Civ. III*, n° 293 ; *D.* 2015, p. 2423, note DUBOIS ; *ibid.*, 2016, p. 566, obs. MEKKI ; *ibid.*, p. 1779, obs. NEYRET et REBOUL-MAUPIN ; *RDI* 2016, p. 27, obs. TOMASIN ; *RTD civ.* 2016, p. 107, obs. BARBIER ; *ibid.*, p. 140, obs. GAUTIER ; *RDC* 2016, p. 214, note STOFFEL-MUNCK. Cass. Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095 : *AJDI* 2016, p. 667, note ZITOUNI ; *RDI* 2016, p. 100, obs. SOLER-COUTEAUX ; *AJCT* 2016, p. 283, obs. PÉCHILLON ; *RTD civ.* 2016, p. 398, obs. DROSS ; *ibid.*, p. 449, obs. CAYROL.

56 B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 19 octobre 2015, vol. 43, n° 1122, entretien, p. 1906-1912 ; *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Cour de cassation, 2017, p. 158-170.

57 V. sur ce point T. MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance". Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD Civ.*, 2017, p. 789.

58 P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061 ; F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796.

59 A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137 ; P.-Y. GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G.*, 15 février 2016, n° 7, p. n° 189 ; J.-H. ROBERT, « La marée montante de la proportionnalité », *JCP G.*, 4 avril 2016, n° 14, p. n° 401.

60 V. notamment BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? (Actes de colloque) », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117.

général de proportionnalité tel qu'il se conçoit en matière de libertés fondamentales⁶¹. Comme l'écrivait Guy Braibant il y a quarante-cinq ans, au sujet du droit administratif : « Nous n'avons pas une théorie développée du principe de proportionnalité – peut-être parce que jusqu'à une date relativement récente nous n'en avons pas besoin »⁶².

24. De ce point de vue, le droit criminel représente un cas particulier à plusieurs égards. La matière pénale est en effet elle-même dotée d'un principe de proportionnalité, le principe de proportionnalité des peines aux infractions, qui a été conceptualisé antérieurement à l'apparition du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative allemande. C'est d'ailleurs en ce sens restreint que la doctrine pénaliste entend habituellement l'expression « principe de proportionnalité »⁶³. En outre, d'autres principes généraux du droit criminel, nommément les principes de nécessité⁶⁴ et de subsidiarité⁶⁵ ou d'*ultima ratio*, semblent pouvoir être intégrés à une conception large de la proportionnalité. De plus le droit pénal entretient des liens particuliers avec les notions de libertés publiques et de libertés fondamentales. Les buts et les modalités du traitement de la criminalité constituent une des questions centrales de la philosophie politique moderne et contemporaine⁶⁶. Il existe un « lien étroit, sinon consubstantiel, entre pensée politique et doctrine pénale, entre ordre politique et législation pénale »⁶⁷ et le *jus puniendi* se conçoit presque inévitablement comme une « problématique de l'État »⁶⁸. Réciproquement le droit pénal est intégré à ce que la doctrine de droit administratif appelle le régime répressif des libertés publiques, réputé être le plus libéral tant que son intervention demeure effectivement subsidiaire⁶⁹.

25. Pour ces raisons, il paraît adéquat de parler, plutôt que de proportionnalité « en droit pénal » ou « du droit pénal », de « **proportionnalité de la répression** ». L'intitulé « proportionnalité en

61 V. à ce propos P. BARRAL, *Existe-t-il un véritable contrôle de proportionnalité en droit privé ? : étude comparative franco-allemande*, Thèse de doctorat, Strasbourg, 2013, qui considère que l'emploi de la notion de proportionnalité en droit privé ne correspond pas au modèle allemand adopté dans le domaine des libertés fondamentales. *Contra* : B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, *op. cit.*, qui conclut à l'existence d'un principe de ce type en droit du travail. V. dans le même sens I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse de doctorat, Montpellier I, 2000.

62 G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », *Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*, Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, vol. 2/ p. 306.

63 V. M.-C. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal », *op. cit.* ; E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 239-241 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, coll.« Thémis », 2005, p. 102 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, p. 222, 897-899 (assimilant nécessité et proportionnalité des peines) ; V. toutefois J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 56-57, pour lequel le principe de proportionnalité « implique une balance entre les intérêts contraires ou divergents dont les titulaires sont l'État, le délinquant, et même la victime, et de cette pesée résulte une modération sociale » ; rapp. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 197.

64 CAHN O., K. PARROT, et X. PIN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal: actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Paris, France, Lextenso éditions, 2013.

65 M. VAN DE KERCHOVE et VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal », *op. cit.* ; E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247-263.

66 À titre d'exemple, le militantisme étudiant de la fin des années 1960 et du début des années 1970 a grandement contribué au développement de la doctrine abolitionniste scandinave. V. T. MATHIESEN, *The Politics of Abolition Revisited*, Routledge, 2015, p. 5-20.

67 É. TILLET, « Histoire des doctrines pénales », *op. cit.*, p. 7.

68 P. PONCELA, « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, vol. 28, p. 123-135.

69 V. N. DEFFAINS, *Le régime répressif des libertés publiques*, Thèse de doctorat, Strasbourg 3, 1993.

droit pénal » sous-entendrait en effet l'adoption d'une perspective interne à la matière criminelle, qui partirait des notions classiques de droit pénal et se maintiendrait dans leur cadre. Or c'est au contraire parce que le modèle de contrôle en question correspond à un mode de raisonnement original, susceptible d'échapper à ce cadre de pensée, qu'il importe de l'étudier. L'expression « proportionnalité *du* droit pénal » n'est pas plus satisfaisante. Soit, en effet, il s'agit de la proportionnalité du droit pénal dans le sens de l'adéquation du système répressif, pris comme un tout, à son but général, auquel cas la question n'est plus le contrôle juridictionnel de proportionnalité mais l'orientation de la politique criminelle. Soit la proportionnalité du droit pénal s'entend dans le sens bio-architectural classique d'harmonie entre tous les composants d'un ensemble, auquel cas il s'agirait de construire une théorie générale du droit pénal à visée légistique, ce qui n'est pas non plus l'objet de la présente thèse⁷⁰.

26. L'intitulé choisi indique également un certain nombre de délimitations quant à la matière traitée. Il convient ici d'entendre la « répression » dans un sens qui réunisse le droit criminel et le droit des libertés. **La répression est donc, au sens ici privilégié, l'ensemble des atteintes à l'exercice des libertés susceptibles d'être causées par les autorités publiques dans le cadre de la lutte contre la criminalité.** De plus, conformément à l'orientation précédemment indiquée, il s'agit ici d'étudier **les enjeux du contrôle de proportionnalité de la répression, c'est-à-dire les problématiques spécifiques susceptibles d'apparaître lorsque les juridictions compétentes entendent exercer sur ces atteintes un contrôle de proportionnalité.**

27. *A contrario*, certains cas d'intervention de la notion de proportionnalité, susceptibles de relever de la compétence des juridictions pénales, ne feront pas l'objet d'un examen particulier. Sera notamment exclue du cadre de l'analyse l'exigence de proportionnalité de la réaction telle qu'elle se conçoit dans les définitions des faits justificatifs d'état de nécessité et de légitime défense. Bien que, dans un cas comme dans l'autre, le juge pénal soit amené à apprécier la correspondance de mesure entre deux éléments, son contrôle ne porte pas sur la proportionnalité d'une décision des autorités publiques. De même, la juridiction pénale qui, prononçant sur les intérêts civils, évalue le préjudice subi par une partie civile et condamne la personne responsable au paiement de dommages et intérêts, n'accomplit pas un acte spécifiquement lié à la lutte contre la criminalité. Cette absence de caractère répressif se déduit de la possibilité, ouverte à la partie civile, de se désister de son action, y compris pour la porter devant la juridiction civile si aucune décision au fond n'a été rendue par le juge pénal⁷¹.

28. Le choix a également été opéré de limiter le champ de l'étude aux enjeux du contrôle **en droit pénal français**, ce qui appelle quelques précisions concernant les sources sélectionnées. Il s'agit en effet de traiter des problématiques liées au contrôle de proportionnalité dans la mesure où elles sont susceptibles d'affecter l'activité des juridictions françaises en matière pénale. Cela

70 Cette description semble en revanche correspondre peu ou prou à la perspective adoptée par l'ouvrage de M. J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, 4^e éd., 2017. Alternativement, l'approche systémique de M^{me} M. PARIGUET, *Sens de la peine et procédure pénale*, Thèse de doctorat, Nantes, 2010, qui emprunte au vocabulaire médical la notion d'homéostasie, pourrait également répondre à un intitulé du type de celui ici écarté.

71 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, p. 667-669.

suppose donc d'aborder non seulement la jurisprudence des juridictions judiciaires et du Conseil constitutionnel, mais aussi celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui exerce une influence essentielle sur la doctrine du contrôle de proportionnalité adoptée par la Cour de cassation⁷². Le droit de l'Union européenne sera également évoqué, mais il occupera une place moins centrale dans les développements. Si en effet le principe de proportionnalité joue un rôle essentiel dans le droit des traités et dans la jurisprudence de la Cour de justice, il n'intervient pas aussi directement dans le dialogue des juges en matière pénale que lorsqu'est en cause le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. D'une part, la protection des libertés garanties par l'Union européenne couvre un champ matériel plus réduit, car elle n'intervient que dans les domaines où le droit de l'Union est lui-même applicable. D'autre part, les principes de coopération loyale et de reconnaissance mutuelle tendent davantage à s'opposer à l'exercice du contrôle de proportionnalité par le juge national qu'à l'encourager, comme l'illustre la jurisprudence de la Cour de justice concernant les conditions de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen⁷³.

29. En revanche, bien que la présente thèse soit consacrée au droit français, l'usage fréquent de sources doctrinales étrangères et, plus rarement, d'exemples tirés de droits positifs étrangers, s'est avéré indispensable. Bien des questions qui paraissent nouvelles pour le juge pénal français ont été abordées et, parfois, amplement traitées, dans des systèmes juridiques qui ont adopté plus tôt que le nôtre le modèle du contrôle de proportionnalité. Dans la mesure où leurs expériences et leurs réflexions peuvent éclairer les nôtres, il importait de les intégrer aux travaux ici présentés. Il convient à cet égard de souligner dès à présent la prédominance d'un groupe de sources étrangères au sein de la présente étude. Comme toute notion juridique, la proportionnalité est l'objet de conceptions concurrentes. Toutefois la littérature théorique en la matière s'est en réalité essentiellement concentrée, au cours des vingt dernières années, sur l'approche fondée par M. Alexy⁷⁴, que nous appellerons ici théorie des exigences d'optimisation. La raison en est qu'à l'heure actuelle, il s'agit en fait de la seule théorie générale de la proportionnalité qui puisse être considérée comme achevée, dans le sens où elle traite à la fois des questions fondamentales, telles que les notions de droits fondamentaux ou de conflit de normes, et des applications concrètes qui peuvent en découler du point de vue de l'activité juridictionnelle. La théorie des exigences d'optimisation s'étant imposée comme la référence tant pour les doctrines favorables au contrôle de proportionnalité que pour celles qui lui sont opposées, une partie significative de la présente thèse consiste à en présenter les principales propositions et à les comparer à l'état de la jurisprudence et des enjeux en présence.

30. Ces « enjeux », enfin, s'entendent au sens figuré : « Ce que l'on peut gagner ou perdre dans n'importe quelle entreprise »⁷⁵. Il ne s'agit pas ici d'opposer, *pro et contra*, les avantages à tirer de

72 V. notamment à ce propos P. CHAUVIN et C. KLEITZ, « Contrôle de proportionnalité : “Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne” », *Gaz. Pal.*, 6 décembre 2016, n° 281w8, p. 10.

73 J. LELIEUR, « Mandat d'arrêt européen », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019, p. 445-454.

74 R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Allemagne, Suhrkamp, 1994 ; nous utiliserons ici la traduction anglaise : R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2002.

75 V° « Enjeu », *Trésor de la langue française informatisé* : [<https://www.cnrtl.fr/definition/enjeu>], consulté le 11 octobre 2019.

la proportionnalité et les risques que représente la systématisation de ce nouveau mode de contrôle dans l'activité du juge pénal. Le problème ne tient pas seulement au principe de l'adoption du contrôle, mais aussi et surtout aux modalités de son exercice. Pour déterminer dans quelles circonstances et dans quels termes le contrôle de proportionnalité devrait être mis en œuvre, il faut établir quelles conditions devraient être réunies pour que son exercice soit potentiellement fructueux. **Il s'agit donc d'identifier les besoins et les difficultés qui naissent de la pratique du contrôle de proportionnalité, de manière à déterminer dans quelle mesure il est possible de leur apporter des réponses.** Or cette recherche mène à observer un contraste frappant entre le rationalisme apparent du contrôle de proportionnalité et la portée réelle de ce que cette méthode permet de décider objectivement.

31. Il conviendra par conséquent de présenter dans une première partie **ce que requiert la proportionnalité**, dans un double sens. Il s'agit d'abord d'élucider le sens du principe, ce qu'il exige des autorités publiques et du juge pour que ses critères soient satisfaits et comment il s'articule avec le principe de proportionnalité des peines. Il s'agira ensuite d'établir, à partir du sens ainsi dégagé, dans quelles conditions générales le contrôle peut être adopté au sein d'un système juridique donné et quelles adaptations et précautions particulières sont requises pour garantir que la proportionnalité n'entre pas en conflit avec les autres principes fondamentaux du droit pénal.

32. Ces exigences étant connues, il sera possible, dans une seconde partie, d'apprécier la véritable portée du contrôle de proportionnalité. Or il apparaît que le juste équilibre, le respect de la nécessité stricte et évidente, tels que le principe de proportionnalité semble les exiger, ne peuvent être garantis par aucune méthode de contrôle. La logique proportionnaliste est animée d'un perfectionnisme qui se heurte inévitablement aux limites de la connaissance. **La proportionnalité est inaccessible**, parce que les termes à comparer sont incommensurables. Le problème semble même être aggravé, dans le domaine pénal, par les incertitudes entourant les sens de la peine. Dès lors, les méthodes de contrôle envisageable devront être abordées au regard des réponses qu'elles offrent à cet écueil épistémologique.

Partie I. La proportionnalité requise

Partie II. La proportionnalité inaccessible

Partie I. La proportionnalité requise

« *How great it is, the transcendent goodness
The self-assurance of the pure
Not one misstep, not one mistake
All calculated for our sake
Like children we'll step into the fire* »*

33. Dans ses rapports avec le droit, la proportionnalité se conçoit d'abord dans un sens externe, comme une théorie éthique pouvant inspirer l'élaboration du système juridique sans en constituer une composante, au même titre que les idées voisines de justice ou d'équité. Ce n'est que dans des temps relativement récents qu'elle s'est vue reconnaître le statut de norme de droit, susceptible de contraindre les acteurs juridiques. Elle constitue encore, de ce point de vue, une construction intellectuelle originale. C'est pourquoi sa portée exacte varie d'un système ou d'une matière à une autre et fait toujours l'objet d'importants débats. Si la notion de proportionnalité est ancienne, sa transcription comme règle de droit positif est bien plus récente. Il n'est donc pas surprenant que de nombreuses interrogations persistent sur son sens.

34. L'un des aspects essentiels sous lesquels se présente la proportionnalité est celui de l'exigence. C'est le postulat d'une certaine exigence qui fonde le principe de proportionnalité. Selon ce postulat, il importe de réaliser au mieux les impératifs fondateurs du libéralisme juridique que sont la protection et la promotion effectives des droits fondamentaux. Les garanties offertes par le droit à cet égard ne sont pas illusoire, mais elles s'avèrent insuffisantes parce qu'elles sont fondées sur des raisonnements abstraits qui ne permettent pas de satisfaire au mieux les droits subjectifs dans l'ensemble des cas où ceux-ci ont vocation à s'appliquer. La proportionnalité offre alors une réponse complémentaire ou alternative à celles fournies par les autres principes juridiques. Elle établit des critères au regard desquels la garantie des droits peut ou doit être perfectionnée. La proportionnalité requise, c'est donc l'ensemble des conditions qui devraient être réunies pour satisfaire à cette nécessité fondatrice.

35. Cette approche permet à la fois d'éclairer le sens du principe de proportionnalité et d'en comprendre le succès. La proportionnalité propose une conception du raisonnement juridique et de ses solutions en termes rationalistes de besoin et de superflu, de juste mesure et d'excès. Elle offre en quelque sorte un moyen pour penser le bon sens et la justice en termes de droit. Elle est donc fondée, théoriquement, sur certaines des aspirations les plus élémentaires de la pensée juridique. Dans le même temps, elle établit, au sujet de ces aspirations, un certain nombre de propositions qui ont rencontré un succès considérable à l'époque contemporaine et ont été pleinement adoptées par le droit positif. **La proportionnalité se présente donc, sous ces deux aspects, comme requise en qualité de principe fondamental (Titre I).**

* SUBROSA, « Wound Of The Warden », *For This We Fought The Battle Of Ages*, Profound Lore Records, 2016, piste 2.

36. Si le principe est admis, il reste toutefois à lui donner application. Or cette application repose sur un mode de raisonnement particulier, qui emploie des notions de nécessité, d'équilibre ou encore, en droit criminel, de juste peine. Sans être inconnues, celles-ci constituent ordinairement la conclusion idéale du raisonnement juridique, plutôt que ses critères principaux. La proportionnalité requise, c'est aussi une méthode particulière et tout aussi originale que le principe lui-même, sans laquelle il est privé d'efficacité. **Elle représente par conséquent un véritable enjeu méthodologique (Titre II).**

Titre I. Un principe fondamental

Titre II. Un enjeu méthodologique

Titre I. Un principe fondamental

37. Affirmer que la proportionnalité constitue un principe fondamental du droit criminel paraît tenir du lieu commun. La notion, déjà associée à celle de justice dans l'éthique d'Aristote, est particulièrement connue en matière pénale en raison de son rattachement à la théorie de la peine. Sa conception moderne, que l'on doit notamment à l'œuvre de Montesquieu et Beccaria, a directement inspiré les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En dépit de cette ancienneté apparente, l'idée de proportionnalité des peines est en perpétuel changement. Elle a ainsi fondé des solutions diamétralement opposées, telles que les peines légales fixes du Code pénal de 1791 et la reconnaissance, sous la V^e république, de la valeur constitutionnelle du principe d'individualisation de la peine⁷⁶.

38. La notion de proportionnalité est également connue au-delà du domaine du droit répressif. Elle irrigue les travaux de la doctrine et le droit positif sous les noms de « principe de proportionnalité » et de « contrôle de proportionnalité ». Ces formes contemporaines, apparues dans la jurisprudence allemande à la fin du XIX^e siècle, ont d'abord appartenu au seul domaine du droit administratif, avant de connaître une diffusion considérable dans l'ensemble des matières juridiques. Comme la proportionnalité des peines, elles remplissent une fonction de garantie des libertés en imposant une juste mesure dans l'activité des autorités publiques. Elles le font toutefois au moyen d'une méthodologie bien particulière, qui consiste en une comparaison des moyens aux fins, combinée à une pesée des intérêts en présence.

39. Ces deux approches paraissent entrer en conflit. Il est envisageable que la première, la proportionnalité des peines, couvre l'ensemble des applications possibles de la proportionnalité en droit criminel. Associée au principe de légalité, elle offrirait une garantie suffisante pour les libertés et exclurait l'intervention d'un principe importé du droit administratif. Inversement, la formulation générale pourrait recouvrir entièrement la proportionnalité des peines. Mesurer la peine au délit ne serait qu'un cas particulier de mesure d'un moyen qui serait la sanction à la fin que constituerait la répression. L'application du principe le plus récent entraînerait l'obsolescence de l'autre.

40. L'analyse successive de ces deux conceptions révèle leur complémentarité. Celle-ci procède de **la généralité du principe le plus contemporain (Chapitre 1)**. Sa très large diffusion, son adoption aux plus hauts degrés de la hiérarchie des normes et sa vocation à une application aussi étendue que possible le rendent incontournable. Son intervention dans le domaine du droit pénal n'implique pas nécessairement que soit écarté **le principe classique de proportionnalité des peines**. Celui-ci remplit en effet **une fonction spécifique à la matière pénale (Chapitre 2)**. En associant la mesure de la sanction à celle du délit, il la fonde sur un lien rétrospectif qui échappe à la logique des moyens et des fins. C'est autour de la valeur punitive de la sanction que s'articulent les deux conceptions complémentaires de la proportionnalité de la répression.

76 Cons. const., déc. n° 2005-520 DC du 22 juil. 2005 : *RFDC* 2006, n° 165, obs. NICOT ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 6, obs. SCHOETTL.

Chapitre 1. Un principe général

Chapitre 2. Une fonction spécifique

Chapitre 1. Un principe général

41. « Il n'est pas un débat, pas une controverse du champ juridique où l'on ne saisisse la "baguette magique" de la proportionnalité. [...] Partout la proportionnalité semble [...] s'être imposée comme le "couteau suisse" du débat judiciaire »⁷⁷. Qu'il s'agisse de l'encenser ou de la déplorer, « l'irrésistible ascension de la proportionnalité »⁷⁸ ne fait désormais plus de doute, à tel point qu'elle est parfois considérée comme « une partie inséparable de l'interprétation et du raisonnement juridiques »⁷⁹, une « valeur commune partagée par l'ensemble des juridictions constitutionnelles »⁸⁰ ou le trait caractéristique d'un « modèle global des droits fondamentaux »⁸¹.

42. Cette omniprésence se manifeste de deux façons. D'une part, la proportionnalité se transmet progressivement de système en système, étant adoptée (expressément ou non) par une très grande majorité des démocraties libérales et des instruments de droit international relatifs aux droits de l'homme⁸². Le phénomène « proportionnalité » revêt ainsi, *de facto*, une portée globale (Section 1). D'autre part, la proportionnalité a vocation à s'appliquer dans l'ensemble des domaines du droit, dès lors que sont en jeu des limitations des libertés ou des conflits entre droits fondamentaux concurrents. En un sens, la logique proportionnaliste mène à étendre le champ d'application de ces droits, ce qui étend en retour la portée du principe. Elle revêt ainsi un caractère transversal (Section 2).

Section 1. Un phénomène global

Section 2. Un principe transversal

77 VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2001, p. 10-11.

78 MARTENS P., « L'irrésistible ascension de la proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 1992, vol.1, p. 49-68.

79 NOVAK M., « Three Models of Balancing (in Constitutional Review) », *Ratio Juris*, mars 2010, vol. 23, n° 1, p. 101 : « *Balancing is an inseparable part of legal interpretation and reasoning.* »

80 PHILIPPE X., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 13.

81 MÖLLER K., *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, 2012.

82 BARAK A., *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, traduit par Doron KALIR, Cambridge University Press., Cambridge, pays multiples, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 175-210.

Section 1. Un phénomène global

43. Dire que le paradigme de la proportionnalité s'est largement diffusé relève du lieu commun. L'abondance de ses manifestations, en doctrine comme dans les sources du droit, en témoigne. Cela ne signifie pas pour autant que ces manifestations sont homogènes. Bien au contraire, la proportionnalité apparaît sous des formes extrêmement diverses, voire divergentes. Elle peut, en premier lieu, être explicitement reconnue par une source de droit positif. Cette reconnaissance peut alors, d'un système à l'autre, varier à la fois dans l'étendue du champ reconnu au principe, dans la valeur hiérarchique de la norme qui l'établit et dans le vocabulaire employé et les modalités établies pour sa mise en œuvre. En second lieu, la proportionnalité peut également être intégrée de manière implicite dans le système juridique, soit par l'usage de notions connexes telles que l'erreur manifeste d'appréciation, soit par l'interprétation de normes qui n'y renvoient pas directement⁸³.

44. Tenter d'étudier la proportionnalité comme principe général revient alors à scruter l'intérieur d'un kaléidoscope, où une image *a priori* unique se multiplie et se déforme en une infinité de variantes dont elle ne se discerne plus. Née à la fin du XIX^e siècle, la variante contemporaine la plus répandue du principe de proportionnalité s'est diffusée en se réfléchissant, par copie, adaptation, ou simple inspiration, dans de très nombreux instruments de droits nationaux comme de droit international. Ce modèle n'est cependant ni unique ni monolithique. Il est à la fois marqué par une forte diversité interne et opposé à des variantes plus éloignées, nées de sources différentes. Le principe de soumission des autorités publiques à une exigence de juste mesure dans l'usage de leurs prérogatives se diffuse donc (§1) tout en se diversifiant (§2).

§1. La diffusion du principe

45. On lie habituellement les origines du principe de proportionnalité au modèle allemand. Transmis de la jurisprudence administrative au droit constitutionnel de la République fédérale (I), le principe a connu une diffusion considérable après la Seconde guerre mondiale, par la succession d'un mouvement d'intégration dans les instruments de droit international (II) et d'un mouvement de transmission aux systèmes constitutionnels de droits nationaux (III).

I. La formulation du principe dans la jurisprudence allemande

46. De la jurisprudence administrative, le principe de proportionnalité est passé dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, où il a été modelé sous sa forme la plus connue.

47. Au-delà des inspirations philosophiques, puisées notamment dans les théories du contrat social, et des premières mentions textuelles modernes⁸⁴, les premières applications effectives du principe de proportionnalité proviennent de la jurisprudence administrative allemande de la fin du XIX^e siècle. A partir de 1882, la Cour administrative suprême de Prusse rendit une série de

83 XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1996, p. 56-59.

84 Sur lesquelles, voir *infra*, Chapitre 2.

décisions, dans lesquelles elle soumettait à une condition de proportionnalité l'exercice des pouvoirs de police susceptibles de porter atteinte aux droits individuels⁸⁵. En l'absence de texte consacrant expressément ce principe, les juristes allemands en trouvaient le fondement dans le droit naturel⁸⁶. Cette jurisprudence se développa en droit administratif allemand jusqu'au début des années 30, tandis que des mouvements similaires apparaissaient en Suisse et en France. Le mouvement se transmet au droit constitutionnel après la Seconde guerre mondiale.

48. Le 15 janvier 1958, la Cour constitutionnelle fédérale rendit l'arrêt *Lüth*⁸⁷. Le requérant avait appelé publiquement au boycott d'un film réalisé par un artiste anciennement proche du régime nazi. Sur la demande du distributeur du film, le tribunal régional de Hambourg avait enjoint au requérant de cesser ses appels au boycott, à la suite de quoi celui-ci avait formé une requête devant la Cour constitutionnelle fédérale, invoquant une violation de sa liberté d'expression consacrée par l'article 5 de la Loi fondamentale. La Cour, se fondant sur la place primordiale accordée aux droits fondamentaux et à la dignité humaine dans la Loi fondamentale, estima que celle-ci établissait « *un ordre objectif de valeurs [...] centré sur la dignité de la personne humaine* »⁸⁸. Cet ordre objectif devant servir de « *mètre-étalon [...] dans tous les domaines de la législation, de l'administration publique et de l'activité juridictionnelle* »⁸⁹, les droits fondamentaux avaient vocation à s'appliquer tant en droit privé qu'en droit public. Par conséquent, dès lors que la liberté d'expression, droit fondamental, était effectivement affectée par la décision du juge ordinaire en application d'une loi, il appartenait à la Cour constitutionnelle fédérale de contrôler si ce juge avait correctement interprété le sens et la portée de ce droit « *et l'avait justement pesé au regard des intérêts* » opposés⁹⁰.

49. Était ainsi admise, en principe, **une technique juridique de pesée ou de comparaison des intérêts en conflit, qui pouvait intervenir, non seulement dans le domaine des relations entre l'individu et l'autorité publique, mais aussi en cas de conflits entre des intérêts privés divergents**. Il restait toutefois à préciser la méthode, la structure suivant laquelle une telle pesée pouvait être réalisée.

50. Le modèle allemand du contrôle de proportionnalité est en effet fameux pour sa subdivision en trois parties, qui, combinées, mènent à examiner une mesure donnée à la fois d'un point de vue instrumental et d'un point de vue axiologique⁹¹. Cette structure tripartite a été employée pour la première fois par la Cour constitutionnelle fédérale dans *l'affaire des pharmacies*, dans un arrêt du 11 juin 1958⁹². Une première condition, généralement considérée comme un préalable externe au contrôle de proportionnalité, tient à ce que la mesure concernée doit viser un but légitime. Si tel est

85 COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013, p. 27-28.

86 *Ibid.*, p. 28-29 ; FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 157.

87 BVerfGE 7, 198, *Lüth*. Nous nous fonderons ici sur la traduction anglaise de KOMMERS D.P., R.A. MILLER, et R.B. GINSBURG, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, NC, Etats-Unis, Duke University Press, 2012, p. 442-448.

88 *Ibid.*, B. II. 1.

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*, B. II. 2.

91 VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 35.

le cas, l'adéquation (*Geeignetheit*) de la mesure à ce but est contrôlée, ce qui signifie qu'elle doit effectivement permettre la réalisation de ce but. Elle doit, en outre, être nécessaire à cette réalisation (*Erforderlichkeit*), c'est-à-dire être le moyen d'y parvenir le moins attentatoire aux libertés. Enfin, une mesure adéquate et nécessaire doit encore être proportionnée au sens strict (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) : la pesée relative des intérêts en présence ne doit pas mener au constat que l'atteinte causée par la mesure aux libertés est plus importante que le bien qui doit en découler.

51. Le modèle initial peut ainsi être résumé en deux points. D'une part, lorsqu'il est envisageable que l'autorité publique limite l'exercice d'un droit ou d'une liberté, ce pouvoir est non seulement soumis à une condition de légalité au sens classique, mais aussi à une double condition d'optimalité instrumentale et de juste équilibre axiologique. D'autre part, lorsque l'autorité publique est amenée à trancher entre deux droits concurrents, elle doit le faire en opérant une pesée relative de l'ensemble des intérêts juridiques en présence. Cette idée structurante a été depuis constamment réaffirmée et déclinée par la jurisprudence allemande⁹³, tandis qu'elle inspirait le droit international.

II. La consécration du principe en droit international et européen

52. Dans la première moitié du XXe siècle, les jurisprudences administratives allemande et française ont mis au jour le principe de proportionnalité en marge de textes qui n'y faisaient aucune référence expresse. Après la Seconde guerre mondiale, des éléments de logique proportionnaliste sont intégrés à la rédaction des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Certains des droits garantis par ces textes peuvent être limités, sous la condition que ces limitations s'avèrent nécessaires en vue de finalités déterminées. Ce mouvement s'observe à l'échelle des instruments universels (A) mais c'est au sein des droits européens que son impact a été le plus important (B).

A. L'apparition de la logique proportionnaliste dans les instruments universels de protection des droits de l'homme

53. Dès 1948, une clause de proportionnalité est prévue à l'article 29, §2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, d'après lequel « *dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique* ». Il s'agit d'un exemple de « clause de limitation générale », une stipulation ou disposition qui établit le principe de proportionnalité pour l'ensemble des droits et libertés reconnus dans un même texte⁹⁴. Une méthode rédactionnelle plus fréquente consiste à différencier, d'une part,

92 BVerfGE 7, 377, *Apotheken-Urteil*, in KOMMERS D.P., R.A. MILLER, et R.B. GINSBURG, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, p. 666-670.

93 V. VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 159-194, qui établit un relevé détaillé de cette jurisprudence.

94 BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 133. L'auteur oppose cette technique, qu'il relève dans les constitutions canadienne, sud-africaine et israélienne, à celle qui consiste à ne prévoir aucune limite pour les droits consacrés (comme dans le Deuxième amendement à la Constitution des Etats-unis d'Amérique).

des droits intangibles et, d'autre part, des droits assortis de limites impliquant notamment l'application du principe de proportionnalité.

54. La seconde approche a été préférée par les rédacteurs du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Ainsi l'article 12, consacrant les libertés de circulation et de résidence, prévoit-il dans son §3 que « *[c]es droits ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.* » L'article 14, §1, stipule que le huis clos peut être prononcé « *soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice ; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.* » Selon l'article 18, §3, « *la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.* » L'article 19, §3, prévoit que l'exercice des libertés d'expression et d'information peut « *être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires : a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.* » L'article 21 énonce que l'exercice du droit de réunion pacifique « *ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui.* » La même formule est reprise par l'article 22 pour ce qui concerne le droit d'association et la liberté syndicale. Enfin, l'article 25 établit que tout citoyen bénéficie des droits politiques « *sans restrictions déraisonnables* ».

55. Curieusement, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopte une approche mixte et probablement redondante. Dans l'article 4, les États parties reconnaissent d'abord « *que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique.* » La suite du texte réaffirme ensuite ponctuellement des principes de limitation similaires au regard de certains des droits proclamés. Il en va ainsi de l'article 8, §§1.a) et 1.c), selon lesquels l'exercice du droit syndical « *ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.* »

56. Même si le terme de proportionnalité n'est jamais écrit dans ces sources, la logique proportionnaliste, qui consiste à lier la licéité d'un acte d'autorité restreignant l'exercice d'un droit

à sa justification, est bien présente. Elle apparaît de manière plus remarquable encore dans les droits européens.

B. La consécration de la logique proportionnaliste dans les droits européens

57. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont été des acteurs majeurs de la diffusion du principe de proportionnalité. Le principe occupe une place remarquable dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ci-après Convention européenne des droits de l'homme) et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1). Il a également connu des développements considérables dans le droit communautaire et dans le droit de l'Union européenne (2).

1. La consécration de la proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme

58. Les articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme expriment une logique typiquement proportionnaliste. Le premier paragraphe de l'article 8 de la Convention établit le principe du droit au respect de la vie privée et familiale, avant que le §2 précise « *qu'il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* » Ce critère du « *nécessaire dans une société démocratique* » est repris, suivant la même structure, dans les seconds paragraphes des articles 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de réunion et d'association). À cette liste s'ajoute désormais la liberté de circulation, définie et encadrée par l'article 2 du Protocole additionnel n° 4 du 16 septembre 1963. La logique proportionnaliste est ici apparente. **Ces articles indiquent non seulement quelles finalités peuvent justifier des ingérences dans les droits qu'ils consacrent, mais ils imposent en outre un lien particulier entre ces finalités et les ingérences ainsi justifiées : la nécessité « dans une société démocratique »⁹⁵.**

59. Une logique similaire – quoique atténuée – transparaît dans d'autres dispositions de la Convention. Ainsi, concernant le droit à la vie, l'article 2, §2, indique que « *la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire* [nous soulignons] : a) *pour assurer la défense de toute*

95 La formule a également inspiré les rédacteurs de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, dont l'article 31 précise : « *Les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en œuvre, et l'exercice effectif de ces droits et principes, tel qu'il est prévu dans la partie II, ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non spécifiées dans les parties I et II, à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs.* » Contrairement, toutefois, aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme précitées, cet article prend la forme d'une clause de limitation générale (v. *supra*, p. 36). En outre, contrairement aux articles 8 à 11 de la Convention, l'article 31 de la Charte n'établit pas une condition complémentaire pour la licéité des ingérences et limitations déjà autorisées par le texte mais une possibilité supplémentaire d'ingérence ou de limitation au-delà des cas déjà prévus.

personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. » En matière de droit à un procès équitable, l'article 6 dispose que « le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. » De même, l'article 1 du Premier protocole additionnel à la Convention, du 20 mars 1952, précise dans son second paragraphe que « les dispositions précédentes [relatives au droit de propriété] ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. » Enfin, même l'article 15 de la Convention, qui prévoit la possibilité pour les États parties à la Convention de déroger à leurs obligations en cas d'état d'urgence, précise que cette dérogation ne peut intervenir que « dans la stricte mesure où la situation l'exige » (ce qui, avec un peu d'imagination, pourrait revenir à soumettre des dérogations à la proportionnalité à une condition de proportionnalité).

60. Il s'observe donc aisément que **la proportionnalité est partout dans la Convention européenne**. La Cour européenne des droits de l'homme s'est rapidement saisie de cet outil, qui est devenu un élément central de son interprétation de la Convention. Dès son arrêt du 23 juillet 1968, rendu dans *l'affaire linguistique belge*, la Cour indique ainsi : « Le droit à l'instruction, garanti par la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention. »⁹⁶ Elle ajoute, à titre plus général : « Le but que les Parties Contractantes se sont proposé d'atteindre, d'une manière générale, au moyen de la Convention européenne des Droits de l'Homme, était une protection efficace des droits fondamentaux de l'Homme, et ce sans doute en raison non seulement des circonstances historiques dans lesquelles la Convention a été conclue, mais aussi du développement social et technique de notre époque qui offre à l'État des possibilités considérables pour réglementer l'exercice de ces droits. Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme [nous soulignons], tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers. »⁹⁷

96 CEDH (Plén.), 23 juil. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, req. n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, « En droit », I, B, §5 : *Ann. fr. dr. int.* 1967, p. 205 ; *ibid.* 1968, p. 201, obs. PELLOUX ; *Cah. dr. eur.* 1967, p. 423, obs. VANWELKENHUYZEN.

97 *Ibid.*

61. La Cour affine cette approche à partir de l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976⁹⁸. Elle y observe notamment que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre. La Cour note à cette occasion que si l'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), n'est pas synonyme d'"indispensable" [...], il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal" [...], "utile" [...], "raisonnable" [...] ou "opportun". »⁹⁹ « Dès lors, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle de l'article 10 (art. 10) les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. »¹⁰⁰ Le critère de la « nécessité dans une société démocratique » est précisé, tout en devenant le pivot entre les pouvoirs d'appréciation respectifs des autorités nationales et de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, derrière ce vocable, la Cour identifie un principe plus étendu que le critère de « nécessité » du principe allemand : dans une société démocratique, « toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée [à l'exercice de la liberté d'expression] doit être proportionnée au but légitime poursuivi »¹⁰¹. **C'est donc le principe de proportionnalité dans son entièreté qui apparaît au travers de la « nécessité dans une société démocratique »**, interprétation confirmée et maintenue à partir de l'arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979¹⁰².

62. Dans ces arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme met en œuvre la proportionnalité comme instrument d'harmonisation et de dialogue entre les systèmes juridiques : l'arrêt du 23 juillet 1968 insiste sur la visée d'un but commun de protection des droits, tandis que celui du 7 décembre 1976 utilise la proportionnalité comme technique de répartition des compétences entre la marge d'appréciation des autorités étatiques et le pouvoir de contrôle du juge européen. Un esprit similaire a inspiré le droit communautaire, puis le droit de l'Union européenne.

2. La consécration du principe de proportionnalité dans le droit communautaire et de l'Union européenne

63. La Cour de justice des communautés européennes a d'abord fait valoir le principe de proportionnalité à l'égard des actes communautaires, dans l'arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*¹⁰³. Le tribunal administratif de Francfort-sur-le-Main, à l'origine de la saisine, avait refusé d'appliquer un règlement agricole communautaire au motif que le régime de cautionnement qu'il imposait portait atteinte aux droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale allemande. La Cour de justice commence par indiquer qu'en vertu du principe de

98 CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72 : *Cah. dr. eur.* 1978, p. 350, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, p. 494, obs. PELLOUX ; *JDI* 1978, p. 706, obs. ROLLAND.

99 *Ibid.*, §48

100 *Ibid.*, §50

101 *Ibid.*, §49

102 CEDH (Plén.), 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, §62 : *Cah. dr. eur.* 1980, p. 481, obs. Cohen-Jonathan ; *Ann. fr. dr. int.* 1980, p. 311, obs. PELLOUX ; *JDI* 1980, p. 471, obs. ROLLAND.

103 CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, n° C-11/70 : *Recueil de jurisprudence*, 1970, p. 01125.

primauté, « la validité [des actes pris par les institutions communautaires] ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire. »¹⁰⁴ En revanche, « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect » et « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la communauté », en conséquence de quoi il y a lieu pour la Cour de justice d'examiner « si le régime de cautionnement aurait porté atteinte à des droits de caractère fondamental dont le respect doit être assuré dans l'ordre juridique communautaire »¹⁰⁵. Or, pour ce faire, elle procède, mais sans utiliser ce terme, à un contrôle de proportionnalité imitant le modèle allemand : elle vérifie successivement que le régime de cautionnement contesté vise bien un but légitime¹⁰⁶, qu'il répond à une nécessité « impérieuse »¹⁰⁷ et qu'il ne cause pas de charge excessive pour le commerce¹⁰⁸.

64. Ensuite, à partir de l'arrêt *Simmenthal* du 15 décembre 1976¹⁰⁹, la Cour de justice a mis en œuvre le contrôle de proportionnalité à l'égard non seulement des actes communautaires, mais aussi des législations des États membres. En l'espèce, la Cour estime que des contrôles sanitaires aux frontières à l'occasion de l'importation de certaines viandes, peuvent constituer des « mesures d'effet équivalent » au sens de l'article 30 du Traité CEE¹¹⁰. Interrogée sur le point de savoir si ces mesures peuvent entrer dans le champ de l'article 36, qui autorise notamment les « interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux », la Cour relève que « les restrictions autorisées par l'article 36 étant dérogoires au principe fondamental de la libre circulation des marchandises, elles ne sont conformes au Traité que dans la mesure où elles sont justifiées, c'est-à-dire nécessaires pour atteindre les objectifs visés à cette disposition »¹¹¹. Or, la Cour constate que les mesures de police sanitaire en vigueur dans les États membres concernant la production et le commerce des viandes concernées ont été harmonisées par voie de directives et encadrées par diverses mesures permettant aux autorités des États membres importateurs intracommunautaires de s'assurer que le bétail ou les viandes importés répondent aux conditions sanitaires prévues. « Il s'ensuit que des contrôles sanitaires systématiques aux frontières des produits visés par [ces] directives ne sont plus nécessaires ni, par conséquent, justifiés au sens de l'article 36, à partir des dates limites fixées [pour l'intégration de ces directives] »¹¹².

65. Les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice offrent un aperçu de la diversité de fonctions que peut remplir la proportionnalité dans les espaces européens. Dans l'affaire *linguistique belge* comme dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*,

104 *Ibid.*, §3

105 *Ibid.*, §4

106 *Ibid.*, §6

107 *Ibid.*, §7

108 *Ibid.*, §§14-16

109 CJCE, 15 déc. 1976, *Simmenthal SpA c. Ministère des finances italien*, n° 35-76 : *Recueil de jurisprudence*, 1976, p. 01871.

110 *Ibid.*, §10-15

111 *Ibid.*, §19

112 *Ibid.*, §36

la proportionnalité est un outil de convergence, qui permet de mettre en correspondance des systèmes de droit distincts et à en réduire les incompatibilités. Dans l'arrêt *Handyside*, elle délimite, en se combinant avec le principe de la marge nationale d'appréciation, les compétences respectives des autorités nationales et de la juridiction européenne. Dans l'arrêt *Simmenthal*, enfin, elle favorise la primauté du droit de l'Union en permettant de désigner et d'écarter les dispositifs redondants. Qui plus est, au sein de l'Union européenne, le principe de proportionnalité peut intervenir en garantie des droits tant à l'encontre des organes de l'Union elle-même que vis-à-vis de ses États membres.

66. Cette versatilité, cette aptitude du raisonnement proportionnaliste à s'adapter à une grande variété de problématiques et de contextes juridiques, n'est sans doute pas étrangère à l'adoption généralisée du principe dans les droits européens. Le droit écrit de l'Union européenne en est d'ailleurs un témoin remarquable. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, tout d'abord, comprend un article 52 établissant le principe de proportionnalité à titre général. D'après ce texte, « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.* » Suite à l'adoption du Traité de Lisbonne, l'article 6, §1, du Traité sur l'Union européenne confère désormais à la Charte « *la même valeur juridique que les traités* ». De plus, le nouvel article 5 du Traité sur l'Union européenne limite désormais expressément l'exercice des compétences de l'Union aux « *principes de subsidiarité et de proportionnalité* ». L'alinéa 4 du même article précise « *qu'en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités.* »

67. Ainsi, le principe de proportionnalité a progressivement été établi comme un élément incontournable de la garantie des droits dans les instruments de droit international et européen. **Au-delà de la variété des terminologies utilisées, se dégage la recherche d'une certaine harmonie dans la protection des libertés, qui reposerait sur des critères communs pour établir la juste mesure dans l'usage de la coercition.** Ces critères communs peuvent nourrir chaque système en fonction de ses besoins propres, ainsi qu'en atteste la variété des fonctions occupées par la proportionnalité dans les droits européens. Il n'est donc pas surprenant que le rayonnement de la proportionnalité se constate également au sein des droits nationaux de l'ensemble des démocraties libérales.

III. La diffusion du principe dans les droits nationaux

68. Dans un temps voisin du développement du paradigme proportionnaliste en droit international, le principe a été progressivement adopté par de très nombreux systèmes étatiques au niveau constitutionnel. Cette adoption a résulté, en fonction des systèmes concernés, soit d'une transmission horizontale par le biais du droit comparé, soit d'une réception verticale par

l'adaptation aux instruments internationaux pesant sur le système national¹¹³. Un traitement exhaustif justifierait une étude séparée et s'éloignerait par trop de l'objet de la présente thèse. Nous ne présenterons donc que quelques illustrations marquantes.

69. Le Canada offre un parfait exemple d'adoption, puis d'influence, par mouvement horizontal. Dans un premier temps, la Loi constitutionnelle de 1982, issue du *Canada Act 1982* du Parlement britannique, établit dans sa première partie la Charte canadienne des droits et libertés. Selon le premier article de ce texte, « *La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.* » Dans l'arrêt *R. v. Oakes*, rendu par la Cour suprême du Canada le 28 février 1986, le *Chief Justice* Dickson interprète ce texte comme imposant la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité : après s'être référé à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁴, il estime que « *dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier [de la Charte] doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. [...] Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser [to balance, ndr] les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes.* »¹¹⁵ L'arrêt se poursuit par l'énumération des trois composantes classiques du test de proportionnalité à l'allemande¹¹⁶.

70. Dans un second temps, le droit canadien a servi à son tour d'exemple au *Bill of Rights Act* néo-zélandais du 28 août 1990. Les articles 4 et 5 de ce texte, destinés à être lus ensemble, établissent également le principe de proportionnalité à titre général. L'article 4 dispose d'abord « *qu'aucune juridiction ne doit, au regard de quelque loi que ce soit (qu'elle ait été adoptée antérieurement ou postérieurement à l'entrée en vigueur du présent Bill of Rights) : (a) ni tenir une disposition quelconque de cette loi pour implicitement abrogée ou abolie, ou invalide ou ineffective de quelque façon que ce soit ; (b) ni refuser d'appliquer une quelconque disposition de cette loi ; au seul motif que cette disposition contredirait une disposition quelconque du présent Bill of Rights.* »¹¹⁷ L'article 5 complète et tempère en reprenant l'exemple de la Charte canadienne : « *En application de l'article 4, les droits et libertés compris dans le présent Bill of Rights ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.* »¹¹⁸ La même inspiration a

113 Pour une présentation plus complète de ce rayonnement, v. BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 186-202, et la bibliographie citée. L'auteur présente également un schéma très éclairant p. 182.

114 Cour suprême du Canada, 28 févr. 1986, *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, §§54 et s. ; traduction officielle accessible en ligne à l'adresse <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/117/index.do?r=AAAAAQAFb2FrZXMB> [Consulté le 31 mars 2018]

115 *Ibid.*, §70

116 *Ibid.*, §70-71

117 *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, s. 4 : « *No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights), — (a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) decline to apply any provision of the enactment — by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.* »

118 *Ibid.*, s. 5 : « *Subject to section 4, the rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.* »

ensuite influé sur la rédaction de la Constitution de la République d’Afrique du Sud. La Constitution temporaire de 1993, en son article 33 §1, disposait que « *Les droits établis par le présent chapitre ne peuvent être limités que par une règle de droit d’application générale, étant établi qu’une telle limitation n’est permise que dans la mesure où elle est raisonnable ; qu’elle est justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la liberté et l’égalité ; [...]* »¹¹⁹. La Constitution de 1996, quant à elle, prévoit en son article 36 que « *les droits établis dans le Bill of Rights ne peuvent être limités que par des dispositions légales d’application générale, dans la mesure où la limitation est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l’égalité et la liberté, tous les facteurs pertinents étant pris en compte, y compris : a. la nature du droit ; b. l’importance du but de la limitation ; c. la nature et l’étendue de la limitation ; d. la relation entre la limitation et son but ; et e. les moyens les moins contraignants de réaliser le but.* »¹²⁰

71. À l’inverse, le système juridique du Royaume-Uni paraît emblématique d’une intégration verticale du principe de proportionnalité. La jurisprudence comme la doctrine s’étaient en effet opposées à l’adoption du principe, au moins en apparence¹²¹. Le juge, dans le contrôle de l’action administrative, opérait ainsi un contrôle marginal de *reasonableness*, adopté dans l’arrêt *Wednesbury* des 7 et 10 novembre 1947¹²². Ce contrôle consistait, en principe, à considérer comme illégal *ultra vires* un acte « *si absurde que nulle personne sensée ne pourrait imaginer qu’il fasse partie des pouvoirs de l’autorité* » concernée, « *si déraisonnable qu’il pourrait presque être décrit comme réalisé de mauvaise foi* »¹²³. L’évolution vint finalement des droits européens. Le droit communautaire, ayant adopté le principe de proportionnalité, l’importa en quelque sorte avec lui dans le droit anglais dans les matières relevant de sa compétence¹²⁴. Mais le point de bascule fut surtout le *Human Rights Act 1998*, qui comptait parmi ses finalités de « *procurer davantage d’effectivité aux droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l’homme* »¹²⁵

119 *Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993*, s. 33 : « (1) *The rights entrenched in this Chapter may be limited by law of general application, provided that such limitation- (a) shall be permissible only to the extent that it is- (i) reasonable; and (ii) justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality; »*

120 *Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, s. 36, §1 : « *The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including a. the nature of the right; b. the importance of the purpose of the limitation; c. the nature and extent of the limitation; d. the relation between the limitation and its purpose; and e. less restrictive means to achieve the purpose.* »

121 V., sur les nuances à apporter, à cette affirmation, XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, op. cit., p. 231-239 ; BARBÉ V., *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux: étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, France, LGDJ : Lextenso, DL 2009, 2009, p. 94-100.

122 *Court of Appeal*, 7-10 nov. 1947, *Associated Provincial Picture Houses, Limited v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 KB 223

123 *Ibid.* : « *something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority* », « *so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith* ».

124 XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, op. cit., p. 236-237.

125 *Human Rights Act 1998* (1998 Chapter 42), préambule : « *An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights* ». Sur le sens de cette expression et la portée du *Human Rights Act* en général, v. BARBÉ V., *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux*, op. cit., p. 101 et s.

en intégrant non seulement le texte de la Convention, mais aussi l'autorité de chose interprétée de la Cour, au droit national. L'article 3, §1 du *Human Rights Act 1998* dispose ainsi : « *Autant que faire se peut, la loi et les règlements doivent être lus et appliqués d'une manière qui soit compatible avec les droits garantis par la Convention.* »¹²⁶ Les articles suivants établissent les modalités du règlement des conflits entre le droit national et le droit européen des droits de l'homme à l'échelon interne, par la voie de procédures spécifiques. Par ailleurs, l'article 2, §1, précise, entre autres que « *lorsqu'une cour ou un tribunal tranche une question qui est intervenue au regard d'un droit garanti par la Convention, [cette juridiction] doit tenir compte : (a) de tout jugement, décision, déclaration ou avis de la Cour européenne des droits de l'homme* »¹²⁷.

72. Le droit français, quant à lui, relève en quelque sorte d'une position mixte. Une première forme de contrôle de proportionnalité apparut en effet dès le début du XX^e siècle dans la jurisprudence du Conseil d'État, sous la forme du contrôle entier. Dans l'arrêt *Abbé Olivier* du 19 février 1909¹²⁸, puis dans l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933¹²⁹, le juge administratif examina la légalité de mesures de police municipale limitant les libertés publiques en interrogeant les motifs de ces actes et leur nécessité au regard de leur justification. Il limita ainsi le pouvoir discrétionnaire de l'administration en soumettant cette discrétion à une nouvelle condition de légalité. Ce contrôle se développa ensuite tout en se diversifiant, notamment par l'adjonction de la « jurisprudence du bilan », initiée dans l'arrêt *Ville Nouvelle Est* du 28 mai 1971 et qui consiste pour le juge à examiner l'utilité d'ensemble d'une opération en opposant ses coûts et ses avantages¹³⁰. Pour autant le principe de proportionnalité resta longtemps un principe innommé du droit français, que le juge appliquait « sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire »¹³¹.

73. Les premières thèses visant à présenter une analyse approfondie du contrôle interne de proportionnalité ne furent donc écrites qu'à partir de la fin des années 1980¹³², tandis qu'un second mouvement se produisait en droit positif à la suite de plusieurs décisions du Conseil constitutionnel. Celui-ci, d'une part, s'était reconnu la compétence pour connaître de la compatibilité des lois soumises à son examen avec les droits et libertés fondamentaux garantis par le bloc de constitutionnalité¹³³, après quoi il avait, à son tour, mis en œuvre un contrôle de proportionnalité

126 *Ibid.*, art. 3 : « *So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.* »

127 *Ibid.*, art. 2 : « *A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any — (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights, [...]* »

128 CE, 19 févr. 1909, *Abbé Olivier* : LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^e éd., Paris, France, Dalloz, 2017, p. 106-110.

129 CE, 19 mai 1933, *Benjamin* : *Ibid.*, p. 265-273.

130 CE, ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »* : *Ibid.*, p. 538-551.; Rec., 409, concl. BRAIBANT ; D. 1972, 194, note LEMASURIER ; JCP 1971, II, 16.873, note HOMONT ; RDP 1972, 454, note WALINE.

131 BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*, Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, vol. 2/ p. 299.

132 MEKHANTAR J., *Le Contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, Lille, France, Atelier national reprod. th. Univ. Lille 3, 1990 ; PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, France, Economica, 1990 ; XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, op. cit.

133 Cons. Const., décision n° 71-44 DC du 16 juil. 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* : RDP 1971, 1171, note ROBERT ; *Ann. International de justice*

dans une décision du 25 juillet 1979¹³⁴, contrôle qu'il modela progressivement pour le faire ressembler à un contrôle « à l'allemande »¹³⁵. D'autre part, en abandonnant aux juges administratif et judiciaire le contrôle de la compatibilité des lois avec les normes internationales directement applicables en droit français¹³⁶, il leur avait laissé la charge de mettre en œuvre tant le droit communautaire que le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, c'est l'exercice de cette compétence qui a récemment amené les magistrats de la Cour de cassation à s'interroger sur l'opportunité d'adopter expressément, à leur tour, une doctrine de la proportionnalité¹³⁷. Les tenants et aboutissants de ces évolutions seront abordés au cours des chapitres suivants, mais il est d'ores et déjà possible de relever que **l'intégration du principe en droit français tient de la combinaison d'un mouvement triple, à la fois interne (la mise au jour de tendances anciennes dans la jurisprudence du Conseil d'État), externe horizontal (la quête de légitimité du Conseil constitutionnel comme garant des libertés et comme pair parmi les cours constitutionnelles européennes) et externe vertical (la soumission du droit français aux normes européennes imposant une réflexion proportionnaliste).**

74. **Conclusion du premier paragraphe.** Le principe de proportionnalité et le contrôle qui l'assortit se sont ainsi diffusés, au cours de la seconde moitié du XXe siècle, dans un très grand nombre de systèmes juridiques, notamment à travers les mécanismes de garantie des droits. Les États européens, en particulier, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des communautés européennes, ont été amenés à adopter le principe ou à faire évoluer l'application qu'ils lui donnaient. Cette diffusion, loin d'être limitée au niveau régional,

constitutionnelle 1991, n° 7, p. 77, note LUCHAIRE ; *D.* 1974, p. 83, chron. HAMON ; *AJDA* 1971, p. 537, note RIVÉRO ; GAÏA P., R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, p. 446.

134 Cons. Const., décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* : *AJDA* 1980, p. 191, note Legrand ; *Pouvoirs* 1979, n° 11, p. 196, note AVRIL et GICQUEL ; *D.* 1980, p. 336, note HAMON ; *ibid.* 1981, p. 101, note PAILLET ; *RDP* 1979, p. 1705, note FAVOREU ; *JCP G.* 1981, n° 19457, note BÉGUIN ; *Dr. social* 1980, n° 11, p. 441, note TURPIN.

135 Cons. Const., décision n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *D.* 2008, Pan. 2035, obs. BERNAUD et GAY ; *ibid.* 2009, Pan. 125, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Gaz. Pal.* 2008, 1. 391 ; *RSC* 2009, p. 166, obs. DE LAMY ; GAÏA P., R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 849. Sur la portée et les limites de cette comparaison, v. GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel », *RFD Const.*, 1997, vol. 30, p. 227-267 ; GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFD Const.*, 2001, vol. 45, p. 67-83 ; BOUSTA R., « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, vol. 4, p. 859 ; BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011, vol. 4, n° 88, p. 913 ; GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, mai 2012, n° 7.

136 Cons. Const., décision n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* : *D.* 1975, p. 529, note HAMON ; GAÏA P., R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 219.

137 LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326 ; JESTAZ P., J.-P. MARGUÉNAUD, et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061 ; *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Cour de cassation, 2017, p. 158-170. Le principe lui-même était déjà appliqué ponctuellement en application de la Convention européenne des droits de l'homme : v. notamment Cass. Civ. 1^{re}, 9 juil. 2003, n° 00-20289 : *Bull. Civ. I*, n° 172 ; *JCP G.* 2003, II. 10139, note RAVANAS ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 3112, note AMSON ; *CCE* 2003, n° 115, note LEPAGE. La nouveauté du mouvement initié par M. Louvel tient à la systématisation de l'exercice de ce contrôle.

s'est étendue à l'ensemble des démocraties libérales. Pour autant, le raisonnement proportionnaliste, parce qu'il s'adapte aux spécificités de chaque système, se divise aussi à mesure qu'il se transmet d'une culture juridique à une autre. C'est à ces ruptures et ces réfractions entre modèles qu'il s'agit maintenant de s'intéresser.

§2. La diversité des modèles

75. Peut-on, à l'échelle globale, parler de la proportionnalité comme d'un tout ? S'il faut par là entendre un ensemble homogène, la réponse est assurément négative. D'une part, la notion est présente dans de nombreux contextes où ni le vocable, ni même le registre lexical de la proportionnalité ne sont employés¹³⁸. D'autre part, même lorsqu'un langage proportionnaliste est employé, le champ du contrôle, ses conditions et son intensité varient en fonction de la juridiction et de l'espèce concernées¹³⁹. Les modèles de proportionnalité sont donc certainement divers et apparemment divergents. Il importe d'identifier ces divergences afin de distinguer celles qui relèvent de spécificités irréductibles de celles pour lesquelles les nuances terminologiques masquent une logique sous-jacente commune. En premier lieu, la divergence peut apparaître dans la façon dont un système juridique exprime ou reconnaît le principe de proportionnalité, en lui conférant une intensité et un champ d'application plus ou moins étendus (I). En second lieu, le contrôle mis en œuvre par le juge peut varier dans ses modalités au point de constituer un modèle distinct, voire concurrent (II), interrogation qui concerne en particulier la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis.

I. La divergence dans l'expression du principe

76. Quel que soit le cadre considéré, le principe de proportionnalité n'est jamais totalement autonome : même à revenir à la conception aristotélicienne, donner un sens à l'état de correspondance entre deux rapports requiert encore de définir de quels rapports il s'agit. En d'autres termes, la substance de la proportionnalité dépend nécessairement des objets auxquels elle a vocation à s'appliquer. Par conséquent, si l'on se limite au champ de la garantie des droits, la proportionnalité ne peut s'appréhender que dans le rapport qu'elle entretient avec les droits garantis.

77. La mécanique du principe peut être décrite en plusieurs étapes. Dans un premier temps, une norme principale définit un droit, une liberté ou un principe. Il est toutefois admis que ce droit, cette liberté ou ce principe peut connaître des tempéraments et des exceptions dus aux nécessités de l'action des pouvoirs publics, soit en vue de la réalisation d'un but légitime, soit en vue de la résolution de conflits avec d'autres normes de valeur équivalente. Cette possibilité est alors prévue par une disposition complémentaire, une « clause de limitation »¹⁴⁰ qui désigne l'autorité apte à

138 V. en ce sens PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, qui, en s'appuyant sur une définition large de la proportionnalité, constate « l'étendue insoupçonnée » du contrôle (p. 423).

139 NOVAK M., « Three Models of Balancing (in Constitutional Review) », *op. cit.* ; PHILIPPE X., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *op. cit.*

140 Pour une définition et un développement de cette notion, v. BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 133 et s. ; RIVERS J., « Proportionality and variable intensity of review », *The Cambridge Law Journal*, 12 mars 2006, vol. 65, n° 1, p. 174.

établir ces limites ainsi que les justifications qui peuvent légalement les fonder. Enfin, au sein même de la clause de limitation ou à sa suite immédiate, le principe de proportionnalité est énoncé, qui impose que les limitations concernées entretiennent un lien de causalité d'une certaine intensité avec les justifications considérées. Le sens et la portée du principe de proportionnalité dépendent donc de facteurs internes et externes. Au niveau interne, le degré d'exigence peut varier selon le nombre et la sévérité des critères formulés ; au niveau externe, le champ de la clause de limitation elle-même et la mesure dans laquelle elle recoupe le champ d'application du droit limité affectent nécessairement la proportionnalité.

78. Une première technique peut consister à déclarer un ensemble de droits et à les soumettre dans leur globalité à une clause de limitation unique et uniforme. Tel est le cas de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁴¹, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁴², de la Charte canadienne des droits et libertés¹⁴³, ou des constitutions néo-zélandaise et sud-africaine¹⁴⁴. Une telle méthode de rédaction a pour inconvénient que, dans une déclaration visant à protéger des droits qui requièrent une protection variable, la clause de proportionnalité commune sera vraisemblablement formulée en fonction du standard de protection le moins élevé. On en reste ainsi, dans les exemples constitutionnels cités, à l'exigence de « *moyens raisonnables* » dont « *la justification est démontrée* ». Il appartient alors au juge d'interpréter le flou du texte de manière créative et adaptée au fourmillement d'applications potentielles dont il aura à connaître. En effet, si l'on peut admettre en théorie qu'un raisonnement en proportionnalité puisse intervenir pour justifier une limitation du droit à la protection de la vie privée comme du droit à la vie, il paraîtrait choquant que les mêmes « *moyens raisonnables* » et la même « *justification démontrée* » puissent être valablement invoqués au soutien des deux cas. À l'inverse, une clause de limitation générale peut imposer un standard bien plus strict si son champ d'application est réduit et si, tout en concernant l'ensemble des droits garantis dans la déclaration, elle ne concerne la justification que d'atteintes exceptionnelles. Tel est le cas de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui autorise les États parties à la Convention à prendre des mesures dérogeant à leurs engagements « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* » et sans que ces dérogations puissent affecter les droits considérés comme intangibles, consacrés aux articles 2, 3, 4 et 7 de la Convention. Cependant, une telle mesure ne correspond pas aux hypothèses ordinaires de limitation des droits garantis par la Convention : d'autres dispositions établissent les règles de proportionnalité s'appliquant en temps normal.

79. En dehors des hypothèses de l'article 15, la Convention européenne des droits de l'homme, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, prévoit en effet des clauses spéciales de limitation. Le principe de proportionnalité est établi (quoique sans être nommé ainsi) ponctuellement, chaque droit concerné¹⁴⁵ faisant l'objet d'une disposition qui détermine les

141 V. *supra*, p. 36.

142 V. *supra*, p. 42.

143 V. *supra*, p. 43.

144 *Ibid.*

145 À l'exception notable de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit simplement « *qu'à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ». Le critère de proportionnalité n'est ici présent ni explicitement, ni

justifications aptes à fonder une atteinte à ce droit, ainsi que la condition de proportionnalité qui les assortit. Ce système, plus précis que le premier, présente l'inconvénient de diviser le principe et de risquer de lui faire perdre, au moins en apparence, son unité. En outre, il présente le risque inverse, de laisser sans clause de limitation des droits qui sont en réalité susceptibles d'être à l'origine d'un contrôle de proportionnalité, ou de ne faire à ce contrôle qu'une allusion nécessitant un important travail interprétatif. L'abondante jurisprudence suscitée par la notion de « *délai raisonnable* », au sens des articles 5 et 6 de la Convention¹⁴⁶, en atteste.

80. Cette situation peut se rapprocher des hypothèses de formalisation minimale, dans lesquelles le juge est amené à construire le contrôle de proportionnalité sans pouvoir se fonder sur une norme textuelle l'établissant expressément. Cela peut se produire, tout d'abord, parce qu'un droit déclaré est assorti d'une clause de limitation désignant simplement une autorité ou un corpus normatif compétent – en général une norme d'origine parlementaire – sans y adjoindre expressément de règle de proportionnalité. L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen correspond à ce cas de figure (« *L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* »), tout comme son article 7 (« *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites.* ») Tel peut également être le cas lorsque le juge met en œuvre un principe d'origine prétorienne ou interprète un texte qui ne comprend pas de clause de limitation. Il en va ainsi, par exemple, du juge administratif français, lorsque, dans l'arrêt *Lebon* du 9 juin 1978, il contrôle l'absence d'erreur manifeste commise par l'autorité hiérarchique dans le choix de la sanction disciplinaire infligée à un fonctionnaire de l'Éducation nationale¹⁴⁷.

81. Ces différents degrés de formalisation pourraient fournir un argument de poids pour considérer qu'il n'y a pas un, mais des principes de proportionnalité, sous la forme de principes de « *nécessité dans une société démocratique* », de « *justification démontrable* », « *d'absence d'erreur manifeste d'appréciation* », et ainsi de suite. De même, les principes d'origine prétorienne pourraient se distinguer de ceux qui procèdent d'une norme écrite conditionnant *a priori* le raisonnement du juge. Comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme dès son arrêt *Handyside*, les adjectifs « *nécessaire* », « *indispensable* », « *admissible* », « *normal* », « *utile* », « *raisonnable* » ou « *opportun* » renvoient à des niveaux d'exigence différents et, nécessairement, à des contrôles d'intensités distinctes. Ces distinctions ont assurément un sens en ce qui concerne les modalités et conditions concrètes d'exercice du contrôle de proportionnalité. En revanche, elles n'éclairent pas davantage la nature de ce contrôle. **Le niveau d'exigence, la sévérité des conditions, peuvent être modulables, sans que l'opération intellectuelle elle-même diffère dans**

implicitement.

146 WACHSMANN P., « Fasc. 6520 : Convention européenne des droits de l'homme. - Droits garantis. - Libertés de la personne physique », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis n° 104-131 ; SUDRE F., « Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l'homme. - Droits garantis. - Droit à un procès équitable. », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis, n° 189-200.

147 CE (sect.), 9 juin 1978, *Lebon*, req n° 05911 : *Rec. CE*, p. 245 ; *JCP G.* 1979, II, 19159, note RIALS ; *AJDA* 1978, p. 573, concl. GENEVOIS ; *Rev. adm.* 1978, p. 634, note MODERNE ; *D.* 1979, jurisp. 30, note PACTEAU ; *RDP* 1979, p. 227, note AUBY.

sa nature. Au contraire, le principe de proportionnalité a d'abord pris forme en jurisprudence, au sein de systèmes juridiques qui n'intégraient pas de déclaration des droits ayant valeur de droit positif (à l'exception notable du cas américain, sur lequel v. *infra*, II). Ce n'est que par la suite que le principe a été consacré dans des instruments textuels et que, pour l'interprétation de des instruments, les jurisprudences déjà présentes ont joué un rôle d'inspiration. **Au travers des mutations formelles, le concept-clé a été transmis : examiner la limitation apportée à l'exercice d'un droit déterminé en interrogeant la justification de cette limitation et le lien rationnel qui les unit.**

82. Par extension de cette idée, il ne semble pas que les notions de proportionnalité-appréciation et de proportionnalité-interprétation soient opérantes pour identifier des modèles distincts. Certains auteurs ont en effet proposé de distinguer deux modes opératoires du contrôle de proportionnalité, suivant la fonction qu'il occupe au sein du contrôle de licéité. Par exemple, selon cette lecture, la proportionnalité-appréciation intervient dans le contrôle exercé par le juge administratif français, après le contrôle de la qualification juridique, comme « un moyen autonome d'examen »¹⁴⁸ permettant de « censurer un acte administratif a priori légal »¹⁴⁹, au moyen du contrôle de l'erreur manifeste, de la nécessité ou de la technique du bilan. En d'autres termes, elle constitue une étape autonome au sein du contrôle de licéité. L'interprétation qualifiante détermine d'abord si l'acte contrôlé répond aux conditions de légalité établies par la norme appliquée. Dans l'affirmative, la proportionnalité-appréciation intervient ensuite pour établir si, malgré cette légalité apparente, l'acte ne présente pas une dimension excessive ou insuffisamment justifiée. La proportionnalité-appréciation constitue ainsi « le contrôle de proportionnalité stricto sensu »¹⁵⁰, qui s'immisce dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Inversement, la proportionnalité-interprétation intervient quant à elle au sein même du contrôle de la qualification juridique, comme « un moyen de mise en œuvre d'un "concept qualificateur", un instrument de contrôle médiateur »¹⁵¹. La proportionnalité est alors intégrée aux conditions de légalité auxquelles l'acte est soumis par la norme qui fonde son contrôle : elle est un des moyens par lesquels cette norme elle-même est interprétée.

83. Une distinction similaire a été proposée pour la lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon cette conception, la proportionnalité peut d'une part être une proportionnalité-appréciation, un instrument « d'appréciation de la validité de limitations étatiques affectant une prérogative conventionnelle préalablement identifiée »¹⁵² qui « sert alors à empêcher que les restrictions aux droits de l'Homme admises par la Convention elle-même ne deviennent un moyen trop énergique d'atteindre le but général en vue duquel elles ont été concédées »¹⁵³, suivant un raisonnement « dont les paragraphes 2 des articles 8 à 11 constituent un

148 XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, *op. cit.*, p. 58.

149 *Ibid.*, p. 75.

150 *Ibid.*

151 *Ibid.*, p. 58.

152 VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 76.

153 MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2016, p. 74.

paradigme »¹⁵⁴. La proportionnalité-appréciation s'entend donc comme un contrôle casuistique, postérieur au constat de la légalité au sens de la Convention et qui porte sur la qualité des justifications au fondement des mesures étatiques contrôlées. D'autre part, la proportionnalité peut aussi œuvrer comme un « instrument de qualification »¹⁵⁵ qui permet de « fixer le point à partir duquel, dans quelque État que ce soit, un droit est garanti par la Convention »¹⁵⁶. Il s'agit alors de proportionnalité-interprétation, qui intervient par exemple pour déterminer « si une inégalité de traitement est ou n'est pas constitutive d'une violation de l'article 14 » ou « si une peine ou un traitement sont inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 »¹⁵⁷. Dans ces cas, la Cour opère « un écrasement des deux étapes [du contrôle de licéité] en une seule : de l'arbitrage entre intérêts conflictuels résulte simultanément le double constat de l'existence d'une atteinte matérielle et de l'absence de justification à celle-ci »¹⁵⁸.

84. Cette séparation apparente semble devoir être dépassée. En réalité, elle dépend moins de la démarche interprétative de la juridiction concernée que de la formulation de la norme qui fonde le contrôle de proportionnalité. Il n'y a rien d'étonnant à ce que, lorsque la Convention européenne des droits de l'homme prévoit expressément une clause de limitation sous réserve de proportionnalité, le juge constate d'abord qu'une atteinte au droit est permise avant d'exercer le contrôle auquel il est invité – car telle est la structure formelle des dispositions qu'il applique. Inversement, lorsque est en cause un article de la Convention qui ne comprend pas de clause expresse de limitation, son interprétation peut, aux yeux de la Cour, nécessiter la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Dans cette seconde hypothèse, il est logique que le juge ne commence pas par relever une autorisation d'atteinte au droit interprété alors que celui-ci est formulé en des termes absolus. En revanche, dans ce second cas, l'étape préliminaire existe bien. Le juge commence par relever l'existence d'un conflit qui, opposant les prérogatives de l'individu et les buts légitimement visés par l'État, est susceptible d'être à la source d'une violation de la Convention. Ce n'est qu'en second lieu que le contrôle de proportionnalité, en tant qu'évaluation du lien entre la mesure adoptée et ses justifications, intervient pour constater ou écarter la violation du droit garanti.

85. La décision *Rigopoulos c. Espagne* du 12 janvier 1999 offre une illustration de ce raisonnement¹⁵⁹. Dans le cadre d'une enquête judiciaire portant sur un trafic de stupéfiants, un navire est arraisonné par les autorités douanières espagnoles, en haute mer, à environ 3000 milles nautiques des Îles Canaries. Le navire est convoyé jusqu'au port de Las Palmas (Grande canarie) et, pendant le temps du trajet, les membres de l'équipage, dont le requérant, sont privés de leur liberté.

154 VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 76-77.

155 MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 77.

156 *Ibid.*

157 *Ibid.*, p. 77-78. L'exemple tiré de l'article 3 est particulièrement problématique, car la Cour européenne des droits de l'homme affirme régulièrement que ce texte porte une prohibition absolue qui ne souffre pas de tempérament par la proportionnalité. Ces ambiguïtés sont toutefois sans lien direct avec la distinction entre proportionnalité-appréciation et proportionnalité-interprétation : c'est pourquoi elles seront abordées *infra*, p. 81.

158 VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 77.

159 CEDH (4^e s.), décision du 12 janv. 1999 sur la recevabilité de la requête n° 37388/99, *Rigopoulos c. Espagne*.

Ils ne sont présentés à l'autorité judiciaire qu'à leur arrivée, 16 jours après l'arraisonnement. Or l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que « *toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ». Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant soutient que le délai de 16 jours qui s'est écoulé entre le début de sa privation de liberté et sa présentation à l'autorité judiciaire a violé l'exigence de célérité contenue dans ce texte. Relevons qu'*a priori*, les termes « *aussitôt traduite* » n'appellent pas nécessairement une interprétation proportionnaliste : l'article ne prévoit pas que ce délai soit modulable en fonction des lois nationales et des nécessités de chaque espèce. Toutefois, la Cour indique « *que le point de savoir si la condition de célérité posée par l'article 5 § 3 de la Convention se trouve ou non remplie doit s'apprécier en premier lieu à la lumière des dispositions législatives en vigueur dans le pays concerné* ». Puis elle estime « *que, de prime abord, le délai de seize jours n'apparaît pas comme conciliable avec la notion d'« aussitôt traduit » énoncée par l'article 5 § 3 de la Convention* », mais que « *des circonstances tout à fait exceptionnelles pourraient justifier un tel délai* ». En l'espèce, la distance de 3000 milles nautiques à parcourir pour amener le navire au port le plus proche et les actes de résistance de certains membres de l'équipage constituent un « *ensemble de circonstances qui ont empêché que le requérant ne soit traduit plus tôt devant l'autorité judiciaire* ». La Cour conclut « *qu'il existait donc une impossibilité matérielle d'amener physiquement le requérant devant le juge d'instruction dans un délai plus court* » et que, par conséquent, « *on ne saurait conclure que le délai qui s'est écoulé entre le moment de la mise en détention du requérant et sa présentation au juge d'instruction a excédé la promptitude telle qu'elle est conçue au paragraphe 3* » de l'article 5¹⁶⁰.

86. La première phase de ce contrôle de proportionnalité-interprétation est fortement semblable à celle qui, dans la proportionnalité-appréciation fondée sur l'un des articles 8 à 11 de la Convention, consiste à établir que la mesure étatique contrôlée entre dans le champ de la clause de limitation prévue. **Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'abord d'identifier le point de collision autour duquel l'examen de la situation doit être approfondi.** En l'espèce, ce point de collision concerne l'existence d'un délai apparemment excessif entre la privation de liberté et l'intervention d'un magistrat. **Le juge opère ensuite comme s'il découvrait, par son interprétation, une clause de limitation implicite dans l'article 5¹⁶¹.** Cette clause préciserait qu'il est possible de ne pas présenter « aussitôt » la personne privée de sa liberté à un magistrat, à condition que cette présentation soit simplement reportée dans le temps et que ce report soit encadré par la législation nationale et rendu absolument nécessaire par les circonstances de la cause. Le

160 Un raisonnement similaire a été repris dans l'arrêt de Grande chambre *Medvedyev et autres c. France* du 29 mars 2010, req. n° 3394/03 : *D.* 2010, p. 898, obs. LAVRIC ; *ibid.*, p. 970, note REBUT ; *ibid.*, p. 1390, note HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note RENUCCI ; *JCP G.* 2010, n° 720, obs. SUDRE ; *ibid.*, n° 830, note SUDRE ; *ibid.*, n° 1587, chron. SUDRE ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 115, p. 15, note MATSOPOULOU ; *ibid.*, n° 341, p. 6, note BACHELET ; *ibid.*, 2011, n° 19, p. 8, note BRIAND ; *Dr. Pénal* 2010, n° 6, note THIERRY ; *RPDP* 2010, p. 865, note VERGÈS.

161 Sur la notion de clause implicite de limitation, v. BARAK A., *Proportionality, op. cit.*, p. 135-137. *Contra* : YOUNG A.L., « Proportionality Is Dead: Long Live Proportionality! », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 142-149.

principe de proportionnalité intervient alors dans le champ du texte pour tempérer une violation apparente.

87. Cette approche peut être saluée ou dénoncée selon que l'on approuve ou non cette démarche interprétative. Toutefois, la critique doit alors distinguer deux objets. En premier lieu, il est possible de critiquer l'interprétation de la norme de référence qui lui fait inclure implicitement le principe de proportionnalité. Tel est le cas, pour l'article 5§3, de l'affirmation selon laquelle des circonstances exceptionnelles autorisent un délai prolongé avant la présentation à un magistrat. Cette première composante de la critique ne concerne pas le contrôle de proportionnalité lui-même, mais l'interprétation du contenu normatif du droit fondamental en question. La question de savoir si le juge peut élucider des clauses de limitation implicites en marge du texte relève du degré de rigidité normative que l'on attribue aux déclarations de droits, dont l'application du principe de proportionnalité n'est qu'une conséquence¹⁶². En second lieu, l'exercice du contrôle de proportionnalité qui résulte de cette interprétation peut faire l'objet d'une critique séparée. Il s'agirait, dans notre exemple, de la façon dont la Cour apprécie l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité du délai imposé au vu des circonstances. Toutefois, cette seconde composante de la critique ne se distingue pas, d'un point de vue méthodologique, de celle qui pourrait être émise dans le cas où la clause de limitation et le contrôle de proportionnalité seraient expressément prévus par le texte. **La seule différence concrète tient à la forme, explicite ou implicite, prise par la norme qui fonde le contrôle de proportionnalité. L'opération de contrôle elle-même obéit donc à la même logique, que l'on se trouve dans le cadre de la proportionnalité-appréciation ou de la proportionnalité-interprétation.**

88. Les normes fondant le contrôle de proportionnalité sont donc aussi variées qu'elles sont nombreuses. Leurs termes exacts diffèrent autant que leur degré d'expressivité et une partie significative d'entre elles se situent en dehors ou en marge du droit écrit. Si cette variété influence nécessairement sur l'intensité et le champ d'application du contrôle, elle ne fait pas obstacle à un rapprochement conceptuel fondé sur les fonctions du contrôle de proportionnalité. Une division plus profonde réside peut-être dans la diversité des méthodes adoptées par les juridictions.

II. La divergence dans les méthodes de contrôle

89. L'un des débats principaux autour de la proportionnalité a pour objet l'opposition entre un modèle européen ou de *civil law* et un modèle américain ou de *common law*. En résumé, le modèle européen consisterait en une adhésion au principe de proportionnalité tel qu'appliqué par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et les juridictions européennes, tandis que le modèle américain, soit rejeterait purement et simplement le principe, soit en connaîtrait une version fondamentalement distincte sous la forme du *balancing*. Les auteurs s'opposent non seulement sur l'opportunité de conserver cet exceptionnalisme, mais aussi sur sa définition¹⁶³.

162 V. *infra*, p. 61.

163 Comme tous les grands débats, celui-ci a d'ailleurs fini par faire l'objet de méta-études : v. par exemple PORAT I., « Mapping the American Debate over Balancing », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, États-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 397-416.

90. Il convient de revenir brièvement sur le *balancing*, technique de contrôle conçue par les juristes progressistes américains, en particulier Oliver Wendell Holmes, au tournant du XXe siècle¹⁶⁴. Le *balancing* était initialement une réponse au formalisme catégorique, prôné par des auteurs tels que Christopher Columbus Langdell et qui avait inspiré l'arrêt *Lochner* de la Cour suprême en 1905¹⁶⁵. Les formalistes étaient partisans d'un raisonnement juridique purement déductif, formel et présenté comme apolitique. En matière de droits fondamentaux, ce raisonnement consistait à définir abstraitement le champ d'application de chaque droit et les pouvoirs de l'État au regard de ce droit, puis à censurer toute ingérence de l'autorité publique non fondée sur ces définitions générales. Ce rigorisme avait mené la Cour suprême, dans l'arrêt *Lochner*, à déclarer inconstitutionnelle une loi, votée à l'unanimité par la législature de l'État de New-York, qui limitait le temps de travail des boulangers à 10 heures par jour et 60 heures par semaine, aux motifs que cette loi portait atteinte à « *la liberté personnelle et la liberté contractuelle* »¹⁶⁶. La Cour appuyait par ailleurs la neutralité de sa position en énonçant : « *Il n'est nullement question ici de substituer le jugement de la Cour à celui du législateur. Si la loi relève des pouvoirs de l'État, elle est valide, quand bien même la Cour la juge inopportune et se trouve opposée à son adoption. Mais, même dans ce cas, la question reste la même : est-ce que cette loi relève bien des pouvoirs de police de l'État ? Et la Cour doit répondre à cette question* »¹⁶⁷. Au contraire, pour Holmes, la question des politiques législatives était l'objet « d'une bataille dissimulée, semi-consciente » et ne pouvait en aucun cas « être résolue de manière déductive ou une fois pour toutes »¹⁶⁸. Les juges ne devaient pas fonder leurs décisions exclusivement sur un raisonnement catégorique *a priori* et apparemment neutre, mais « reconnaître leur devoir de peser des considérations d'avantages sociaux »¹⁶⁹ : « Je suis convaincu que si la formation des juristes les menait habituellement à prendre plus précisément et plus explicitement en considération l'avantage social qui doit justifier la règle qu'ils établissent, ils hésiteraient parfois là où ils sont aujourd'hui confiants et ils constateraient qu'en réalité, ils prenaient parti au sujet de questions discutables et souvent brûlantes. »¹⁷⁰ Après la fin de la période *Lochner*, la Cour suprême adopta progressivement, dans des contentieux disparates, une méthode de contrôle reposant sur la pesée des intérêts qui se généralisa à partir des années 1970¹⁷¹.

164 ALEINIKOFF T.A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », *The Yale Law Journal*, avril 1987, vol. 96, n° 5, p. 948-958 ; COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, op. cit., p. 33-43 ; HOLMES O.W. Jr., « The Path of the Law », *The Harvard Law Review*, 1897, vol. 10, p. 457.

165 Cour suprême des États-unis, 17 avr. 1905, *Lochner v. New York* : 198 U.S. 45 ; traduction française commentée in ZOLLER É., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, France, Dalloz, 2010, p. 140-158.

166 *Ibid.*, p. 142.

167 *Ibid.*

168 HOLMES O.W. Jr., « The Path of the Law », op. cit.: « *There is a concealed, half conscious battle on the question of legislative policy, and if any one thinks that it can be settled deductively, or once for all, I only can say that I think he is theoretically wrong* ».

169 *Ibid.*: « *I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage.* »

170 *Ibid.*: « *I cannot but believe that if the training of lawyers led them habitually to consider more definitely and explicitly the social advantage on which the rule they lay down must be justified, they sometimes would hesitate where now they are confident, and see that really they were taking sides upon debatable and often burning questions.* »

171 V. l'aperçu historique établi par ALEINIKOFF T.A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », op. cit., p. 963-971.

91. Par exemple, dans l'arrêt *Mathews v. Eldridge* du 24 février 1976¹⁷², était en cause la procédure de retrait d'une indemnité d'invalidité versée aux victimes d'accidents du travail. Les bénéficiaires, sur lesquels reposait la charge de la preuve de leur invalidité, étaient soumis au contrôle d'une agence qui pouvait décider de mettre fin aux versements sans audience contradictoire préalable. Cette décision était elle-même susceptible de recours non suspensifs, menant à des procédures qui pouvaient durer plusieurs mois et au terme desquelles le contrôle judiciaire n'intervenait que subsidiairement. La Cour suprême était invitée à se prononcer sur la compatibilité de ce système – en particulier l'absence d'audience contradictoire préalable à la suppression de l'indemnité – avec le standard de « *due process of law* » imposé par les cinquième et quatorzième amendements. Elle le fit en examinant trois critères de portée générale : d'abord « *l'ampleur de la perte susceptible de résulter d'un acte administratif individuel* » ; ensuite « *l'équité et la fiabilité des procédures offertes avant la suppression de l'indemnité, ainsi que l'intérêt probable, le cas échéant, d'utiliser d'autres garanties procédurales* » ; enfin « *l'intérêt public* » compris comme « *le coût administratif et les autres coûts sociétaux liés à la reconnaissance du droit à une audition contradictoire* »¹⁷³. Sur ce dernier point, le juge Powell précisait « *qu'à lui seul, le coût financier n'est pas un facteur décisif* », mais « *qu'il existe un seuil à partir duquel l'avantage que la garantie procédurale supplémentaire procure [...] se trouve annulé par le coût qu'il implique* », lorsque « *ce qu'il en coûte pour protéger ceux que la procédure administrative préalable a désignés comme n'ayant plus droit aux indemnités versées pourrait bien, en fin de compte, sortir des poches de ceux qui y ont droit.* »¹⁷⁴

92. L'arrêt *Mathews*, fondateur de la jurisprudence contemporaine en matière de *due process of law*, est aussi emblématique de la distinction qui semble pouvoir être faite entre le *balancing* et le test de proportionnalité continental. Contrairement à la façon dont procéderait, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême des États-unis ne commence pas par identifier une privation ou une limitation d'un droit (ici, l'absence d'audience contradictoire) qu'elle traiterait ensuite comme une décision positive ou négative pour en interroger la nécessité. Elle part de l'état actuel du droit et, à travers le contrôle de l'équilibre des intérêts en présence et des alternatives, vérifie qu'il n'existe pas de raison impérieuse de le modifier. En ce sens, **le *balancing* est fondé sur une présomption en faveur du *statu quo*. Il s'inscrit dans une appréhension statique et axiologique du conflit, compris comme une situation *a priori* fixe, là où le test de proportionnalité privilégie une approche dynamique du conflit, compris comme le résultat d'un acte dont la rationalité instrumentale est soumise à examen.** La structure du contrôle est bien distincte.

93. Les critères matériels appliqués dans cet exemple de *balancing* illustrent également la différence de perspective. Les développements consacrés aux coûts administratifs et financiers de la garantie invoquée par le demandeur caractérisent bien l'attitude sceptique adoptée par la Cour suprême : c'est la prétention à une procédure contradictoire qui est soumise à un examen de

172 Cour suprême des États-unis, 24 février 1976, *Mathews v. Eldridge* : 424 U.S. 319 ; traduction française commentée in ZOLLER É., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 488-502.

173 *Ibid.*

174 *Ibid.*

rationalité, voire de nécessité, plutôt que le maintien de la procédure non-contradictoire. Cela rejoint l'idée, formulée par MM. Cohen-Eliya et Porat, selon laquelle, contrairement au test de proportionnalité, le *balancing* n'a pas été développé tant en faveur des droits fondamentaux qu'à leur encontre, là où la protection des droits avait servi de fondement à l'interventionnisme judiciaire de l'ère *Lochner*¹⁷⁵.

94. Selon ces auteurs, l'opposition est telle « qu'à ce jour, les juridictions des États-unis n'ont fait pratiquement aucun usage de la doctrine [de la proportionnalité] », à l'exception de « quelques brefs passages, tous rédigés par le juge Breyer », dans la jurisprudence de la Cour suprême¹⁷⁶. Leur thèse est que le *balancing* se distingue du test de proportionnalité non seulement dans sa structure, mais aussi dans ses inspirations et ses fonctions, parce qu'il est une expression de la « culture constitutionnelle » américaine qu'ils définissent par opposition aux caractéristiques de la culture européenne. Le contrôle, pragmatique plutôt que conceptuel, sert moins à évaluer l'impact de la mesure qu'à vérifier les intentions réelles de l'autorité publique qui l'adopte¹⁷⁷. Une fois ces intentions établies, le juge s'abstient généralement de revoir les méthodes privilégiées par l'autorité contrôlée, son *judicial restraint* s'expliquant par une combinaison de pluralisme politique et de scepticisme épistémologique¹⁷⁸.

95. D'autres auteurs, comme MM. Sullivan et Frase, préfèrent parler d'une pluralité des principes de proportionnalité, dont ils relèvent la présence dans divers domaines du droit civil et pénal américain¹⁷⁹. S'appuyant sur les opinions séparées et les références récurrentes à la notion dans la jurisprudence de la Cour suprême, ces auteurs considèrent que la proportionnalité y est bien présente, quoique seulement implicite et fractionnée. Par exemple, les facteurs mis en relation par *balancing* pour établir si une fouille ou une saisie est « raisonnable » au sens du Quatrième amendement reflètent les interrogations de la « proportionnalité des bénéfices-fins » (« *ends-benefits proportionality* ») : les contrôler revient à « évaluer directement ou indirectement la force des justifications du gouvernement et les intérêts servis par l'intrusion [dans la vie privée] »¹⁸⁰. Il serait donc possible pour les juridictions américaines d'adopter une analyse proportionnaliste de ces situations, ce qui « clarifierait les compromis [entre] bénéfices-fins » et leur permettrait « d'analyser plus souvent les moyens alternatifs » de parvenir aux mêmes fins¹⁸¹. L'opposition entre

175 COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, op. cit., p. 37-43.

176 *Ibid.*, p. 14 : « To date, US courts have made practically no use of this doctrine, not even as a comparative point of reference. The only exception, at least in US Supreme Court jurisprudence, are a few brief passages, all written by Justice Breyer. » Les auteurs renvoient notamment aux arrêts *District of Columbia v. Heller* (554 US 690), *Nixon v. Shrik Mo. Gov't PAC* (528 US 377, 402) et *United States v. Playboy Entm't Group, Inc.* (529 US 803, 846) V. dans le même sens BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 206-207.

177 COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, op. cit., p. 64-72.

178 *Ibid.*, p. 82-89.

179 SULLIVAN E.T. et R.S. FRASE, *Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009 ; V. également STINNEFORD J.F., « Rethinking Proportionality Under the Cruel and Unusual Punishments Clause », *Virginia Law Review*, 2011, p. 899-978.

180 SULLIVAN E.T. et R.S. FRASE, *Proportionality principles in American law*, op. cit., p. 97-98 : « When courts invoke reasonableness balancing they examine a wide range of factors. Some factors primarily reflect ends-benefits proportionality by directly or indirectly assessing the strength of the government's justifications for and interests served by the intrusion ».

181 *Ibid.*, p. 99 : « Application of proportionality analysis, rather than the Court's multifactor balancing approach, would clarify the essential ends-benefits tradeoffs and might also encourage courts, in appropriate cases, to apply

proportionnalité et *balancing* ne serait, en d'autres termes, ni culturelle ni conceptuelle, mais simplement méthodologique.

96. Ces positions doctrinales *a priori* en désaccord convergent sur au moins deux points. D'abord, **il existe bien une spécificité américaine dans le contrôle de proportionnalité** : les auteurs s'opposent sur sa nature exacte et son intensité mais pas sur son existence. Ensuite, **cette spécificité ne signifie pas que les deux méthodes soient incomparables**. La Cour suprême des États-unis procède bien à un contrôle de juste mesure au sens large, sous la forme du *balancing* (ce qui peut entrer dans une définition large de la proportionnalité)¹⁸² et une partie des critères de contrôle qu'elle emploie la rapprochent des préoccupations proportionnalistes. L'une et l'autre méthode se distinguent également des conceptions catégoriques des droits fondamentaux, en traitant comme des questions distinctes d'une part la définition des droits et d'autre part la justification de leurs limitations¹⁸³.

97. Peut-être est-il possible d'établir un autre rapprochement. Le terme *balancing* est fréquemment employé pour désigner la dernière partie du test de proportionnalité européen (la « proportionnalité au sens strict » de la jurisprudence allemande)¹⁸⁴. Dans cette dernière étape, analogue à la « méthode du bilan » du juge administratif français, le juge n'interroge plus la nécessité d'avoir recours à la mesure litigieuse pour parvenir aux fins poursuivies mais l'équilibre établi par cette mesure entre les droits enfreints et les fins atteintes. Le procédé ainsi décrit est très semblable au *balancing* employé par la Cour suprême : il consiste, de la même manière, à peser entre eux les éléments concrets qui pèsent en faveur et en défaveur d'un certain « point d'équilibre » soumis au contrôle du juge. La différence est alors que, dans le *balancing* américain, les critères instrumentaux d'efficacité et de nécessité ne sont pas examinés sous la forme (et avec la force) d'étapes impératives du contrôle. Lorsqu'ils sont pris en compte, c'est simplement comme des éléments *pro et contra* parmi d'autres, susceptibles d'être soit omis, soit renversés par d'autres considérations, en fonction du poids relatif que le juge leur accorde dans le contentieux concerné.

98. Il pourrait être soutenu, en ce sens, que **le *balancing* américain constitue une forme de contrôle de proportionnalité qui ne partage pas les composantes finalistes du modèle européen**. La distinction structurelle et fonctionnelle s'oppose vraisemblablement à ce que ces deux conceptions soient simplement assimilées. **En revanche, parce qu'elles ont en commun la recherche d'un équilibre global dans la situation contrôlée, elles présentent certains avantages comparables et sont toutes deux exposées pour partie à des problématiques et des critiques similaires**. Les débats sur les défauts conceptuels du *balancing* et sur son sens quant à la

alternative-means analysis more frequently. »

182 PHILIPPE X., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *op. cit.*

183 COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 16-23.

184 V. par exemple ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2002, p. 100-109 ; BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 340-370 ; RIVERS J., « Proportionality and variable intensity of review », *op. cit.*, p. 176 ; WEBBER G., « Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, vol. 23, n° 1 ; KOMMERS D.P., R.A. MILLER, et R.B. GINSBURG, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, p. 66-67 ; NOVAK M., « Three Models of Balancing (in Constitutional Review) », *op. cit.*, p. 107-108.

définition des droits et les pouvoirs du juge peuvent éclairer avec autant d'intérêt la compréhension de cette notion, qu'ils se déroulent d'un côté ou de l'autre de l'Océan atlantique.

99. **Conclusion de la première section.** En cinquante ans, la proportionnalité s'est établie comme un instrument incontournable du contrôle juridictionnel dans l'ensemble des démocraties libérales, tant par l'intermédiaire du droit international que par celui des droits constitutionnels nationaux. Elle s'est globalisée, tout en conservant ou en développant une certaine hétérogénéité, à la fois dans les formes normatives sous lesquelles elle est reconnue et dans les méthodes de contrôle par lesquelles elle se concrétise. Ces divergences, si elles ne remettent pas en cause le succès factuel que constitue la diffusion du proportionnalisme, en interrogent les fondements.

Section 2. Un principe transversal

100. Les droits fondamentaux ne constituent pas le seul fondement mentionné à l'origine du principe de proportionnalité, mais ils sont de très loin celui qui a suscité les développements les plus poussés et les plus stables. La proportionnalité se fonde en effet sur une conception extensive des droits fondamentaux, conçus comme des principes d'optimisation d'application générale dont les conflits se résolvent par une opération de pesée ou de comparaison des moyens et des fins. Les droits et principes étant susceptibles d'entrer en conflit à tous les degrés de la hiérarchie normative, le champ de la proportionnalité est donc transversal verticalement (§1). Cette conception extensive rejaille sur la portée matérielle des droits garantis, qui peuvent subir des atteintes dans l'ensemble des matières du droit. La transversalité est alors horizontale (§2).

§1. La transversalité verticale

101. Pour étudier les fondements doctrinaux du principe de proportionnalité, il convient de présenter la théorie de M. Alexy. En effet, cette approche a connu un rayonnement considérable et est devenue le point de départ de l'ensemble des doctrines actuelles, qu'elles soient favorables ou opposées au développement du principe. Elle prend pour point de départ l'idée selon laquelle les droits fondamentaux connaissent pour l'essentiel une expression principielle, une structure normative particulière qui impose la proportionnalité comme méthode de mise en œuvre (I). Ces droits-principes, conçus comme des « exigences d'optimisation », doivent être garantis par la proportionnalité du sommet à la base de la hiérarchie normative (II).

I. La structure normative des droits

102. La théorie des droits-principes fonde la proportionnalité comme un mode de raisonnement particulier, dans lequel l'interprétation juridique des droits consiste en une opération d'optimisation et de pesée entre des intérêts concurrents dont l'équilibre peut être mouvant. Elle s'oppose ainsi à l'interprétation catégorique, qui consiste à classer les situations selon un raisonnement syllogistique (A). Elle s'inscrit, de manière plus large, dans une conception de l'État de droit matériel que certains auteurs appellent « culture de la justification » (B).

A. Une alternative à l'interprétation catégorique

103. À l'origine de la théorie des exigences d'optimisation se trouve une distinction entre deux types de normes juridiques : les règles et les principes. La division a d'abord été énoncée par Dworkin, avant d'être reprise et amendée par M. Alexy pour former la théorie dominante en matière de proportionnalité. Or, ces deux conceptions amènent à des conclusions presque diamétralement opposées en ce qui concerne le principe de proportionnalité. L'importante opposition doctrinale qui leur est due justifie qu'elles soient abordées successivement.

104. Pour Dworkin, tout d'abord, la différence entre règles et principes tient à la logique interne de ces normes et, par conséquent, à la façon dont se résolvent leurs conflits.

105. Sur le plan logique, « chacun de ces ensembles de standards nous oriente vers des décisions particulières en matière d'obligation juridique dans des circonstances particulières, mais ils diffèrent par les caractéristiques de l'orientation qu'ils donnent. Les règles s'appliquent selon une logique de tout-ou-rien. Si les faits stipulés par une règle sont présents, alors soit la règle est valide, auquel cas la réponse qu'elle fournit doit être acceptée, soit elle ne l'est pas, auquel cas elle ne contribue en rien à la décision. »¹⁸⁵ Tel est le cas, pour nous, de la règle d'incrimination posée par l'article 311-1 du Code pénal : dès lors qu'il est prouvé que l'agent a frauduleusement soustrait la chose d'autrui, le juge n'a d'autre choix que de qualifier cet acte de vol. À l'inverse, un principe « établit une raison en faveur d'une direction, mais ne rend pas nécessaire une décision en particulier », car « d'autres principes peuvent arguer en faveur de la direction opposée ». Le premier principe « peut ne pas prévaloir, mais cela ne signifie pas qu'il n'est pas un principe de notre système juridique, car dans un autre cas, lorsque ces considérations contraires sont absentes ou moins pesantes, le principe peut être décisif »¹⁸⁶. Un principe est un principe juridique lorsque « les agents publics doivent [en] tenir compte [...] comme d'une considération penchant vers l'une ou l'autre direction »¹⁸⁷. Pour poursuivre sur l'exemple précédent, tel est le cas de la peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende par laquelle 311-3 du Code pénal punit le vol : cette sanction n'est ni impérative, ni exhaustive, car elle peut, selon les circonstances, être tempérée, complétée, remplacée ou écartée par l'application de principes concurrents ou complémentaires, tels que l'objectif de réinsertion des auteurs d'infractions. Enfin, Dworkin oppose les principes, qui sont fondés sur une valeur intrinsèque (comme la justice ou la reconnaissance d'un droit fondamental), aux politiques publiques (« *policies* »), raisons d'agir d'inspiration utilitariste et visant la protection d'intérêts collectifs¹⁸⁸.

106. Cette distinction de logique interne entraîne une conséquence pour la résolution des conflits de normes. Les principes, contrairement aux règles, possèdent « une dimension de poids ou d'importance ». « En cas d'intersection entre plusieurs principes [...] celui qui résout le conflit doit prendre en compte le poids relatif de chacun d'entre eux. »¹⁸⁹ Inversement, « lorsque deux règles sont en conflit, [...] la décision désignant laquelle est valide et laquelle doit être abandonnée ou remodelée doit être prise en faisant appel à des considérations qui dépassent les règles elles-

185 DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 24 : « Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision. »

186 *Ibid.*, p. 26 : « [A principle] states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision. [...] There may be other principles or policies arguing in the other direction [...]. If so, our principle may not prevail, but that does not mean that it is not a principle of our legal system, because in the next case, when these contravening considerations are absent or less weighty, the principle may be decisive. »

187 *Ibid.* : « All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another. »

188 *Ibid.*, p. 22.

189 *Ibid.*, p. 26 : « Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect [...], one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. »

mêmes », telles que la primauté de la règle hiérarchiquement la plus élevée, de la règle la plus spéciale, ou de la plus récente¹⁹⁰.

107. Cette distinction sert à Dworkin pour rejeter l'herméneutique catégorique qu'il considère comme typique du positivisme de H.L.A. Hart. Conférer au poids des principes une fonction normative propre, en dépit de leur généralité ou leur apparence floue, lui permet de soutenir que **le juge, lorsqu'il est confronté à une situation qui n'entre pas dans les catégories juridiques prévues par les règles déjà établies, n'est pas pour autant laissé avec un pouvoir créateur libre de toute contrainte juridique : il est toujours limité à une interprétation des normes applicables, sous la forme de principes dont il doit peser l'importance**¹⁹¹. Les droits subjectifs peuvent, suivant leur objet et l'importance qui leur est conférée par le système juridique, relever des règles (droits « absolus ») ou des principes. « [U]n principe pourrait céder devant un autre, ou même devant une politique d'urgence à laquelle il est confronté dans des circonstances particulières. Nous pouvons définir le poids d'un droit, en admettant qu'il ne soit pas absolu, comme la force avec laquelle il résiste à une telle confrontation. »¹⁹²

108. En revanche, pour Dworkin, les droits fondamentaux, « opposables à l'autorité publique » (« *rights against the Government* »), disposent d'une force juridique particulière : leur application interdit à l'autorité publique d'agir « sur le simple jugement que son acte est susceptible de produire, globalement, un bénéfice pour la communauté »¹⁹³. Les droits fondamentaux trouvant leur fondement dans la dignité humaine et l'égalité politique, il est bien plus grave de leur porter une atteinte excessive que de les laisser s'étendre excessivement¹⁹⁴. C'est pourquoi Dworkin s'oppose ce que la méthode du *balancing* soit appliquée en cas de conflit entre un droit fondamental et un intérêt social appartenant à la catégorie des *policies*. « Le "*balancing*" est approprié lorsque l'autorité publique doit choisir entre des prétentions contraires fondées sur des droits concurrents », mais le modèle qui « admet que le "droit" de la majorité est un droit concurrent qui doit être pesé de cette manière » repose sur « une confusion qui menace de détruire le concept de droits individuels »¹⁹⁵.

109. La théorie de Dworkin a été reprise, affinée et partiellement contredite par M. Alexy¹⁹⁶. Celui-ci reprend la distinction entre règles et principes. Les règles sont « des normes qui sont toujours soit satisfaites, soit insatisfaites », selon la logique binaire d'un raisonnement syllogistique

190 *Ibid.*, p. 27 : « *If two rules conflict [...] the decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves.* »

191 *Ibid.*, p. 33-36.

192 *Ibid.*, p. 92 : « *Rights may also be less than absolute ; one principle might have to yield to another, or even to an urgent policy with which it competes on particular facts. We may define the weight of a right, assuming it is not absolute, as its power to withstand such competition.* »

193 *Ibid.*, p. 191-192 : « *What [someone who claims that citizens have a right against the Government] cannot say is that the Government is justified in overriding a right on the minimal grounds that would be sufficient if not such right existed. He cannot say that the Government is entitled to act on no more than a judgment that its act is likely to produce, overall, a benefit to the community.* »

194 *Ibid.*, p. 198-199.

195 *Ibid.*, p. 199 : « *"Balancing" is appropriate when the Government must choose between competing claims of right [...]. [Assuming] that the "right" of the majority is a competing right that must be balanced this way [...] is a confusion that threatens to destroy the concept of individual rights.* »

196 ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, op. cit.

classique. « Si une règle est valablement applicable, alors elle requiert qu'il soit fait exactement ce qu'elle dit, ni plus ni moins. De cette manière les règles contiennent *des points fixes* dans le champ du possible factuel et juridique »¹⁹⁷ [italiques dans le texte]. Par conséquent, « un conflit entre deux règles ne peut être résolu qu'en ce qu'une exception appropriée est extraite de l'une d'entre elles, ou qu'au moins l'une d'entre elles est invalide »¹⁹⁸. À l'inverse, les principes sont des « exigences d'optimisation », des « normes qui exigent que quelque chose soit réalisé dans la plus grande mesure possible » et qui peuvent donc être « satisfaites à des degrés variables », en fonction « non seulement de ce qui est factuellement possible, mais aussi de ce qui est juridiquement possible »¹⁹⁹. Ils revêtent donc un sens normatif ouvert et leurs conflits se résolvent par une pesée relative qui dépend des circonstances factuelles et juridiques. « Lorsque deux principes sont en concurrence, [...] alors l'un d'entre eux doit être renversé par le poids de l'autre. Cela ne signifie ni que le principe renversé est invalide, ni qu'une exception y est construite. Au contraire, le principe renversé pourrait lui-même renverser l'autre dans des circonstances différentes. »²⁰⁰ L'auteur résume : « Les conflits entre règles se jouent au niveau de la validité ; comme seuls les principes valides peuvent être en concurrence, les situations de concurrence entre principes se jouent dans leur dimension de poids à la place. »²⁰¹

110. Or, la résolution de ces situations de concurrence correspond précisément à la méthodologie du test de proportionnalité. **Dans la théorie de M. Alexy, la proportionnalité n'est pas une norme autonome, mais un corollaire de la nature des principes juridiques comme exigences d'optimisation.** D'abord, si les principes doivent être réalisés partout où ils sont applicables, et si les situations où ils sont en concurrence ne se résolvent pas en termes de validité mais au regard de leurs poids respectifs dans les circonstances données, alors le principe de l'équilibre global, la *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne* équivalente au *balancing*, découle nécessairement de la nature même de ces normes : « Le principe de proportionnalité au sens strict découle du fait que les principes sont des exigences d'optimisation au regard de ce qui est juridiquement possible. »²⁰² Ensuite et de la même manière, « les principes d'adéquation et de nécessité découlent de la nature des principes comme exigences d'optimisation au regard de ce qui est *factuellement* possible »²⁰³ [italiques dans le texte]. Le défaut de nécessité se conçoit alors comme un défaut d'optimisation de

197 *Ibid.*, p. 48 : « *By contrast, rules [emphasis dans le texte] are norms which are always either fulfilled or not. If a rule validly applies, then the requirement is to do exactly what it says, neither more nor less. In this way, rules contain fixed points [emphasis dans le texte] in the field of the factually and legally possible. »*

198 *Ibid.*, p. 49 : « *A conflict between two rules can only be resolved in that either an appropriate exception is read into one of the rules, or at least one of the rules is declared invalid. »*

199 *Ibid.*, p. 47-48 : « *Principles are optimization requirements [emphasis dans le texte], characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible. »*

200 *Ibid.*, p. 50 : « *If two principles compete, for example if one principle prohibits something and another permits it, then one of the principles must be outweighed. This means neither that the outweighed principle is invalid nor that it has to have an exception built into it. On the contrary, the outweighed principle may itself outweigh the other principle in other circumstances. »*

201 *Ibid.* : « *Conflicts of rules are played out at the level of validity ; since only valid principles can compete, competitions between principles are played out in the dimension of weight instead. »* L'auteur se réfère expressément à DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 26 pour l'attribution aux principes d'une « dimension de poids ».

202 ALEXYS R., *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 67 : « *The principle of proportionality in its narrow sense follows from the fact that principles are optimization requirements relative to what is legally possible. »*

l'un des principes en concurrence : si des moyens de réaliser le principe A existent, qui sont moins attentatoires au principe B que celui choisi par l'autorité compétente, alors cette autorité viole le principe B en n'optimisant pas sa réalisation. De même, si les moyens choisis ne permettent pas de réaliser le principe A et limitent tout de même le principe B, ni l'un ni l'autre des deux principes ne bénéficie d'une réalisation adéquate²⁰⁴.

111. Comme chez Dworkin, les droits subjectifs peuvent, suivant leur structure normative, appartenir à la catégorie des règles, des principes, ou contenir une combinaison de normes de chacun de ces types. La place de la proportionnalité demeurera toutefois essentielle dans la majorité des cas de conflits de normes. Tout d'abord, la conception des principes comme des exigences d'optimisation mène à considérer la grande majorité des droits fondamentaux comme des principes : des prérogatives non pas limitées aux circonstances précises déterminées par leur définition, mais dotées d'un potentiel de réalisation étendu et toujours améliorable (v. *infra*, p. 71). Ensuite, M. Alexy rejette la distinction établie par Dworkin entre les principes fondés sur un impératif déontologique et les *policies* fondées sur la poursuite utilitariste de bénéfices collectifs : un principe peut être lié à des intérêts collectifs s'il « exige la création ou l'entretien d'un état des affaires qui satisfasse certains critères, plus étendus que la mise en œuvre ou la satisfaction de droits individuels, dans la plus grande mesure légalement et factuellement possible »²⁰⁵. Rien ne s'oppose donc à la pesée relative d'un intérêt collectif contre un droit individuel, *a fortiori* lorsque ce contrôle de proportionnalité est prévu dans le cadre d'une clause expresse de limitation qui reconnaît l'intérêt collectif comme un motif valide d'atteinte au droit considéré²⁰⁶. Une telle affirmation relativise la primauté du droit sur l'intérêt collectif, qui n'est plus un produit direct de leur différence de nature. Cette primauté s'exprimera alors, le cas échéant, dans le cadre de la pesée plutôt que contre elle (v. *infra*, p. 174).

112. Une telle conception des droits comme principes, comme exigences d'optimisation, représente un changement de paradigme radical par rapport à la conception syllogistique du droit. Dans le raisonnement catégorique classique, les droits et les principes fondamentaux constituent des catégories juridiques, des abstractions aux contours prédéfinis mais imparfaitement connus, dont l'office du juge consiste à lire toujours plus précisément la définition pour classer les situations par voie d'interprétation qualifiante. Au contraire, **dans un raisonnement proportionnaliste, le jugement ne vise pas à spécifier les bornes du champ d'application d'un droit ou d'un principe, celui-ci se concevant comme largement ouvert et toujours susceptible d'optimisation. Il s'agit, un empiétement dans ce champ étant constaté, d'en interroger les justifications et la rationalité.** Là se trouve le lien avec la conception contemporaine de l'État de droit que certains auteurs appellent « culture de la justification ».

203 *Ibid.* : « *The principles of necessity and suitability follow from the nature of principles are optimization requirements relative to what is factually possible.* [emphasis dans le texte] »

204 *Ibid.*, p. 67-68.

205 *Ibid.*, p. 65 : « *That a principle relates to such collective interests means that it requires the creation or maintenance of states of affairs which satisfy certain criteria, broader than the enforcement or satisfaction of individual rights, to the greatest extent legally and factually possible.* »

206 *Ibid.*, p. 84-86.

B. L'expression d'une « culture de la justification »

113. S'il est admis de longue date que le principe de proportionnalité trouve l'un de ses fondements dans celui de l'État de droit, la nature exacte de ce lien n'est pas toujours clairement identifiée. Fréquemment, la proportionnalité est mentionnée dans une énumération des corollaires de l'État de droit matériel, davantage pour appréhender ce dernier concept que pour fonder la proportionnalité elle-même²⁰⁷. Le lien peut toutefois être trouvé dans l'idée que l'État de droit exige des autorités publiques qu'elles appuient l'exercice de leurs prérogatives sur des justifications concrètes, exigence qui se concrétise par l'application du principe de proportionnalité.

114. En 1994, dans un célèbre commentaire du *Bill of Rights* temporaire de 1993, le juriste sud-africain Etienne Mureinik opposait le nouveau régime à celui de l'Apartheid, qu'il qualifiait de « culture de l'autorité ». « Si la nouvelle constitution est un pont qui nous éloigne d'une culture de l'autorité, alors la direction vers laquelle ce pont doit mener est claire. Il doit mener à une culture de la justification – une culture au sein de laquelle il est attendu de tout exercice du pouvoir qu'il soit justifié ; au sein de laquelle la direction choisie par le gouvernement s'appuie sur la pertinence des arguments qu'il présente pour défendre ses décisions, et non sur la peur qu'inspire la force avec laquelle il commande. Le nouvel ordre doit être une communauté fondée sur la persuasion, non sur la coercition. »²⁰⁸

115. Si les termes de Mureinik, très forts, évoquent d'abord l'opposition classique entre État de police et État de droit, ils invitent aussi à envisager une dichotomie plus subtile entre deux modes complémentaires de légitimation de la décision publique. Comme l'écrivent MM. Cohen-Eliya et Porat, « lorsque nous justifions une décision, nous le faisons souvent, non seulement en fournissant des raisons substantielles à son appui, mais aussi en exposant pourquoi nous, plutôt qu'un autre, sommes autorisés à prendre cette décision »²⁰⁹. La légitimation de la décision par la compétence matérielle de son auteur n'a, en soi, rien de choquant dans un État de droit, si tant est que cette autorité soit bien juridiquement établie. Elle n'a *a priori* rien d'incompatible avec la garantie judiciaire des libertés : dans un raisonnement syllogistique, le juge établira si l'acte qui lui est soumis enfreint ou non les limites du droit invoqué et en déduira la compétence ou l'incompétence de l'auteur²¹⁰. Tel est également le fondement de la « marge d'appréciation » reconnue à l'autorité

207 FROMONT M., « République fédérale d'Allemagne. L'État de droit », *RDP*, 1984, p. 1203-1226 ; HEUSCHLING L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 155 ; SILKENAT J.R., J.E. HICKEY, et P.D. BARENBOIM (dir.), *The Rule of Law and Legal State Doctrines as a Methodology of the Philosophy of Law*, Springer, 2014 ; JOUANJAN O., « État de droit », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*.

208 MUREINIK E., « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », *South African Journal on Human Rights*, 1994, vol. 31, p. 10, cité par COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « Proportionality and the Culture of Justification », *The American Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 59, n° 2, p. 474-475 : « If the new constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification – a culture in which every exercise of power is expected to be justified ; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defense of its decisions, not the fear inspired by the force at its command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion. »

209 COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « Proportionality and the Culture of Justification », *op. cit.*, p. 475 : « When we justify a decision, we often justify it not only in terms of its substantive reasons but also in terms of why we, rather than someone else, are authorized to make it. »

210 V. en ce sens RIVERS J., « Proportionality and variable intensity of review », *op. cit.*, qui oppose le contrôle de proportionnalité britannique, fondé sur la distribution des compétences entre les autorités publiques, au modèle continental fondé sur l'optimisation de l'effectivité des droits.

contrôlée dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Toutefois, la logique de la proportionnalité postule que le fondement de la compétence légale, s'il est indispensable, est généralement insuffisant. Dans une culture de la justification, l'élément essentiel de la légitimité et de la légalité de l'action publique s'exprime « en termes de "pertinence" et d'aptitude à la "persuasion", c'est-à-dire en termes de rationalité et de caractère raisonnable »²¹¹. Une connexion distante peut alors être perçue avec le rationalisme libéral qui se trouve au fondement de l'État de droit²¹² et qui en inspire tant les dimensions formelle (par la répartition légale et constitutionnelle des pouvoirs) que matérielle (notamment par la personnification de l'État, l'inscription de la garantie des droits dans les normes régissant l'action des autorités et leur soumission au contrôle juridictionnel public). **Dans la perspective d'une culture de la justification, la proportionnalité vise à assurer la concrétisation effective de l'idéal rationaliste auquel renvoie le standard abstrait de l'État de droit.** Elle en exprime la dimension empirique.

116. Ainsi comprises, la culture de la justification et la conception des droits comme des exigences d'optimisation apparaissent comme les deux faces d'une même pièce. La culture de la justification n'a pas de sens si les raisons concrètes de l'acte d'autorité ne peuvent être interrogées que dans le cadre d'un débat politique extra-juridique. Elle appelle en ce sens un mode de contrôle juridictionnel qui dépasse la question de la seule compétence matérielle *a priori*. La proportionnalité du modèle des principes fournit un tel cadre²¹³. Réciproquement, la conception des droits comme des principes se trouve renforcée par la culture de la justification, qui lui fournit, en la liant à l'État de droit, un fondement juridique au-delà de l'intérêt de la modélisation intellectuelle.

117. De leur combinaison, il résulte que le contenu du principe de proportionnalité peut s'exprimer comme une obligation imposée aux autorités publiques. Celles-ci sont tenues d'optimiser la garantie des droits en fondant la nature et la mesure de leur action sur des justifications raisonnables et adéquates soumises au contrôle du juge. Le champ de cette obligation est particulièrement large, puisqu'il couvre l'ensemble des potentialités de jouissance des droits et libertés concernés. En outre, parce que cette obligation découle pour partie de l'État de droit, et parce qu'elle vise à contester l'argument d'autorité qui fonderait la légalité de la décision sur la seule compétence matérielle de son auteur, elle a vocation à lier individuellement chaque autorité publique quels que soient la source et l'étendue de ses pouvoirs. Les droits-principes et la culture de la justification constituent donc, ensemble, le fondement de la transversalité verticale du principe de proportionnalité, dont il convient à présent d'étudier les conséquences.

211 COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « Proportionality and the Culture of Justification », *op. cit.*, p. 475 : « *The crucial component in the legitimacy and legality of growing governmental action is that it is justified in terms of its "cogency" and its capacity for "persuasion", that is, in terms of its rationality and reasonableness.* » Les termes entre guillemets intercalés renvoient à MUREINIK E., « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », *op. cit.*

212 JOUANJAN O., « État de droit », *op. cit.*

213 Cette affirmation ne tient toutefois que si l'on admet que le test de proportionnalité constitue bien un mode de raisonnement à part, et non un tryptique de syllogismes basé sur les majeures de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict. On reviendrait en ce cas, quoique par une voie détournée, à un raisonnement catégorique en termes de compétence. Sur ce point, v. MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, France, Institut universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », 2014, p. 137 et s.

II. L'optimisation verticale des droits

118. Si la méthode de la proportionnalité découle de la nature des principes juridiques, conçus comme des exigences d'optimisation, cela signifie que sa mise en œuvre n'est pas limitée aux conflits naissant entre principes fondamentaux au niveau supra-législatif. Au contraire, la proportionnalité aura vocation à intervenir toutes les fois qu'une autorité publique agira en exercice d'une compétence discrétionnaire. La proportionnalité remplit alors une fonction de « contestation socratique », en ce qu'elle mène à interroger point par point l'auteur d'une décision sur son raisonnement²¹⁴. Par ailleurs, lorsque la compétence d'une autorité donnée est déterminée par un arbitrage d'une autorité supérieure dans lequel entrent en jeu des principes susceptibles d'optimisation, cet arbitrage lui-même, en tant que décision d'optimisation, est également soumis à la proportionnalité²¹⁵. Pour autant, le principe ne peut s'appliquer indifféremment à tous les échelons du pouvoir. La prise de décision elle-même est tributaire du champ de compétence particulier de l'autorité concernée ainsi que des éléments factuels qu'elle est appelée à connaître.

119. Concevoir les principes comme exigences d'optimisation signifie également que la prise de décision et sa rationalité s'entendent nécessairement au cas par cas, en fonction des spécificités de chaque espèce. C'est pourquoi l'optimisation se comprend d'abord comme une opération spéciale et ponctuelle (B). Toutefois, cette optimisation spéciale ne s'exerce que dans un cadre normatif (formel et matériel) lui-même établi par la loi ou le règlement, et qui est lui-même le produit d'une opération d'optimisation. L'activité normative du législateur et de l'autorité réglementaire les amène donc également à trancher des situations de concurrence entre principes. La portée générale des normes concernées signifie que l'obligation d'optimisation s'applique à ce niveau de manière continue (A).

A. L'optimisation générale

120. Dans le cadre de leur activité normative, le législateur comme l'autorité réglementaire sont amenés à créer les conditions pour la mise en œuvre effective de droits et d'autres principes. Parce que leur compétence est générale, la proportionnalité n'intervient qu'indirectement dans son exercice. Il ne s'agit pas pour eux de trancher un cas situé dans sa particularité, mais de prendre en considération des situations potentielles et futures susceptibles d'être affectées par l'application de la norme édictée. En d'autres termes, la violation de la proportionnalité intervient à ce niveau si la norme législative ou réglementaire est susceptible, par son application régulière à certaines situations entrant dans son champ, de mener à des résolutions manifestement disproportionnées.

214 KUMM M., « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, n° 2, p. 152-157.

215 V. par exemple CEDH (Plén.), 6 sept. 1978, *Klass c. Allemagne*, req. n° 5029/71. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que le contrôle de la régularité d'écoutes judiciaires pouvait être confiée à une autorité non judiciaire. Elle « estime souhaitable que le contrôle soit confié à un juge », mais elle « constate [...] que l'exclusion du contrôle judiciaire ne transgresse pas les limites de ce qui peut passer pour nécessaire dans une société démocratique », car les autorités qui se sont vues confier le contrôle sont « indépendant[e]s des autorités qui procèdent à la surveillance » et « investi[e]s de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent ». L'objet du contrôle est une répartition de compétences, mais il est fondé sur le critère de « nécessité dans une société démocratique » et tend à vérifier si l'atteinte au principe du contrôle judiciaire est suffisamment justifiée et dépourvue d'excès. C'est donc un contrôle de proportionnalité.

L'excès peut alors tenir soit à l'étendue du champ d'application de la norme, soit au régime ou à la sanction qu'elle y fait correspondre.

121. Dans un premier cas de figure, **le champ d'application de la norme générale peut être excessif parce qu'il couvre des cas sans lien avec les finalités déclarées du texte.** Dans cette hypothèse, une sanction ou un régime juridique donné est élaboré pour répondre à un corps de situations auxquelles il est effectivement adapté, mais son champ est étendu à des cas-limites pour lesquels la justification ne tient plus. Tel était le cas, par exemple, lorsque le législateur français a entendu étendre le régime des infractions terroristes au délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France. Le Conseil constitutionnel avait considéré que cette disposition était entachée d'une disproportion manifeste, aux motifs « *qu'à la différence des infractions [terroristes] énumérées à l'article 421-1 du code pénal, l'article 21 incrimine non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière ; que ce comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ; qu'au demeurant lorsque cette relation apparaît, ce comportement peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs* »²¹⁶. De même, la norme générale peut être entachée de disproportion par une mauvaise distribution des compétences, parce qu'elle permet la réalisation d'atteintes aux libertés potentiellement justifiables, mais sans les délimiter suffisamment ou en les confiant à une autorité qui ne présente pas les garanties suffisantes. Le Conseil constitutionnel a ainsi constaté l'inconstitutionnalité d'une loi autorisant la visite de véhicules par les officiers de police judiciaire, la censure étant prononcée « *en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils seraient susceptibles de donner lieu* »²¹⁷.

122. **La disproportion peut aussi apparaître lorsque le champ d'application de la norme générale est bien restreint aux situations visées, mais que le régime ou la sanction prévu est inapproprié ou excessif.** Tel est le cas lorsque le Conseil constitutionnel considère « *qu'en prescrivant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne en violation des dispositions de l'article L. 111 du Livre des procédures fiscales sera, en toute hypothèse, égale au montant des revenus divulgués, l'article 92 de la loi de finances pour 1988 édicte une sanction qui pourrait, dans nombre de cas, revêtir un caractère manifestement disproportionné* »²¹⁸. Comme dans les cas précédents, la disproportion n'est pas constatée par

216 Cons. Const., décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, §8 : AJDA 1997, p. 86, note TEITGEN-COLLY et LAFERRIÈRE ; D. 1997, p. 69, note MERCUZOT.

217 Cons. Const., décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, §5 : RDP 1978, p. 821, note FAVOREU ; D. 1978, p. 173, note LÉAUTÉ ; GAÏA P., R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 471.

218 Cons. const. 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, n° 87-237 DC, §16 : *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 174, note AVRIL et GICQUEL ; RDP 1989, n° 2, p. 399, chron. FAVOREU. Déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, *Loi de finances*

l'examen empirique, analytique ou prédictif, d'une situation individuelle, mais par la prévision logique de situations potentielles à l'échelle de l'ensemble de la norme. C'est dans la continuité (d'une borne à l'autre) du champ d'application que les disproportions éventuelles sont recherchées.

123. Cela ne signifie pas pour autant que toute disproportion virtuellement envisageable suffit à disqualifier une norme donnée. Cela reviendrait à exiger une extrême précision de la loi, dont les défauts peuvent être compensés par voie d'interprétation, et à lier totalement les mains des autorités l'appliquant, ce qui serait peu compatible avec la conception moderne de l'État de droit. Le juge constitutionnel se contente donc de censurer les disproportions manifestes et, en dehors de ces cas, estime « *qu'il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations* » mises en place²¹⁹. Ainsi, pour l'application d'un même principe au regard d'un même texte, le contrôle de proportionnalité est distribué entre les autorités concernées en fonction du degré de généralité de leur compétence. Plus le domaine de compétence d'une autorité donnée sera restreint et spécialisé, plus sa mission d'optimisation le sera.

B. L'optimisation spéciale

124. L'arbitrage du législateur ou de l'autorité réglementaire qui confie une compétence discrétionnaire à telle autorité pour adopter telle mesure attentatoire aux libertés ne peut servir de raison suffisante pour retenir la légalité de cette mesure : encore faut-il qu'elle soit justifiée de manière concrète et circonstanciée, au regard de la situation spécifique à laquelle elle répond²²⁰. Telle est la fonction de l'optimisation spéciale, qui relève du juge et de l'autorité administrative ou judiciaire, à l'occasion de l'adoption et, le cas échéant, du contrôle de la mesure adoptée. À nouveau, la mise en œuvre de la proportionnalité peut revêtir divers aspects, en fonction de l'étendue du champ de décision laissé à l'autorité concernée.

125. Le juge peut tout d'abord être amené à raisonner en proportionnalité en dehors de ses pouvoirs de contrôle, lorsqu'il détient la compétence exclusive pour prendre une décision donnée. Tel est le cas, par exemple, lorsque le juge pénal est amené à choisir une peine à prononcer parmi celles encourues par la personne condamnée. Sa décision est alors enchâssée dans un examen de proportionnalité, suivant les termes dictés par le législateur. Ainsi l'article 130-1 du Code pénal impose-t-il au juge, lors du choix de la peine, de rechercher un point d'équilibre (optimal) entre « *la protection de la société* », la « *préven[tion] [de] la commission de nouvelles infractions* », la « *restaur[ation] [de] l'équilibre social* », « *le respect des intérêts de la victime* », la « *[sanction de] l'auteur de l'infraction* » et « *son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». De même

pour 1998, §39 : RFDC 1998, n° 33, p.160, note LOÏC.

219 Cons. Const., décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, §10 : AJDA 1993, p. 815, note WACHSMANN ; LPA 5 janv. 1994, note MATHIEU ; RFDC 1993, p. 835, note FAVOREU.

220 Il serait possible d'objecter que, par hypothèse, si la loi est le produit d'une optimisation proportionnaliste au niveau législatif, alors toutes les décisions compatibles avec ses dispositions sont nécessairement elles-mêmes proportionnées. Cela reviendrait toutefois à dire que la décision spéciale est proportionnée parce qu'elle est adoptée par une autorité agissant dans le cadre de sa compétence légale, donc à confondre un raisonnement catégorique fondant la légalité sur la compétence matérielle *a priori* avec le raisonnement proportionnaliste qui a justement pour fonction d'y apporter un contrepois.

l'article 144 du Code de procédure pénale impose au juge des libertés et de la détention, lorsqu'il envisage de prononcer ou de prolonger la détention provisoire d'une personne mise en examen, de s'assurer qu'il « *est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure* », que cette mesure « *constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs* » prévus par le texte²²¹ « *et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique* ».

126. Au-delà des directives du législateur, à défaut de telles indications, voire à leur encontre, le juge peut également être amené à raisonner en proportionnalité par application directe à l'espèce d'une norme de droit international. Tel était le cas lorsque, dans son célèbre arrêt du 4 décembre 2013, la Première chambre civile de la Cour de cassation a estimé, au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que « *le prononcé de la nullité* » d'un mariage incestueux « *revêtait, à l'égard de [l'épouse], le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* »²²².

127. Dans une seconde configuration, une autorité non juridictionnelle prend une décision soumise à une condition de proportionnalité. L'éventuel contrôle juridictionnel de la mesure inclura alors un examen de proportionnalité, mais même avant ou en l'absence de toute démarche contentieuse, l'acte de l'autorité compétente sera supposé être le produit d'une forme d'optimisation. Ce cas de figure, né du développement du contrôle juridictionnel en matière de police administrative, ne se limite pas à l'œuvre prétorienne. Le législateur ne manque pas de soumettre expressément la légalité de divers actes non juridictionnels à des conditions de justification et d'équilibre. Par exemple, un officier de police judiciaire qui décide de placer une personne en garde à vue n'agit légalement que si cette mesure est « *l'unique moyen* » d'atteindre l'un des buts mentionnés à l'article 62-2 du Code de procédure pénale²²³ – et il a donc toutes les raisons de s'en assurer avant d'agir. De même, la loi du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* permet à l'autorité préfectorale d'établir un « *périmètre de protection* » « *au sein duquel l'accès et la circulation des personnes sont réglementés* » « *afin d'assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement exposé à un risque d'actes de terrorisme* », ainsi

221 Ces objectifs sont : « 1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ; 2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; 3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ; 4° Protéger la personne mise en examen ; 5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ; 6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ; 7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle. »

222 Cass. Civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066 : RTD Civ. 2014, pp. 88-89, note HAUSER ; Lamy Droit civil 2014, n° 112, pp. 43-46, note DEKEUWER-DÉFOSSEZ

223 D'après ce texte, la garde à vue « doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit. »

que de « *prononcer la fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes* ». Dans un cas comme dans l'autre, la loi précise non seulement quel but ces mesures doivent viser, mais également que leur étendue et leur durée doivent être « *proportionnée[s]* »²²⁴.

128. **Conclusion du paragraphe.** En fin de compte, si l'on conçoit la proportionnalité comme une méthode de résolution des conflits entre principes, la transversalité verticale apparaît moins comme un paramètre modulable de sa mise en œuvre que comme une conséquence directe de sa définition. D'une part, la notion de principe, dans les acceptions de Dworkin et de M. Alexy comme dans celles qui en sont dérivées, décrit la structure déontique d'un type de norme indifféremment de sa valeur hiérarchique. Une norme peut donc être classée comme principe et appeler une application par la proportionnalité, sans qu'il soit besoin qu'elle trouve sa source dans un *corpus* supra-législatif. Tel est le cas des critères de personnalisation de la peine prévus par l'article 130-1 du Code pénal : ils trouvent leur source dans un texte législatif qui les formule comme des objectifs concurrents entre lesquels le juge est chargé de trouver un équilibre. D'autre part, tout conflit de principes apparaissant à un échelon donné de la hiérarchie des normes rejaille nécessairement sur tous les autres échelons où ces principes sont susceptibles d'application ou d'interprétation. Chaque autorité qui, dans l'exercice d'une compétence discrétionnaire, est amenée à appliquer les principes en conflit, est tenue d'en optimiser la réalisation – sans quoi elle méconnaît leur nature en tant que principes. L'obligation d'optimisation n'est limitée, pour chaque autorité, que par l'étendue de sa compétence et par la qualité des informations dont elle dispose quant à ses moyens et ses fins. La notion d'optimisation repousse ainsi les frontières de la proportionnalité comme des droits dont elle porte l'application, ce qui se comprend non seulement dans leur dimension verticale, mais également dans l'horizontale.

§2. La transversalité horizontale

129. La logique proportionnaliste de l'optimisation postule que les droits ne sont pas des catégories rigides et strictement délimitées, mais des champs étendus, susceptibles de se recouper et d'être contrariés sans que cela entraîne exception ou invalidation de la norme appliquée. Cela signifie, horizontalement, une extension du champ d'application des droits protégés et, mécaniquement, de la proportionnalité (I). Toutefois, cette extension ne peut se faire qu'au détriment d'autres modes de résolution des conflits de normes et la logique de l'optimisation peut tendre au maximalisme, faisant craindre une uniformisation abusive du raisonnement juridique (II).

224 Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, art. 1 (périmètre de protection) et 2 (fermeture de lieux de culte). Bien entendu, l'effectivité de ces garanties peut paraître douteuse. Sans un contrôle juridictionnel sévère incitant l'autorité préfectorale à faire un usage parcimonieux de ses prérogatives, la proportionnalité risque d'être un vœu pieux, *a fortiori* lorsqu'elle est inscrite de manière anecdotique et en des termes si généraux. Les présents développements, toutefois, ne visent pas à affirmer que la proportionnalité est effectivement appliquée de manière satisfaisante dans toutes les matières concernées. Il s'agit simplement de souligner qu'en tant que principe général, elle a vocation à intervenir à tous les échelons de la hiérarchie normative et institutionnelle, ce à quoi tend la lettre de la loi citée.

I. L'extension du champ d'application des droits

130. D'une manière qui peut sembler paradoxale, dire que la proportionnalité étend le champ d'application des droits ne signifie pas pour autant qu'elle les rend plus effectifs. La logique de l'optimisation repose en effet sur une définition particulière du champ d'application, qui s'en trouve reconfiguré. En apparence au moins, les droits détenus par les personnes sont étendus (A), tout comme les obligations qui en découlent pour les autorités débitrices (B).

A. L'extension des droits détenus

131. Considérer les droits fondamentaux comme des principes, au sens d'exigences d'optimisation, mène à adopter une conception ouverte et extensive de leurs délimitations.

132. D'abord, l'interprétation des droits ne se contente plus d'une opposition binaire entre les deux champs fermés de l'exercice légal d'un droit et des limites excluant son application. La logique de la proportionnalité mène à considérer un troisième ensemble, celui des « atteintes » au droit examiné, susceptibles d'être permises ou prohibées en fonction de la rationalité de leurs justifications circonstanciées. Mais cet ensemble, les « atteintes », ne couvre pas de nouvelles situations qui, dans un modèle binaire, échapperaient aux deux autres catégories. Il s'agit simplement de tous les cas dans lesquels le contrôle de proportionnalité est voué à intervenir, sans que la situation ait encore été tranchée. La partie demanderesse dispose alors d'un « droit *a priori* » (« *prima facie right* »), auquel il est constaté une atteinte, « *a priori* prohibée » (« *prima facie prohibited* »)²²⁵. Le droit *a priori* est encore un droit virtuel : il ne donne directement lieu qu'à un examen de la situation, au terme duquel, si l'atteinte est disproportionnée, il deviendra un droit « définitif »²²⁶ ou « réalisé »²²⁷. Le « droit *a priori* » empiète donc en partie sur les deux catégories de situations tranchées que sont l'exercice légal et la limite. Le champ d'application d'un droit donné ne concerne alors plus seulement les cas où ce droit est définitivement acquis, à l'intérieur de ses limites, mais aussi tous les cas où le droit est simplement potentiel. **L'atteinte fait partie du champ d'application de l'exigence d'optimisation : le droit est plus étendu, mais il est aussi moins dense dans sa dimension impérative.**

133. Ensuite, l'optimisation se comprend comme une approche dynamique, constructive et continue dans le temps : la garantie des droits n'est pas enserrée dans les limites tracées par les compromis déjà établis, elle est au contraire susceptible d'évoluer avec les situations. La proportionnalité favorise donc une conception étendue du champ des droits protégés. D'une part, le seuil d'entrée est particulièrement abaissé : « Tout ce qui présente au moins une caractéristique qui, prise isolément, suffirait à faire entrer l'espèce dans le champ du droit considéré produit cet effet,

225 ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 196-200 ; BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 37-42.

226 ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 198 ; BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 37-42.

227 BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 40. M. Barak utilise un vocabulaire légèrement différent en ce qui concerne les droits garantis par la Constitution : il estime que ceux-ci sont bien « définitifs » dès leur inscription constitutionnelle, mais sont susceptibles de « limites » légales qui n'affectent pas leur champ d'application mais leur « réalisation » concrète. Du point de vue structurel qui intéresse le champ de notre étude, toutefois, le mécanisme reste sensiblement le même que dans la conception de M. Alexy.

indifféremment des autres caractéristiques présentes. »²²⁸ D'autre part, le franchissement de ce seuil doit être facilité par une interprétation généreuse : « Dans la marge sémantique laissée par les concepts définissant le champ d'application [du droit considéré], des interprétations larges doivent être adoptées. »²²⁹

134. Les justifications proposées au soutien de cette approche sont de deux ordres. Il s'agit en premier lieu d'un problème de cohérence théorique. Toute conception restrictive du champ d'application des droits s'appuie nécessairement sur un raisonnement catégorique, par la définition de frontières fixes séparant le domaine protégé de celui qui ne l'est pas. Or, la proportionnalité s'opposant précisément à l'interprétation catégorique, il peut paraître illogique d'avoir recours à la seconde pour délimiter le champ d'action de la première²³⁰, en recréant ainsi, en marge de la proportionnalité, un effet de seuil qu'elle vise à éviter²³¹. En second lieu, **la proportionnalité se fonde sur l'idée d'un socle commun des droits fondamentaux : un droit général, innommé, à la dignité ou à l'autonomie, qui explique la place de la proportionnalité comme principe formel dans la mise en œuvre des droits nommés.** Ce dernier raisonnement procède ou découle systématiquement d'une assimilation presque totale entre la notion de « droit *a priori* » et celle d'intérêt. En ce sens, M. Möller soutient « qu'il existe un droit général à l'autonomie personnelle, c'est-à-dire un droit à tout ce qui, dans la perspective de l'agent et de sa conception de soi, est dans son intérêt »²³². Dans un esprit similaire, M. Beatty propose de repenser l'ensemble des droits et libertés comme des applications particulières de la proportionnalité : « Et si non seulement la liberté et l'égalité, mais tous les droits pouvaient être réduits à un cadre analytique commun ? Et si tous les droits [...] étaient toujours évalués exactement de la même manière ; [...] tous des variations sur le même thème ? »²³³ Cet attachement à une unité ontologique des droits est intimement liée à l'idée que la proportionnalité est porteuse d'un pragmatisme vertueux : la méthodologie universelle souhaitée par M. Beatty permettrait selon lui un traitement concret des espèces, qui prenne en compte autant de paramètres pertinents que possible. « Tester la légitimité de toute l'action étatique selon une mesure commune de proportionnalité, peu importe quel droit ou liberté est en jeu, signifie que tout le processus de contrôle est consacré à obtenir une image des faits aussi fidèle que possible dans chaque cas. Plutôt que d'agir comme un commentateur du texte ou un philosophe-roi, le rôle du juge est de mener une évaluation critique de tous les éléments de preuve portés à son attention afin d'obtenir l'estimation la plus fine de ce que pensent réellement les parties. »²³⁴

228 ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 210 : « Everything which has at least one characteristic, which – viewed in isolation – would suffice to bring the matter within the scope of the relevant right, does so, regardless of what other characteristics it has. »

229 Ibid. : « Within the semantic leeway of the concepts defining the scope, wide interpretations are to be adopted. » Comp. BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 69-72 ; MÖLLER K., *The global model of constitutional rights*, op. cit., p. 74-79.

230 ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 202-210.

231 MÖLLER K., *The global model of constitutional rights*, op. cit., p. 74-77.

232 Ibid., p. 73 : « There exists a general right to personal autonomy, that is, a right to everything which, judged from the perspective of the agent's self-conception, is in his interest. »

233 BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004, p. 116 : « What if not just liberty and equality, but all rights can be reduced to a common analytical framework ? What if all rights – positive, negative, individual, and group, first, second, and third generation – were always evaluated in exactly the same way ; liberty, equality, and fraternity all variations on the same theme ? »

135. Il conviendra de nuancer cette approche, qui paraît ouvrir la voie à une extension sans limite du pouvoir prétorien. Elle présente toutefois l'avantage de fournir une explication cohérente à l'extension du champ des droits telle qu'elle se constate dans le domaine jurisprudentiel. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme retient régulièrement, depuis l'arrêt *Tyrer* du 25 avril 1978, que la Convention est « *un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles* »²³⁵ pour signifier, dans un sens progressiste, que les évolutions sociétales européennes entraînent un accroissement des attentes en matière de protection des libertés dont le juge doit tenir compte dans son interprétation. La formule peut aisément s'expliquer dans une perspective proportionnaliste telle que décrite ci-dessus. Selon une telle lecture, il sera admis que les droits garantis par la Convention consistent, pour les États parties, en des obligations d'optimisation qui découlent d'un « droit à tout » plus général et indéfini et qui doivent être mises en œuvre dans toute la mesure du possible. Il paraît alors cohérent d'apprécier le poids des droits et des atteintes en présence, non selon des limites figées pour l'avenir à une date donnée (de rédaction, de signature ou de ratification de la Convention, par exemple), mais en tenant compte du contexte général dans lequel ces droits s'inscrivent. La contrepartie de cette extension étant que le poids normatif du droit ainsi largement interprété sera variable et, dans beaucoup de situations, que son effectivité demeurera virtuelle là où, sous la dichotomie légalité/exception, l'applicabilité du même droit aurait été exclue *ab initio*.

136. Ainsi, mécaniquement, la logique de l'optimisation reconfigure le champ d'application des droits par un mouvement de balancier. D'abord, elle favorise le règlement d'un très grand nombre de situations sous le modèle de la proportionnalité. Ensuite, elle mène à admettre qu'un principe peut être applicable sans que la solution qu'il commande soit adoptée. Les deux mouvements sont indissociables, car ils découlent tous les deux de la structure normative des principes qui constitue le postulat de départ. Comme dans la dichotomie légalité/limite, la prétention du détenteur d'un droit peut toujours être rejetée, mais ce rejet interviendra moins souvent à l'étape préalable d'identification des droits en présence et sera repoussé au moment du contrôle de proportionnalité. Ce mécanisme de report s'observe également dans la détermination des obligations nées des droits ainsi compris.

B. L'extension des obligations nées des droits

137. Tout comme la délimitation des droits est affectée par la théorie de la proportionnalité du point de vue de leur créancier, la perspective des autorités débitrices est également modifiée. Dans la dynamique de la proportionnalité décrite par M. Alexy, les principes ne peuvent ni être pleinement satisfaits, ni se voir fixer pour l'avenir un niveau de satisfaction qui serait arbitrairement

234 *Ibid.* : « *Testing the legitimacy of all state action against a common measure of proportionality, no matter what right or freedom is at stake, means the whole focus of the review process is dedicated to trying to get as true a picture of the facts as is possible in every case. Rather than acting as an expositor of text, or a philosopher-king, the job of the judge is critically to evaluate all the evidence that is brought to his or her attention in order to get the most accurate assessment of what the parties really think.* »

235 CEDH (ch.), 25 avr. 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72 : *Cah. dr. eur.* 1979, p. 471, obs. COHEN-JONATHAN ; *Rev. dr. int. dr. comp.* 1978, p. 411, obs. MARCUS-HELMONS ; *Ann. fr. dr. int.* 1980, p. 400, obs. PELLOUX ; *JDI* 1980, p. 457, obs. ROLLAND.

désigné comme adéquat. Ils doivent au contraire être « optimisés », réalisés « dans la plus grande mesure possible »²³⁶. **Les autorités publiques ne sont donc a priori pas seulement tenues à des obligations de non-ingérence : elles doivent s'efforcer de créer les conditions propices à la pleine jouissance des droits et libertés garantis.**

138. La proportionnalité apparaît donc comme compatible, voire comme un moteur, vis-à-vis du développement des obligations positives de protection à la charge des autorités publiques²³⁷. Elle en constitue à la fois un des fondements théoriques, mais aussi un cadre méthodologique. Ainsi, dans l'arrêt *Osman* du 28 octobre 1998, la Cour européenne des droits de l'homme admet que le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention « *astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction* », ce qui implique dans certaines circonstances « *l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui* »²³⁸. Toutefois, cette obligation n'est pas illimitée : « *Pour la Cour, [...] il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation.* »²³⁹ L'obligation positive de protection n'est donc pas bornée par des critères fixes et définis abstraitement, mais en fonction d'une appréciation circonstanciée de ce qui est concrètement possible, à la fois d'un point de vue factuel (« *l'imprévisibilité du comportement humain* », « *les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources* ») et d'un point de vue juridique (« *la nécessité de s'assurer que la police exerce son pouvoir [...] en respectant pleinement les voies légales et autres garanties qui limitent légitimement l'étendue de ses actes* »)²⁴⁰. L'idée que la protection du droit à la vie doit être aussi étendue que possible est renforcée par la façon dont la Cour formule la règle de répartition de la charge de la preuve : « *Il suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance.* »²⁴¹ **Sous son versant positif, le droit à la vie prend donc la forme d'une exigence d'optimisation qui se traduit en une obligation de moyens.**

139. La même ligne de pensée peut être déroulée plus loin, d'une manière qui est déjà préfigurée par l'arrêt *Osman*. Comme dans cette espèce, l'obligation positive de protection est bien souvent une obligation de protéger le détenteur d'un droit contre les agissements d'autres personnes privées.

236 ALEX Y R., *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 47 : « Principles are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities. » [emphasis dans le texte]

237 Il s'agit ici essentiellement des obligations positives matérielles, imposant la mise en place de mesures concrètes de protection et de législations appropriées. Les obligations positives procédurales, qui imposent aux autorités publiques la charge de mener des investigations entourées des garanties suffisantes en cas de violation des droits protégés, sont davantage structurées comme des ensembles de règles catégoriques. Dans le même sens : VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 169 et s.

238 CEDH (Gr. ch.), 28 oct. 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, n° 23452/94, §115 : JCP G. 1998, I, n° 105, obs. SUDRE.

239 *Ibid.*, §116.

240 *Ibid.*

241 *Ibid.*

En effet, même si la proportionnalité est essentiellement conçue comme un mode de règlement de conflits asymétriques, entre un droit atteint dans le domaine privé et une finalité publique justifiant une interférence, le modèle des droits-principes ne présuppose pas cette asymétrie. La proportionnalité n'y est que le mode de résolution des situations de concurrence entre plusieurs normes de type « principe », peu important que ces principes servent un intérêt public ou privé. **Tout droit individuel ou collectif qui revêt la structure d'un principe peut donc être compris comme relevant de deux natures complémentaires. Il est, d'une part, une prérogative subjective du détenteur du droit que celui-ci peut opposer, en cas de conflit, aux autorités publiques comme aux autres personnes privées. Il est, d'autre part, une exigence d'optimisation objective pesant sur les autorités publiques compétentes qui, lorsqu'elles élaborent son encadrement normatif, doivent le faire en respectant les règles de la proportionnalité.** Cette double nature permet, dans une perspective proportionnaliste, de tracer le lien entre les obligations positives de protection et l'application horizontale des droits. Un conflit entre deux personnes privées invoquant des droits fondamentaux en concurrence se comprend alors comme un rapport tripartite entre, d'une part, les parties privées se prévalant de la dimension subjective de leurs droits et, d'autre part, les autorités publiques tenues à l'optimisation des mêmes droits dans leur dimension objective.

140. Ce rapport tripartite est partiellement masqué par les intérêts publics en présence lorsque la solution du conflit privé repose sur la prise en compte d'impératifs qui dépassent la relation interindividuelle. Tel était par exemple le cas dans l'arrêt *Wretlund c. Suède* du 9 mars 2004. La requérante était employée comme agent de propreté au sein d'une centrale nucléaire gérée par une entreprise privée. Elle avait été tenue de se soumettre, comme l'ensemble du personnel, à un test triennal de dépistage de drogues et d'alcool par analyse d'un échantillon d'urine. Soutenant que cette obligation méconnaissait son droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, elle vit sa requête rejetée par la Cour. Celle-ci estima qu'une telle mesure était bien « *nécessaire dans une société démocratique* » au vu des objectifs légitimes de « *sécurité publique* » et de « *protection des droits et libertés d'autrui* », sans toutefois relever qu'en l'espèce, l'atteinte au droit garanti était le fait d'une personne privée, et non d'une autorité publique²⁴². La confusion est toutefois levée lorsque sont exclusivement en jeu les intérêts privés des parties. Ainsi, dans l'arrêt *Pascaud c. France* du 16 juin 2011, le requérant n'avait pu obtenir des juridictions françaises qu'elles constatent sa filiation naturelle à l'égard de son père, identifié par une expertise ADN. Ce refus était dû à des causes essentiellement formelles, le consentement du père à l'expertise ayant été vicié par défaut de capacité. La Cour estima qu'il y avait bien violation du droit à la vie privée et familiale du requérant : « *En annulant post-mortem l'expertise génétique et en refusant de reconnaître et d'établir la paternité biologique du requérant, la cour d'appel [avait] donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au droit du requérant à connaître ses origines et à les voir reconnues* », alors que « *la mesure de sauvegarde de justice ne privait nullement [le père présumé] du droit de consentir personnellement à un prélèvement ADN et que celui-ci avait*

242 CEDH (4^e s.), 9 mars 2004, *Wretlund v. Sweden*, n° 46210/99 (en anglais uniquement) : MOULY J. et J.-P. MARGUÉNAUD, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.*, 2005, p. 36.

exprimé auprès des autorités la volonté de reconnaître le requérant » et que « ni la réalisation ni la fiabilité de l'expertise génétique qui concluait à une probabilité de paternité de 99,999 % de W.A. sur le requérant n'[avaient] jamais été contestées devant les juridictions internes. »²⁴³ La Cour conclut qu'il n'avait pas « été ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence », et constata donc la violation de l'article 8 de la Convention.

141. Ainsi se découvre la connexion entre l'horizontalité de la proportionnalité et l'horizontalité des droits. La théorie des droits-principes et la logique de l'optimisation mènent à une extension du champ des droits par le biais d'une large interprétation. Dans le même temps, les droits sont dédoublés, constituant à la fois des prérogatives individuelles et des exigences d'optimisation à la charge des autorités publiques. Il en découle un second mouvement d'extension, par lequel, dans le champ d'application déjà étendu, les droits garantis par la proportionnalité peuvent être à la source d'obligations positives de protection et d'applications horizontales, lesquelles mènent à de nouvelles hypothèses de concurrence, appelant à leur tour un règlement par la méthode de la proportionnalité. Cette dynamique « d'inflation des droits »²⁴⁴ explique également la perméabilité des frontières disciplinaires traditionnelles à la proportionnalité. Les droits étant interprétés largement et susceptibles d'intervenir tant dans les rapports purement privés que dans les conflits opposant directement l'individu à l'État, il n'est pas surprenant de voir la culture proportionnaliste, autrefois réservée au champ du droit administratif, fleurir sur le terrain du droit du travail ou du droit de la famille. Il reste qu'un modèle aussi expansif peut légitimement susciter l'inquiétude. Les limites des extensions périodiques sont parfois délicates à identifier, et la logique même de l'optimisation peut sembler menaçante pour l'édifice traditionnel du raisonnement juridique

II. Le risque d'uniformisation du raisonnement juridique

142. Comme il vient d'être exposé, si l'on se réfère aux théories les plus répandues pour conceptualiser la proportionnalité, une tendance à l'expansion apparaît, moins comme un paramètre que comme une propriété de la notion elle-même. L'assimilation des droits fondamentaux, en totalité ou en majorité, à la classe des « principes », entraîne une modification de la méthode de résolution des conflits qui les impliquent, un recalibrage de leur force impérative et une extension cyclique de leur champ d'application. De tels bouleversements ne pouvaient rester sans critique et c'est donc à ce premier échelon du raisonnement proportionnaliste que certains auteurs se sont attaqués. Pour certains, les droits fondamentaux sont menacés par la logique de la proportionnalité, qui dilue leur fiabilité en s'abstenant de leur reconnaître une valeur intrinsèquement supérieure aux intérêts collectifs (A). Pour d'autres, la proportionnalité mène à une confusion générale des droits, qui y perdent à la fois leurs spécificités et leur valeur de protection (B).

243 CEDH (5^e s.), 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08, §65-68 : *D.* 2011. 1758 ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 1432, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2011. 429, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2011. 526, obs. J. HAUSER

244 MÖLLER K., « Proportionality and Rights Inflation », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 155-172.

A. La dilution des droits

143. Dans le modèle de la proportionnalité développé par M. Alexy, les droits appartiennent à une catégorie de normes – les « principes » à optimiser – au sein de laquelle ils ne sont pas différenciés des intérêts collectifs ou publics, qui revêtent *a priori* la même structure juridique. La proportionnalité n'affecte donc pas de valeur particulière aux droits en tant que tels. Il est communément admis que la thèse des « droits-atouts » (« *rights as trumps* ») de Dworkin s'oppose à ce modèle.

144. L'idée centrale est formulée dès l'introduction de *Taking Rights Seriously* : « Les droits individuels sont des atouts politiques. Les individus ont des droits lorsque, pour une raison ou une autre, un but collectif ne constitue pas une justification suffisante, soit pour leur refuser ce qu'ils souhaitent avoir ou faire en tant qu'individus, soit pour leur imposer de subir une perte ou un dommage. »²⁴⁵ Les droits sont établis par des « arguments de principe » (« *arguments of principle* ») fondés sur des impératifs moraux et individualisés, par opposition aux « arguments de politique » (« *arguments of policy* ») qui décrivent des objectifs utilitaristes non-individualisés²⁴⁶. Un droit peut être « absolu », ce qui signifie qu'aucune raison valable ne sera reconnue pour en refuser la jouissance à un individu, sauf impossibilité²⁴⁷. Il peut également être « moins qu'absolu », auquel cas il ne pourra être renversé que par un autre argument de principe, ou par une politique « particulièrement urgente »²⁴⁸. En tout état de cause, une situation de conflit entre un droit (un principe individualisé) et une politique (un objectif collectif) ne peut être résolue par une opération de *balancing* qui tiendrait l'un et l'autre comme de même nature. Cela reviendrait à rechercher un équilibre entre une « invasion » du droit par la sphère collective et une « inflation » du droit contre l'intérêt collectif²⁴⁹. Or, « dire qu'un homme dispose d'un droit fondamental [...] comme la liberté d'expression » signifie « que ce droit est nécessaire à la protection de sa dignité ou de son statut comme un égal devant être considéré et respecté »²⁵⁰. La possibilité d'empiéter sur droit individuel dans un but collectif « est une question très sérieuse » : « L'institution des droits repose sur la conviction que [cette invasion] est une injustice grave, et qu'il est justifié de payer le coût [social] nécessaire pour la prévenir. » Par conséquent, « il ne peut qu'être faux de dire que l'inflation des droits serait aussi grave que leur invasion »²⁵¹. Prendre les droits au sérieux signifie donc, ici, leur reconnaître une priorité de principe sur les simples objectifs collectifs qui peuvent entrer en conflit

245 DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. xi : « Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them. »

246 Ibid., p. 90-91.

247 Ibid., p. 92.

248 Ibid.

249 Ibid., p. 199.

250 Ibid. : « It makes sense to say that a man has a fundamental right against the Government, in the strong sense, like free speech, if that right is necessary to protect his dignity, or his standing as equally entitled to concern and respect, or some other personal value of like consequence. »

251 Ibid. : « So if rights make sense at all, then the invasion of a relatively important right must be a very serious matter. It means treating a man as less than a man, or as less worthy of concern than other men. The institution of rights rests on the conviction that this is a grave injustice, and that it is worth paying the incremental cost in social policy or efficiency that is necessary to prevent it. But then it must be wrong to say that inflating rights is as serious as invading them. »

avec eux. Une fois un droit reconnu, il ne peut être restreint que pour « une raison qui soit cohérente avec les présupposés sur lesquels le droit initial est basé »²⁵². Tel n'est pas le cas au sein du modèle proportionnaliste, qui met en concurrence l'ensemble des normes ouvertes sur un pied d'égalité, sans établir de règle de priorité *ab initio*.

145. Le modèle des « *rights as trumps* », toutefois, n'est pas dénué d'ambiguïtés et se rapproche ou s'ouvre souvent à un raisonnement proche de la proportionnalité. Il admet un raisonnement en termes de pesée relative lorsque sont en concurrence deux droits ou deux « atouts » déontologiques, mais également qu'une *policy* d'importance suffisante (par exemple dictée par l'urgence) puisse renverser un droit en fonction des circonstances en présence. Le point de friction essentiel ne réside donc dans la possibilité de confronter des prérogatives individuelles à des intérêts collectifs, mais plutôt dans la crainte de Dworkin que la proportionnalité ou le *balancing* se résument à un calcul utilitariste où la dimension collective et monétaire du litige en déterminerait l'issue en écrasant toute autre considération.

146. Cette crainte apparaît très clairement lorsque Dworkin illustre son raisonnement en détail, comme il le fait dans le troisième chapitre de *A Matter of Principle*²⁵³. Il y prend pour exemple le droit de l'innocent à ne pas être déclaré coupable, et pose la question : ce droit emporte-t-il comme corollaire un droit à la procédure la plus fiable possible pour établir la culpabilité ou l'innocence, qui déterminerait le seuil de fiabilité acceptable dans les cas concrets ? Dworkin répond par la négative. Un droit ainsi défini n'aurait de sens que par sa pesée contre les moyens financiers et matériels que la société dépenserait dans les procédures concernées. Il mènerait donc nécessairement à une approche utilitariste où la valeur du droit serait comparée au sacrifice économique qu'il représente, et serait donc mesurée au gain collectif que sa garantie apporterait²⁵⁴. Cette assimilation serait elle-même contradictoire avec le droit de l'innocent à ne pas être condamné, qui signifie qu'une condamnation à tort relève d'une gravité particulière : la gravité de l'injustice, qui s'ajoute au mal de la peine et que Dworkin appelle « dommage moral » (« *moral harm* »)²⁵⁵. Le degré de fiabilité procédurale à exiger devrait donc être établi en corrélation avec la gravité de l'injustice qui correspondrait à une condamnation à tort. En termes de droits subjectifs, par conséquent, le droit de l'innocent à ne pas être condamné entraînerait, pour tous, deux composantes. D'une part, chacun aurait droit, à un niveau général, à être soumis à des procédures qui tiennent compte du « risque que représente ce dommage moral » et qui lui « attribuent l'importance adéquate », c'est-à-dire que l'issue du procès ne dépende pas d'aléas déraisonnables. D'autre part, au niveau particulier serait reconnu un droit « à une pesée cohérente de l'importance de ce dommage moral » lorsqu'une procédure donnée est susceptible d'avoir été viciée²⁵⁶.

252 *Ibid.*, p. 200 : « *Once a right is recognized in clear-cut cases, then the Government should act to cut off that right only when some compelling reason is presented, some reason that is consistent with the suppositions on which the original right must be based.* »

253 DWORKIN R., *A matter of principle*, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Clarendon press, cop. 1985, 1985, p. 72-103.

254 *Ibid.*, p. 79-83.

255 *Ibid.*, p. 80.

256 *Ibid.*, p. 89 : « *The idea of a moral harm, coupled with the fact that a community's law provides a record of its assessment of the relative importance of moral harm, allows us to account for two sorts of right that people might be said to have with respect to criminal procedure. First, people have a right that criminal procedures attach the*

147. En quoi consistent alors concrètement la reconnaissance et la pesée du dommage moral susceptible de découler d'une procédure injuste auxquelles appelle Dworkin ? Le droit du prévenu à ne pas contribuer à sa propre accusation peut fournir un exemple éclairant. Dans l'arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme indique que ce droit est « *au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6* » de la Convention, car il « *concour[t] à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu* » par ce texte « *en mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités* »²⁵⁷. Ce droit manifeste donc l'idée selon laquelle il est plus grave de condamner un innocent sur le fondement d'aveux obtenus par la coercition que de relaxer un coupable qui, sous la coercition, aurait pu fournir les éléments suffisants pour sa condamnation. Pour reprendre les termes de Dworkin, le système probatoire prend ainsi en compte l'injustice potentielle « non seulement en payant un certain coût pour garantir sa précision, mais aussi et surtout en payant un coût *sur* cette précision de manière à prévenir une erreur qui implique un dommage moral plus grand qu'une erreur en sens inverse »²⁵⁸. Justifier la règle qui interdit de forcer un prévenu à témoigner implique donc « de lester la balance en [sa] faveur »²⁵⁹. Cela signifie toutefois que ce droit se définit bien en fonction d'un rapport de pesée comparative. Dworkin lui-même raisonne en termes de gravité, de coûts et de poids et admet que la gravité de l'injustice puisse s'évaluer en fonction de sa probabilité (en général et en fonction des catégories de personnes qui y sont concrètement exposées) et de la gravité de l'infraction reprochée²⁶⁰. De même, la Cour européenne des droits de l'homme, pour établir si le droit à ne pas contribuer à sa propre accusation a été violé, apprécie « *la nature et le degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve ; le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur ; l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus.* »²⁶¹ L'opération de pesée prenant en compte l'intérêt public (donc des finalités de l'action des autorités) est bien présente mais, contrairement aux craintes de Dworkin, le droit individuel n'est pas mis en parallèle avec des considérations de type budgétaire.

148. Le problème ne réside donc pas, concrètement, dans le principe de la pesée mais dans la façon dont les éléments comparés sont sélectionnés et dont ils se voient attribuer une valeur

correct importance to the risk of moral harm. In some circumstances it would be clear that this first right has been violated, as it would be if, for example, some community decided criminal cases by flipping a coin [...]. In other, closer cases, it would be debatable whether the correct weight had been given to the risk of moral harm, and reasonable and sensitive people would disagree. The second right, which is the right to a consistent weighting of the importance of moral harm, is of great practical importance in these circumstances. For it enables someone to argue, even in cases in which the correct answer to the problem of moral harm is deeply controversial, that he is entitled to procedures consistent with the community's own evaluation of moral harm embedded in the law as a whole. »

257 CEDH, 8 févr. 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 18731/91.

258 DWORKIN R., *A matter of principle*, op. cit., p. 89 : « *Antecedent decisions of this sort may show special concern for moral harm, not only by paying a high price for accuracy, but also, and especially, by paying a price in accuracy to guard against a mistake that involves greater moral harm than a mistake in the other direction.* » [emphasis dans le texte]

259 Ibid. : « *[...] the rule that the accused may not be compelled to testify, whose complex justification includes weighing the scales in favor of the accused* ».

260 Ibid., p. 86-87.

261 CEDH (Gr. ch.), 11 juil. 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. n° 54810/00, §101 : AJDA 2006, p. 1710, obs. FLAUSS ; JCP G. 2007, I, n° 106, n° 1, obs. SUDRE ; JDI 2007, p. 718, obs. DELEPLACE.

ou un poids. En ce sens, la théorie des *rights as trumps* n'interdit pas de peser les droits contre les intérêts publics, mais elle impose de reconnaître aux premiers une valeur-étalon comparativement plus importante. Or cela ne contredit pas nécessairement la proportionnalité. Celle-ci peut se comprendre comme une méthode instrumentale qui n'attribue pas elle-même de valeur aux normes en conflit mais qui intervient après cette étape pour structurer la comparaison entre ces valeurs²⁶². Cette conception de la proportionnalité n'est pas incompatible avec la théorie des *rights as trumps*, car elles ne partagent pas strictement le même objet. Les *rights as trumps* constituent une thèse déontologique quant à la portée axiologique intrinsèque des droits – c'est à dire, de la force distincte avec laquelle ils commandent en tant que droits –, tandis que la théorie de la proportionnalité propose une modélisation de leur structure normative – c'est à dire, de la forme sous laquelle ils commandent²⁶³. Toutefois, c'est précisément sur cette dimension méthodologique que porte un autre groupe de critiques.

B. La confusion des droits

149. L'extension du champ des droits par le biais de l'interprétation large favorisée par la proportionnalité a pour contrepartie que, dans certains domaines, la force impérative des mêmes droits est diminuée. Si l'ensemble des droits particuliers relève d'un « droit général à l'autonomie »²⁶⁴, si ces droits sont « réduits à un cadre analytique commun »²⁶⁵ qui correspond au contrôle de proportionnalité, cela signifie que toute prétention fondée sur un droit n'obtient gain de cause qu'au terme de ce contrôle. Par conséquent, un droit n'est impératif que tant que les raisons permettant de le renverser sont soumises à un niveau d'exigence élevé. *A contrario*, dans ce qui pourrait être appelé une théorie « pure » de la proportionnalité, tout droit peut être renversé par des raisons suffisamment impérieuses. **Le rejet du raisonnement catégorique, s'il est absolu, entraîne l'impossibilité d'établir à l'avance qu'un droit donné est intangible quelles que soient les circonstances.**

150. Cet affaiblissement relatif des droits n'est pas nié par les auteurs proportionnalistes. M. Kumm estime ainsi que « le détenteur d'un droit ne détient pas grand-chose », car « le fait [qu'il] détient un droit *a priori* n'implique pas que sa position lui donne une priorité quelconque sur des considérations de politiques opposées »²⁶⁶. Au contraire, « une ingérence dans le champ d'un droit

262 Cette conception suppose toutefois qu'il soit possible, épistémologiquement parlant, de déterminer objectivement les valeurs en question et de les mettre en rapport. Il s'agit d'un aspect différent du problème, non abordé par Dworkin dans la critique ici exposée. Cette question sera abordée dans la seconde partie de la présente étude. V. *infra*, p. 379.

263 V. également WEINRIB J., « When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality », *Ratio Juris*, 1 septembre 2017, vol. 30, n° 3, p. 341-352. Dans un sens voisin, YOUNG A.L., « Proportionality Is Dead: Long Live Proportionality! », *op. cit.* admet une incompatibilité de principe, mais soutient qu'elle n'oppose que certaines variantes de chaque théorie.

264 MÖLLER K., *The global model of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 73.

265 BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, *op. cit.*, p. 116.

266 KUMM M., « Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review », *New York University School of Law Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, 2009, n° 09-10, p. 13 : « A rights-holder does not have very much in virtue of his having a right. » Cette remarque peut paraître contradictoire avec ce qui vient d'être exposé. La contradiction n'est qu'apparente, car les mots de cet auteur décrivent une situation initiale, préalable au contrôle juridictionnel au cours duquel le poids des principes en présence va être évalué et la pesée correspondante établie. La priorité intrinsèque des droits, le cas échéant, rejaillira donc au cours

sert simplement de déclencheur pour initier un contrôle de justification »²⁶⁷. Par conséquent, la reconnaissance de l'existence d'une ingérence « a peu d'impact » et le processus de contrôle se concentre davantage sur « les raisons qui [la] justifient ». Il peut devenir trivial de relever qu'un ou plusieurs droits sont enfreints par la mesure contestée, pour interroger immédiatement ses justifications, qui constituent le cœur de la discussion. Cela a pour conséquence de banaliser les droits fondamentaux, dans un double mouvement. D'une part, cela peut permettre de qualifier comme des droits tous les intérêts les plus négligeables, voire illégitimes. M. Möller admet ainsi que l'on puisse parler d'un droit à « nourrir les oiseaux dans un parc »²⁶⁸, voire d'un droit « au meurtre »²⁶⁹. Le risque n'est alors pas tant de relativiser l'interdiction du meurtre que d'ouvrir la voie à des contestations dilatoires fondées sur des droits purement virtuels. D'autre part, la valeur normative des déclarations de droits peut être considérablement réduite par une telle lecture extensive, car la rigueur de leur interprétation textuelle importe d'autant moins dans le règlement du litige. Comme le relève M. Huscroft, « une interprétation qui traite n'importe lequel [des droits inscrits dans une déclaration] comme un droit global à la liberté ou à l'autonomie [...] rend tous les autres [...] redondants. » Une telle conception « prive de portée la négociation, le compromis et la concorde impliqués par l'adoption d'une déclaration des droits et laisse présager, dans l'ordre constitutionnel, un transfert de pouvoir massif du législateur au pouvoir judiciaire, dont on ne peut pas dire qu'il ait été intentionnellement prévu. »²⁷⁰

151. Le cas de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est emblématique des difficultés que peut poser une application extensive de la proportionnalité. La Cour européenne des droits de l'homme a très tôt affirmé que « *la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime* », que « *l'article 3 ne prévoit pas de restrictions* » et qu'il « *ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation* »²⁷¹. Du point de vue de la structure de la norme, cela signifie *a priori* sans ambiguïté que le droit à ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants est uniformément composé de règles qui s'interprètent de façon catégorique. Cette affirmation n'est pas incompatible avec celle selon laquelle « *pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un*

de l'examen de proportionnalité comme un de ses paramètres, plutôt qu'avant celui-ci comme une condition de déclenchement du contrôle.

267 *Ibid.* : « *An infringement on the scope of a right merely serves as a trigger to initiate an assessment of whether the infringement is justified.* »

268 MÖLLER K., « Proportionality and Rights Inflation », *op. cit.*, p. 166.

269 *Ibid.*, p. 164.

270 HUSCROFT G., « Proportionality and the Relevance of Interpretation », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 199-200 : « *If, as I have argued, bills of rights are bills of particular rights, then an interpretation that treats any one of those rights as an all-encompassing right to liberty or autonomy must be rejected, for it renders all of the other rights in a bill of rights – the constitutional settlement itself – redundant. [...] Suffice it to say that this conception is belied by the constitutional history of every country in which a bill of rights has been adopted. It renders the negotiation, compromise, and agreement involved in the adoption of a bill of rights irrelevant and portends a massive shift in power in the constitutional order from the legislature to the judiciary that cannot plausibly be said to have been intended.* » [emphasis dans le texte].

271 CEDH (Plén.), 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, §163 : *Cah. dr. eur.* 1979, p. 121, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1978, p. 379, obs. PELLOUX ; *JDI* 1980, p. 449, obs. ROLLAND ; *RUDH* 1990, p. 121, obs. CALLEWAERT, DEJEANT-PONS et SANSONETIS ; *RGDIP* 1979, p. 104, obs. MARTIN.

minimum de gravité » dont « *l'appréciation est relative par essence* » et « *dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets psychiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.* »²⁷² La méthode d'interprétation ainsi décrite ne passe en effet pas par une comparaison de deux valeurs opposées et, plus particulièrement, elle ne compare pas la sévérité des traitements infligés avec les justifications qui pourraient être avancées par leurs auteurs. La Cour l'affirme elle-même très clairement lorsqu'elle écrit, comme dans l'arrêt *Gäfgen c. Allemagne*, que « *la torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril* » et que « *le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu du droit consacré à l'article 3 ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être reprochée.* »²⁷³

152. Toutefois, une interprétation proportionnaliste réapparaît à la lisière de ces *obiter dicta*. Par exemple, dans l'arrêt *Mouisel c. France* du 14 novembre 2002, concernant le maintien sous entraves d'une personne détenue au cours de son hospitalisation, la Cour commence par rappeler que « *le port des menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une détention légale et n'entraîne pas l'usage de la force, ni l'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire* » [nous soulignons], avant de retenir « *l'état de santé du requérant, le fait qu'il s'agit d'une hospitalisation, l'inconfort du déroulement d'une séance de chimiothérapie et la faiblesse physique de l'intéressé pour penser que le port des menottes était disproportionné au regard des nécessités de la sécurité* » [nous soulignons]. Elle conclut que le maintien du requérant en détention au cours de son hospitalisation « *a porté atteinte à sa dignité* » et « *a constitué une épreuve particulièrement pénible et causé une souffrance allant au-delà de celle que comportent inévitablement une peine d'emprisonnement et un traitement anticancéreux* », ce qui emporte la qualification de « *traitement inhumain et dégradant* »²⁷⁴. Or, **en déduisant le caractère inhumain du traitement de sa disproportion, la Cour intègre nécessairement un nouvel élément dans l'opération interprétative qui, auparavant, ne tenait compte que de l'intensité concrète des souffrances occasionnées et de leur caractère intentionnel ou évitable. En tenant également compte de la finalité de la mesure, elle reconnaît la pertinence de cette finalité dans l'équation et lui procure donc indirectement l'aptitude de compenser les deux autres termes, de « ré-humaniser » un traitement inhumain** (voire, pourquoi pas, un acte de torture). Normativement parlant, elle transforme la règle (catégorique) selon laquelle est inhumain tout traitement par lequel des souffrances dépassant un certain seuil sont intentionnellement occasionnées en un principe (optimisable et donc modulable) qui interdit les traitements occasionnant des souffrances, sauf lorsqu'ils ne sont pas disproportionnés.

272 *Ibid.*

273 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} janv. 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, req. n° 22978/05, §107 : RSC 2010, p. 678, chron. MARGUÉNAUD ; JCP 2008, I, n° 167, obs. SUDRE ; Dr. pénal 2009, Chron. 4, obs. DREYER.

274 CEDH (1^{re} s.), 14 nov. 2002, *Mouisel c. France*, n° 67263/01, §47 : JCP 2003. I. 109, n° 2, obs. SUDRE ; D. 2003. Somm. 524, obs. RENUCCI ; *ibid.* 303, note MOUTOUH ; RSC 2003. 144, note MASSIAS ; Dr. pénal 2003, n° 52, obs. MARON et HAAS.

153. Cette critique peut être tempérée par deux arguments. D'une part, cette restructuration de la norme n'emporte pas mécaniquement un changement dans la sévérité du juge envers les autorités publiques. La sévérité avec laquelle la gravité des traitements infligés était déjà appréciée peut être transposée sur l'examen de leurs justifications : le juge peut réserver la possibilité de justifier un traitement rigoureux aux cas les moins graves, voire étendre son contrôle, sur le fondement de la proportionnalité, à des traitements injustifiés mais qui, auparavant, n'auraient pas été assez violents pour franchir le seuil d'application de l'article 3. D'autre part, chaque droit reconnu par un *corpus* normatif peut être constitué de plusieurs normes distinctes, qui correspondent aux différentes composantes de son sens et de ses corollaires, dont certaines appellent une application proportionnaliste et d'autres, prenant la forme de « règles », appellent une interprétation catégorique classique²⁷⁵. L'interprétation de l'article 3 peut ainsi mener à lui reconnaître une structure composite : tandis que l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants s'interpréterait comme un principe faisant intervenir le contrôle de proportionnalité, la qualification de torture s'appliquerait toujours comme une règle, quelles que soient les justifications des traitements considérés²⁷⁶. L'insertion du contrôle de proportionnalité dans l'interprétation de l'article 3 semble néanmoins demeurer problématique, ne serait-ce que sur le plan de la cohérence, tant substantielle que méthodologique. Substantiellement, le sens même de la notion de traitement inhumain, d'un point de vue éthique, semble contredit lorsqu'il est relativisé et banalisé de la sorte. Il est relativisé, car en déclarant qu'un traitement est inhumain parce qu'il est infligé pour les mauvaises raisons, *a contrario*, on semble admettre qu'il est possible d'avoir de bonnes raisons d'infliger un traitement inhumain, ce qui choque l'entendement. Il est, dans le même temps, banalisé, car la frontière entre le traitement inhumain et l'usage excessif de la force devient ainsi perméable. Méthodologiquement, le juge semble s'imposer (ainsi qu'aux sujets de droit concernés) des difficultés supplémentaires en interprétant comme un principe sujet à tempéraments une norme formulée en des termes catégoriques et dont il n'a de cesse d'affirmer le caractère absolu.

154. Ces illustrations interpellent. Elles attirent l'attention sur le fait que, quand bien même elle se généralise, la proportionnalité ne peut intervenir *ex nihilo* et universellement. Son intervention doit, le cas échéant, être subordonnée et tempérée par d'autres méthodes, complémentaires ou alternatives, sans quoi son hégémonie menacerait de déséquilibrer le fonctionnement traditionnel du système juridique dans son ensemble. En réalité, seules les conceptions maximalistes de la proportionnalité, telles que celle défendue par M. Beatty, proposent de subsumer à ce principe l'ensemble des questions relatives à la mise en œuvre des droits fondamentaux. Au contraire, le cas de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme laisse à penser qu'une conception plus restreinte de la proportionnalité est préférable. Celle-ci n'est ni la clé de voûte, ni l'étape initiale du contrôle de licéité des limitations et restrictions apportées aux droits fondamentaux, mais une méthode de contrôle qui intervient lorsque que le droit atteint revêt une structure principielle. **Le contrôle de proportionnalité ne peut donc intervenir qu'après que la structure des normes en conflit a été établie et, le cas échéant, que le poids des facteurs en présence a été mesuré.**

275 Cette propriété est d'ailleurs peu controversée : elle est explicitement reconnue par ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 84-86.

276 V. *infra*, p. 181.

Elle dépasse son champ instrumental si elle est employée pour réaliser l'une de ces deux opérations. Elle est donc tributaire d'autres méthodes juridiques, dont elle permet de lier les conclusions dans un processus commun. Comme l'écrit M. Webber, « Si les partisans du principe de proportionnalité soutenaient ouvertement qu'une analyse de proportionnalité identifie simplement le squelette suivant lequel une discussion devrait être tenue, ils éviteraient beaucoup des critiques qui précèdent, mais en réduisant la place du principe de proportionnalité dans la théorie et la pratique constitutionnelles. »²⁷⁷

277 WEBBER G., « Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship », *op. cit.*, p. 193 : « *If proponents of the principle of proportionality openly maintained that a proportionality analysis merely identifies the skeleton according to which an argument should proceed, they would avoid many of the preceding criticisms, but only to weaken the place of the principle of proportionality in constitutional theory and practice.* »

155. **Conclusion du premier chapitre.** Le principe de proportionnalité semble, dès ses origines, indissociable de la garantie des droits. Né du contrôle des atteintes aux libertés publiques par les juridictions administratives, il a acquis une importance considérable après la Seconde guerre mondiale, lorsque le modèle d'une protection juridictionnelle des droits au moyen de la justice constitutionnelle s'est imposé parmi les démocraties libérales. La possibilité de structurer autour de ce contrôle un langage commun couvrant de très nombreuses situations a mené les juges européens à s'en saisir comme d'un instrument favorable à l'harmonisation et au dialogue inter-institutionnel. Au-delà des disparités formelles qui subsistent d'un système à l'autre, un concept commun d'équilibre et de juste mesure reste partagé à grande échelle.

156. Cette large diffusion se double d'une extension progressive du champ de la proportionnalité à l'intérieur même de chaque système. Le principe repose en effet sur une conception des droits comme des normes ouvertes, des principes demandant optimisation, conception qui réunit l'idée que les droits peuvent être limités et l'espoir libéral d'un perfectionnement perpétuel de leur protection. Cette structure ouverte explique la pénétration du raisonnement proportionnaliste à chaque échelon de la hiérarchie des normes et dans chaque matière concernée par la garantie des droits. Elle est néanmoins à la source de l'un des aspects les plus critiqués du principe de proportionnalité, à savoir la possibilité ainsi ouverte de remettre en question les droits les plus absolus et de traiter comme des droits fondamentaux des prétentions triviales. Cette tension entre la portée potentielle et les effets secondaires indésirables du principe de proportionnalité incite à adopter une conception raisonnée de la notion en la traitant, plutôt que comme un nouveau paradigme du raisonnement juridique, comme une méthode complémentaire intervenant en conclusion de ce raisonnement lorsque la nature des normes en conflit le justifie.

157. Présenter la proportionnalité comme une méthode s'appliquant dans un cadre précis signifie que ses critiques ne peuvent trouver une réponse pertinente que dans la rigueur et la cohérence avec laquelle elle sera mise en œuvre. Toutefois, le champ exact de son intervention n'est pas encore clairement établi. Les fondements du principe général de proportionnalité ayant été évoqués, l'enjeu méthodologique que représente son application ne peut en effet être étudié qu'après l'avoir distinguée du principe classique de proportionnalité des peines aux infractions. C'est pourquoi le prochain chapitre visera à identifier la **fonction spécifique** de la proportionnalité en droit pénal.

Chapitre 2. Une fonction spécifique

158. S'il ne fait pas de doute que la proportionnalité connaît de nombreuses applications en matière pénale, toutes ne présentent pas les mêmes caractéristiques. L'idée qui vient le plus spontanément à l'esprit lorsqu'il est question de proportionnalité de la répression est celle de proportionnalité des peines. Elle peut se définir sommairement comme une règle suivant laquelle certains caractères essentiels de la sanction pénale doivent correspondre à certains caractères essentiels du délit sanctionné. Entendue dans ce sens large, la notion apparaît comme une des plus anciennes et des plus universellement partagées de la pensée juridique. Au-delà de ses formes les plus frustes telles que le talion, la proportionnalité se présente très tôt comme un principe structurant dans le droit pénal, dont elle paraît même indissociable. En revanche, sa formulation contraste fortement avec la conception contemporaine de la proportionnalité, déjà abordée, qui découle principalement du principe de l'État de droit et de la notion de droits fondamentaux. Les deux notions paraissent *a priori* très différentes : elles ne partagent ni leurs sources de droit positif, ni la majeure partie de leur histoire. Cette première impression est renforcée par le fait qu'elles ne semblent pas non plus reposer sur le même mode de raisonnement. La proportionnalité des peines se présente à première vue comme une règle de mesure réservée à un champ spécial : de la mesure du délit découle la mesure de la peine. La proportionnalité au sens contemporain, quant à elle, s'applique de manière générale à l'ensemble des actes d'autorité limitant les libertés et interroge en particulier la qualité de leurs justifications.

159. Il sera soutenu ici que la proportionnalité des peines constitue un principe distinct qui relève d'un mode de raisonnement spécifique à la matière pénale. Il se détache ainsi du principe de proportionnalité tel qu'il est appliqué de manière plus générale en matière de libertés fondamentales. Parce que ce dernier principe interroge le lien de causalité qu'entretient l'atteinte aux libertés avec les justifications apportées à son soutien, nous l'appellerons « **proportionnalité-justification** ». Inversement, la proportionnalité des peines tient avant tout à l'établissement d'une mesure fondée sur la gravité des infractions. C'est pourquoi nous l'appellerons ici « **proportionnalité-mesure** ».

160. Démontrer la spécificité de la proportionnalité-mesure par rapport à la proportionnalité-justification suppose de traiter successivement sa signification et son application. La première est un problème ancien : seul un retour aux sources historiques de la notion et aux grandes étapes de son évolution peut permettre de dégager le noyau commun de ses sens successifs. La seconde concerne plus directement le droit positif. Il s'agit d'établir en quoi la notion ainsi dégagée est toujours pertinente à l'heure actuelle et comment elle s'articule avec la proportionnalité-justification. Il convient donc d'aborder la notion de proportionnalité-mesure d'un point de vue historique (Section 1), avant d'en étudier le régime général (Section 2).

Section 1. La notion de proportionnalité-mesure

161. La notion de proportionnalité des peines provient à ses origines de sources doctrinales et positives qui sont en quelque sorte complémentaires. D'une part la philosophie du droit d'Aristote et de Thomas d'Aquin définit la justice particulière comme une vertu de l'équilibre, du juste milieu, que ces auteurs appellent « proportion » et qui, en matière de peines, consiste en une annulation du déséquilibre causé par le crime. D'autre part la proportionnalité-mesure peut également inspirer des solutions juridiques concrètes sans recevoir de reconnaissance propre au niveau conceptuel. Le droit pénal médiéval, lorsqu'il est codifié, prend la forme de catalogues de délits et de peines associées qui forment ainsi des systèmes d'association entre la gravité d'une offense et la sévérité de sa sanction. La proportionnalité des peines est donc enracinée dans des conceptions rétributives du droit pénal, pour lesquelles la peine est avant tout la réponse au crime (§1). Ces conceptions sont en concurrence perpétuelle avec celles, toutes aussi anciennes, qui considèrent la peine comme un moyen d'arriver à une fin telle que la dissuasion des autres criminels potentiels, l'élimination du condamné ou sa correction pour l'avenir. Ces éthiques pénales conséquentialistes connaissent un renouveau à partir de la fin de l'Ancien régime, période à laquelle elles s'inscrivent au cœur des nouvelles théories rationalistes que sont l'utilitarisme et le positivisme criminologique. Ce faisant, elles remettent en cause soit les fonctions de la proportionnalité-mesure, soit sa validité même (§2).

§1. Les racines rétributives

162. Dans une conception rétributiviste de la peine, celle-ci est conçue comme ayant une valeur essentiellement « restitutive »²⁷⁸. Elle trouve sa justification dans l'infraction passée qui appelle sanction plutôt que dans les infractions futures qu'il importe de prévenir. Lorsque la proportionnalité apparaît chez Aristote et ses continuateurs ou dans les grands textes juridiques du Moyen-âge, elle se présente comme un corollaire de cette conception. Elle impose et permet de mesurer la peine au mal du crime à corriger (I). Toutefois, parce que la sanction ne peut jamais être l'exact inverse du crime, cette correction passe par une opération de conversion (II).

I. La correction du mal du crime

163. La conception de la sanction correctrice émerge dès l'apparition du droit pénal comme régulation sociale de la vengeance. Sous ses formes organisées, la vengeance se présente comme un « système d'échange de valeurs négatives où, toute offense ou dommage est rendu sous la forme d'une perte compensatoire »²⁷⁹. La vengeance est alors une forme de restitution du mal causé qui passe, au lieu d'un bien compensatoire, par un mal symétrique. « Quand, à l'intérieur d'une ethnie,

278 PONCELA P., *Droit de la peine*, 2^e éd., Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 2001, p. 58: la rationalité restitutive « fait de la peine un retour de mise, une restitution mesurée par la faute commise, elle aspire à l'équivalence, voire à l'effacement. » ; V. également *Ibid.*, p. 64 et s.

279 COURTOIS G., « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, p. 33, italiques dans le texte. V. également VERDIER R., « Le système vindicatoire, esquisse théorique », R. VERDIER et A. ADLER (dir.), *La vengeance: études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie. Volume 1, Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales*, Paris, France, Ed. Cujas, 1981, p. 17 et s.

un sous-groupe A, inflige une perte à un sous-groupe B, le déséquilibre apparu dans leur relation induit une dette du premier à l'égard du second »²⁸⁰. Le rétablissement de cet équilibre passe par le paiement, par l'offenseur, de ce qui est en quelque sorte une dette de subir un mal. La vengeance prend fin lorsque l'équilibre est retrouvé : elle ne peut intervenir si tel est déjà le cas. Ainsi, un meurtre commis en exercice d'une vengeance légitime n'appelle pas lui-même vengeance, sauf lorsque la vengeance initiale est elle-même excessive²⁸¹. Ce mécanisme de compensation négative se combine avec celui, positif, de la composition pécuniaire, qui suppose toutefois toujours « un accord entre les parties au sujet de son existence, de sa nature et de ses modalités »²⁸². Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de rétablir l'équilibre entre les groupes en compensant le mal subi par le groupe agressé. En ce sens, la vengeance comme la composition procèdent d'une rationalité *rétrospective* : c'est le mal passé qui donne le fondement et la mesure de la sanction positive ou négative à venir. La notion de proportionnalité des peines est originellement un produit de cette rationalité. Elle formalise, elle juridicise l'opération de mesure du mal à compenser²⁸³.

164. Cette fonction de mesure est ainsi au cœur de la proportionnalité telle que la conçoit Aristote dans l'Éthique à Nicomaque. Il définit d'abord la justice comme une vertu générale, contraire du vice général d'injustice. L'homme injuste est « aussi bien celui qui agit contre la loi que celui qui veut posséder plus qu'il ne lui est dû, et même aux dépens d'autrui »²⁸⁴, c'est-à-dire qu'il « manque du sentiment de l'égalité »²⁸⁵. Au contraire, « le juste sera celui qui se conforme aux lois et qui observe l'égalité. »²⁸⁶ Justice et injustice ont donc trait à la répartition des biens et aux rapports inter-personnels : « Celui qui possède [la justice] peut manifester sa vertu également à l'égard d'autrui et non seulement par rapport à lui-même. »²⁸⁷ Par conséquent, la justice et l'injustice particulières, celles des actions prises individuellement, se définissent par rapport à l'égalité et en fonction des rapports inter-personnels dans lesquels ces actions s'inscrivent. C'est pour les appréhender qu'intervient la notion de juste mesure : « Puisque l'injuste ne respecte pas l'égalité et

280 COURTOIS G., « La vengeance chez Aristote et Sénèque », *op. cit.*, p. 34.

281 *Ibid.*, p. 38-39.

282 *Ibid.*, p. 41. Ainsi la loi des XII tables prévoyait-elle, en cas d'*injuria*, le paiement d'une composition pécuniaire ou l'application du talion en fonction de la gravité des blessures. Le talion était infligé à l'auteur du *membrum ruptum* (amputation), sauf en cas d'accord entre celui-ci et la victime : CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Presses universitaires de France, 2014, p. 65-66. Une logique similaire est reprise dans le droit coutumier médiéval, mais le talion est alors remplacé par une peine à finalité compensatoire : « Qui navre autrui ou afole il li doit rendre ses damages, c'est a entendre les cous des mires et les despens du blecié et restorer ses journees selonc le mestier dont il estoit. [...] Et selon l'ancien droit, qui mehaingnoit [ampute, ndr] autrui l'en li fesoit autel mehaing comme il avoit a autrui fet, c'est a dire pour poing poing, pour pié pié ; mais l'en n'en use mes par nostre coustume en ceste maniere, ains s'en passe on par amende, si comme j'ai dit dessus, et par longue prison et par fere rendre au mehaingnié selonc son estat son damage[...]. » BEAUMANOIR P. de, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, A. Picard et fils, 1899, vol. 1/2, p. 433.

283 Cela ne signifie pas que la proportionnalité est un principe purement non-conséquentialiste. La vengeance repose sur une rationalité rétrospective en ce qui concerne sa validité et ses limites, mais elle répond également à un but conséquentialiste : le rétablissement d'un certain équilibre, d'une certaine parité concrète entre les groupes (en termes de moyens humains pour subsister, combattre, procréer,...) La proportionnalité comme la vengeance, instruments rétrospectifs, sont donc susceptibles de s'inscrire dans un système de régulation sociale fonctionnellement tourné vers l'avenir.

284 ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, traduit par Jean VOILQUIN, Garnier-Flammarion, 1965, V. I. 8.

285 *Ibid.*, V. I. 11.

286 *Ibid.*, V. I. 8.

287 *Ibid.*

que l'injustice se confond avec l'inégalité, il est évident qu'il y a une juste mesure relativement à l'égalité. »²⁸⁸ Cette juste mesure, c'est la proportionnalité qui permet de l'établir. L'opération est toutefois différente selon qu'il est question de partager équitablement les biens sociaux²⁸⁹, d'établir la juste valeur d'un échange de services²⁹⁰ ou de corriger les injustices qui peuvent se produire lors de ces opérations²⁹¹. C'est à cette troisième catégorie que s'assimile ce que nous appelons aujourd'hui la justice pénale.

165. Aristote distingue d'une part la justice distributive « qui consiste dans la répartition des honneurs, ou des richesses, ou de tous les autres avantages aux membres de la cité », d'autre part la justice « relative aux contrats » (c'est-à-dire aux échanges, *synallagma*)²⁹². Ces contrats ou échanges peuvent être « volontaires » (c'est-à-dire consensuels, car « leur principe est librement consenti ») ou « involontaires », tels « le vol, l'adultère, l'empoisonnement, [...], les coups et blessures, l'emprisonnement, le meurtre, le pillage »²⁹³... Justice distributive et justice des échanges sont intrinsèquement liées. D'abord, la justice distributive requiert une répartition égalitaire des biens, ce qui ne signifie pas une égalité par tête mais en fonction du mérite de chaque individu. Pour être égalitaire, cette répartition doit donc être proportionnelle. Cette proportion résulte d'une comparaison entre deux individus et leurs parts respectives : le rapport de la part du premier à la part du second doit être égal au rapport du mérite du premier à celui du second²⁹⁴. La répartition proportionnelle s'applique de la même manière aux maux, car « le moindre mal fait figure de bien, eu égard à un plus grand mal »²⁹⁵. Aristote qualifie cette proportionnalité de « géométrique », car les termes comparés peuvent être cumulés sans rompre la proportionnalité : la somme des mérites des deux individus entretient le même rapport avec la somme de leurs parts que le mérite d'un seul avec sa part propre²⁹⁶. Ensuite le délit, relation involontaire, perturbe cette proportion : « Quand une personne reçoit des coups et qu'une autre en donne, quand un individu cause la mort et qu'un autre succombe, le dommage et le délit n'ont entre eux aucun rapport d'égalité ; le juge tâche à remédier à cette inégalité, par la peine qu'il inflige, en réduisant l'avantage obtenu. »²⁹⁷ Il ne s'agit plus de tracer une répartition équilibrée mais de corriger un défaut dans cette répartition. L'inégalité à compenser ne résulte pas seulement du mal subi par la victime. Elle est la somme de la perte de la victime et de l'avantage tiré par l'auteur du délit : « Ainsi l'égal est-il le juste milieu entre le plus et le moins ; le gain se confond avec le plus ; la perte, au contraire, avec le moins, le premier étant l'excès par rapport au bien, et le manque par rapport au mal ; la perte étant le contraire. [...] En conséquence, la justice corrective serait le juste milieu entre la perte de l'un et le gain de l'autre. »²⁹⁸ Ce juste milieu correspond à la « proportion arithmétique », c'est-à-dire à un « partage en deux » qui ne tient pas compte du mérite des individus concernés, mais seulement de leur perte ou de leur

288 *Ibid.*, V. III. 1.

289 *Ibid.*, V. III. 4-16.

290 *Ibid.* V. V. 6-16.

291 *Ibid.* V. IV.

292 *Ibid.* V. II. 12.

293 *Ibid.* V. II. 13.

294 *Ibid.* V. III. 4-12.

295 *Ibid.* V. III. 15.

296 *Ibid.* V. III. 13.

297 *Ibid.* V. IV. 4.

298 *Ibid.* V. IV. 6.

gain résultant du délit²⁹⁹ : « La loi n'envisage que la nature de la faute, sans égard pour les personnes qu'elle met sur un pied d'égalité. »³⁰⁰

166. La proportionnalité des peines correspond donc pour Aristote à la forme corrective de la justice. La mesure des peines se fait en fonction du passé, d'un déséquilibre déjà présent qu'il s'agit de mesurer en vue de sa correction. L'illustration mathématique qu'il propose est sans équivoque sur ce point : « Une ligne ayant été coupée en deux parties inégales, le juge prend ce qui, dans la partie la plus grande, dépasse la moitié, et ce qui est repris est ainsi ajouté à la partie la plus petite. »³⁰¹ L'intervention du juge est donc conçue comme postérieure à la formation de l'inégalité – c'est-à-dire au délit – et la sanction qu'il établit est directement fonction de cette inégalité pré-existante. La proportionnalité des peines (et plus généralement des sanctions) s'inscrit à nouveau dans une logique rétrospective. Néanmoins, de ce fait, elle constitue une exception. Aristote traite en effet aussi de la proportionnalité au titre plus général de la justice distributive et, parallèlement à la justice corrective, au titre de la justice « réciproque » des échanges volontaires. Or dans ces deux cas, la proportionnalité décrit un état à atteindre, une égalité à venir. Il ne s'agit pas de compenser une inégalité présente, mais d'éviter d'en produire une. La justice distributive est définie positivement comme un état égalitaire (proportionné) de la répartition des richesses et des honneurs. La justice commutative des échanges volontaires correspond à la proportion entre les valeurs des services échangés, que ce soit par le biais du troc ou d'un paiement monétaire : « Il faut donc, en maintenant le rapport entre l'architecte et le cordonnier, un nombre proportionnel de chaussures pour équivaloir à une maison ou à l'alimentation d'une personne, faute de quoi, il n'y aura ni échange ni communauté de rapports. »³⁰² L'une comme l'autre décrivent par le moyen de la proportionnalité les conditions d'une justice à accomplir ou en cours d'accomplissement, par la distribution ou par la négociation. Elles sont donc toutes deux tournées vers l'avenir. À l'inverse, la proportionnalité des peines est définie négativement comme la mesure du manque et de l'excès déjà présents qu'il faut compenser pour accomplir la justice corrective. L'opération de mesure est essentiellement tournée vers le passé³⁰³.

167. La proportionnalité des peines repose ainsi à l'origine sur la conception rétributive de la peine, plus précisément sur l'idée selon laquelle la peine doit avant tout corriger le trouble causé par le délit. Le trouble en question peut être, comme chez Aristote, un déséquilibre privé entre l'auteur et la victime du crime, mais il peut aussi s'agir d'un trouble public, spirituel, voire cosmique. De même le créancier de la réparation n'est pas nécessairement un individu isolé. Il peut s'agir de la collectivité (personnifiée ou non), du seigneur, du souverain, de la loi ou de la paix³⁰⁴, de Dieu. Chez Thomas d'Aquin, sanction rétributive et proportionnalité sont ainsi intégrées dans une perspective pénitentielle. Il s'agit toujours de réparer par la peine le mal commis, mais ce mal revêt

299 *Ibid.* V. IV. 9.

300 *Ibid.* V. IV. 3.

301 *Ibid.* V. IV. 8.

302 *Ibid.* V. V. 10.

303 V. dans le même sens HENRIOT J., « La commensurabilité de la peine chez Aristote », M. VILLEY (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Paris, France, Presses universitaires de France, 1983, p. 41.

304 Par exemple, dans le droit pénal franc, deux tiers de la composition pécuniaire revenaient à la victime au titre de sa vengeance, tandis que le dernier tiers, dû au roi, était appelé *fredus*, terme de même racine que l'allemand *Friede*, la paix (CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 105.)

des dimensions nouvelles. Le péché porte atteinte au « bien naturel » en rompant la justice distributive³⁰⁵ de l'ordre naturel et en affaiblissant l'inclination de son auteur à bien agir. L'âme du pécheur est souillée et il se rend débiteur d'une peine³⁰⁶. Plus précisément, « le péché mérite une peine, par la raison qu'il trouble un ordre »³⁰⁷. Le pécheur en trouble trois : « L'ordre de la raison envers nous-mêmes, de la justice envers les autres, de la loi divine envers Dieu »³⁰⁸. La fonction de la peine est de rétablir l'ordre perturbé : « La cause de ce trouble continuant, la peine doit durer aussi et ne cesser qu'avec la cause »³⁰⁹. C'est pourquoi les peines divines peuvent être éternelles : « L'égalité ne consiste pas seulement dans la durée de la peine. [...] L'égalité ne consiste même pas à égaler la peine à la grandeur de la faute. Elle consiste à proportionner la durée et la gravité de la peine à la *rémissibilité* de la faute [italiques dans le texte]. Celle du pécheur surpris par la mort est irrémédiable », car il a troublé sans réparation l'ordre de la loi divine³¹⁰. Inversement, si le péché est réparable, le pécheur peut être tenu de subir une « peine satisfaisante »³¹¹, « autrement dit de compenser par des "actes de justice" l'injure faite à l'Offensé »³¹². Comme chez Aristote, cette compensation passe par l'équilibre du plus et du moins. La souffrance de la peine répare le mal du péché en soustrayant l'excès qu'il a produit. « Puisque le péché a troublé l'ordre, nous sommes passibles d'une peine jusqu'à ce que l'ordre ait été réparé. [...] Les peines ont la vertu de produire cette réparation, parce qu'elles sont naturellement contraires à la volonté. On avait péché en donnant trop à la volonté. On se justifie en lui donnant le contraire de ce qu'elle demanderait. »³¹³ À nouveau, la proportionnalité de la peine est arithmétique, compensatoire et rétrospective. À nouveau, elle se distingue en cela de la proportionnalité à l'œuvre dans la justice distributive qui décrit un état d'accomplissement du monde : « Dieu se doit à lui-même de mettre dans ses œuvres l'ordre et la proportion convenables. Il faut que tout ce qui sort de ses mains soit sagement ordonné, ses moyens, proportionnés à la fin qu'il se propose : c'est ce que fait sa justice [distributive]. »³¹⁴

168. Cette dernière phrase illustre l'ancienneté de la conception finaliste de la proportionnalité. Dans cette proportion des moyens aux fins et dans la justice distributive dont elle est une composante, il est possible de voir le germe de la notion de proportionnalité-justification qui interroge la correspondance entre les mesures déployées et leurs fondements ou finalités³¹⁵. En

305 *La théologie de saint Thomas ou Exposition de la Somme théologique en Français*, traduit par Georges MALÉ, Paris, Perisse frères, 1857, Ia Iae, q. XXI, 1.

306 *Ibid.*, Ia Iae, q. LXXXV ; VILLEY M., « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, p. 186.

307 *La théologie de saint Thomas, op. cit.*, Ia Iae, q. LXXXVII, 3.

308 *Ibid.*, Ia Iae, q. LXXXVII, 1.

309 *Ibid.*, Ia Iae, q. LXXXVII, 3.

310 « Le péché est une catastrophe à l'échelle cosmique. Ce séisme bouleverse le plan du Créateur. » MERLE R., *La pénitence et la peine: théologie, droit canonique, droit pénal*, Paris, France, Éd. du Cerf : Éd. Cujas, coll. « Ethique et société », 1985, p. 22.

311 *La théologie de saint Thomas, op. cit.*, Ia Iae, LXXXVII, 5.

312 MERLE R., *La pénitence et la peine, op. cit.*, p. 22-23.

313 *La théologie de saint Thomas, op. cit.*, Ia Iae, LXXXVII, 5.

314 *Ibid.*, Ia Iae, q. XXI, 2.

315 Cette correspondance apparente permet d'accréditer la thèse selon laquelle la notion contemporaine trouve ses racines lointaines dans la philosophie aristotélicienne. Proportionnalité-mesure et proportionnalité-justification procéderaient donc d'une inspiration originelle commune à partir de laquelle elles auraient divergé. V. ENGLE E., *The history of the general principle of proportionality: an overview*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431179, consulté le 7 septembre 2015.

revanche, **dès ses origines, la notion de proportionnalité des peines constitue un ensemble logique distinct de la proportionnalité juridique au sens large.** En tant que concept, la proportionnalité des peines naît d'une philosophie de la rétribution qui conçoit la justice comme la mesure d'un équilibre tantôt à fonder, tantôt à rétablir. Pour autant, ni Aristote ni son continuateur Thomas d'Aquin ne visent à décrire ainsi une pratique de droit positif. Qui plus est, plus d'un millénaire de droit pénal les sépare, pendant lequel la conception aristotélicienne de la justice demeure inconnue du monde romain et chrétien. En outre, même à titre prescriptif, la présentation qui précède est insuffisante pour appréhender entièrement la notion de proportionnalité des peines. Comme le laisse entendre Thomas d'Aquin, il ne s'agit pas seulement de réaliser une égalité entre le crime et la peine, car ces deux objets sont de natures différentes. Le passage de l'un à l'autre se fait donc par une opération de conversion.

II. La conversion du crime en peine

169. Pour que la peine soit proportionnée au délit, il est nécessaire d'établir entre eux une clé d'équivalence. Cela suppose, s'il s'agit de corriger un tort, non seulement d'identifier et de mesurer ce tort, mais aussi de déterminer quelle sanction en réponse est susceptible de le corriger sans causer un déséquilibre inverse. Même dans les rapports privés, une simple règle d'égalité telle que la loi du talion peut s'avérer inapplicable, par exemple, s'il est tenu compte du caractère intentionnel de l'atteinte : « Que sera-ce, si la fracture a été faite involontairement ? Il faudra, pour qu'il y ait talion, rendre un mal involontaire pour un mal involontaire [...]. Mais comment, pour se venger d'un acte involontaire, reproduire le même acte sans intervention de la volonté ? »³¹⁶ La difficulté devient impossibilité lorsqu'il s'agit de compenser par une peine individuelle un mal collectif ou une atteinte à la loi divine. « La transposition ne peut être totale, car il n'y a aucune équivalence convenable entre nos faibles possibilités compensatrices et l'immensité incommensurable de l'offense faite à Dieu. »³¹⁷ La proportionnalité de la rétribution suppose donc que soit construite ou découverte une mesure commune pour le crime et la peine. Étant de natures différentes, ils ne peuvent être rapprochés que par un raisonnement analogique (A) qui permettra ensuite d'établir une échelle de correspondance entre eux (B).

A. Un rapprochement analogique

170. Lorsque la notion de proportionnalité se forme dans la philosophie grecque, les mathématiques ne sont pas encore un système formel fermé et réservé au domaine des abstractions. Le « nombre » pythagoricien et la mesure sont des objets réels, les sources cachées de l'ordre du monde. La proportion, en ce sens, n'est pas simplement un rapport entre des valeurs numériquement quantifiables. Elle est aussi le moyen de mettre en rapport ces valeurs dans le meilleur équilibre possible. Socrate décrit ainsi le souverain bien comme un composé incorporel de tous les plaisirs « purs » et de tous les plaisirs vertueux³¹⁸. Or, « tout composé, quel qu'il soit et de quelque manière qu'il soit formé, s'il manque de mesure et de proportion, ruine nécessairement les éléments qui le

316 AULU-GELLE, *Nuits Attiques, in Oeuvres complètes d'Aulu-Gelle*, DE CHAUMONT, FLAMBART et BUISSON, Paris, Garnier frères, 1863, vol. 2/2, p. 435-436 (XX. 1).

317 MERLE R., *La pénitence et la peine, op. cit.*, p. 23.

composent et lui-même en premier. »³¹⁹ La proportion et la mesure sont les clés du bien, mais aussi du beau : « Voilà maintenant l'essence du bien qui vient de chercher un asile dans la nature du beau. Car c'est dans la mesure et la proportion que se trouvent partout la beauté et la vertu. »³²⁰ La proportionnalité est donc une projection du nombre et, en tant que telle, autant mathématique que morale et esthétique. Elle lie entre eux les différents genres et espèces des constituants du monde.

171. Cette dimension esthétique, que Socrate interroge non par le calcul mais par la maïeutique et donc en partie par l'intuition, est essentielle à une approche juridique de la proportionnalité, laquelle ne peut se constituer exclusivement de rapports numériques. Elle signifie en effet que la proportionnalité a également une fonction symbolique de mise en correspondance des valeurs disparates qui y sont projetées. Cette fonction symbolique a d'ailleurs été en partie perdue de vue par le jeu de la traduction. En effet, « proportionnalité » vient du latin *proportio*, lui-même traduction du grec *analogon*. Mais chez Aristote, fondateur de la doctrine juridique de la proportionnalité, *analogon* n'est pas seulement utilisé pour décrire un rapport quantitatif. Comme l'a observé M^{me} Frank³²¹, le terme *analogon* apparaît également dans la Poétique et désigne alors l'analogie. « La métaphore est un mot transporté de sa signification propre à une autre signification : ce qui se fait en passant du genre à l'espèce, ou de l'espèce au genre, ou de l'espèce à l'espèce, ou par analogie. [...] Par analogie, quand de quatre termes le second est au premier ce que le quatrième est au troisième [...]. Ainsi, la coupe étant à Bacchus comme le bouclier est à Mars, on dira que *le bouclier est la coupe de Mars, et la coupe, le bouclier de Bacchus.* »³²² La comparaison avec la description de la proportionnalité dans l'*Éthique à Nicomaque* révèle des ressemblances frappantes : « Nécessairement, le juste implique au moins quatre éléments. Pour qu'il se réalise, il faut deux personnes et deux objets par rapport auxquels il existe. [...] Le rapport qui existe entre les objets se retrouvera entre les personnes. [...] Le rapport qui existe entre A et B se retrouvera identique entre C et D, et inversement le rapport entre A et C existera entre B et D. »³²³

172. Les opérations poétique et morale sont donc extrêmement semblables, ce qui explique leur homonymie et éclaire leurs sens. Contrairement à une proportionnalité strictement calculatoire, l'analogie repose sur un contexte culturel dont elle est l'expression : « L'exemple d'Aristote fait appel à la connaissance préalable de Dionysos, de sa coupe, d'Arès et de son bouclier. »³²⁴ Qui plus est l'analogie n'est pas déductive. « La relation de similarité ou d'égalité » qu'elle suppose « ne peut être justifiée, prouvée ou démontrée logiquement »³²⁵. L'analogie est moins découverte par la

318 PLATON, « Philèbe », *Sophiste ; Politique ; Philèbe ; Timée ; Critias*, traduit par Emile CHAMBRY, Paris, Garnier frères, 1992, p. 368-369.

319 *Ibid.*, p. 370.

320 *Ibid.*

321 FRANK J., *A democracy of distinction: Aristotle and the work of politics*, Chicago, Etats-Unis d'Amérique, University of Chicago Press, 2005, p. 95-98.

322 ARISTOTE, *Poétique*, traduit par Ch. BATTEUX, Paris, J. Delalain, 1874, p. 33-34, nous soulignons, italiques dans le texte.

323 ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, *op. cit.*, V, III, 5-6 et 10-11, nous soulignons.

324 FRANK J., *A democracy of distinction*, *op. cit.*, p. 95 : « Aristotle's example calls for knowing Dionysus and his cup and knowing Ares and his shield. »

325 *Ibid.*, p. 96 : « The relation of likeness or equality that analogies posit cannot be justified logically or proven or demonstrated. »

déduction qu'elle est créée par l'interaction du discours avec son contexte culturel : son énoncé en est l'acte constitutif.

173. La proportionnalité, dans un sens classique, peut donc se concevoir non seulement comme le calcul d'un équilibre basé sur une relation d'équivalence pré-établie, mais aussi comme l'assertion créative de cette équivalence entre deux ou plusieurs objets *a priori* disparates. Ces dimensions quantitative et qualitative sont complémentaires. Ainsi la comparaison entre la chaussure et la maison, objets de nature différente, se fonde d'abord sur un point commun – elles sont les produits respectifs du travail du cordonnier et de l'architecte (analogie)³²⁶. Ce rapprochement permet ensuite l'expression du rapport quantifié qui mène à un échange équilibré sous forme de troc ou de paiement monétaire³²⁷. **La phase analogique, non déductive mais créative, est indispensable à la phase quantitative.**

174. Dans le monde ordonné du réalisme classique, les analogies peuvent renvoyer à la nature des choses et l'activité du bon juge, comme celle du bon poète, révèle en quelque sorte des équivalences réelles, quoique cachées et fluctuantes³²⁸. Tel n'est pas le cas dans un monde positiviste. Le versant analogique de la proportionnalité ne peut y être compris que comme un jugement d'opinion et un acte de volonté – volonté mise en commun dans la négociation d'un contrat, mais volonté imposée dans la fixation des équivalences entre les crimes et les peines. Ulysse qui, exerçant son droit de punir au sein de sa maison, inflige à ses servantes et son chevrier des châtiments différenciés en fonction de leur sexe et de leurs actes, applique déjà une sorte rudimentaire de proportionnalité. Il crée et impose le sens de la mort donnée, moins par la gradation de la sévérité que par le rapport analogique qu'il affirme entre les modalités de la mort, les paramètres de l'offense et les autres supplices mythologiques³²⁹. Les tarifs de *Wergeld* de la Loi salique reconnaissent et affirment une règle d'équivalence, commune à l'ensemble des Francs saliens, entre les biens matériels, l'intégrité corporelle et la monnaie. Le pouvoir des chefs francs, puis celui de Clovis, donnent valeur impérative à ces associations symboliques. L'organisation de la proportionnalité des peines par le détenteur du pouvoir n'est pas qu'un moyen d'assurer la paix sociale, c'est aussi une façon d'imposer un classement comparatif des biens et des maux qu'il juge essentiels et de fixer leurs valeurs respectives. Le contrôle de la nature et de la mesure des peines se rapproche en ce sens du pouvoir de battre monnaie. Corrélativement, la diversité et la complexité des peines reflète l'étendue de l'imaginaire pénal d'une époque, le maillage de liens symboliques qui sont projetés par une culture juridique dans le phénomène criminel. Il n'est pas anodin, à cet égard, qu'après le fourmillement pénal de l'Ancien régime, notre droit positif ne connaisse plus que deux natures de peines principales, pécuniaires ou privatives de liberté, comme si l'infinie variété des délits ne pouvait plus équivaloir en répression qu'à deux contreparties uniformes.

326 ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, op. cit., V, V, 8-10.

327 *Ibid.* V, V, 11.

328 VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige », 2006, p. 86-87, 91-96, 155-165.

329 CANTARELLA E., *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Albin Michel, 2000, p. 11-25.

175. Ainsi décrite, l'analogie est indissociable de la proportionnalité des peines. Elle intervient au moins à un niveau implicite, dans la correspondance symbolique qui est établie par le fait que la sanction répond au crime. Le législateur ou le juge qui compose une peine spécifique pour un acte spécifique affirme leur singularité et sous-entend leur correspondance. Celui qui inflige une peine de même nature pour une grande variété d'atteintes affirme qu'il réprime un phénomène uniforme, qui ne varie qu'en intensité. Cette connexion est reconnue par quelques auteurs qui l'érigent en principe autonome. Beccaria et Bentham, en particulier, distinguent ainsi du principe de proportionnalité un « principe d'analogie » qui exige que la sanction corresponde au crime non seulement par sa sévérité, mais aussi par sa nature³³⁰. Toutefois, même impensée, cette analogie existe toujours. Or en permettant la conversion d'une espèce à l'autre, l'analogie permet de les mettre en correspondance, non seulement qualitativement, mais aussi quantitativement, c'est-à-dire d'établir une échelle de valeurs.

B. Un échelonnement des valeurs

176. **Dans un premier sens, étudié jusqu'ici, la proportionnalité est d'ordre discret : elle met en rapport un couple crime-peine pris isolément. Il s'agit alors d'une mesure cardinale**, un point d'ancrage étant donné (la gravité du crime) pour en déduire une valeur fixée (la sévérité de la peine). Toutefois, à partir du moment où les peines sont organisées en système, cette relation entre gravité et sévérité prend un sens continu. On ne compare plus simplement une peine à son délit, mais aussi les peines entre elles et les crimes entre eux : la gradation des unes reflète celle des autres. Le supplice de Ravallac n'est pas seulement sévère parce qu'il est long et atroce, il est aussi sévère parce qu'il se pratique à la même époque bien d'autres peines, même capitales, qui sont perçues comme moins douloureuses et moins prolongées³³¹. **La variété de nature et de mesure des peines crée de fait un échelonnement dans les valeurs qu'elles expriment, non isolément, mais comme ensemble. Dans ce second sens, la proportionnalité est ordinale.** La justice de la peine tient à ce qu'elle est à la fois plus sévère que celles qui frappent des délits plus bénins et plus clémentes que celles qui répriment des crimes plus importants. La proportionnalité ordinale remplit deux fonctions essentielles pour le système pénal. D'une part, elle permet au souverain d'exprimer la mesure et les critères de sa réprobation. D'autre part, elle garantit l'absence de contradiction manifeste dans le système de sanctions³³².

330 V. VAN DE KERCHOVE M., *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 36-38, et les références citées.

331 FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 65 : « Dans toute infraction, il y a un petit *crimen majestatis*, et dans le moindre des criminels un petit régicide en puissance. Et le régicide, à son tour, n'est ni plus ni moins que le criminel total et absolu, puisque au lieu d'attaquer, comme n'importe quel délinquant, une décision ou une volonté particulière du pouvoir souverain, il en attaque le principe dans la personne physique du prince. La punition idéale du régicide devrait former la somme de tous les supplices possibles. Ce serait la vengeance infinie : les lois françaises en tout cas ne prévoyaient pas de peine fixe pour cette sorte de monstruosité. Il avait fallu inventer celle de Ravallac en composant les unes avec les autres les plus cruelles qu'on ait pratiquées en France. On voulait en imaginer de plus atroces encore pour Damiens. »

332 Cette distinction entre proportionnalité « cardinale » et proportionnalité « ordinale », désormais classique, est attribuée au pénaliste allemand Andreas Von Hirsch, qui l'emploie notamment dans ses écrits en anglais. V. notamment VON HIRSCH A. et A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2005, p. 138.

177. En théorie, proportionnalité cardinale et ordinale ne sont pas opposées mais complémentaires, voire nécessaires l'une à l'autre. Dans l'élaboration et la pratique du droit, toutefois, il est nettement plus aisé de se focaliser sur la mesure ordinale : elle est à la fois moins abstraite (car elle compare des valeurs immédiatement disponibles), plus souple (parce que l'on ne raisonne pas en termes de valeurs discrètes mais d'intervalles) et plus intuitive. C'est pourquoi elle intervient plus explicitement en droit positif comme en histoire du droit, y compris en l'absence de cadre théorique organisé ou dans des cadres théoriques qui appliquent le principe sans le nommer. L'exemple le plus significatif est celui de la Loi salique³³³, dont les quarante-sept premiers titres établissent un tarif pénal pour chaque infraction en fonction de la nature de l'acte, de ses conséquences et de la qualité de l'auteur et de la victime (Franc, Romain, ingénu, affranchi ou esclave). Le texte frappe tant par son étendue que par la subtilité de ses distinctions. On cite fréquemment comme exemple le titre XIX qui sanctionne les blessures en fonction de leur localisation et de leurs conséquences (os rompu, membre sectionné mais encore pendant, membre entièrement sectionné, gangrène...) mais le titre II qui ne consacre pas moins de vingt articles au vol des porcs est tout aussi remarquable par la minutie rédactionnelle dont il témoigne. Le texte est riche d'enseignements quant aux valeurs de son époque non seulement lorsqu'il établit des inégalités mais aussi lorsqu'il sanctionne de la même peine deux infractions distinctes. Par exemple le Franc qui dévalise un Romain est condamné à payer 1200 deniers, soit la moitié de la peine infligée au Romain qui dévalise un Franc (titre XV, art 2 et 3), tandis que le vol de la clochette attachée au cou d'une truie ou du grelot d'un cheval (titre XXIX, art. 1 et 3) est puni exactement de la même manière qu'une blessure à la tête ayant fait couler le sang jusqu'à terre (titre XIX, art. 2). L'organisation des peines témoigne ainsi à la fois de l'ordre social et de l'importance attachée aux biens les plus courants ou les plus convoités – ici, les animaux, moyen de subsistance et de production, sont parfois protégés aussi chèrement que les vies humaines qu'ils permettent de préserver.

178. Dans un premier temps, la proportionnalité ordinale naît ainsi de la législation plutôt que de la philosophie. Aristote ne l'envisage pas et elle se développe plutôt comme un phénomène émergent et périphérique, produit dérivé de l'activité législative et coutumière, que comme un principe structurel reconnu comme tel. Il faut attendre le XII^e siècle pour que le droit positif et la philosophie abordent de concert la proportionnalité des peines. Elle intervient alors par le biais d'un corollaire. L'adage *Poena ad mensuram delicti statuenda est* (la peine doit être statuée à la mesure du délit) est employé pour encadrer l'arbitraire des juges en leur imposant de ne s'écarter des peines légales ou coutumières que s'ils sont « mû[s] par des raisons certaines », c'est-à-dire en présence de circonstances aggravantes ou atténuantes³³⁴. La logique cardinale et ordinale est alors bien présente, mais elle n'est pas conçue comme un principe autonome ou général. Sa portée est limitée à sa valeur argumentaire quant aux pouvoirs du juge pénal.

333 Une traduction moderne est librement accessible sur le site personnel de M. Doucet : *La Loi salique*, https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/loi_salique.htm, traduit par P. A. PEYRÉ, consulté le 21 mai 2018.

334 CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 77 et 242-243.

179. Indépendamment de ce débat, toutefois, Philippe de Beaumanoir présente dans les *Coutumes de Beauvaisis* la première formulation moderne de la proportionnalité ordinale comme un principe à la fois concret et général. Au paragraphe introductif du chapitre XXX, Beaumanoir insiste sur l'importance, pour le juge, de savoir adapter justement la peine au crime : « La chose dont il est plus grans mestiers a tous ceus qui maintiennent justice, c'est qu'il sachent connoistre les mesfès quel il sont, ou grant ou petit, et qu'il sachent queus vengeance doit estre prise de chascun mesfet. »³³⁵ Toutefois, « comme li mesfet ne sont pas onni [c'est-à-dire égaux, n.d.r.], ne son pas les venjances onnies »³³⁶ : de l'inégalité des crimes entre eux découle celle des peines entre elles, c'est-à-dire le principe de proportionnalité ordinale. Ainsi les « mesfet » se distinguent en trois classes, en fonction de la peine qu'ils encourent, soit qu'ils « doivent estre vengié de diverses mors »³³⁷, soit « par longue prison et par perte d'avoir »³³⁸, soit encore « par perte d'avoir sans mort et sans mehaing [c'est-à-dire sans amputation, n.d.r.] et sans prison »³³⁹. Mais au sein même de ces trois classes, les peines doivent être adaptées. Les « mesfet » de la deuxième catégorie doivent être punis « non pas onniement, mes selon ce que li fes le requiert »³⁴⁰ et les amendes des deuxième et troisième catégories ne sont pas égales : « Ainçois est l'une grans et l'autre petite selonc le mesfet, et selonc la persone qui mesfet, et selonc la persone a qui l'en mesfet. »³⁴¹ Le principe ainsi exprimé est déjà connu, mais il est présenté de manière visionnaire, pour au moins trois raisons. D'abord, il s'agit du premier texte qui consacre un développement spécifique à l'exposition du principe de proportionnalité comme un principe directeur général, qui plus est en ouverture de développements concrets sur son application casuistique. Ensuite, Beaumanoir attribue à la proportionnalité une importance superlative en affirmant qu'il s'agit de « la chose dont il est plus grand mestiers a tous ceus qui maintiennent justice ». Enfin, la conclusion du paragraphe renforce encore l'autorité du principe en le liant à ce qui peut être vu comme une préfiguration du principe de légalité criminelle : « Et pour ce que li communs pueples sachent comment il devront estre puni s'il mésfont, et chascuns en sa persone s'il mesfet, et que li seigneur sachent quel vengeance il doivent prendre de chacun mesfet, nous traiterons en cel chapitre de chascun mesfet que l'en puet fere et de la vengeance de chascun mesfet queus ele doit estre. »³⁴² L'intelligibilité, l'accessibilité, la prévisibilité et la proportionnalité de la norme sont ainsi évoquées comme un ensemble de règles nécessaires au bon fonctionnement de la justice pénale, cinq siècles avant Beccaria.

180. **Conclusion du premier paragraphe.** La proportionnalité naît donc comme un héritage des origines vindicatoires du droit pénal. Au fur et à mesure que la loi du talion est abandonnée, les sanctions qui s'y substituent s'organisent comme une restitution du mal commis, une correction du déséquilibre né du crime par un mal équivalent infligé au criminel. Cette équivalence n'est pas seulement quantitative. Elle passe par une opération de conversion symbolique, analogique, fondée à la fois sur la culture dans laquelle s'inscrit le système pénal et sur l'appréciation par son auteur

335 BEAUMANOIR P. de, *Coutumes de Beauvaisis*, op. cit., p. 428.

336 *Ibid.*

337 *Ibid.*

338 *Ibid.*, p. 429.

339 *Ibid.*

340 *Ibid.*

341 *Ibid.*

342 *Ibid.*, p. 489.

des valeurs essentielles qu'il vise à défendre. Cette mise en correspondance symbolique permet également la construction d'un système échelonné et hiérarchisé de valeurs. Lorsque cette hiérarchisation factuelle est incorporée dans la pensée juridique, elle y revêt une autorité propre et prend valeur de principe général.

181. Les deux versants de la proportionnalité-mesure, le cardinal et l'ordinal, sont ainsi intrinsèquement liés à la valeur de rétribution de la sanction. Or l'émergence de nouveaux paradigmes dans la pensée juridique à partir du XVIII^e siècle bouscule ces fondements. Les éthiques conséquentialistes des libéraux utilitaristes et de la criminologie positiviste écartent la rétribution du champ des justifications de la peine. Elles affectent donc nécessairement le sens et la portée de la proportionnalité-mesure.

§2. Les remises en cause conséquentialistes

182. En raison de ses origines vindicatoires, la proportionnalité des peines aurait pu disparaître avec l'évolution du droit pénal. Du milieu du XVIII^e au début du XX^e siècles se succèdent plusieurs écoles de pensée majeures qui, d'une part, conçoivent la matière criminelle comme un tout théorique et pratique et, d'autre part, écartent la valeur rétributive de la peine au profit de fonctions tournées vers l'avenir. Leur influence sur l'état actuel du droit positif et de la doctrine est considérable. Elle nous renseigne sur ce que peut être la place de la proportionnalité-mesure lorsque la peine n'est justifiée que par le bien qu'elle est susceptible de produire. La première option est celle des utilitaristes qui maintiennent la proportionnalité-mesure comme une garantie de la modération et de la nécessité des peines (I). Les criminologues positivistes de la fin du XIX^e siècle concluent quant à eux au rejet pur et simple du principe en raison de l'obsolescence de ses prémisses (II). La solution qui connaît encore aujourd'hui le plus de succès est toutefois celle de l'école éclectique, qui forme un hybride des rationalités prospectives et rétrospectives de la peine (III).

I. L'assimilation utilitariste de la proportionnalité-mesure à la nécessité

183. De la fin du Moyen Âge à celle de l'Ancien régime, le droit pénal forme peu à peu une matière juridique autonome, distincte de la réparation civile des préjudices, dans un mouvement que M. Pires appelle la « rationalité pénale moderne »³⁴³. La matière se lie progressivement à la fois au pouvoir royal³⁴⁴ et à un système inquisitoire qui écarte presque entièrement la victime de ses préoccupations³⁴⁵. La finalité dissuasive de la peine prend le pas sur sa fonction de rétribution, les peines devant être exemplaires et terrifiantes³⁴⁶. Le *Traité des délits et des peines* de Cesare Beccaria, publié en 1760, marque l'un des aboutissements de ce processus. La rétribution est évacuée du champ de la justification des peines, qui doit reposer non sur un mal passé à restituer

343 DEBUYST C., F. DIGNEFFE, et A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, vol. 2 : La rationalité pénale moderne et la naissance de la criminologie*, Montréal, Canada ; Belgique, Presses de l'université de Montréal, 1998.

344 CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op. cit.*, p. 151-152.

345 *Ibid.*, p. 215-228.

346 *Ibid.*, p. 286-288.

mais sur un bien futur à produire. Or Beccaria (A) et son continuateur Jeremy Bentham (B) insistent fortement pour préserver et même renforcer la proportionnalité des peines en fournissant, pour la première fois, une algorithmique de la mesure pénale. Le second ayant raffiné et étant revenu sur certaines ambiguïtés de la doctrine du premier, il convient d'étudier leurs conceptions successivement.

A. La proportionnalité beccarienne, corollaire approximatif de la nécessité des peines

184. Dans le *Traité*, Beccaria présente une conception systématisée du principe de proportionnalité qu'il redéfinit tout en le liant à la notion plus étendue de nécessité. La nécessité s'entend en premier lieu dans un double sens factuel. Elle est d'abord un besoin si impérieux qu'il exerce une contrainte sur les actions humaines. « Ce fut la nécessité qui contraignit les hommes »³⁴⁷, « fatigués de vivre dans un état de guerre continu et dans une liberté rendue inutile par l'incertitude de la conserver »³⁴⁸, « à céder une partie de leur liberté »³⁴⁹ pour s'unir en société. La justice n'est que « le lien nécessaire pour maintenir » cette « union des intérêts particuliers »³⁵⁰. La société et le droit procèdent ainsi de la nécessité et y trouvent leurs limites. Ensuite, la nécessité est un des principes moteurs de la nature humaine. Force déterministe et parfois providentielle, elle est en tension permanente avec le principe du libre arbitre. Elle « contraint » les hommes à s'associer tout en les soumettant à la tyrannie de leurs sens. Chaque homme est ainsi habité d'un « esprit despotique »³⁵¹ qui le pousse à s'approprier davantage que sa part. « L'expérience a démontré » que cet esprit despotique devait être combattu par des « moyens sensibles », c'est-à-dire des peines « qui frappent immédiatement les sens et se présentent constamment à l'esprit pour contrebalancer les fortes impressions des passions individuelles s'opposant à l'intérêt général »³⁵². La doctrine des peines de Beccaria repose donc sur un équilibre précaire : **le droit est fondé sur l'aspiration à la liberté d'individus soumis à une nature déterministe**³⁵³.

185. En second lieu, le principe de nécessité des peines reflète dans le domaine normatif la dimension factuelle de la nécessité. Parce que les hommes ne se sont unis en société que sous la contrainte de la nécessité, ils n'ont consenti à abandonner au souverain qu'une part minimale de leur liberté. Le droit de punir est donc fondé sur et limité par la nécessité de protéger l'agglomérat de ces parts de liberté mises en commun. Il ne serait pas impossible de concilier avec cette idée une approche rétributiviste de la peine : celle-ci protégerait la liberté de la victime ou le bien commun en opérant une restitution équivalente au tort causé par le délit. Beccaria réfute cette conception : « Le but des peines n'est ni de tourmenter et affliger un être sensible, ni de faire qu'un crime déjà

347 BECCARIA C., *Des délits et des peines*, traduit par Maurice CHEVALLIER, Paris, Flammarion, coll.« Les livres qui ont changé le monde », n° 22, 2010, p. 36.

348 *Ibid.*, p. 33.

349 *Ibid.*, p. 36.

350 *Ibid.*, p. 36-37.

351 *Ibid.*, p. 33.

352 *Ibid.*, p. 33-34.

353 Sur la tension entre liberté et déterminisme chez Beccaria, v. FERRAND J., « Le conflit des rationalités pénales au siècle des lumières : Jalons pour penser les politiques criminelles contemporaines », J. BOULAD-AYOUB, M. ANTAKI et P. ROBERT (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Laval, Canada, Presses universitaires de Laval, 2013, p. 168-180.

commis ne l'ait pas été. »³⁵⁴ Au contraire, la seule vertu des peines est leur valeur dissuasive. « Pour qu'une peine soit juste, elle ne doit avoir que le degré de rigueur suffisant pour détourner du crime »³⁵⁵ et, *a contrario*, en admettant « que la cruauté des peines ne soit pas directement opposée au bien public et au but qu'elle se propose d'empêcher les délits ; il suffirait qu'elle fût inutile pour être contraire aux vertus bienfaisantes engendrées par une vertu éclairée »³⁵⁶. La peine nécessaire ne doit donc pas simplement être utile : elle doit être strictement limitée à ce que commande le besoin de protection du corps social³⁵⁷. Une fois l'objectif de dissuasion satisfait, il ne reste aucune portion de peine résiduelle qui puisse être justifiée sur un autre fondement. La justification des peines et, avec elle, leur mesure, reposent exclusivement sur une « rationalité prospective »³⁵⁸, tournée vers leurs effets concrets et à venir.

186. L'insistance de Beccaria sur la proportionnalité n'en est que plus remarquable. La formulation des principes utilitaristes et l'exclusion de la valeur rétributive des peines auraient pu l'amener à écarter la proportionnalité, devenue sans fondement. À défaut, la notion aurait pu être redéfinie. Le rapport de proportionnalité serait toujours présent mais il servirait à comparer, plutôt que la gravité du crime et le mal de la peine, d'autres termes plus pertinents du point de vue d'une éthique conséquentialiste. Toutefois Beccaria ne réalise pas cette rupture et préfère, au prix de quelques simplifications, intégrer dans sa théorie utilitariste des peines une proportionnalité reposant sur des critères rétrospectifs classiques. Au début du chapitre VI des *Délits et des peines*, il écrit « qu'il est de l'intérêt général » que les délits « soient d'autant plus rares qu'ils causent du tort à la société » ; que, par conséquent, « plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être aussi les obstacles qui les en écartent » et qu'il « doit donc y avoir une proportion entre les délits et les peines. »³⁵⁹ Le critère de cette proportion est celui de la gravité du crime : « La vraie, la seule mesure des délits est le tort causé à la nation »³⁶⁰.

187. La proportionnalité beccarienne repose donc sur un raccourci logique : elle postule que plus les conséquences d'un acte sont graves, plus les moyens requis pour le prévenir sont coûteux. Cela revient en fait à confondre l'importance (axiologique) qu'il y a à prévenir et la difficulté (instrumentale) de cette prévention. Certaines situations très dangereuses peuvent être prévenues très facilement : le « simple » respect par chacun des réglementations routières réduit considérablement la fréquence des accidents mortels. D'autres maux, comme certaines épidémies saisonnières, sont bénins mais quasiment inévitables. Beccaria ne perçoit pas cette nuance et cette confusion se répercute sur sa vision du rapport entre délit et dissuasion. Il écrit ainsi que « si un châtement égal frappe deux délits qui portent à la société un préjudice inégal, rien n'empêchera les hommes de commettre le délit le plus grave des deux, s'il s'accompagne pour eux du plus grand

354 BECCARIA C., *Des délits et des peines*, op. cit., p. 66.

355 *Ibid.*, p. 117.

356 *Ibid.*, p. 39.

357 On retrouve ainsi, sous le nom de « nécessité », une forme ancienne de la proportionnalité-justification.

358 PONCELA P., *Droit de la peine*, op. cit., p. 58 et s., spéc. p. 58 : la rationalité prospective "fait de la peine un pari, un risque calculé ou un investissement chargé d'espoir ; elle contient un projet pour l'avenir.

359 BECCARIA C., *Des délits et des peines*, op. cit., p. 47.

360 *Ibid.*, p. 51. Il n'est pas anodin que Beccaria ouvre sur cette affirmation relative à la mesure des délits un chapitre intitulé « erreur dans la mesure des peines » : il est acquis que la mesure de la peine est celle du délit.

avantage. »³⁶¹ Ce qui détermine la commission du délit, c'est donc ici l'avantage que son auteur peut espérer en tirer. La fonction dissuasive de la peine vise à contrer la tentation de cet avantage. C'est pourquoi la sanction doit être prompte : « Il est de la plus grande importance que la peine suive de près le délit si l'on veut que dans l'esprit grossier du vulgaire la peinture séduisante d'un délit profitable éveille immédiatement l'idée étroitement associée de la peine. »³⁶² Beccaria esquisse ainsi un début de théorie mettant en relation une gradation des facteurs de passage à l'acte criminel et une gradation des facteurs d'efficacité de la dissuasion. Pourtant, lorsqu'il aborde la question de la mesure des peines, il écarte ces considérations et ne s'intéresse qu'à la gravité des délits. Inversement, lorsqu'il estime qu'un châtement plus prompt est susceptible de constituer une dissuasion plus efficace, il n'envisage pas que la sévérité de la peine puisse être modulée en fonction de la rapidité de son intervention. La proportionnalité des peines de Beccaria se fonde en partie sur leur nécessité, mais elle n'en suit pas l'orientation prospective. **La justification de la peine est entièrement tournée vers l'avenir, ce qui se reflète dans ses modalités procédurales, mais sa mesure est établie par une opération qui regarde vers le passé. Même débarrassée de son enveloppe rétributive originelle, la proportionnalité des peines demeure rétrospective.**

188. Un fragment de logique rétrospective survit ainsi au sein des théories utilitaristes sous la forme de la proportionnalité des peines. En reprenant et en affinant les distinctions de Beccaria, Bentham atténue cette tension interne, sans pour autant y échapper complètement.

B. La survivance de la proportionnalité-mesure dans l'utilitarisme de Bentham

189. Pour Bentham, la proportionnalité des peines découle d'une conception presque algorithmique de la dissuasion. La peine se calcule comme une valeur négative qui doit, dans l'esprit comptable du délinquant, s'opposer à la valeur positive tirée du délit. Il faut « que le mal de la peine surpasse l'avantage du délit », car « il faut que le motif qui réprime soit plus fort que le motif qui séduit »³⁶³. « Une peine égale pour des délits inégaux est souvent un motif en faveur du plus grand délit »³⁶⁴, ce qui va dans le sens de la proportionnalité ordinale. Le rationalisme psychologique de Bentham est tel qu'il prévoit d'ajuster la peine en fonction du risque d'impunité. Une peine moins probable doit être plus intense pour produire le même effet dissuasif, car le délinquant « se fait un calcul de chances pour et contre »³⁶⁵, à la façon d'un parieur éclairé. Enfin il importe de tenir compte de la « sensibilité » de chaque individu afin de ne pas infliger sous couvert d'égalité des peines trop sévères ou trop bénignes³⁶⁶. Toutes ces considérations ont pour point commun d'être focalisées sur l'effet psychologique que doit produire la peine. La gravité du délit, le mal qu'il cause, n'entre en ligne de compte dans la proportionnalité benthamienne que comme variable d'ajustement. « Plus un délit est grand, plus on peut hasarder une peine sévère pour la

361 *Ibid.*, p. 50.

362 *Ibid.*, p. 93.

363 BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, traduit par Etienne DUMONT, 3^e éd., Paris, Rey et Gravier, 1830, vol. 2/3, p. 157-158.

364 *Ibid.*, p. 160.

365 *Ibid.*, p. 159.

366 *Ibid.*, p. 161.

chance de le prévenir. »³⁶⁷ Autrement dit, ce n'est que dans le doute sur l'efficacité dissuasive d'une peine donnée que la gravité de l'infraction peut jouer un rôle discriminant. L'importance du trouble à prévenir peut justifier que l'autorité publique prenne un risque plus important en fulminant une peine sévère, quoique potentiellement inefficace. Remarquons que cette concession de Bentham est formulée positivement dans son intitulé mais qu'elle est exposée sous forme négative dans son développement, ce qui permet d'insister sur son caractère exceptionnel : « Appliquer de grands supplices à de petits délits, c'est payer bien chèrement la chance de s'exempter d'un mal léger. La loi anglaise qui condamnait au supplice du feu les femmes qui avaient distribué de la fausse monnaie renversait entièrement cette règle de proportion. »³⁶⁸

190. Pour autant, Bentham ne rompt toujours pas avec la tradition proportionnaliste. La peine est toujours déterminée par le délit, comme par application d'une fonction mathématique. Bien que la rétribution et la gravité de l'infraction n'importent plus, l'opération suit toujours la même structure, car la finalité dissuasive est comme enfermée dans les limites du rapport entre crime et peine. Lorsqu'il prend par exemple comme point de départ du calcul l'avantage procuré par le délit à son auteur plutôt que le dommage social qui en découle, Bentham s'assure que les critères qu'il emploie sont cohérents avec les buts qu'il assigne à la peine. Il lie donc bien la mesure des peines à leur finalité instrumentale. Toutefois ce lien n'est qu'indirect, car il passe par le filtre de la comparaison à la gravité du crime. Le calcul opéré dans la proportionnalité-mesure demeure ainsi essentiellement rétrospectif, chez Bentham comme chez Beccaria³⁶⁹.

191. Cela conforte l'idée d'une singularité de la proportionnalité des peines qui, même au sein de théories conséquentialistes, reste partiellement tournée vers le passé. Bentham envisage bien des calculs utilitaristes directement tournés vers l'avenir en matière de droit pénal. Toutefois, soit ces calculs sont réservés à des moyens de prévention autres que les peines, soit ils concernent bien les peines mais sont présentés comme distincts du principe de proportionnalité. Ainsi, concernant les « moyens directs de prévenir les délits », c'est-à-dire d'en empêcher la commission lorsque sont décelés des actes préparatoires avancés, Bentham établit « une limite que les juges ne pourront franchir en aucun cas : “N’usez jamais d’un moyen préventif qui serait de nature à faire plus de mal que le délit même.” »³⁷⁰ Dans un chapitre consacré aux « peines indues », qui précède immédiatement celui traitant « de la proportion entre les délits et les peines », il s'attaque entre autres aux peines « inefficaces », « superflues » ou « trop dispendieuses ». Les peines « inefficaces » sont celles « qui ne pourraient produire aucun effet sur la volonté, qui par conséquent ne serviraient point à prévenir des actes semblables. »³⁷¹ « Les peines seraient superflues dans les cas où l'on pourrait atteindre le même but par des moyens plus doux, l'instruction,

367 *Ibid.*, p. 160.

368 *Ibid.*

369 Ajoutons que l'un et l'autre établissent également un principe « d'analogie » suivant lequel la peine doit être semblable dans sa nature au délit pour mieux y être associée dans l'esprit du délinquant (BECCARIA C., *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 93 ; BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, *op. cit.*, p. 178-179.). Cela ne manque pas d'évoquer l'aspect analogique de la proportionnalité au sens évoqué précédemment. A nouveau, la finalité de l'opération correspond bien au principe utilitariste, mais le mode de détermination de la peine regarde davantage le passé que l'avenir.

370 BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, *op. cit.*, p. 65.

371 *Ibid.*, p. 153.

l'exemple, les invitations, les délais, les récompenses. »³⁷² Quant aux peines trop dispendieuses, « si le mal de la peine excédait le mal du délit, le législateur aurait produit plus de souffrances qu'il n'en aurait prévenu. Il aurait acheté l'exemption d'un mal au prix d'un mal plus grand. »³⁷³

192. Les trois catégories évoquent immanquablement la subdivision tripartite du principe de proportionnalité-justification entre adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict. En revanche, leur application ne propose pas d'établir ou de moduler la mesure d'une peine, mais de déterminer si cette peine est bien justifiée une fois son fondement et sa mesure établis. Le principe n'est pas non plus pensé comme un tout et il n'est pas nommé « proportionnalité ». Certains éléments logiques essentiels sont toutefois déjà présents et Bentham les applique bien à la matière des peines. Au sein de ce texte charnière, deux chapitres parallèles coexistent donc et traitent comme des ensembles connexes mais distincts, d'une part une forme de proportionnalité-justification tournée vers l'avenir, parfois appelée « nécessité », d'autre part la proportionnalité-mesure des peines, tournée vers le passé.

193. Cette coexistence offre une illustration de la tension entre les différents modes de justification de la peine que Michel van de Kerchove appelle « fondements » et « objectifs ». Les « fondements » correspondent à « ce qu'on peut considérer comme la “cause”, la “raison”, le “pourquoi” de la peine »³⁷⁴. Ce sont en quelque sorte ses causes efficientes, qui la précèdent dans le temps et servent de déclencheur à son intervention. L'autre justification concerne les « “effets” de la peine, c'est-à-dire les conséquences susceptibles d'en découler. Ces effets peuvent être poursuivis sans être nécessairement atteints : il s'agit des “objectifs” de la peine, le “pour quoi” », une finalité unique ou composite susceptible de se situer à divers niveaux d'abstraction³⁷⁵. La justification des peines peut relever d'une combinaison de fondements et d'objectifs divers mais, dans un système pénal libéral, le choix des peines encourues et des peines appliquées doit être en cohérence avec les fondements et/ou objectifs qui justifient le mal de la peine au premier chef. Tel est le postulat sous-jacent qui pousse Beccaria à disserter d'abord sur les causes naturelles de la nécessité des peines avant de les soumettre au principe juridique de nécessité, dont la proportionnalité n'est pour lui qu'un corollaire. De même Bentham fonde-t-il sa doctrine pénale sur le principe plus général de l'utilité. Pour ces deux auteurs, la justification de la peine et le critère de sa mesure résident entièrement dans ses objectifs, en particulier dans sa finalité dissuasive. Or, s'il s'agit de prévenir des crimes futurs, la peine justifiée par l'objectif de dissuasion devrait être fonction des crimes qu'il s'agit de prévenir plutôt que de celui qui est sanctionné. Le délinquant serait alors condamné en fonction de facteurs personnels (tendances criminelles déjà établies, risque de réitération des comportements illégaux...) et de contexte social (abondance ou rareté des infractions similaires, connexion causale entre l'infraction commise et d'autres formes de délinquance, etc.). La proportionnalité deviendrait une mesure prédictive et changerait peut-être de nom par la même occasion.

372 *Ibid.*, p. 154.

373 *Ibid.*

374 VAN DE KERCHOVE M., *Sens et non-sens de la peine*, op. cit., p. 11.

375 *Ibid.*

194. Ni Beccaria ni Bentham ne semblent envisager ce tournant radical. Tous deux préfèrent reprendre, sous une formulation légèrement remaniée, le principe de proportionnalité tel qu'hérité de la tradition rétributive. Non seulement le principe survit ainsi, mais il est même renforcé par l'approche systématique de ces deux auteurs. Les raisons qui les mènent à conserver le principe classique semblent être de deux ordres au moins.

195. D'abord les théories pénales de ces auteurs découlent de leur philosophie politique, laquelle est fortement individualiste et responsabiliste. La nécessité beccarienne n'est pas une excuse de fatalité pour le comportement criminel : à la source du crime demeure « l'esprit despotique » de la nature humaine³⁷⁶. Le rapport des forces incitatives et dissuasives affecte l'état d'esprit du criminel, mais ne le prive pas entièrement du choix de son comportement³⁷⁷. Bentham est encore plus volontariste lorsqu'il estime que le délinquant « se fait un calcul de chances pour et contre »³⁷⁸ le passage à l'acte criminel. Leur vision de la criminalité est déterministe, mais elle n'est pas mécaniste. Derrière la logique de la dissuasion demeure le postulat selon lequel les hommes sont capables d'autodétermination, donc de responsabilité et de culpabilité. Le délinquant soumis à la peine conserve en ce sens un lien personnel et indissoluble avec le délit initial, lien qui fixe certaines des limites dans lesquelles la peine peut poursuivre son objectif de dissuasion.

196. Ensuite, d'un point de vue épistémologique, les écrits des premiers utilitaristes précèdent de plusieurs décennies la naissance de la criminologie. Bentham qualifie déjà les crimes de « maladies »³⁷⁹ (au pluriel), mais il désigne par cette expression la prolifération d'attaques individuelles contre le corps social. Il est encore loin de la métaphore hygiéniste qui voit dans le crime le symptôme d'une anormalité susceptible de guérison ou au moins de traitement (la maladie du crime, au singulier). Ces auteurs forment donc une éthique conséquentialiste, pour laquelle la justification des actes (en particulier des peines) dépend de leurs effets concrets, mais ils ne sont pas entièrement en mesure d'appréhender leur objet d'étude conformément à cette éthique. Ils souhaitent que les peines influent sur les facteurs déterminants du crime mais, à défaut d'une interprétation scientifique de la criminalité, ils ne reconnaissent comme facteurs déterminants que l'envie, le besoin, le sens moral et la peur, à un niveau strictement individuel et nécessairement conscient. L'impossibilité de penser le délit comme la suite de causes sociales, subconscientes ou biologiques les ramène donc à une conception plus classique : la concrétisation d'une volonté de mal agir, personnelle et consciente quoique susceptible d'être influencée. La volonté individuelle et la responsabilité personnelle qui en découle, fondement de la peine, en fixent l'horizon.

197. **La proportionnalité-mesure des peines telle qu'elle nous vient de Beccaria est donc le fruit d'une période intermédiaire, à mi-chemin entre la naissance du matérialisme libéral et celle du positivisme social.** Ce positionnement dans l'histoire de la connaissance n'est pas anodin. Les sciences humaines modernes et en particulier la criminologie positiviste vont apporter avec elles la remise en cause des notions les plus fondamentales du droit pénal telles que la culpabilité et

376 BECCARIA C., *Des délits et des peines*, op. cit., p. 33.

377 V. notamment la représentation que se fait Beccaria de la psychologie du criminel en fonction de la peine à laquelle il sait qu'il s'expose: *Ibid.*, p. 119-120.

378 BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, op. cit., p. 159.

379 *Ibid.*, p. 59 et s.

la sanction punitive. Les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité-mesure revêtent donc une valeur fondamentale pour les doctrines individualistes, en concurrence ou en combinaison avec les principes hérités des sciences criminelles. Consacrés par les déclarations des droits de la période révolutionnaire, ces principes représentent, sous leurs interprétations diverses, les derniers grands axiomes communs aux doctrines pénales libérales pré-positivistes³⁸⁰.

II. Le rejet de la proportionnalité-mesure par les écoles positivistes de défense sociale

198. De la fin du XIX^e au début du XX^e siècle, un nouveau paradigme pénal dit positiviste ou de défense sociale émerge et connaît un succès considérable. C'est l'époque de la naissance de la criminologie moderne, discours scientifique sur le crime, héritier de la science pénitentiaire et de la criminalistique³⁸¹. Inspirés par les écrits d'Auguste Comte, les criminologues positivistes souhaitent repenser la notion de crime comme un objet de savoir empirique détaché de toute considération théologique ou morale. En découle pour eux une approche strictement déterministe du phénomène criminel : le crime n'est que le produit, à l'échelle d'un individu, de la combinaison de facteurs biologiques et/ou sociaux susceptibles de faire l'objet d'une connaissance empirique. Ces facteurs existent objectivement et donc indépendamment de la volonté du criminel qui n'est que la résultante observable de leur cumul.

199. La pensée positiviste mène donc à rejeter la notion de libre arbitre ainsi que celles de responsabilité ou de culpabilité. Pour Enrico Ferri, « la physio-psychologie scientifique a complètement anéanti cette croyance au libre arbitre ou à la liberté morale, qui n'est qu'une illusion de l'observation psychologique intérieure »³⁸². Il en découle une redéfinition du sens de la sanction pénale. Ferri substitue à la peine la « défense sociale », réaction naturelle de défense de la collectivité contre l'agression, « fonction de conservation vitale dans l'organisme social, indépendante de toute condition de liberté morale chez l'individu criminel »³⁸³. L'autonomie de la volonté étant rejetée comme une fiction juridique obsolète, la culpabilité et la fonction punitive sont également écartées. Le mal résultant du délit ou l'intention de son auteur ne peuvent plus servir de critères pour déterminer la sanction. La protection du corps social passe donc, d'une part, par l'adoption de mesures sociales générales tendant à réduire les facteurs criminogènes et, d'autre part, par des sanctions individuelles visant à empêcher la commission d'infractions par les criminels actuels ou potentiels. À l'échelon individuel en effet, le crime est une anomalie : une déviance ou

380 Il ne s'agit pas ici d'affirmer que la proportionnalité s'entende de la même manière dans l'ensemble de ces doctrines. Pour prendre un exemple extrême, le talion promu par la logique kantienne de l'impératif catégorique ne relève ni des mêmes fondements, ni n'emporte les mêmes conséquences que l'utilitarisme de Bentham. En revanche, un point commun demeure : toutes les doctrines libérales restent attachées à une forme de proportionnalité-mesure qui fait dépendre la sévérité de la peine des caractères du délit. Si un tel principe n'a rien de surprenant chez un moraliste kantien, il est beaucoup plus remarquable qu'il soit également défendu – *mutatis mutandis* – au sein d'une éthique conséquentialiste.

381 Sur la continuité épistémologique entre la criminalistique de Bertillon – technique de police scientifique qui vise avant tout à l'identification des individus par le relevé de mensurations – et la criminologie positiviste, v. KALUZYNSKI M., « Le criminel sous le regard du savant », É. HEILMANN (dir.), *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, Éditions Autrement, coll. « Série Mutations/Sciences en société », n° 145, 1994, p. 74-87.

382 FERRI E., *La sociologie criminelle*, 3^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1893, p. 292.

383 *Ibid.*, p. 311.

une combinaison de déviations qui, dans l'esprit de l'époque, peuvent mener à une description différenciée et à une classification taxonomique³⁸⁴. Cette anomalie, innée ou acquise, devient une propriété mesurable de l'individu que la sanction peut avoir pour fonction de contrer. Raffaele Garofalo écrit ainsi « qu'au lieu de mesurer la quantité de mal qu'il faut infliger au criminel, nous essayerons de déterminer le genre de frein adapté à la spécialité de sa nature. [...] Nous ne saurions donc énoncer le problème que dans les termes suivants : "Quel est le moyen de déterminer la perversité constante du délinquant et le degré de sociabilité qui lui reste ?" »³⁸⁵ À cette question de la perversité, Ferri adjoint celle de « la forme de sanction sociale, c'est-à-dire de moyens défensifs, qui est opportune est nécessaire dans chaque cas particulier » en fonction des « données de l'anthropologie et de la statistique criminelle »³⁸⁶. Il faut donc « adapter aux différentes catégories anthropologiques de criminels les moyens différents de défense sociale. Tels que : les moyens éliminatifs aux plus dangereux parmi les criminels-nés et fous ; les moyens répressifs temporaires et les moyens réparatoires aux criminels d'occasion et passionnés, etc. »³⁸⁷

200. Il en résulte que la proportionnalité-mesure des peines est abandonnée ou rejetée par la majorité des positivistes³⁸⁸. La sanction pénale change de fondement comme d'objectif. Elle vise exclusivement l'avenir et se fonde sur la personne du délinquant plutôt que sur son délit. Contrairement à la peine dissuasive des utilitaristes, la mesure de défense sociale des positivistes n'est pas encadrée par la mesure du délit. Elle procède d'une rationalité prédictive, programmatique : la comparaison d'un risque à prévenir (la propriété de « perversité » ou « d'état dangereux » du criminel) et des moyens disponibles permettant sa prévention. Par conséquent, même si le choix de la sanction résulte d'une opération de calcul, il ne s'agit plus à proprement parler de proportionnalité des peines au sens classique. La logique rétrospective de la vengeance qui avait inspiré la proportionnalité aristotélicienne est écartée. C'est un renversement conceptuel fondamental car dans ce nouveau système, la mesure des peines se veut dépourvue de charge symbolique ou morale. *A priori*, elle ne repose donc plus sur une méthode analogique de conversion ou d'expression de valeurs. Elle ne procède plus non plus d'un jugement moral sur la hiérarchie des valeurs sociales, mais d'un simple calcul probabiliste. Par conséquent non seulement la mesure cardinale de la sanction est le fruit d'une opération différente mais la mesure ordinale est déchargée

384 La criminologie positiviste trouve en effet ses racines dans l'anthropologie criminelle de Cesare Lombroso, elle-même très fortement inspirée d'une lecture biaisée de l'histoire naturelle darwinienne. Pour Lombroso, le crime est un atavisme, réapparition anormale d'un caractère ancestral chez une espèce évoluée, ce qu'il illustre en consacrant les premiers chapitres de son ouvrage à la criminalité chez les organismes supposément inférieurs que sont les plantes, les animaux et les « sauvages ». V. LOMBROSO C., *L'homme criminel*, traduit par REGNIER et traduit par BOURNET, 4^e éd., Paris, Félix Alcan, 1887.

385 GAROFALO R., *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e éd., Paris, Félix Alcan, 1890, p. 327-328. À la notion de « perversité » succédera ensuite celle « d'état dangereux », promue par Adolphe Prins : PRINS A., *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles et Leipzig, Misch et Thron, 1910, p. 70 et s.

386 FERRI E., *La sociologie criminelle*, op. cit., p. 409.

387 *Ibid.*, p. 409-410.

388 V. par exemple GAROFALO R., *La criminologie*, op. cit., p. 321 et s., qui rejette le principe de « la proportion de la quantité de la peine à la quantité du délit ». *A contrario*, le français Gabriel Tarde, tout en admettant que la volonté n'est scientifiquement qu'une illusion, estime que le système pénal classique demeure efficace pour lutter contre le crime et doit être maintenu : v. TARDE G., *La philosophie pénale*, 5^e éd., Lyon, Paris, A. Storck et G. Masson, 1900, p. 577 et s.

de son sens. L'égalité ou l'inégalité des peines ne signifient plus rien car chaque sanction ne se compare plus qu'aux conditions particulières de sa propre efficacité.

201. L'ambition d'établir une typologie criminelle d'inspiration naturaliste est progressivement abandonnée au cours du XX^e siècle. Il en va de même du déterminisme inflexible qui l'accompagne chez les premiers positivistes. En revanche, les doctrines postérieures retiennent l'idée que le crime peut être traité comme le produit d'un contexte individuel et social et que le droit criminel peut réagir à ce contexte ou agir sur lui. La notion de sanction pénale s'en trouve profondément affectée et le champ de la proportionnalité redéfini.

III. La réunion de la proportionnalité-mesure et de la défense sociale

202. Dès le début du XX^e siècle, des auteurs œuvrent à combiner le volontarisme du droit pénal classique avec l'ambition scientifique de l'école positiviste. Plutôt que d'envisager deux systèmes parallèles, il s'agit alors de repenser la peine comme une sanction à la fois punitive et préventive. Sa mesure est déterminée cumulativement, d'une part, par l'infraction et la responsabilité et, d'autre part, par la personnalité du délinquant.

203. Cette combinatoire est au cœur de la problématique du célèbre ouvrage de Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*³⁸⁹. Saleilles définit le droit pénal comme un hybride du droit et de la défense sociale : il est « la sociologie criminelle adaptée à l'idée de justice »³⁹⁰. Il reçoit donc l'inspiration scientifique des positivistes italiens, tout en lui refusant la place de source exclusive du droit criminel. « Sociologie criminelle, c'est évident ; et le droit pénal est tout cela. Mais sociologie criminelle qui descend des hauteurs d'une science purement abstraite pour s'adapter aux sentiments de la foule, aux conceptions qui sont comme la sève circulante du corps social, c'est-à-dire à l'idée de justice, à l'idée de la distinction du bien et du mal, et à l'idée qui en ressort forcément de la responsabilité de l'être humain. » Le scientisme positiviste est en quelque sorte tempéré par la dimension politico-morale du droit pénal. Ni l'une, ni l'autre des deux conceptions concurrentes n'est satisfaisante à elle seule. D'abord, la conception « classique », « abstraite », du droit pénal, caractérisée par sa « prédominance à considérer le fait criminel dans sa matérialité et par son côté objectif »³⁹¹, conduisait à négliger que « sous ces équations, c'étaient des réalités vivantes et des êtres humains qui étaient en jeu, des êtres, dont l'avenir moral et social était ainsi le résultat d'un problème à résoudre »³⁹². Ensuite, pour la conception concurrente, la peine « doit se mesurer moins à la gravité matérielle du crime, au mal réalisé, qu'à la nature du criminel. [...] Cette adaptation de la peine à l'individu, c'est ce que l'on appelle aujourd'hui l'individualisation de la peine. »³⁹³ Toutefois cette individualisation ne peut pas servir de critère unique au choix de la peine. D'une part, parce que le trouble causé par l'infraction, « en dehors de

389 SALEILLES R., *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, Félix Alcan, 1927 ; réédition commentée : OTTENHOF R. (dir.), *L'individualisation de la peine: de Saleilles à aujourd'hui ; suivie de L'individualisation de la peine : cent ans après Saleilles*, Ramonville Saint-Agne, France, Érés, 2001.

390 SALEILLES R., *L'individualisation de la peine*, op. cit., p. 6.

391 *Ibid.*, p. 10.

392 *Ibid.*, p. 9.

393 *Ibid.*, p. 10 et 12.

toute idée d'expiation, [...] nécessite une satisfaction réclamée par la conscience publique »³⁹⁴ ; d'autre part, parce que « dans une certaine façon de concevoir l'idée de justice, il est difficile de se déprendre d'un certain idéal d'égalité mathématique, et que, si pour le même fait, deux individus sont l'objet de peines différentes, ou différemment mesurées, il semble bien que l'égalité soit violée et qu'au lieu de justice on ait l'arbitraire. »³⁹⁵ Il en résulte une problématique qui reste aujourd'hui tortueuse : « Comment donc concilier avec ces nécessités supérieures [de l'idée de justice], qui, elles aussi, sont des nécessités sociales, le besoin, devenu indispensable, de tenir compte de l'individu lui-même et la nécessité, par conséquent, *de proportionner la peine, moins au fait matériel qu'il se trouve avoir commis et au mal extérieur qu'il a produit, qu'au mal intérieur qui est en lui*, à cette sorte de criminalité latente et virtuelle qui fait de lui un être dangereux pour les autres, enfin, à son degré de moralité, ou, si l'on peut ainsi dire, de normalité, et aux chances de relèvement qu'il peut offrir ? »³⁹⁶

204. Cette redéfinition de la proportionnalité sous la plume de Saleilles n'est pas anodine. Au premier abord, il s'agit d'un virage radical : en droit pénal le terme « proportionnalité » a jusqu'alors toujours servi à désigner le lien rétrospectif entre la peine et l'infraction. Pourtant, il est aussi possible d'y déceler une sorte de résilience de la proportionnalité classique et le début d'un exceptionnalisme pénal en la matière. La première édition de *L'individualisation de la peine* est publiée en 1898, plus de quinze ans après l'apparition de la proportionnalité-justification dans la jurisprudence de la Cour suprême administrative de Prusse. Saleilles, auteur de plusieurs ouvrages en Français consacrés au droit allemand³⁹⁷, a pu en avoir connaissance. Il emprunte d'ailleurs aux criminalistes allemands l'opposition entre « la *Zweckstrafe*, peine caractérisée par son but » et « la *Vergellungsstrafe*, peine immobilisée par sa fonction de rétribution purement mécanique et mathématique »³⁹⁸ et indique son admiration pour « le grand mouvement inspiré par Ihering et l'importance donnée par lui à l'idée de but »³⁹⁹. Or, sa définition de la proportionnalité de la peine, même si elle est désormais détachée du délit, n'est toujours pas véritablement finaliste. La proportionnalité ne lie pas la peine à un but, à un résultat futur espéré comme, par exemple, les « chances de relèvement que [l'individu] peut offrir », mais à une valeur déjà existante : le « mal intérieur qui est en lui ». Elle reste ainsi foncièrement ancrée dans le passé, même s'il s'agit ici d'un passé proche et apprécié au regard des prévisions qu'il induit. En ce sens, le principe d'individualisation pensé par Saleilles, bien que construit dans une logique finaliste, conserve en son sein une part de l'héritage rétrospectif de la proportionnalité-mesure.

205. Le système qu'il élabore et qui inspire très fortement le législateur jusqu'à nos jours ne rejette d'ailleurs pas la proportionnalité-mesure de la peine au crime. La combinaison proposée par Saleilles entre la conception classique et les thèses positivistes consiste à fonder la peine sur la

394 *Ibid.*, p. 15.

395 *Ibid.*

396 *Ibid.*, nos italiques.

397 V. par exemple, précédant de 8 ans *L'individualisation de la peine* : SALEILLES R., *Essai d'une théorie générale de l'obligation : d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, successeur, 1890.

398 SALEILLES R., *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p. 11, italiques dans le texte.

399 *Ibid.*

responsabilité mais à en établir la mesure par individualisation⁴⁰⁰. La gravité du crime ne devient pas indifférente pour autant. En effet « l'idée de sanction implique que la peine est l'expression de la réprobation sociale »⁴⁰¹. Or « au point de vue social, le crime ne compte que par ses conséquences » et « en tant que définition légale, il reste une entité juridique »⁴⁰², donc abstraite. Le crime doit donc « être défini par ses caractères abstraits, et tarifé à sa valeur sociale, c'est-à-dire d'après sa gravité objective pour la société »⁴⁰³. Ce tarif sera la peine légale, le maximum au-delà duquel l'individualisation ne peut jamais porter la peine : « Si le côté sanction subsiste, la sanction doit être proportionnelle à la gravité objective du fait. Il faut donc qu'il y ait un tarif légal, servant d'échelle pour mesurer l'intérêt qu'a la société à ce que le crime ne soit pas commis. »⁴⁰⁴ Presque mécaniquement, la valeur punitive emporte avec elle la proportionnalité ordinale et sa fonction expressive quant à la hiérarchie des valeurs sociales protégées par le droit pénal : « Ce tarif n'est qu'une échelle de proportion, indiquant le maximum pour chaque crime, ainsi que la gravité proportionnelle que les peines devront présenter dans leur application judiciaire à chaque crime particulier. »⁴⁰⁵ Relevons pour finir que si Saleilles répète à plusieurs occasions que la peine doit être « proportionnelle », il n'utilise plus ce mot que dans le sens classique de proportionnalité de la peine au crime.

206. Là où la défense sociale positiviste écartait toute application de la proportionnalité-mesure, l'individualisation de la peine la conserve donc tout en limitant son étendue. La gravité de l'infraction importe toujours au niveau législatif, mais le choix de la peine n'est plus le seul fait du législateur. Le juge et l'autorité administrative, respectivement lors du prononcé et de l'exécution de la peine⁴⁰⁶, adapteront celle-ci en fonction de critères finalistes et en tenant compte avant tout de la situation individuelle de l'auteur d'infraction. Cette adaptation de la coercition à un ensemble d'objectifs concrets et particuliers constitue une forme de proportionnalité-justification qui se trouve ainsi, selon la façon dont on la conçoit, dans une position de concurrence ou de complémentarité avec la proportionnalité-mesure.

207. **Conclusion de la première section.** Il apparaît ainsi que la notion de proportionnalité-mesure se distingue à la fois historiquement et conceptuellement du principe général plus contemporain de proportionnalité-justification. Dans son sens classique, la proportionnalité des peines est indissociable de la notion de punition, qu'il s'agisse de vengeance clanique, de rétablissement d'un équilibre entre personnes privées ou de rétribution d'une atteinte à l'intérêt public. La proportionnalité-mesure lie la peine au mal initial du délit. Elle n'a par conséquent de sens que tant que la sanction elle-même est conçue comme une réaction à un acte passé.

400 *Ibid.*, p. 166 et s., spéc. p. 167 : « La conception de la peine implique la responsabilité ; il faut que l'on croie à la responsabilité pour qu'une mesure prise contre un malfaiteur soit une peine. Mais l'application de la peine n'est plus affaire de responsabilité, mais d'individualisation. »

401 *Ibid.*, p. 170.

402 *Ibid.*

403 *Ibid.*, p. 171.

404 *Ibid.*

405 *Ibid.*

406 La compétence de l'autorité judiciaire en matière d'individualisation s'étend également au *post-sententiam* à partir de la création du juge de l'application des peines par l'ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 *modifiant et complétant le Code de procédure pénale*.

208. À l'inverse, lorsque la sanction pénale se comprend comme un moyen d'empêcher les délits futurs, la proportionnalité-mesure perd tout ou partie de son sens. À la suite de l'avènement des sciences criminelles modernes, le crime ne peut plus servir seul de critère universel de la mesure des peines. Le droit pénal positif, ouvert aux logiques de prévention et de réinsertion, voit donc une atténuation de la force du principe classique. La logique rétrospective qui mesure la peine au délit est toujours présente comme une garantie de cohérence du système de peines. Toutefois, ce système laisse une large part à la personnalisation de la sanction en fonction de critères prospectifs.

209. Ces observations indiquent que malgré l'importance qui s'attache au respect de la proportionnalité-mesure en droit pénal, le principe demeure d'application spéciale. Il ne couvre ni la part prospective des sens de la peine, ni les atteintes aux libertés par les autorités publiques qui ne servent pas de fonction rétributive. Ces mesures, au contraire, tombent par défaut dans le champ général de la proportionnalité-justification. Cette subsidiarité peut être observée et démontrée par l'étude du régime général de la proportionnalité-mesure.

Section 2. Le régime général de la proportionnalité-mesure

210. La proportionnalité-mesure ne s'est pas seulement formée en correspondance avec la notion de peine. Les deux concepts sont en quelque sorte interdépendants. Au sein de la matière pénale, la proportionnalité-mesure n'a de sens qu'en ce qui concerne les sanctions punitives (§2), ce qui délimite son champ d'application et, négativement, celui de la proportionnalité-justification. Même en matière de peines, sa portée est limitée par le partage de la sanction entre rétribution et utilité (§1).

§1. Une portée limitée en matière de peines

211. S'éloignant du légalisme du Code pénal de 1791 qui prévoyait des peines fixes et traitait le juge comme « une simple machine à appliquer un tarif »⁴⁰⁷, l'application de la proportionnalité-mesure s'est progressivement assouplie au cours des deux derniers siècles. Conformément au principe de légalité criminelle, le législateur détient la compétence de principe pour établir des peines proportionnelles. L'échelle des peines est fixée par la loi et le choix de la peine par le juge ne peut se faire que dans le respect des limites légales. Toutefois cette compétence n'est ni illimitée, ni exclusive. Au niveau supra-législatif, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi pénale portent en partie sur le respect de la proportionnalité. Au niveau infra-législatif, le juge se voit conférer une large discrétion dans choix de la peine pour tenir compte de ses multiples finalités. Il reste que, même atténuée, la proportionnalité-mesure demeure le point de départ de tout raisonnement en termes de choix de peines. L'échelle des peines est une grille de référence commune pour l'ensemble des acteurs de la chaîne pénale. La proportionnalité-mesure sert ainsi une fonction structurante au sein du système pénal (I). En revanche, il est acquis qu'elle ne couvre pas l'entièreté du sens de chaque peine. Pour le surplus, il est nécessaire d'avoir recours à la proportionnalité-justification (II).

I. La fonction structurante de la proportionnalité-mesure

212. Parler de fonction structurante de la proportionnalité-mesure, c'est dire qu'elle constitue l'épine dorsale du système de peines, le premier point de comparaison sur lequel les acteurs sont susceptibles de se prononcer. Cela apparaît d'abord au niveau des sources supra-législatives du droit pénal. Celles-ci, lorsqu'elles ne reconnaissent pas directement le principe à titre général, établissent des règles de fixation des peines en fonction des infractions sanctionnées (A). Cela apparaît ensuite au niveau législatif, où la gravité des infractions est le premier critère d'organisation et de nivellement de l'échelle des peines (B).

A. Les sources supra-législatives de la proportionnalité-mesure

213. La proportionnalité-mesure s'applique avant tout en matière de peines au sens strict. En droit interne, le principe revêt une valeur constitutionnelle générale et impose que les sanctions

⁴⁰⁷ CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 440 ; v. également : même ouvrage, p. 456-457.

punitives soient proportionnées à la gravité des infractions (1). Il est également reconnu de manière plus limitée, par les droits européens (2).

1. La consécration générale en droit constitutionnel

214. Le principe de proportionnalité-mesure s'impose en matière de peines *stricto sensu* (a), mais également en ce qui concerne les autres sanctions punitives (b).

a. La proportionnalité-mesure des peines

215. Il est peut-être possible de voir dans l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, outre l'expression du principe de légalité criminelle, celle du principe de proportionnalité-mesure dans son aspect cardinal. La jurisprudence du Conseil constitutionnel fonde le versant ordinal sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

216. L'article 34 de la Constitution dispose que « *la loi fixe les règles concernant : [...] la détermination des crimes et délits ainsi que des peines qui leur sont applicables* ». La détermination des peines et celle des infractions sont ainsi présentées comme un tout. D'abord, cela peut signifier que la compétence du législateur consiste non seulement à définir, d'une part les infractions, d'autre part les peines, mais également à établir les conditions de leur correspondance. Ensuite et par conséquent cela implique également que les peines sont principalement déterminées en fonction des infractions qu'elles sanctionnent : il s'agit bien des peines « *qui leur sont applicables* » et non pas des peines tout court.

217. En revanche, ce texte ne suffit pas pour conférer une valeur constitutionnelle à la proportionnalité ordinale⁴⁰⁸ : il n'exprime pas l'exigence d'un échelonnement de la répression, pas même dans la distinction entre les crimes et les délits. Cette exigence a toutefois été interprétée par le Conseil constitutionnel comme découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴⁰⁹. Dans une décision du 16 juin 1999, il a en effet procédé à un contrôle négatif de la proportionnalité ordinale en vérifiant que la peine assortie à une infraction nouvellement créée respectait bien l'échelle de gravité déjà existante⁴¹⁰. La loi déferée créait le délit de récidive de

408 V. *supra*, p. 96.

409 Le texte de l'article 8 dispose que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Il ne comprend donc pas de mention expresse de la proportionnalité. L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 indiquait plus précisément : « *La loi ne doit décerner que des peines strictement et évidemment nécessaires : les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société.* » Le texte est postérieur à celui de 1789 et il n'est pas intégré au « bloc de constitutionnalité ». Il aurait toutefois pu servir de point de départ pour une interprétation stricte et *a contrario* de la Déclaration de 1789. Si le rédacteur de 1793 avait cru bon d'insérer le mot « *proportionnées* », cela pourrait signifier que son sens n'était pas déjà couvert par les termes « *strictement et évidemment nécessaires* », seuls présents dans la Déclaration de 1789. Il eût alors été possible de retenir que la Déclaration ne garantissait que la nécessité des peines et non leur proportionnalité. Le Conseil constitutionnel n'a pas opté pour cette voie – ou, plus vraisemblablement, ne l'a pas envisagée. Il a traité la proportionnalité des peines comme un corollaire ou un synonyme de leur nécessité, ce qui se trouve être cohérent avec l'inspiration beccarienne du texte.

410 Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs* : D. 2000, p. 113-114, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; même revue, p. 197-198, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; *Procédures* 1999, n° 12, p. 3-4, obs. J. BUISSON ; *RDP* 1999, n° 5, p. 1287-1292, note F. LUCHAIRE ; *RFDC* 1999, n° 39, p. 587-594, note S. SCIORTINO-BAYART ; *LPA* 1999, p. 12-16, note B. MATHIEU ; *AJDA* 1999, p. 694-700, note J.-E. SCHOETTL.

grand excès de vitesse et l'assortissait d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 25 000 francs d'amende. Les députés auteurs de la saisine arguaient que ces dispositions méconnaissaient le principe de nécessité des délits et des peines, car l'infraction nouvelle était en fait redondante avec le délit de mise en danger de la vie d'autrui. Le Conseil a toutefois estimé « *que les éléments constitutifs du délit institué par l'article L. 4-1 nouveau du code de la route sont distincts de ceux du délit de mise en danger d'autrui institué par l'article 223-1 du code pénal qui est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende ; qu'en l'état de la législation, le dépassement d'au moins 50 km/h de la vitesse maximale autorisée ne constitue qu'une contravention de la cinquième classe pour laquelle la récidive n'est pas prévue ; qu'en prévoyant la récidive de cette contravention, pour répondre aux exigences de la lutte contre l'insécurité routière, et en la réprimant par une peine délictuelle de trois mois d'emprisonnement et de 25 000 francs d'amende, le législateur a fixé une peine maximale inférieure au quantum de la peine pouvant être prononcée si le comportement délictueux répond aux conditions de l'article 223-1 du code pénal, prenant ainsi en considération le degré de gravité propre aux différents faits incriminés* ». Dans la même décision, le Conseil a approuvé l'insertion de ce nouveau délit dans la liste des infractions dont la commission entraîne une réduction de plein droit du nombre de points affectés au permis de conduire. Le Conseil a motivé sa décision sur ce point en relevant que « *la perte du nombre de points affecté [sic] au permis de conduire est quantifiée de façon variable en fonction de la gravité des infractions qui peuvent l'entraîner* ». Il en découle bien *a contrario* que la loi pénale doit prévoir une échelle de peines cohérente dont la clé de lecture principale est la gravité des infractions. Ce principe s'étend également aux autres sanctions ayant les caractères d'une punition.

b. La proportionnalité-mesure des sanctions ayant les caractères de punitions

218. Dès une décision du 30 décembre 1982, le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne s'applique pas seulement aux « *peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* »⁴¹¹. Sur le fondement de cette interprétation large, le Conseil a été amené à appliquer une règle de proportionnalité ordinaire en matière de sanctions fiscales.

219. D'une part le Conseil a appliqué la règle de proportionnalité-mesure aux sanctions prononcées par l'administration fiscale. Dans une décision du 17 mars 2011, il s'est prononcé sur la constitutionnalité de majorations d'impôts encourues à hauteur de 40 % en cas de mauvaise foi du contribuable et susceptibles d'être élevées à 80 % en cas de manœuvres frauduleuses. Ces sanctions n'étant pas modulables par le juge en dehors des taux prévus par la loi, elles étaient contestées sur le fondement du principe d'individualisation des sanctions. Le Conseil a estimé que ce principe « *ne saurait [...] interdire au législateur de fixer des règles assurant une répression effective des infractions* », puis il a ajouté « *que la loi a elle-même assuré la modulation des peines en fonction de la gravité des comportements réprimés ; que le juge décide, dans chaque cas, après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, soit de*

411 Cons. const., déc. n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982* : RDP 1983, p. 333, note FAVOREU ; *Pouvoirs* 1983, n° 25, p. 199, note AVRIL et GICQUEL ; D. 1984, p. 472, note HAMON.

maintenir ou d'appliquer la majoration effectivement encourue au taux prévu par la loi, soit de ne laisser à la charge du contribuable que des intérêts de retard s'il estime que l'administration n'établit pas que ce dernier se serait rendu coupable de manœuvres frauduleuses ni qu'il aurait agi de mauvaise foi ; qu'il peut ainsi proportionner les pénalités selon la gravité des agissements commis par le contribuable »⁴¹². Le pouvoir du juge ainsi décrit consiste davantage à vérifier la présence des éléments constitutifs de la faute et de son aggravation qu'à individualiser la sanction. Il reste néanmoins qu'un principe de proportionnalité-mesure est bien appliqué : si la loi n'est pas contraire à la Constitution, c'est parce qu'elle prévoit des sanctions échelonnées suivant la gravité des faits.

220. En droit interne, le principe reçoit donc une reconnaissance expresse et fait l'objet d'un contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Son affirmation est moins marquée dans le droit de l'Union européenne et dans celui du Conseil de l'Europe, la fixation des peines étant habituellement considérée comme une affaire essentiellement nationale. Lorsqu'un contrôle intervient, toutefois, la proportionnalité-mesure sert toujours de principe de référence.

2. La reconnaissance partielle dans les droits européens

221. Le droit de l'Union européenne comme celui du Conseil de l'Europe imposent aux législateurs nationaux certaines exigences de proportionnalité-mesure dans l'ordonnement des peines. Toutefois le principe ne connaît alors que des applications limitées au champ d'application des normes européennes concernées. Son intervention, ponctuelle en droit de l'Union (1), ne constitue qu'une exception rarissime en droit européen des droits de l'homme (2).

a. L'application ponctuelle de la proportionnalité-mesure dans le champ du droit de l'Union européenne

222. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est contraignante à l'égard des États membres (à l'exception du Royaume-Uni et de la Pologne) lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Elle a, dans ce contexte, la même valeur que les traités. L'article 49, §3, consacre le principe de proportionnalité-mesure en ces termes : « *L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction.* » Toutefois la portée réelle de ce texte à l'égard des États membres demeure réduite. Dans leur immense majorité, les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne qui en portent application ne concernent pas des sanctions étatiques mais des amendes prononcées par la Commission en sa qualité d'autorité de régulation de la concurrence⁴¹³. Un seul arrêt a été rendu par la Cour en dehors

412 Cons. const., déc. n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011, *Société SERAS II [Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi]* : *Dr. fisc.* 2011, n° 27, comm. 416, note SUBRA et LE TACON ; *RJF* 2011, n° 731 ; *Procédures* 2011, Comm. 216, note AYRAULT. V. également Cons. const., déc. n° 2010-105/106 QPC du 17 mars 2011, *M. César S. et autre [Majoration fiscale de 40 % après mise en demeure]* : *LPA* 2011, n° 67, p. 3, note PERROTIN ; *RFDC* 2011, p. 627, comm. OLIVA. Cons. Const., déc. n° 2011-220 QPC du 10 févr. 2012, *M. Hugh A. [Majoration fiscale de 40 % pour non déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger]* : *RJF* 2012, n° 400 ; *RFDC* 2013, n° 93, p. 182, note PELLETIER ; *LPA* 2012, n° 197, p. 8, chron. GICQUEL.

413 V. par ex. Trib. UE, 29 févr. 2016, *Schenker Ltd.*, affaire T-265/12, ECLI:EU:T:2016:111 : *Europe* 2016, n° 4, p. 27, comm. IDOT ; *Concurrences* 2016, n° 2, p. 98, note THOMAS ; *LPA* 2016, n° 183, p. 15, chron. ARHEL.

de ce contentieux⁴¹⁴. Il concernait l'obligation, pour les autorités d'un État membre émetteur d'un mandat d'arrêt européen, de déduire de la période de privation de liberté restant à subir dans cet État membre la durée totale des périodes de détention déjà subies dans l'État membre d'exécution du mandat d'arrêt. La Cour a considéré que cette obligation « vise à concrétiser l'objectif général de respect des droits fondamentaux » en préservant « l'effet utile du principe de proportionnalité dans l'application des peines », car elle « garantit que cette personne n'ait pas à subir, en définitive, une détention dont la durée totale [...] dépasserait la durée de la peine privative de liberté à laquelle elle a été condamnée dans l'État membre d'émission »⁴¹⁵. Si le principe paraît à première vue tomber sous le sens, il semble délicat, avec si peu d'éléments, de déterminer le fondement exact du raisonnement. Il pourrait en effet être soutenu qu'il est davantage question ici de la proportionnalité du maintien en détention, en tant que mesure d'exécution, que de la proportionnalité de la peine en tant que sanction prononcée et mise à exécution. À ce jour, il ne paraît donc pas encore possible d'affirmer avec certitude que l'article 49 de la Charte impose le respect de la proportionnalité-mesure aux autorités étatiques.

223. Le droit de l'Union européenne impose néanmoins aux États membres le respect de la proportionnalité-mesure dans deux cas de figure, l'un essentiellement positif et l'autre essentiellement négatif. Qui plus est, l'application de la proportionnalité-mesure au niveau interne, c'est-à-dire l'échelle des peines, peut également être affectée par les directives européennes imposant aux États membres l'adoption de peines minimales en certaines matières.

224. La proportionnalité-mesure s'impose d'abord aux États membres, dans un sens positif, comme une conséquence du principe de coopération loyale. Conformément à l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les instances nationales sont compétentes « quant à la forme et aux moyens » de la transposition des directives. La Cour de justice retient donc que les autorités nationales sont libres d'avoir recours à des sanctions pénales dans ce cadre, « dès lors que les sanctions prévues sont analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qu'elles ont un caractère effectif, proportionné et dissuasif »⁴¹⁶. Le caractère « proportionné » ici mentionné s'entend au sens de la proportionnalité-justification⁴¹⁷. En revanche l'exigence de sanctions « analogues à celles applicables aux violations

414 CJUE, 28 juil. 2016, *JZ*, affaire C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610 : *Lexbase Hebdo G.* 2016, n° 666, note RENAULT-BRAHINSKY ; *Europe* 2016, n° 10, p. 21, note GAZIN ; *AJDA* 2016, p. 2216, note BROUSSY, CASSAGNABÈRE et GÄNSER ; *Ann. DUE* 2016, n° 1, p. 517, chron. TINIÈRE, MAUBERNARD et VIAL ; *RTDE* 2017, n° 2, p. 364, note BENOÎT-ROHMER ; *LPA* 2018, n° 177, p. 11, chron. ADRIANTSIMAZOVINA, SYDORYK, CHRISTODOULOU, PALLAS, ROMÉY et BALDÉ.

415 *Ibid.*, §§ 42-43.

416 CJCE, 12 sept. 1996, *Gallotti et al.*, affaires jointes C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 et C-157/95, ECLI:EU:C:1996:323 : *JDI* 1997, n° 1, p. 484, note GAUTIER. CJCE, 8 sept. 2005, *Yonemoto*, affaire C-40/04, ECLI:EU:C:2005:519 : *Europe* 2005, n° 11, p. 18, note BOUVERESSE ; *Communication Commerce Électronique* 2006, n° 1, p. 34, note CHABERT ; *RSC* 2006, p. 155, chron. IDOT ; *Contrats Concurrence Consommation* 2006, n° 5, p. 42, note RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 102-103, p. 24, note NICOLELLA.

417 V. notamment sur ce point les conclusions de l'avocat général KOKOTT présentées le 14 octobre 2004 dans les affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, ECLI:EU:C:2004:624, point 90 : « Une sanction est proportionnée lorsqu'elle est adéquate pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis (donc en particulier efficace et dissuasive) et qu'elle est en outre nécessaire. Lorsque plusieurs sanctions (toutes aussi) appropriées sont disponibles, il faut choisir la moins contraignante. Les effets de la sanction sur la personne concernée doivent par

du droit national d'une nature et d'une importance similaires » met bien en œuvre la proportionnalité-mesure. Il s'agit d'une part de mesurer la sanction à la violation (proportionnalité cardinale) et d'autre part de mettre les intérêts européens sur un pied d'égalité avec les intérêts nationaux en attribuant des sanctions équivalentes à leurs violations respectives (proportionnalité ordinale). Cette égalité se manifeste alors autant du point de vue de l'efficacité concrète des mesures prises que de leur portée symbolique en tant qu'expression des valeurs défendues par le droit pénal national. Une contrainte de nature similaire est également prévue par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à l'article 325, §2 qui dispose que « *les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers.* » Si les mesures en question sont de nature pénale, la même règle d'équivalence des sanctions s'appliquera.

225. Dans un sens négatif, la proportionnalité-mesure intervient ensuite lorsque la sanction pénale est susceptible de porter atteinte aux libertés de circulation garanties par les traités. La Cour a ainsi pu estimer que des sanctions pénales disproportionnées en matières d'importations pouvaient constituer des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. Dans un arrêt *Levy* du 26 octobre 1986, elle a ainsi indiqué que « *le fait, pour l'importateur, de ne pas respecter l'obligation de déclarer l'origine première d'une marchandise ne saurait donner lieu à l'application de sanctions disproportionnées à la nature de l'infraction. Si de telles fausses déclarations peuvent, le cas échéant, être sanctionnées pénalement et si elles peuvent être plus sévèrement réprimées lorsqu'elles sont faites dans un but de fraude, elles ne peuvent, même dans ce dernier cas, être frappées des sanctions pénales prévues en cas de fausses déclarations faites en vue de réaliser des importations interdites* »⁴¹⁸. C'est bien ici l'égalité de répression entre deux fautes de gravités distinctes qui viole la liberté de circulation des marchandises.

226. Dans ces deux hypothèses, les États sont tenus d'organiser certaines peines qu'ils édictent à la mesure des infractions sanctionnées. Ce rapport de mesure est lui-même fonction des peines établies dans l'ordre juridique interne. Les normes européennes imposent donc dans ce cadre l'existence d'une échelle de peines mais pas son contenu quantitatif. Toutefois le droit de l'Union peut également peser directement sur les *quanta* des peines édictées. Antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'article 31 du Traité sur l'Union européenne prévoyait que les États adoptent « *progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue* ». L'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne habilite désormais le Parlement européen et le conseil à établir par voie de directives « *des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions* » dans des cas plus étendus. Ces règles minimales peuvent être adoptées soit « *dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière* » limitativement énumérés par le texte (art. 83, §1), soit « *lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en*

ailleurs être en rapport adéquat avec les objectifs poursuivis. » [italiques dans le texte]

418 CJCE, 26 oct. 1989, *Levy*, affaire 212/88, ECLI:EU:C:1989:400 : *JCP E*, 1990, II, 15876, obs. C. BERR.

œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation » (art. 83, §2). L'article 325 du même traité prévoit que le Parlement et le Conseil adoptent par voie de directives « les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union », ce qui inclut l'édiction de règles minimales en droit pénal matériel.

227. Les effets de ces mesures d'harmonisation en termes de proportionnalité-mesure se distinguent toutefois des règles évoquées précédemment. Les mesures d'harmonisation peuvent affecter directement l'échelle des peines de droit interne en contraignant le législateur, soit à adopter de nouvelles incriminations et à leur associer des peines conformes aux exigences européennes, soit à ajuster les peines déjà existantes qui sanctionnent des infractions directement visées par le droit de l'Union. C'est alors un effet de proportionnalité cardinale. Les autorités nationales peuvent également, par ricochet, être amenées à modifier les peines sanctionnant des infractions connexes pour conserver la cohérence interne de leur système pénal, ce qui constitue un effet indirect de proportionnalité ordinale⁴¹⁹. Toutefois le principe de proportionnalité lui-même n'est pas imposé par les normes d'harmonisation : les autorités étatiques sont (théoriquement) libres de conserver une échelle de peines incohérente, dès lors que cette échelle respecte les *minima* prévus par le droit européen pour les infractions qui font l'objet de l'harmonisation.

228. L'influence du droit de l'Union sur la proportionnalité-mesure des peines en droit interne ne fait ainsi pas de doute, même si le principe ne connaît pas d'application générale par le biais de ces mécanismes. Il paraît difficile d'en dire autant du droit européen des droits de l'homme qui ne reconnaît la proportionnalité-mesure que comme une rare exception.

b. L'intervention rarissime de la proportionnalité-mesure en droit européen des droits de l'homme

229. Contrairement à la Charte européenne des droits fondamentaux, la Convention européenne des droits de l'homme ne comprend aucune disposition qui consacre expressément la proportionnalité des peines. Le cadre contentieux dans lequel s'inscrivent les interventions de la Cour européenne des droits de l'homme paraît d'ailleurs peu favorable à la généralisation d'un tel contrôle. Le système de garantie prévu par la Convention occupe en effet une position subsidiaire par rapport aux droits nationaux⁴²⁰ et la Cour ne connaît pas des litiges au fond en droit national mais au regard des dispositions de la Convention. Elle serait donc en principe incompétente pour apprécier la cohérence interne de l'échelle de peines légalement prévues au sein d'un système étatique, sauf à ce que cette cohérence soit imposée par le contenu substantiel des droits garantis. En revanche, cette limite formelle n'interdit pas *a priori* à la Cour d'examiner à titre particulier la proportionnalité-mesure de la peine appliquée à un requérant. Elle interprète toutefois très strictement les dispositions conventionnelles qui pourraient fonder un tel contrôle, tant l'article 5

419 Sur la distinction entre proportionnalité cardinale et proportionnalité ordinale, v. *supra* : Section 1, §1, I, B.

420 V. CEDH (Plén.), 07 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, spéc. §48 : *Cah. dr. eur.* 1978, p. 350, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, p. 494, obs. PELLOUX ; *JDI* 1978, p. 706, obs. ROLLAND.

(droit à la liberté individuelle) que l'article 3 (droit à ne pas être soumis à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradants)⁴²¹.

230. La Cour s'est d'abord prononcée sur la question de la durée des peines privatives de liberté sur le fondement de l'article 5, §1, a, de la Convention. Ce texte prévoit que « *nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* ». La Cour a précisé que le mot « *après* » n'indique pas une simple succession chronologique mais que la détention prévue par le a) doit « *résulter* » de la condamnation, « *se produire "à la suite et par suite" – ou "en vertu" – "de celle-ci"* »⁴²². Ce lien de causalité est exigé non seulement en ce qui concerne le début de la détention, mais aussi son maintien à long terme ou sa reprise après élargissement. Des « *décisions de non-élargissement ou de réinternement* », doivent conserver avec « *le jugement ou l'arrêt initial* » un lien causal, lequel « *se distend peu à peu avec l'écoulement du temps* » et « *risquerait de se rompre à la longue si lesdites décisions en arrivaient à se fonder sur des motifs étrangers aux objets du législateur ou du juge ou sur une appréciation déraisonnable au regard de ces objectifs.* »⁴²³. « *En pareil cas, un emprisonnement régulier à l'origine se muerait en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l'article 5* »⁴²⁴. Cette jurisprudence interroge effectivement la qualité du lien causal entre une condamnation et la durée ou le régime d'une détention. Toutefois la peine n'est pas remise en question au moment de son prononcé mais seulement au cours de son exécution. La Cour ne s'intéresse pas à durée de la privation de liberté en sa qualité de peine inscrite dans un système rétributif. Elle la traite en tant que suite d'une décision juridictionnelle qui doit rester cohérente avec cette dernière. La gravité de l'infraction n'entre pas réellement en ligne de compte, le facteur essentiel étant l'intention de départ du juge ayant prononcé la condamnation. La proportionnalité-mesure n'entre donc pas en ligne de compte.

231. La Cour a ensuite envisagé la proportionnalité-mesure sous l'angle de l'article 3 de la Convention, d'après lequel « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Dans l'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989, après avoir indiqué que ce texte « *ne saurait s'interpréter comme prohibant en principe la peine de mort* »⁴²⁵, la Cour a apporté un tempérament important en estimant qu'il « *n'en résulte pas que les circonstances entourant une sentence capitale ne puissent jamais soulever un problème sur le terrain de l'article 3* ». Parmi

421 Il est également possible de considérer que la Cour pourrait, à l'inverse, examiner la proportionnalité-mesure sous l'angle des obligations positives et de l'application horizontale des droits protégés par la Convention. Dans le cas d'une infraction grave qui porterait atteinte à l'un des droits conventionnels de la victime, une peine dérisoire, inférieure aux exigences de la proportionnalité-mesure, pourrait constituer une violation par l'État de son obligation positive de protection. Cette solution paraît toutefois devoir être rejetée, car elle revient à confondre les fonctions rétributive et réparatrice de la sanction. V. *infra* : Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, I, B, 2.

422 CEDH (Plén.), 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, req. n° 7906/77, §35 : *RUDH*, 1990, p. 327, obs. CALLEWAERT, DÉJEANT-PONS et SANSONETIS ; *JDI*, 1985, p. 199, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

423 *Ibid.*, §40 ; CEDH (Plén.), 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, req. n° 9787/82, §49 : *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 443, obs. COHEN-JONATHAN ; *RSC*, 1987, p. 750, obs. PETTITI et TEITGEN ; *JDI*, 1988, p. 852, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

424 CEDH, 2 mars 1987, *Weeks* (préc.), §49.

425 CEDH (Plén.), 7 juil. 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, §103 : *Ann. fr. dr. int.* 1991, p. 583, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *RTDH* 1990, p. 5, obs. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *RSC* 1989, p. 786, obs. PETTITI ; *JDI* 1990, n° 734, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

« les éléments de nature à faire tomber sous le coup de l'article 3 le traitement ou la peine subis par l'intéressé », elle a alors mentionné la « disproportion par rapport à la gravité de l'infraction »⁴²⁶. La question de la proportionnalité-mesure n'a pas fait l'objet de développements supplémentaires au sein de cet arrêt mais elle a été à nouveau abordée dans le cadre de l'affaire *Vinter*. Dans un arrêt du 17 janvier 2012, la quatrième section de la Cour s'est appuyée sur de longs développements de droit comparé pour estimer que « la “nette disproportion” est un critère communément reconnu et appliqué aux fins de déterminer si une peine s'analyse en un traitement inhumain ou dégradant ou en une violation de règles constitutionnelles équivalentes »⁴²⁷. Par conséquent, « une peine nettement disproportionnée peut, à la date de son imposition, être qualifiée de mauvais traitement contraire à l'article 3 »⁴²⁸. La Cour a toutefois immédiatement restreint cette hypothèse en rappelant « qu'en principe, les questions se rapportant à l'opportunité de la peine sortent dans une large mesure du champ d'application de la Convention »⁴²⁹ et qu'en tout état de cause, « la “nette disproportion” est un critère strict » qui ne sera « que “très rarement” satisfait »⁴³⁰. La Grande Chambre, suite au renvoi de l'affaire, a ensuite « approuv[é] et fait[e] sienne la conclusion de la chambre » sur ce point et estimé que le critère de la « nette disproportion » ne serait satisfait « que dans des cas rares et exceptionnels »⁴³¹.

232. Tout en reconnaissant le principe, la Cour a ainsi exprimé une certaine réserve, voire une véritable réticence à son égard. Il est extrêmement rare qu'elle fonde un constat de violation sur le caractère « nettement disproportionné » d'une condamnation. Un exemple relativement isolé est fourni par l'affaire *Yaroslav Belousov c. Russie*, dans laquelle le requérant avait été condamné à une peine de deux ans et trois mois d'emprisonnement pour avoir participé à une manifestation non autorisée et pour avoir jeté un projectile sur un policier. Dans un arrêt du 4 octobre 2016, la Cour a constaté la violation de l'article 11 de la Convention en estimant que « vu la sévérité de la sanction infligée au requérant, sa condamnation pénale était nettement disproportionnée aux buts légitimes invoqués, à savoir la défense de l'ordre et la prévention du crime ainsi que la protection des droits et libertés d'autrui, et qu'elle n'était donc pas nécessaire dans une société démocratique »⁴³². Si les mots sont les mêmes que dans l'affaire *Vinter*, le raisonnement est en réalité légèrement différent. Dans les arrêts *Vinter*, les développements consacrés à la « nette disproportion » répondaient à des arguments des parties qui se référaient à la formule de l'arrêt *Soering* – la « disproportion par

426 *Ibid.*, §104.

427 CEDH, 17 janv. 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, spéc. §88 : D. 2012, p. 1294, chron. CÉRÉ, HERZOG-EVANS et PÉCHILLON ; JCP G. 2012, n° 1531, chron. SUDRE. Comp. CEDH (4^e s.), 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, req. n° 9146/07 et 32650/07 [disponible en anglais uniquement].

428 CEDH, 17 janv. 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, préc., §89.

429 *Ibid.*

430 *Ibid.*

431 CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, §102 : D., 2013, p. 1748, obs. LÉNA ; *ibid.*, p. 2081, note RENUCCI ; *ibid.*, 2014, Pan. 1235, obs. CÉRÉ ; AJ Pénal, 2013, p. 494, obs. VAN ZYL SMIT ; RSC, 2013, p. 625, note PONCELA ; *ibid.*, p. 649, obs. ROETS ; JCP G., 2013, n° 918, obs. SUDRE ; Dr. pénal, 2013, n° 165, obs. BONIS-GARÇON.

432 CEDH (3^e s.), 4 oct. 2016, *Yaroslav Belousov c. Russie*, req. n° 2653/13 et 60980/14, §182 : *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2017, n° 2017-13, chron. HUSSON-ROCHCONGAR et AFROUKH, <http://www.revuedlf.com/cedh/evolutions-de-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-second-semester-2016/> [consulté le 30 avril 2019]

rapport à la gravité de l'infraction », c'est-à-dire la violation de la proportionnalité-mesure. Dans l'arrêt *Yaroslav Belousov*, la violation découle de ce que la sévérité de la sanction était « *disproportionnée aux buts légitimes invoqués* » et qu'elle n'était donc pas « *nécessaire dans une société démocratique* » au sens du second paragraphe de l'article 11 de la Convention. La correspondance de la peine à l'infraction importait donc moins pour elle-même que comme composante de la proportionnalité de la condamnation aux buts visés par les autorités. Le raisonnement est donc mêlé de proportionnalité-mesure et de proportionnalité-justification, ce qui est cohérent avec son fondement textuel.

233. En résumé, si le droit constitutionnel comme les droits européens reconnaissent le principe de proportionnalité-mesure, la portée cette reconnaissance varie considérablement d'une source à l'autre. Il reste que, directement ou indirectement, l'ensemble de ces sources convergent sur un point essentiel. En prenant la gravité des infractions comme point de référence systématique, elles en font au moins indirectement le paramètre essentiel de l'organisation de l'échelle des peines. Celle-ci, sans surprise, suit effectivement une structure proportionnaliste.

B. La structure proportionnaliste de l'échelle des peines

234. En droit français, l'échelle des peines est établie pour l'essentiel aux articles 131-1 à 131-18 du Code pénal pour ce qui est des peines applicables aux personnes physiques et aux articles 131-37 à 131-44 pour ce qui est des peines applicables aux personnes morales. Deux aspects de ce système suscitent une attention particulière du point de vue de la proportionnalité-mesure. D'une part, l'échelle des peines n'est pas totalement linéaire : elle est arborescente sur quatre niveaux. D'autre part, l'échelonnement présenté dans la partie générale du Code pénal ne semble ni exhaustif, ni contraignant pour le législateur.

235. Dire que l'échelle des peines est arborescente signifie qu'elle est construite par niveaux hiérarchisés : dans l'évaluation de la sévérité d'une peine donnée, les niveaux supérieurs l'emporteront toujours sur les niveaux inférieurs. Au premier niveau, le Code distingue entre elles les peines criminelles, délictuelles et contraventionnelles, précisant la classification tripartite de l'article 111-1. Quelles que soient leurs caractéristiques par ailleurs, une peine criminelle sera toujours considérée plus sévère qu'une peine correctionnelle, elle-même plus rigoureuse qu'une peine contraventionnelle. Au deuxième niveau, les peines applicables sont divisées au sein de chaque classe suivant une règle de subsidiarité : les peines principales doivent être présumées plus strictes que leurs peines de substitution et les peines complémentaires sont *a priori* les moins coercitives.

236. Le troisième niveau est plus problématique. En principe, les peines du même degré de primauté ou de subsidiarité sont énumérées par ordre décroissant de sévérité. La Cour de cassation retient en effet de manière constante que la gravité relative des peines se mesure par « *le rang qu'elles occupent dans l'échelle établie par le code pénal* »⁴³³. Elle a ainsi notamment jugé qu'une peine d'emprisonnement était plus sévère qu'une peine d'amende, l'une précédant l'autre dans la

433 Cass. Crim. 4 févr. 1938 : *Gaz. Pal.* 1938, 1, p. 523 ; RSC 1938, p. 485, obs. MAGNOL ; 15 févr. 1956 : *Bull. crim.* n° 164.

rédaction de l'article 9 du code pénal de 1810⁴³⁴. Toutefois cette organisation classique est brouillée par l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, dont l'article 71 a modifié l'échelle des peines correctionnelles établie par l'article 131-3 du Code pénal. En particulier, le travail d'intérêt général, précédemment prévu au numéro 6, est placé au numéro 3, au-dessus de la peine d'amende correctionnelle. Le sens de cette modification demeure toutefois obscur et il n'est pas éclairé par les travaux parlementaires. D'une part, plusieurs dispositions de la loi visent à favoriser le recours à la peine de travail d'intérêt général. Son placement en une position élevée sur l'échelle des peines pourrait donc relever essentiellement d'une valeur incitative. Cela signifierait que la fonction de l'article 131-3 n'est plus d'exprimer une gradation en sévérité, mais en préférence, dans le sens utilitariste où une peine placée à un rang plus élevé devrait être choisie en priorité par rapport à celles placées aux rangs inférieurs. Mais que penser, alors, du maintien de l'emprisonnement en première position de l'échelle ? D'autre part, il est également possible de considérer que l'énumération de l'article 131-3 ordonne bien les peines par sévérité décroissante. La réforme indiquerait donc que le législateur estime le travail d'intérêt général plus sévère que l'amende, par exemple en raison de l'atteinte plus directe à la liberté individuelle qu'il comporte. Toutefois cette idée paraît directement contradictoire avec le fait que le prononcé de la peine de travail d'intérêt général est en principe subordonné au consentement de la personne condamnée⁴³⁵.

237. Au quatrième et dernier niveau de division de l'échelle, les peines de même nature sont elles-mêmes classées par *quanta*. À l'égard des personnes physiques, les peines privatives de liberté et les peines d'amende contraventionnelles ont en effet ceci de particulier que certains *quanta* de référence sont pré-établis par le législateur à sa propre attention. L'article 131-1 du Code pénal prévoit ainsi que la réclusion et la détention criminelle peuvent être encourues à perpétuité ou à temps, pour des durées de trente ans au plus, vingt ans au plus, quinze ans au plus et, en toute hypothèse, dix ans au moins. L'article 131-4 commence plus explicitement encore par les mots : « *L'échelle des peines d'emprisonnement est la suivante* » avant d'énumérer les *maxima* possibles de dix ans, sept ans, cinq ans, trois ans, un an, six mois et deux mois. Enfin l'article 131-15 fixe le montant de l'amende encourue en cas de contravention en fonction de la classe de la contravention commise, de 38 € au plus pour les contraventions de la 1^{re} classe à 1 500 € au plus pour celles de la 5^e classe⁴³⁶.

238. Seules les peines principales de référence de chaque classe d'infraction font l'objet de cette subdivision au quatrième niveau. Qu'elles soient ainsi hiérarchisées se comprend aisément. D'abord, si l'on admet qu'il s'agit des peines les plus strictes de leurs classes respectives, il paraît essentiel, au vu de leur sévérité relative, de les organiser avec précision. Ensuite un tel système de

434 Cass. Crim., 4 févr. 1938, préc.

435 La loi du 23 mars 2019 a également aménagé à l'article 131-8 du Code pénal la possibilité de prononcer la peine de travail d'intérêt général « *lorsque le prévenu n'est pas présent à l'audience et n'a pas fait connaître son accord* ». Le texte précise toutefois : « *Dans ce cas, avant la mise à exécution de la peine [...], le juge de l'application des peines informe le condamné de son droit de refuser l'accomplissement d'un travail et reçoit sa réponse. En cas de refus, tout ou partie de l'emprisonnement ou de l'amende fixée par la juridiction peut être mis à exécution* ».

436 Selon le même texte, ce dernier montant « *peut être porté à 3 000 € en cas de récidive lorsque le règlement le prévoit, hors les cas où la loi prévoit que la récidive de la contravention constitue un délit*. »

quanta pré-établis propose un référentiel commun aisément accessible, tant pour le justiciable et le professionnel du droit que pour le législateur lui-même. Cela contribue à la lisibilité et à la cohérence des peines fulminées par le législateur pour l'ensemble des infractions concernées. Enfin ces peines constituent des points de repère essentiels dans l'économie textuelle du droit pénal général et de la procédure pénale. Elles se répercutent sur les peines encourues par les personnes morales, les peines de substitution, les modalités d'exécution des peines ou encore les voies procédurales ouvertes avant comme après une éventuelle condamnation⁴³⁷. Le dernier niveau de hiérarchisation des peines dans l'ordre logique est donc en même temps le plus important en termes d'impact concret dans l'application du droit. L'effet contraignant de ces paliers demeure néanmoins douteux, leur valeur étant avant tout incitative. D'une part le législateur est libre de se plier à un système similaire sans avoir besoin de l'établir dans un texte général et autonome ; d'autre part il est également libre de prévoir des peines ne correspondant pas aux paliers généraux prévus dans les textes.

239. En effet l'échelonnement déjà décrit n'est pas exhaustif. Le législateur emploie aussi, implicitement, un système de paliers similaire en matière d'amendes correctionnelles et criminelles. Les paliers d'amende de 150 000 €, 100 000 €, 75 000 € ou 45 000 € se retrouvent ainsi, entre autres, dans la répression des violences correctionnelles⁴³⁸, des agressions sexuelles autres que le viol⁴³⁹ ou encore des vols simples ou aggravés⁴⁴⁰. Ils sont alors corrélés au *quantum* des peines privatives de liberté prévues pour les mêmes infractions⁴⁴¹ et peuvent, pour des infractions similaires, servir de critère de comparaison en proportionnalité ordinale. Dans d'autres domaines, cependant, le montant des amendes peut être réduit à 7 500 € ou, au contraire, se chiffrer en millions. La comparaison directe d'une catégorie d'infractions à une autre atteint là une de ses limites. En revanche une amende d'un montant élevé permet d'exprimer et de réprimer efficacement le versant économique de l'infraction, que ce soit du point de vue du préjudice causé ou du profit réalisé par l'agent intéressé. La peine pécuniaire est alors un instrument de proportionnalité cardinale de type analogique.

240. Inversement, le législateur peut établir des peines en dehors des paliers qu'il a lui-même fixés. Il arrive ainsi que la loi attribue à une peine un *quantum* intermédiaire entre deux des *quanta* prévus par les textes généraux⁴⁴², ce qui va à l'encontre des fonctions de lisibilité et de mise en

437 Sur les aspects procéduraux, v. notamment LORRAIN R. et C. INGRAIN, « L'impact du quantum d'une peine d'emprisonnement encourue sur l'applicabilité de certaines règles de procédure pénale », *AJ Pénal*, 2015, p. 589, qui proposent une classification « octopartite » des procédures pénales en fonction de la peine encourue à titre principal.

438 Code pénal, art. 222-9 à 222-13.

439 Code pénal, art. 222-27 à 222-31.

440 Code pénal, art. 311-3 à 311-9

441 La règle tacite semble être, dans les exemples cités, que chaque année d'emprisonnement encourue est accompagnée d'une tranche de 15 000 € dans la peine d'amende associée (avec un arrondissement cosmétique à 100 000 € pour la tranche correspondant à 7 ans d'emprisonnement).

442 LORRAIN R. et C. INGRAIN, « La nécessaire réforme des peines d'emprisonnement encourues « illégales » », *Dr. pénal*, octobre 2015, n° 10, p. étude 20,. identifie ainsi « 59 textes issus de 24 codes différents créant 6 échelons illégaux ». Le Code de procédure pénale lui-même punit par exemple, à l'article 78-5, de « trois mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende ceux qui auront refusé de se prêter aux prises d'empreintes digitales ou de photographies autorisées par le procureur de la République ou le juge d'instruction ».

cohérence portées par ces textes. Deux auteurs ont parlé de « peines encourues illégales » pour souligner l'anormalité de ces peines hors-échelle⁴⁴³. Il peut toutefois être avancé que les articles 131-1, 131-4 et 131-15 du Code pénal n'ont qu'une valeur législative et que, s'agissant de normes générales, il est loisible au législateur d'y déroger par une norme spéciale de même valeur. En outre une critique fondée sur l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la norme pénale, si elle était portée devant le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme, aurait probablement peu de chances d'aboutir. En effet, en dépit de leur étrangeté, ces peines dérogatoires emportent des conséquences claires tant en ce qui concerne les sanctions encourues qu'en ce qui concerne le régime procédural applicable. Aussi regrettable que soit cette pratique, elle relève donc probablement davantage de l'errance législative que de l'illicéité. Qui plus est, elle n'entre pas réellement en conflit avec le principe de la proportionnalité ordinale. Les peines de même nature et de *quanta* différents peuvent être comparées en tout état de cause. Tout au plus la lecture de l'échelle des peines en est-elle rendue moins aisée et le risque d'incohérence législative en la matière plus important.

241. En dépit de ces curiosités techniques, l'échelle des peines apparaît comme nettement structurée par le législateur. Cette structure détaillée est placée au sein du livre premier de la partie législative du Code pénal, consacré aux « dispositions générales », ce qui met en évidence ses fonctions expressive et programmatique. La structure de l'échelle des peines est, d'une part, l'expression d'une hiérarchie de valeurs dont certaines sont quantifiées. La liberté individuelle prime ainsi sur la fortune et les peines privatives de liberté se comptent en mois ou années plutôt qu'en jours, en semaines ou en décennies, ce qui n'est pas anodin⁴⁴⁴. Cette structure est aussi, d'autre part, un programme normatif pour l'activité des autorités judiciaires. Celles-ci, lorsqu'elles apprécient la sévérité des peines et la gravité des infractions, sont tenues de le faire en cohérence avec les indications de ces dispositions générales. **La hiérarchie des peines prévue par le législateur a donc envers le juge un double effet contraignant. Négativement, elle lui interdit, en vertu du principe de légalité, de prononcer une peine en-dehors du champ prévu par la loi. Positivement, par application du principe de proportionnalité-mesure, elle lui impose de se prononcer d'une manière qui soit compatible avec les orientations axiologiques exprimées par le législateur, à l'intérieur du champ légal de la décision judiciaire.**

242. Une telle échelle ne suffit toutefois pas à clore la question du choix de la peine. Elle n'exprime en effet que les mesures de gravité abstraites attachées par le législateur à un ensemble de cas-types. Elle ne sert que de point de départ à une appréciation concrète de chaque espèce prise dans sa singularité. Surtout, seule la fonction punitive des sanctions est ainsi exprimée. Or le droit répressif contemporain attribue aux peines des sens nombreux et variés et la rétribution n'en est pas toujours le premier. La proportionnalité-mesure ne peut pas suffire à saisir la part de la peine qui est tournée vers l'avenir. Pour cela, il est nécessaire d'avoir recours à la proportionnalité-justification.

443 *Ibid.*

444 *V. infra*, p. 492.

II. Le recours nécessaire à la proportionnalité-justification

243. Dire que l'échelle des peines est structurée selon la gravité des infractions ne signifie pas que cette gravité constitue le seul paramètre déterminant dans l'édition, le prononcé et l'exécution des sanctions. Au contraire, cette structure présente un grand degré de souplesse qui vise à concilier entre elles diverses rationalités pénales. Les peines définies par le législateur répondent ainsi à des justifications hybrides, tantôt rétributives, tantôt tournées vers l'avenir (A). Elles relèvent donc concurremment de la proportionnalité-mesure et de la proportionnalité-justification, lesquelles doivent être contrôlées de manière à se compléter mutuellement (B).

A. Des peines hybrides

244. L'échelle des peines encourues est assouplie à la fois pour ménager une place à l'individualisation judiciaire de la peine prononcée et pour tenir compte des multiples finalités attribuées à cette sanction.

245. L'individualisation des peines, déjà présente en matière correctionnelle dès l'adoption du code pénal de 1810, a été généralisée et étendue par celui issu de la réforme de 1992. Le code actuel ne prévoit plus pour chaque infraction une fourchette de peine avec un *minimum* et un *maximum*, mais simplement un *maximum* en deçà duquel, sauf exception⁴⁴⁵, le juge est libre d'adapter la répression. Dans une perspective punitive, cela signifie que le pouvoir d'appréciation de la gravité des faits et l'opération de calcul de la peine proportionnelle sont partagés entre le législateur (au niveau abstrait) et le juge (au niveau concret). Toutefois le sens de l'individualisation dépasse cette perspective. Elle est aussi l'une des transcriptions de la diversité des fonctions attribuées à la peine, avec lesquelles tant le juge que le législateur sont amenés à composer. L'article 130-1 du Code pénal, créé par une loi du 15 août 2014⁴⁴⁶, en atteste. D'après ce texte, la peine a pour fonctions « *de sanctionner l'auteur de l'infraction* » et de « *favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* », le tout afin « *d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime* ». L'article 130-1 précède dans le code la présentation de l'échelle des peines encourues : à cet égard il sert à la fois de note d'intention et de guide d'interprétation. En d'autres termes, il indique non seulement, d'une part, que le juge doit tenir compte de l'ensemble de ces finalités lorsqu'il

445 L'article 132-18 du Code pénal prévoit ainsi des peines minimales en matière criminelle. Ce texte dispose que la peine prononcée ne peut être inférieure à un emprisonnement d'une durée de deux ans si la peine encourue est la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité. Si la peine encourue est la réclusion criminelle ou la détention criminelle à temps, la peine prononcée ne peut être inférieure à un emprisonnement d'une durée d'un an. En matière correctionnelle, au contraire, la liberté du juge dans le choix de la peine est tempérée par une obligation de motivation spéciale favorable à la personne condamnée. L'article 132-19 dispose ainsi qu'une peine d'emprisonnement sans sursis « *ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate* ». Observons toutefois que le législateur s'abstient de préciser quels doivent être les critères d'appréciation de la nécessité et de l'adéquation des différentes peines envisagées par le juge.

446 Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* ; v. LEBLOIS-HAPPE J., « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal.*, 23 mai 2015, n° 143, p. 10.

individualise la peine⁴⁴⁷, mais aussi, d'autre part, que le législateur prévoit les peines encourues en considération de ces mêmes finalités.

246. Les conséquences sont de plusieurs ordres. D'abord la personnalisation de la peine n'est pas uniquement liée à la fonction punitive. Par conséquent et au vu de ce qui a été précédemment exposé, la proportionnalité-mesure n'est qu'un paramètre parmi d'autres dans le choix de la peine. Tant que la punition participe des justifications de la peine, celle-ci doit correspondre à l'infraction. En revanche, dès lors que la punition partage sa fonction justificatrice avec d'autres finalités, elle ne sert qu'une partie de la justification de la peine choisie. La correspondance entre la peine et l'infraction, la proportionnalité-mesure, n'importe donc que pour la portion de justification tenue par la fonction punitive.

247. Ensuite, la part de la fonction punitive dans la peine encourue peut varier d'une infraction à une autre ou d'une nature de peine à une autre. Le législateur peut ainsi concevoir des peines entièrement punitives, composites ou entièrement préventives, ces dernières, telles que le suivi socio-judiciaire, équivalant dans leurs effets à des mesures de sûreté⁴⁴⁸. Or à nouveau la proportionnalité-mesure suit en quelque sorte la valeur punitive de la sanction. Les peines principales, ainsi qu'il a été exposé, sont organisées par paliers de *quantum*. En règle générale, chaque infraction se voit associer une peine principale par un texte spécial, avec une nature et un *quantum* de sanction qui expriment le jugement du législateur quant à sa gravité et ses caractéristiques pertinentes⁴⁴⁹. Les peines de substitution et les peines complémentaires ne connaissent pas une gradation aussi sophistiquée.

248. Lorsque le législateur prévoit plusieurs *quanta* pour une peine de substitution, il ne les associe pas aux infractions au cas-par-cas mais les applique à des catégories générales. Par exemple, l'article 131-6 du Code pénal prévoit diverses interdictions à titre de peines de substitution à l'emprisonnement. Leur durée maximale est soit de trois ans, soit de cinq ans. La durée ne dépend pas de la nature du délit sanctionné ou de la peine principale encourue, mais de la nature de

447 Ce premier sens est d'ailleurs confirmé et renforcé par l'article 132-1, qui dispose en son troisième alinéa que « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1. »

448 Cette possibilité constituait d'ailleurs l'un des parti-pris dans la rédaction du code pénal de 1992. L'exposé des motifs du projet de loi de 1986 indiquait en ce sens : « Aux fins de simplification, toutes les sanctions pénales relèvent désormais d'une seule catégorie, celle des peines. En effet, coexistent dans notre droit, à côté des peines "principales", des interdictions diverses – suspension du permis de conduire, interdictions professionnelles – qualifiées "mesures de sûreté" et soumises à un régime juridique particulier, notamment du point de vue de l'amnistie, de la grâce ou de la prescription. Désormais, toutes les sanctions pénales seront, sans distinction, des peines ; elles sont d'ailleurs ressenties comme telles par le condamné. »

449 Il arrive parfois, plus rarement, que le législateur rédige un texte de sanction unique pour plusieurs infractions. Par exemple, l'article 222-37 du Code pénal réprime ensemble « le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicite de stupéfiants » de dix ans d'emprisonnement et 7 500 000 € d'amende. L'incrimination paraît extrêmement large mais elle est en réalité entourée de textes plus spéciaux au vu desquels elle n'occupe qu'une fonction résiduelle. Sont incriminés séparément la direction ou l'organisation d'un trafic de stupéfiants (article 222-34), leur production ou leur fabrication illicites (article 222-35), leur importation ou exportation illicites (article 222-36), leur cession ou leur offre illicites à une personne en vue de sa consommation personnelle (article 222-39) ou encore leur usage illicite (Code de la santé publique, article L. 3421-1). Le champ de la peine prévue par l'article 222-37 du Code pénal est donc d'ordre subsidiaire.

l'interdiction. L'article 131-14 transpose certaines de ces peines de substitution dans le domaine des contraventions de cinquième classe. Les durées maximales sont réduites mais, à nouveau, la qualification exacte de l'infraction importe peu dès lors qu'elle entre bien dans la classe concernée. Ces interdictions relèvent en effet d'une valeur punitive moins importante que celle des amendes et peines privatives de liberté : elles visent essentiellement des fins préventives dont la satisfaction peut être sans lien avec la proportionnalité-mesure. Pour les peines d'amende et de privation de liberté, l'individualisation constitue un tempérament de la peine encourue. Pour une peine de substitution, au contraire, l'individualisation est le principe fondateur. L'article 131-4-1 du Code pénal dans sa version issue de la loi du 15 août 2014, institue par exemple la peine de contrainte pénale en commençant par indiquer qu'elle pouvait être prononcée « *lorsque la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement et les faits de l'espèce justifi[ai]ent un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu* »⁴⁵⁰. La proportionnalité-mesure n'entrait pas réellement en ligne de compte, car la fonction punitive était éclipsée par les finalités préventives de la peine.

249. Les peines complémentaires sont quant à elles organisées suivant une logique intermédiaire. Comme les peines principales, elles sont en effet prévues au sein des dispositions spéciales de pénalité. En revanche, comme les peines de substitution, elles connaissent habituellement un champ d'application catégoriel qui englobe plusieurs incriminations. Le législateur établit des dispositions-entonnoirs qui prévoient les peines complémentaires encourues pour l'ensemble des infractions définies au sein d'un même chapitre ou d'une même section du Code pénal. Le champ concerné peut ainsi recouvrir une incrimination simple et ses formes aggravées. Tel est le cas de l'article 311-14 du Code pénal qui prévoit les peines complémentaires applicables aux auteurs de vols simples ou aggravés. Toutefois ces dispositions-entonnoirs peuvent également connaître une portée plus étendue. L'article 432-17 établit par exemple les peines complémentaires applicables aux auteurs d'atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique. Cela recouvre non seulement les abus d'autorité commis contre l'administration ou les particuliers mais aussi toutes les atteintes à la probité commises par des agents publics nationaux. Les peines complémentaires ainsi prévues sont donc bien différenciées suivant l'infraction commise mais elles dépendent moins de la gravité de l'infraction que de la valeur protégée par l'incrimination. Elles procèdent donc d'une double logique d'analogie et de prévention au sein de laquelle la punition n'est qu'une finalité secondaire. Tandis que la valeur punitive de la sanction, fonction de la gravité des faits, est assurée par la peine principale, la peine complémentaire permet de désigner plus précisément la nature concrète du mal réprimé. La proportionnalité-mesure ordinale n'entre donc pas réellement en ligne de compte, même si un certain degré de proportionnalité cardinale de type analogique peut être présent à titre résiduel⁴⁵¹.

450 Cette peine est abrogée au 24 mars 2020 par l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019, précitée.

451 L'article 131-26-2 du Code pénal, créé par la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 *pour la confiance dans la vie politique*, prévoit ainsi que « *le prononcé de la peine complémentaire d'inéligibilité [...] est obligatoire* » à l'égard des auteurs de crimes et de certains délits énumérés par ce texte. Ces délits incluent, entre autres, l'ensemble des atteintes à la probité commises par des agents publics nationaux, européens ou internationaux. Pour les auteurs de ces infractions, l'inéligibilité peut être comprise à la fois comme une mesure préventive de la récidive et comme une punition de type analogique qui prive le condamné du droit dont il a abusé ou tenté d'abuser.

250. **Au sein des sanctions pénales, l'application du principe de proportionnalité-mesure varie donc en intensité selon que la sanction revêt un caractère plus ou moins punitif.** Il peut être observé, par ailleurs, que le principe est également atténué en matière de répression administrative. Des autorités administratives indépendantes agissant dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique peuvent en effet disposer de pouvoirs répressifs, lesquels sont en théorie plus limités que ceux des autorités judiciaires en matière pénale. Les sanctions prévues sont moins variées que celles établies par le droit criminel et, notamment, elles doivent exclure toute privation de liberté⁴⁵². En revanche, les normes écrites fondant ces pouvoirs répressifs sont moins précises en matière de proportionnalité-mesure.

251. Par exemple, l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier prévoit que la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers peut, après une procédure contradictoire, prononcer des sanctions à l'encontre des auteurs de certaines fautes. Le II de cet article énumère d'abord l'ensemble des actes ou manquements qui peuvent mener à sanction. Le texte distingue trois catégories, correspondant aux fautes professionnelles commises par les acteurs financiers, à celles commises par les personnes physiques placées sous leur autorité ou travaillant pour leur compte et enfin aux autres atteintes aux marchés financiers commises par toute personne. Ensuite, le III du même texte établit les sanctions susceptibles d'être prononcées pour chacune de ces trois catégories. Toutefois le législateur ne prévoit pas de règle de correspondance fine entre ces deux listes. Toute faute entrant dans l'une des trois catégories de l'article L. 621-15, II peut mener au prononcé de toute sanction prévue par le III pour la même catégorie. Cela signifie concrètement que, par exemple, toute personne ou organisation soumise aux pouvoirs généraux de contrôle et d'enquête de l'Autorité des marchés financiers, si elle fait l'objet d'une procédure de sanction « *au titre de tout manquement à [ses] obligations professionnelles définies par les règlements européens, les lois, règlements et règles professionnelles approuvées par l'Autorité des marchés financiers en vigueur* »⁴⁵³, peut encourir « *l'avertissement, le blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis, la radiation du registre mentionné à l'article L. 546-1* », ainsi qu'une « *sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à 100 millions d'euros ou au décuple du montant de l'avantage retiré du manquement si celui-ci peut être déterminé* ». Seule la sanction pécuniaire encourue est soumise par le texte à une règle claire de proportionnalité, règle qui voit son champ réduit aux cas où l'avantage retiré du manquement peut être déterminé. Pour le reste, les sanctions semblent bien varier en sévérité mais le législateur n'impose pas de règle de correspondance particulière entre cette sévérité et la nature ou la gravité de la faute professionnelle commise. Dans le silence du texte, c'est donc l'Autorité des marchés financiers elle-même qui détient le pouvoir de dire la valeur des choses, sous réserve du contrôle juridictionnel.

452 Cons. Const., déc. n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* : *RFDA* 1989, p. 671, obs. B. GENEVOIS ; *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1989, n° V, pp. 481-482, 486-487, 498 et 507, note B. GENEVOIS ; *Pouvoirs*, janvier 1990, n° 52, p. 189, obs. J. GICQUEL et P. AVRIL.

453 Code des marchés financiers, art. L. 621-15, II, a) ; v. également : même code, art. L. 621-9, II

252. Il apparaît donc que si la proportionnalité-mesure intervient bien dans le choix de la peine, elle n'en constitue pas pour autant le seul critère. La valeur punitive de la sanction ne fournit qu'une partie de sa justification. Les sens alternatifs ou complémentaires donnés à la peine ne permettent pas de raisonner en terme de proportionnalité-mesure. Le principe général de proportionnalité-justification doit alors être mis en œuvre à titre complémentaire.

B. Des évaluations complémentaires

253. Par conception, le principe de proportionnalité-justification a vocation à s'appliquer à l'ensemble des atteintes aux libertés que les autorités publiques légalement compétentes réalisent ou laissent se réaliser⁴⁵⁴. L'existence du principe de proportionnalité-mesure en matière de peines ne fait pas d'elles une exception. En effet, en dépit de leur dénomination commune, la proportionnalité-mesure ne peut se substituer entièrement à la proportionnalité-justification. Elle repose sur une logique strictement rétrospective qui ne permet pas d'appréhender correctement les objectifs de la peine, ses justifications tournées vers l'avenir. Dès que la sanction ne vise plus seulement à réprimer un acte passé mais également à créer une meilleure situation pour l'avenir, une part essentielle des justifications de la coercition pénale échappe au test de proportionnalité-mesure.

254. *A priori*, l'application de la proportionnalité-justification pour cette part prospective du sens de la peine semble aller de soi. En réalité l'articulation entre les deux principes est un problème d'une grande complexité dont la présentation requiert au préalable que soient abordés d'autres aspects méthodologiques et épistémologiques de la question. C'est pourquoi nous y reviendrons pour le détail au cours de développements ultérieurs⁴⁵⁵. Il ne s'agit ici que de relever les distinctions les plus simples. L'articulation des contrôles est en effet relativement aisée lorsque la compétence est partagée entre des autorités distinctes (1) ; elle devient bien plus délicate dès qu'une autorité unique doit se prononcer sur l'ensemble des sens de la peine et combiner les proportionnalités au sein d'un seul processus décisionnel (2).

1. La distribution des compétences

255. Lorsqu'une même sanction relève à la fois d'un caractère punitif et de finalités extra-punitives, une approche relativement simple consiste à les traiter de manière séparée. La proportionnalité-mesure et la proportionnalité-justification s'y appliqueront successivement. Cette succession peut se concevoir d'un point de vue organique, en termes de niveaux de compétence : la proportionnalité-mesure prime en tant que considération d'ordre général et abstrait, tandis que la proportionnalité-justification intervient au niveau particulier. À cet égard, la distinction classique proposée par Saleilles est particulièrement éclairante. Il distingue trois types d'individualisation de la peine, « légale », « judiciaire » et « administrative », c'est-à-dire respectivement lors de l'inscription de la peine dans la loi, de son prononcé et de son exécution⁴⁵⁶. Pour Saleilles, « il n'y a

454 V. *supra*, Chapitre 1, Section 2.

455 V. *infra*, p. 197 ; *infra*, p. 466.

456 SALEILLES R., *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p. 201.

pas d'individualisation légale » car « tout ce que l'on a pu prendre pour des cas d'individualisation légale sont des causes d'atténuation ou d'aggravation de peine fondée sur le plus ou le moins de gravité du crime, donc sur le degré de responsabilité »⁴⁵⁷, ce qui correspond pour nous à la proportionnalité-mesure. Toutefois ce qui est vrai pour l'individualisation ne l'est pas entièrement pour la proportionnalité. Le législateur doit en effet tenir compte de l'ensemble des sens de la peine, tandis que l'administration pénitentiaire et les juridictions de l'application des peines ne se préoccupent en principe que de proportionnalité-justification⁴⁵⁸.

256. Les distinctions les plus fines élaborées par le législateur en matière de peines consistent à attribuer à chaque cas-type d'infraction simple ou aggravée une peine encourue qui en exprime les caractéristiques essentielles, tout en assurant la cohérence de cette attribution avec l'ensemble des couples infraction-peine pré-existants. La peine principale étant à la fois le point de référence de l'échelle des peines et le degré de sanction le plus rétributif, cette opération relève essentiellement de la proportionnalité-mesure. Inversement, lorsqu'il aborde les aspects non-rétributifs de la peine, le législateur procède, ainsi qu'il a été exposé, par dispositions plus générales en laissant une large discrétion au juge. Il pourrait donc être admis que le législateur ne doive se préoccuper que de proportionnalité-mesure à un niveau abstrait et qu'il laisse la charge des rationalités prospectives aux autorités judiciaires. Néanmoins, ainsi qu'il a été relevé précédemment, les sanctions pénales relèvent d'un sens hybride dès leur inscription dans la loi. La plupart des peines complémentaires ou des peines de substitution à l'emprisonnement visent en effet à titre principal des finalités autres que la rétribution. Or l'élaboration de ces sanctions et la mise en place de leur régime relèvent bien de la loi. Il appartient dès lors au législateur de s'assurer de leur cohérence et de leur applicabilité. Il en va de même pour les peines plus directement rétributives telles que les peines privatives de liberté, dont ni les conditions de prononcé, ni le régime d'exécution, ne doivent écarter totalement le sens prospectif. En d'autres termes, même si le législateur n'assure pas directement la proportionnalité-justification des peines, il lui revient d'élaborer un cadre légal propice au respect de ce principe.

257. Cette idée irrigue les décisions juridictionnelles concernant les peines dites de « perpétuité réelle ». Dans une décision du 20 janvier 1994, concernant l'instauration de la peine de réclusion criminelle à perpétuité incompressible, le Conseil constitutionnel s'est ainsi fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour considérer que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* ». Il n'a ensuite déclaré la loi conforme à la Constitution qu'en relevant que « *le juge de l'application des peines, après la période de sûreté de trente ans, peut déclencher la procédure pouvant conduire à mettre fin à ce régime particulier, au regard du comportement du condamné et de l'évolution de sa personnalité* » et sous la réserve d'interprétation que « *cette disposition doit être entendue comme ouvrant au ministère public et au*

457 *Ibid.*

458 Pour l'administration pénitentiaire, le contentieux disciplinaire fait exception à cette observation. Toutefois, dans ce cadre, la question ne porte pas sur la proportionnalité de la peine à laquelle la personne détenue a été condamné, mais seulement celle de la sanction susceptible d'être prononcée par la commission de discipline.

condamné le droit de saisir le juge de l'application des peines »⁴⁵⁹. Comme souvent, la substance de cette décision réside dans sa lecture *a contrario* : le législateur méconnaîtrait le principe de nécessité et de proportionnalité des peines s'il instaurait une sanction purement rétributive qui ne puiserait son sens que dans la punition du condamné. De même, dans l'affaire *Vinter*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a indiqué : « *Les impératifs de châtement, de dissuasion, de protection du public et de réinsertion figurent au nombre des motifs propres à justifier une détention. En matière de perpétuité, un grand nombre d'entre eux seront réunis au moment où la peine est prononcée. Cependant, l'équilibre entre eux n'est pas forcément immuable, il pourra évoluer au cours de l'exécution de la peine.* » Elle a ensuite relevé la convergence des normes de droit européen et de droit international quant au principe voulant que « *tous les détenus, y compris ceux purgeant des peines perpétuelles, se voient offrir la possibilité de s'amender et la perspective d'être mis en liberté s'ils y parviennent.* » En conclusion générale, elle a jugé que « *l'article 3 [de la Convention] doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention.* »⁴⁶⁰ C'est dire, à nouveau, que la rétribution – pas plus que la protection de l'ordre public – ne peut justifier de manière exclusive et définitive une peine privative de liberté. Les « *motifs d'ordre pénologique* » à prendre en compte sont aussi tournés vers l'avenir et la réinsertion. Le législateur doit donc ménager aux autorités de jugement et d'exécution la marge de manœuvre suffisante pour apprécier la proportionnalité-justification des peines même les plus sévères.

258. Le législateur détient ainsi une compétence mixte. Il est toutefois possible de considérer que la proportionnalité-mesure et la proportionnalité-justification n'y occupent pas des places équivalentes. Tandis que l'évaluation de la gravité des infractions et l'organisation de l'échelle des peines lui reviennent à titre principal, la prise en compte de leurs finalités prospectives n'intervient que comme une contrainte : il est moins tenu de les établir que d'en permettre l'établissement. À l'opposé de cette position se trouvent l'administration pénitentiaire et les juridictions de l'application des peines.

259. Du point de vue des sens de la peine, en effet, le rôle des autorités d'exécution est entièrement tourné vers l'avenir. Le libellé de l'article 707 du Code de procédure pénale en est une illustration. Le deuxième alinéa de ce texte, créé par la loi *Perben II*, disposait en effet à son entrée en vigueur : « *L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive.* »⁴⁶¹ La loi du 15 août 2014, *relative à l'individualisation des peines*, a modifié ce texte et créé dans le Code pénal un article 130-1 qui dispose qu'afin « *d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts*

459 Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale* : D. 1995. Somm. 340, obs. RENOUX.

460 CEDH (Gr. Ch.), 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, préc.

461 Code de procédure pénale, art. 707, al. 2, dans sa rédaction en vigueur du 1^{er} janvier 2005 au 26 novembre 2009 (issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité).

de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. »⁴⁶² Le prononcé de la peine fixe ainsi l'étendue des besoins de sanction et « d'amendement »⁴⁶³ que la sanction vise à satisfaire, tandis que les nécessités liées aux fonctions d'insertion ou de réinsertion des auteurs d'infraction et de prévention de la récidive peuvent faire l'objet d'appréciations postérieures. En d'autres termes, la mesure punitive de la peine est entièrement établie par la décision de condamnation. Elle trace un cadre dans lequel les décisions relatives à l'exécution de la peine seront prises en seule considération de ses fonctions prospectives. Cette séparation paraît essentielle en ce que la proportionnalité-mesure concerne le lien entre la sanction et l'acte passé. Habilitier les autorités compétentes pour l'exécution des peines à prendre leurs décisions en fonction de la gravité de l'infraction ou de l'effectivité de la punition (ce qui revient au même) équivaudrait donc à permettre qu'une succession de nouveaux jugements soient émis quant à des faits passés et ayant déjà fait l'objet d'une décision définitive. C'est pourquoi les conditions de fond pour l'adoption de mesures telles que l'octroi d'une libération conditionnelle sont articulées en fonction non de la nature ou de la gravité de l'infraction commise, mais du montant de la peine en cours d'exécution⁴⁶⁴. Le prononcé de la peine s'assimile ainsi à une opération de conversion par laquelle la gravité de l'infraction (sa valeur négative) est estimée, puis traduite en une durée et un régime d'exécution, un cadre formel dans le respect duquel pourront être mises en œuvre les fonctions prospectives de la sanction.

260. Il ressort de ce qui précède que le législateur, d'une part, et les autorités d'exécution des peines, d'autre part, constituent en quelque sorte des pôles opposés dans la fixation de la proportionnalité des peines. L'un a pour mission essentielle d'établir une échelle de rétribution fondée sur la proportionnalité-mesure et de mettre en place les conditions propices à l'application de la proportionnalité-justification sans l'apprécier directement lui-même. Les autres mettent en œuvre cette proportionnalité-justification dans le cadre du jugement qu'elles exécutent, sans se préoccuper de la mesure rétributive de la peine déjà entièrement exprimée. La juridiction de jugement se trouve donc dans une position intermédiaire. Elle doit à la fois mesurer l'infraction à l'échelle abstraite établie par le législateur et prononcer une peine dont les conditions d'exécution permettront d'atteindre l'ensemble des buts de la répression. De ce fait, elle ne peut se décider qu'en combinant les exigences de la proportionnalité-mesure et de la proportionnalité-justification.

462 Code pénal, art. 130-1, créé par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*.

463 Notons toutefois qu'il manque beaucoup en clarté au sens et à la portée de cette fonction « d'amendement ». Comme l'a souligné M^{me} Leblois-Happe en commentant ce texte, la présence de ce terme au sein de l'article 130-1 peut surprendre. Il est « anachronique », car « plus personne aujourd'hui ne soutient que la peine doit rendre les criminels meilleurs » (LEBLOIS-HAPPE J., « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine », *op. cit.*) L'amendement tient au *for* intérieur de l'individu. En faire une fonction légale de la peine semble pour le moins déplacé. Or, si l'on écarte ce sens moraliste, la référence à « l'amendement » est redondante avec la mention de l'insertion et de la réinsertion : il s'agit précisément de faire en sorte que les auteurs d'infractions « soient à l'avenir moins enclins à violer la loi », d'un point de vue cette fois-ci externe (*Ibid.*)

464 L'article 729 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que « la libération conditionnelle peut être accordée lorsque la durée de la peine accomplie par le condamné est au moins égale à la durée de la peine lui restant à subir ».

2. La combinaison des proportionnalités

261. L'article 132-1 du Code pénal dispose que la juridiction de jugement « *détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1.* » Les « *fonctions* » prévues par le texte de renvoi sont à la fois « *1° De sanctionner l'auteur de l'infraction* » et « *2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.* »

262. Il en découle que même si le législateur émet, au travers de l'échelle des peines, une évaluation principale et générale du mal de chaque infraction, la juridiction de jugement est également amenée à se prononcer sur la gravité concrète de l'infraction dont elle constate la commission. Sa mission ne consiste donc pas à partir d'une peine encourue qu'elle présumerait proportionnelle à l'infraction et de la moduler en fonction des seules perspectives d'insertion, de réinsertion, de récidive et/ou de réparation. Inversement, elle ne peut pas non plus se contenter d'apprécier la gravité objective et subjective des faits et de prononcer une peine en pure proportionnalité-mesure, pour laisser ensuite à l'administration pénitentiaire et aux juridictions de l'application des peines le soin d'apprécier ces mêmes perspectives. Sa décision porte nécessairement sur l'ensemble de ces éléments. Cela signifie donc qu'elle doit effectuer cumulativement et sur le même objet une évaluation en proportionnalité-mesure et une en proportionnalité-justification.

263. Le problème est alors d'articuler la mise en œuvre des deux principes à l'échelle d'une décision unique. Deux types d'approches sont envisageables. Suivant une approche dualiste, le choix de la peine résulte de deux étapes distinctes qui prennent en considération successivement, d'une part la gravité de l'infraction, d'autre part les finalités de la sanction, en mêlant le moins possible ces deux questions. Une approche moniste, au contraire, tend à intégrer l'ensemble des sens de la peine au sein d'un contrôle unique adapté aux spécificités de la matière.

264. D'une part, si les deux conceptions de la proportionnalité sont réciproquement hermétiques, la seule voie de combinaison possible est de les faire intervenir successivement. La lettre de l'article 130-1 du Code pénal semble favorable à cette méthode, puisque ce texte mentionne d'abord la sanction, puis la réinsertion et la prévention. Le juge pourrait donc procéder dans un premier temps à une évaluation en proportionnalité-mesure, par exemple en comparant la gravité des faits et le degré de responsabilité de la personne condamnée à un cas théorique qui justifierait la sévérité maximale prévue par le texte de pénalité. Dans un second temps, la peine résultant de cette première évaluation serait modulée en fonction des finalités prospectives de l'article 130-1, 2°, ce qui constituerait l'étape fondée sur la proportionnalité-justification. Une telle méthode présente l'avantage d'être assez intelligible mais elle pourrait mener à d'importantes contradictions puisque la seconde étape reviendrait en partie à faire fi de l'évaluation émise au cours de la première, au nom d'un principe considéré comme diamétralement opposé.

265. Il est également possible, d'autre part, de traiter proportionnalité-mesure et proportionnalité-justification comme les deux faces d'une même pièce en insistant sur leurs fondements communs.

L'opposition entre ces deux conceptions tient en effet à ce que l'une s'intéresse aux fondements de la peine et au passé, tandis que l'autre concerne l'aptitude d'une mesure à atteindre son but, donc l'avenir. Toutefois, si l'on revient à la conception de la proportionnalité-justification comme méthode de résolution de conflits de principes, les fonctions et finalités de la peine, y compris sa fonction punitive, peuvent ainsi être traitées comme des principes juridiques en conflit avec les libertés de la personne condamnée au sein de la décision de condamnation. L'impératif de rétribution proportionnelle, la proportionnalité-mesure, peut elle-même être comprise comme un objectif. Comme l'écrit M. Gardner dans son introduction au *Punishment and Responsibility* de H.L.A. Hart, « toutes les justifications de la peine, toutes les justifications, en fait, de quoi que ce soit, sont prospectives dans le sens où elles expliquent comment ce qui est justifié promet de rendre le monde meilleur ou au moins d'éviter qu'il empire. »⁴⁶⁵ Il n'est donc pas impossible d'envisager que la proportionnalité-mesure constitue soit l'un des paramètres, soit une étape spéciale, du contrôle de proportionnalité-justification des peines. La juste rétribution de la faute commise constitue en ce sens l'un des biens visés par le prononcé de la peine, même si son critérium initial est rétrospectif. Le juge peut ainsi, par exemple, établir quelle serait la peine correspondant à la rétribution la plus juste. Cette peine correspond à la réalisation optimale de la proportionnalité-mesure. Le juge peut ensuite déterminer, dans le cadre du test de proportionnalité-justification, quelle importance revêt la fonction punitive par rapport aux autres fonctions et finalités de la peine. De cette opération peut découler une pesée unique, une peine qui ne s'éloigne de la proportionnalité-mesure que dans les limites de ce que justifient les autres composantes du sens de la peine. Bien qu'élégante, une telle approche présente d'autres difficultés importantes. Comme toute opération logique multi-facteurs, le test de proportionnalité-justification est rendu plus complexe par chaque paramètre qui y intervient. Il peut de plus s'avérer impossible de peser ainsi entre elles, sans les dénaturer, des valeurs fondées sur des théories déontologiques opposées⁴⁶⁶.

266. En résumé, aucune des deux options ne paraît a priori entièrement satisfaisante. Une approche dualiste risque de faire primer systématiquement l'un des principes sur l'autre, privant donc le second d'effectivité. Une approche moniste, au contraire, est susceptible de produire des solutions qui ne satisfassent ni l'un, ni l'autre des principes de proportionnalité. Il n'est pas dit toutefois qu'une méthode unique doive être sélectionnée pour toutes les matières. De plus, des variantes existent pour chaque approche⁴⁶⁷. Ces éléments s'éloignent toutefois de l'objet du présent chapitre. Concluons pour l'instant qu'ils illustrent à la fois la nécessité et la difficulté qu'il y a à délimiter précisément les contours respectifs et les modes d'articulation de la proportionnalité-mesure et de la proportionnalité-justification en matière de peines. Fort heureusement, ces questions ne concernent pas l'intégralité de la matière pénale. En dehors du champ des sanctions ayant les caractères de punitions, en effet, la proportionnalité-mesure n'a jamais vocation à intervenir.

465 « *All justifications for punishment, indeed all justifications for anything, are forward-looking in the sense that they explain how the justified thing promises to make the world a better place, or at least avoid its getting worse.* »
GARDNER J., « Introduction », *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, 2^e éd., Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2008, p. xv.

466 V. *infra*, p. 393 ; *infra*, p. Erreur : source de la référence non trouvée.

467 V. *infra* : 197.

§2. Un champ d'application limité à la matière des peines

267. Les origines historiques et les particularités conceptuelles de la proportionnalité-mesure la réservent à un domaine précis du droit répressif. Le principe concerne la façon dont la mesure de la coercition pénale est établie en fonction de la gravité des faits criminels auxquels elle répond. Or une définition classique présente le régime répressif des libertés publiques comme un régime réactif dans lequel les autorités publiques n'interviennent qu'*a posteriori* des éventuels abus⁴⁶⁸. Il pourrait donc être envisagé que la proportionnalité-mesure, en tant que concrétisation de la dimension rétrospective du droit pénal, s'applique à l'ensemble de la matière. Toutefois, il apparaît que les peines constituent bien un cas particulier en dehors duquel la légalité de la répression ne se mesure pas aux infractions mais aux finalités de la réponse pénale. En raison de sa structure logique, la proportionnalité-mesure n'a vocation à s'appliquer qu'en matière de sanctions (I), dont elle ne permet d'appréhender que la dimension punitive (II).

I. Une mesure exclusivement opérante en matière de sanctions

268. Contrairement à la proportionnalité-justification, la proportionnalité-mesure ne s'applique ni en matière d'incriminations (A), ni en matière de procédure pénale (B).

A. L'absence de proportionnalité-mesure des incriminations

269. En matière d'incriminations, les justifications apportées par le législateur ou l'autorité réglementaire qui a recours au droit pénal sont en partie d'ordre rétrospectif. Lorsqu'il est question d'étendre un champ d'interdiction ou d'en créer un nouveau, l'autorité responsable commence généralement par tâcher de démontrer que les comportements concernés sont suffisamment nuisibles et répandus pour justifier leur incrimination. En théorie, une nouvelle incrimination intervient donc comme réaction soit à l'apparition d'un nouveau type de comportement répréhensible, soit à un abaissement de la tolérance sociale envers un comportement déjà connu. Pour le premier cas de figure, nombreux sont les exemples d'incriminations nées de l'adaptation du droit pénal à l'évolution technologique. L'article 322-1 du Code pénal, issu de la loi du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, prévoit ainsi que « la soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol. »⁴⁶⁹ De même l'émergence de l'informatique a incité le législateur à encadrer pénalement les activités liées aux systèmes de traitement automatisé de données, tant pour en

468 V. par exemple, insistant sur le caractère *a posteriori* de l'intervention du juge pénal : LETTERON R., *Libertés publiques*, 9^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2012, p. 71-75. À titre général : DEFFAINS N., *Le régime répressif des libertés publiques*, Thèse de doctorat, Strasbourg 3, 1993.

469 L'ancien code pénal n'incriminait pas explicitement la soustraction d'énergie, comportement inimaginable à l'époque de sa promulgation. La rédaction du code actuel fut donc l'occasion pour le législateur de consacrer la jurisprudence constante qui assimilait cet acte au vol par interprétation téléologique de l'ancien article 379 (Crim. 3 août 1912, *DP* 1913. 1. 439 ; S. 1913. 1. 377, note ROUX). V. REDON M., « Énergie », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019, p. n° 2.

protéger l'intégrité et les usages légitimes⁴⁷⁰ que pour lutter contre les abus qui peuvent en être faits⁴⁷¹. Le second cas de figure consiste en l'adaptation du droit pénal de fond à l'évolution des normes sociales. Des agissements précédemment jugés banals ou simplement méconnus apparaissent aux yeux du public et sont intolérables pour la conscience collective⁴⁷². Par exemple, l'incrimination des discriminations protège, au fil des réformes, des catégories de personnes toujours plus nombreuses et diversifiées contre des traitements inégalitaires toujours plus variés⁴⁷³. De même l'émergence progressive, au cours des dernières décennies, d'un consensus reconnaissant l'intangibilité du consentement en matière sexuelle s'est répercutée sur la définition des infractions concernées. Le viol entre époux, initialement couvert par une présomption de consentement, est ainsi devenu un cas de viol aggravé⁴⁷⁴. Plus récemment⁴⁷⁵, le législateur a ajouté à l'article 222-23 du Code pénal la précision que constitue un viol « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise* », mettant fin à une jurisprudence qui ne retenait, en cas de pénétration de l'auteur par la victime, que la qualification d'agression sexuelle⁴⁷⁶.

470 Les articles 323-1 et suivants du Code pénal incriminent ainsi les « atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », c'est-à-dire les divers aspects du piratage informatique.

471 La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* encadre la mise en place et le fonctionnement des systèmes de traitement de données à caractère personnel. Elle est dotée d'un volet pénal qui sanctionne l'ensemble des infractions à ses dispositions. V. loi du 6 janvier 1978, précitée, art. 50 à 52, ensemble Code pénal, art. 226-16 et s.

472 La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 *renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes* (JORF n°0179 du 5 août 2018) a ainsi créé la contravention d'outrage sexiste, qui consiste à « *imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* » (Code pénal, art. 621-1, I). Elle crée ainsi un nouvel échelon pénal pour appréhender la zone grise des conduites déplacées qui n'atteignent pas la gravité du harcèlement sexuel.

473 La loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 *relative à la lutte contre le racisme* a incriminé le fait, pour un agent public (ancien code pénal, art. 187-1) ou un particulier (ancien code pénal, art. 416), le fait de refuser de fournir un bien ou un service dû à une personne en raison « *de [son] origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son état de santé, de son handicap ou de son appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». La liste des critères discriminatoires répréhensibles comme celle des modalités de matérialisation de la discrimination se sont toutes deux étendues et figurent désormais aux articles 225-1 et suivants du Code pénal.

474 Le code pénal actuel, comme celui de 1810, était muet au sujet du viol entre époux à la date de sa promulgation. La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* (JORF n°81 du 5 avril 2006, page 5097) a d'abord inséré à l'article 222-22 la précision que « *Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués [...] quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage.* » Le législateur avait alors cru bon d'ajouter que « *dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* ». Cette présomption a ensuite été supprimée par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants* (JORF n°0158 du 10 juillet 2010 page 12762). Le statut d'époux de la victime, loin d'exclure la répression, est désormais au contraire une circonstance aggravante (Code pénal, art. 222-24, 11°).

475 Loi n° 2018-703 du 3 août 2018, préc.

476 Cass. Crim., 21 oct. 1998, n° 98-83.843 : *Bull. crim.* n° 274 ; D. 1999, p. 75, note MAYAUD ; JCP G. 1998, II, 10215, note MAYER ; *ibid.*, 1999, I, 112, n° 4, obs. Véron ; *Dr. pénal* 1999, n° 5, obs. VÉRON. Crim. 22 août 2001, n° 01-84.024 : *Bull. crim.* n° 169 ; D. 2002, Somm. 1803, obs. GOZZI ; *Gaz. Pal.* 2002, 2, Somm. 1099, obs. MONNET.

270. Il peut donc être admis que la justification des incriminations repose en partie⁴⁷⁷ sur des critères rétrospectifs : quant à l'existence des comportements à prohiber d'une part, quant à leur caractère attentatoire à l'ordre public d'autre part. La définition de l'infraction devant couvrir l'ensemble des comportements concernés sans en dépasser la limite, cette règle de correspondance pourrait être assimilée à une forme de proportionnalité cardinale. Pour autant, la comparaison avec la proportionnalité-mesure des peines s'arrête là. D'abord, il paraît impossible de fonder la décision d'incriminer sur une finalité de rétribution qui lui serait propre, indépendamment de la sanction assortie : aucune interdiction, même rétroactive, ne peut annuler un crime passé, que ce soit matériellement ou symboliquement. Si proportionnalité-mesure il y avait, elle devrait donc procéder d'autres inspirations originelles qu'en matière de peines. Ensuite la proportionnalité ordinale est totalement absente. L'incrimination en elle-même consiste simplement en la définition d'un comportement. Elle ne produit d'effet coercitif qu'en raison de la sanction qui l'assortit. Il n'existe donc pas de gradation de sévérité d'une incrimination à une autre. La définition du meurtre comme « *le fait de donner volontairement la mort à autrui* »⁴⁷⁸ n'est pas plus sévère que celle du vol comme « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »⁴⁷⁹ : ce sont les peines respectivement associées à ces deux interdictions⁴⁸⁰ qui expriment la différence de gravité entre les actes ainsi décrits⁴⁸¹.

271. La proportionnalité-justification a en revanche bien vocation à régir ces questions. L'interdiction d'un comportement constitue en elle-même une limitation des libertés fondamentales, quelle que soit à cet égard la sanction qui l'assortit. Le Conseil d'État l'admettait déjà dans l'arrêt *Benjamin*, lorsqu'il s'agissait de contrôler la proportionnalité de la décision d'un maire d'interdire une manifestation publique. Il devrait en aller de même et *a fortiori* lorsqu'il est question de prohiber un comportement à titre général et permanent et sur l'ensemble du territoire de la République et que la sanction prévue sert une finalité dissuasive reconnue. Le Conseil constitutionnel procède régulièrement à un tel contrôle de proportionnalité et en a rappelé le principe à plusieurs reprises. Il a par exemple déclaré contraire à la Constitution une disposition qui incriminait le fait de revendre, sans accord de l'organisateur, des titres d'accès à une manifestation payante, aux motifs qu'elle méconnaissait « *le principe de nécessité des délits et des peines* »⁴⁸². De même et de manière emblématique, saisi de la constitutionnalité d'une loi visant à réprimer la

477 En partie seulement : encore faut-il, idéalement, que soit démontrée l'efficacité de l'incrimination pour enrayer ou limiter le phénomène concerné, au moins sous la forme d'un modèle prédictif cohérent. Cette étape complémentaire est malheureusement souvent omise ou négligée.

478 Code pénal, art. 221-1

479 Code pénal, art. 311-1

480 30 ans de réclusion criminelle pour le premier (art. 221-1), 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende pour le second (art. 311-3)

481 L'article 111-1 du Code pénal indique, avec une certaine ambiguïté, que « *les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions.* » La « *gravité* » est en fait celle exprimée par les peines prévues par le code en ses articles 131-1 et suivants. Sont des crimes les infractions punies, à titre principal pour les personnes physiques, de la réclusion criminelle à perpétuité ou à temps ; sont des délits les infractions punies d'emprisonnement et/ou d'une amende d'un montant égal ou supérieur à 3 750 € ; sont des contraventions les infractions punies d'une amende dont le montant n'excède pas 1 500 €. V. PIN X., *Droit pénal général*, 9^e éd., Paris, France, Dalloz, 2018, p. 42 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017, p. 182 et s.

482 Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, §43 : RSC 2011, p. 227, obs. DE LAMY ; *ibid.*, p. 789, étude GRANGER ; AJCT 2011. 182, étude DREYFUS.

contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, il a indiqué qu'il est loisible au législateur « d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »⁴⁸³. L'incrimination est ainsi soumise à la proportionnalité-justification en ce qu'elle constitue une limitation apportée à l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Elle doit, en tant qu'interdiction, permettre de réaliser un objectif et y être proportionnée.

272. La Cour européenne des droits de l'homme peut également avoir à connaître de la nécessité d'incriminations pénales. La Cour est saisie d'espèces concrètes et sur le fondement des dispositions de la Convention ; elle n'a vocation ni à interpréter ou à appliquer le droit interne des États parties, ni à juger de sa conformité à la Convention, mais seulement à se prononcer sur l'existence ou non d'une violation des droits garantis dans le cas qui lui est soumis. En revanche les incriminations en vigueur peuvent constituer les causes de l'atteinte concrète à un droit ou une liberté, par exemple lorsqu'elles sont à l'origine de la condamnation prononcée contre un requérant. C'est alors leur qualité en tant que raisons suffisantes pour cette condamnation qui pourra faire l'objet du contrôle. Celui-ci est donc indirect mais peut être très approfondi lorsque la proportionnalité de l'interdiction est au cœur du litige. L'arrêt rendu dans l'affaire *S.A.S. c. France* en fournit un exemple remarquable, puisque l'atteinte aux droits concernée repose entièrement sur l'incrimination de la dissimulation du visage dans l'espace public⁴⁸⁴. La Cour, en examinant la proportionnalité de cette atteinte, est ainsi amenée *in fine* à s'interroger sur la qualité des justifications de cette incrimination.

273. Il paraît donc acquis que, d'une part, la proportionnalité-mesure ne peut s'appliquer à l'examen de la décision d'incriminer un comportement et que, d'autre part, que cette décision peut bien faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité-justification. Il en va de même pour ce qui concerne les atteintes aux libertés réalisées dans le cadre de la procédure pénale.

B. L'absence de proportionnalité-mesure des procédures coercitives

274. La procédure pénale se définit de manière essentiellement réactive : c'est l'existence soupçonnée d'une infraction passée ou en cours qui entraîne et justifie l'intervention des autorités pénales⁴⁸⁵. De plus, les formes de la procédure dépendent en partie de l'infraction qui en est à

483 Cons. const. 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, n° 2012-647 DC, §5 : *D. actu.*, 1er mars 2012, obs. LAVRIC ; *D.* 2012, p. 987, note ROUX ; *JCP G.* 2012, n° 425, note LEVADE et MATHIEU ; *ibid.*, n° 307, Libres propos, note TERRÉ ; *Gaz. Pal.* 2012, 1. 808, note AMSON ; *RSC* 2012, p. 179, obs. FRANCILLON ; *ibid.*, 2013, p. 436, obs. DE LAMY ; *AJDA* 2012, p. 411, obs. GRAND ; *ibid.*, p. 1406, note MACAYA et VERPEAUX ; *Dr. pénal* 2012, Chron. 5, obs. MOUYSET.

484 CEDH (Gr. Ch.), 1^{er} juil. 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11 : *D.* 2014, p. 1451 ; *ibid.* p. 1701, chron. CHASSANG ; *JCP G.* 2014, n° 826, obs. SURREL ; *ibid.* n° 974, note LEVADE ; *RSC* 2014, p. 626, obs. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2014, p. 620, obs. HAUSER.

485 La répression elle-même peut être « anticipée », c'est-à-dire intervenir, quoique dans un cadre légal, avant que soit réalisée une atteinte grave à une valeur protégée par la loi. Tel est le cas lorsque l'infraction poursuivie, sans être directement et immédiatement dommageable, correspond en réalité aux actes préparatoires d'une autre infraction.

l'origine : leur applicabilité dépend de la peine encourue et, parfois, de la nature de l'infraction poursuivie. Cet effet n'a toutefois que les apparences de la proportionnalité-mesure (1). La procédure n'est mise en rapport avec l'infraction qu'en raison et à mesure de ses finalités propres, ce qui en fait un cas de proportionnalité-justification (2).

1. Les apparences de la proportionnalité-mesure

275. Les procédures applicables en matière pénale sont toujours fonction de l'infraction considérée, au moins en ce qui concerne la peine qu'elle fait encourir à son auteur. Elles peuvent également, au surplus, dépendre de la nature de l'infraction ou de la personne de son auteur.

276. Les juridictions compétentes et les modes d'exercice de l'action publique envisageables dépendent toujours au premier chef de la classification de l'infraction poursuivie. La mise en mouvement de l'action publique dépend de cette classification tant dans son principe que dans ses modalités. Quant à son principe, les délais de prescription de l'action publique diffèrent ainsi selon que l'infraction poursuivie est un crime, un délit ou une contravention⁴⁸⁶. Quant à ses modalités, l'article 79 du Code de procédure pénale dispose : « *L'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime ; sauf dispositions spéciales, elle est facultative en matière de délit ; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l'article 44.* » La compétence des juridictions de jugement de droit commun est également fonction de la classification tripartite des infractions. Le tribunal de police qui estime que les faits dont il est saisi constituent un crime ou un délit, le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels qui constatent qu'ils sont saisis de faits susceptibles d'encourir une peine criminelle, doivent se déclarer incompétents et renvoyer le ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera⁴⁸⁷. La classification tripartite, elle-même établie « *suivant la gravité des infractions* »⁴⁸⁸, est donc le premier critère d'orientation des procédures pénales.

277. Ce lien entre gravité de l'infraction et rigueur de la procédure apparaît à plusieurs niveaux intermédiaires : certaines alternatives aux poursuites et certains actes coercitifs sont ouverts aux autorités judiciaires en fonction de la peine maximale encourue. Par exemple, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, la procédure de composition pénale peut être proposée par le procureur de la République à une personne physique qui reconnaît avoir commis « *un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes* »⁴⁸⁹. Au cours des investigations, ne peuvent être placées en garde à vue que les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime ou un délit puni d'une peine

V. PARIZOT R., « L'anticipation de la répression », O. CAHN, K. PARROT et X. PIN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal: actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Paris, France, Lextenso éditions, 2013, p. 123-129. Toutefois, dans cette hypothèse, même si la finalité de la procédure prévue par le législateur est préventive, le déclenchement de cette procédure est encore réactif, car il dépend toujours de la constatation ou du soupçon d'un ou plusieurs actes matériels déjà commis. V. néanmoins ALIX J. et O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC*, 2017, p. 845.

486 Code de procédure pénale, art. 7 à 9.

487 Code de procédure pénale, art. 469, 519 et 540, respectivement.

488 Code pénal, art. 111-1.

489 Code de procédure pénale, art. 41-2.

d'emprisonnement⁴⁹⁰. De même la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que si la personne mise en examen encourt soit une peine criminelle, soit une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement⁴⁹¹. Sa durée maximale varie également suivant la peine encourue. En matière correctionnelle, elle « *ne peut excéder quatre mois si la personne mise en examen n'a pas déjà été condamnée pour crime ou délit de droit commun soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et lorsqu'elle encourt une peine inférieure ou égale à cinq ans* ». Dans les autres cas, la durée maximale prévue peut, de manière exceptionnelle, aller jusqu'à deux ans et quatre mois⁴⁹². En matière criminelle, la durée maximale de principe de la détention provisoire est d'un an ; elle peut être prolongée jusqu'à deux ans « *lorsque la peine encourue est inférieure à vingt ans de réclusion ou de détention criminelles* » et jusqu'à trois ans dans les autres cas. Le cumul de dérogations peut mener à une durée maximale exceptionnelle de quatre ans et huit mois⁴⁹³.

278. D'autre part, la procédure peut également se moduler en fonction de la nature de l'infraction ou de la personne de son auteur. La compétence des juridictions de droit commun peut être écartée au profit de juridictions d'exception et certaines procédures exorbitantes (y compris des actes coercitifs exceptionnels par leur nature ou leur durée) peuvent être mises en œuvre à raison de la nature de l'infraction recherchée ou poursuivie. Le législateur a ainsi adopté plusieurs ensembles de procédures dérogatoires au droit commun pour répondre aux besoins spécifiques des poursuites en matière de terrorisme⁴⁹⁴, de trafic de stupéfiants⁴⁹⁵, de criminalité organisée⁴⁹⁶ ou d'infractions économiques et financières⁴⁹⁷. Ce sont alors les caractéristiques particulières du type de criminalité concerné qui importent, plutôt que la gravité de l'infraction telle qu'elle est exprimée par la peine correspondante. Il en va de même lorsque, tout en maintenant les compétences et les règles procédurales de droit commun, le législateur ouvre aux autorités publiques une voie procédurale alternative ou complémentaire pour le traitement de certaines infractions particulières. Par exemple, la procédure de l'amende forfaitaire a été initialement créée pour faciliter le traitement des contraventions routières⁴⁹⁸. Elle a progressivement étendue à d'autres contraventions dont la liste est désormais fixée par un décret en Conseil d'État⁴⁹⁹ puis, plus récemment, aux délits de conduite sans permis et de conduite sans assurance⁵⁰⁰ et à celui d'usage de stupéfiants⁵⁰¹. Le champ d'application de cette procédure déborde désormais les limites de la classification tripartite des infractions, laquelle importe moins que les similarités présentées par ces contraventions et délits du point de vue de leurs caractères criminologiques et de l'opportunité de leur traitement administratif.

490 Code de procédure pénale, art. 62-2.

491 Code de procédure pénale, art. 143-1

492 Code de procédure pénale, art. 145-1.

493 Code de procédure pénale, art. 145-2.

494 Code de procédure pénale, art. 706-16 et s.

495 Code de procédure pénale, art. 706-26 et s.

496 Code de procédure pénale, art. 706-73 et s.

497 Code de procédure pénale, art. 704 et s.

498 V. CÉRÉ J.-P., « Amende forfaitaire », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019, p. 1-4.

499 Code de procédure pénale, art. 529, al. 1.

500 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. V. Code de procédure pénale, art. 495-17 et s., Code de la route, art. L. 221-2 et L. 324-2.

501 Code de la santé publique, art. L. 3421-1, modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc.

279. Ces adaptations de la procédure pénale à la gravité et à la nature des infractions semblent comparables à celles de l'échelle des peines. Elles dépassent le critère de la classification tripartite et illustrent une certaine logique répressive d'échelonnement suivant laquelle des infractions plus graves ou s'inscrivant dans des phénomènes criminels plus profonds et nuisibles appellent à l'emploi de procédures plus rigoureuses, tandis que des infractions bénignes et répandues permettent la mise en œuvre de procédures plus consensuelles. Toutefois, contrairement à la proportionnalité-mesure des peines, l'échelonnement des procédures pénales ne répond pas à une logique rétrospective et de correction. Elle est en réalité toujours tournée vers des objectifs futurs.

2. L'application réelle de la proportionnalité-justification

280. En dépit du caractère réactif des procédures pénales, il importe de noter qu'elles s'inscrivent toujours dans une rationalité tournée vers l'avenir. La peine constitue l'aboutissement d'un processus de réaction à la commission d'une infraction et, dans une perspective de rétribution, elle peut constituer une fin en soi. Au contraire, la procédure pénale n'est, étymologiquement, qu'un cheminement vers la peine. Elle est toujours conçue comme une étape en vue de la réalisation de certains objectifs tels que la protection de l'ordre public et des droits des personnes, la manifestation de la vérité ou, le cas échéant, la condamnation de l'auteur de l'infraction. Ses variations et ses adaptations, les différentes limitations des libertés qui sont permises dans son cadre, peuvent donc être comprises comme visant ces buts et, par conséquent, être soumises à un contrôle de proportionnalité-justification sous cette perspective. Il suffit pour s'en convaincre d'observer un exemple extrême. La détention provisoire consiste à priver une personne de sa liberté sans qu'une décision définitive ait été rendue au fond. En tant que telle, elle constitue l'une des atteintes aux libertés les plus graves qui puissent être réalisées dans le cadre d'une procédure pénale avant jugement. La durée principale de cette mesure dépend, entre autres, de la peine encourue au titre de l'infraction qui fait l'objet des poursuites. Pourtant il n'est pas possible de présenter son régime comme une application de la proportionnalité-mesure.

281. La détention provisoire a en effet pour fonction de préserver la procédure pénale en cours ainsi que ses acteurs. Elle a donc pour fin immédiate la bonne tenue du procès et pour fin distante l'adoption d'une décision définitive sur le fond par une juridiction de jugement. Cette décision pouvant consister en le prononcé d'une peine, les intérêts en jeu dans la procédure sont d'autant plus élevés que l'infraction est grave et la sanction encourue sévère. Ces intérêts sont donc susceptibles de justifier, d'un point de vue proportionnaliste, des concessions plus importantes. Cela signifie également que la seule gravité des faits, la seule sévérité de la peine encourue, ne peuvent suffire à justifier le prononcé ou la prolongation de telles mesures. En réalité, ces considérations n'ont vocation à intervenir qu'à titre exceptionnel et subsidiaire, si la nécessité concrète de la détention est déjà démontrée. La Cour européenne des droits de l'homme l'a indiqué dans son arrêt *Kudła c. Pologne* du 26 octobre 2000 : « *Le caractère raisonnable de la durée d'une détention ne se prête pas à une évaluation abstraite. La légitimité du maintien en détention d'un accusé doit s'apprécier dans chaque cas d'après les particularités de la cause. La poursuite de l'incarcération ne se justifie dans une espèce donnée que si des indices concrets révèlent une véritable exigence*

d'intérêt public prévalant, nonobstant la présomption d'innocence, sur la règle du respect de la liberté individuelle fixée à l'article 5 de la Convention. Il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales [...], en tenant dûment compte du principe de la présomption d'innocence, [d']examiner toutes les circonstances de nature à manifester ou écarter l'existence de ladite exigence d'intérêt public justifiant une dérogation à la règle fixée à l'article 5 et en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement. »⁵⁰² L'article 144 du Code de procédure pénale retranscrit ce principe en disposant que « *la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs* » prévus par ce texte « *et que ceux-ci ne sauraient être atteints* » par des moyens moins rigoureux.

282. Pour récapituler, l'indexation apparente des procédures coercitives sur la gravité ou la nature des infractions procède d'une rationalité différente de celle qui préside à l'organisation de l'échelle des peines. Les peines sont régies par la proportionnalité-mesure : le maximum légal prévu en fonction de la gravité de l'infraction est, au moins théoriquement, le premier critère du choix du montant final. Il sert une fonction expressive et axiologique essentielle qui en fait le point de départ du questionnement sur la sévérité à adopter lors de la condamnation. Au contraire, les mesures coercitives de procédure sont régies par la proportionnalité-justification : le critère essentiel dans leur examen est leur aptitude à permettre l'aboutissement concret de la procédure. La gravité de l'infraction n'est pas exprimée dans leur maximum légal, elle ne le détermine que par ricochet, comme limite de l'acceptable. Elle ne peut entrer en ligne de compte que subsidiairement, lors de la dernière étape du contrôle de la proportionnalité de ces mesures – celle de la pesée des intérêts – et à la condition que leur nécessité soit déjà démontrée. C'est en ce sens qu'il convient d'interpréter les alinéas 4 et 6 de l'article préliminaire, III, du Code de procédure pénale. D'après l'alinéa 4, « *les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet [...] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.* » L'alinéa 6 ajoute qu'au cours de la procédure pénale, « *les mesures portant atteinte à la vie privée d'une personne ne peuvent être prises [...] que si elles sont, au regard des circonstances de l'espèce, nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction* ». Cette proportionnalité à « *la gravité de l'infraction* » ne s'entend pas dans le même sens qu'en matière de peines. Elle reflète plutôt l'idée selon laquelle la procédure peut être davantage coercitive lorsque ses enjeux sont plus importants.

283. **La proportionnalité-mesure ne peut donc s'appliquer, dans le champ pénal, qu'à des sanctions.** Ni la définition des comportements incriminés, ni l'adoption de mesures coercitives en procédure pénale ne résultent d'une opération de conversion analogique des infractions en répression. Ni les incriminations, ni la procédure pénale n'ont pour objet immédiat l'annulation concrète ou symbolique du mal commis. Leurs fonctions propres sont, respectivement, de définir le

502 CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudła c. Pologne*, req. n° 30210/96, §110 : JCP 2001, I, n° 291, obs. SUDRE ; RTD civ. 2001, p. 442, obs. MARGUÉNAUD ; RFDA 2003, p. 85, note ANDRIANTSIMBAZOVINA ; RFDA 2001, p. 1250, obs. LABAYLE et SUDRE ; RTDH 2002, p. 169, obs. FLAUSS.

champ de la répression et d'en favoriser la réalisation, fonctions en vue desquelles elles peuvent et doivent en revanche faire l'objet de contrôles de proportionnalité-justification. Toutefois cette affirmation ne suffit pas encore à délimiter le champ de la proportionnalité-mesure. Toutes les sanctions pénales n'y sont pas soumises, car elle ne concerne que celles qui ont valeur de punition.

II. Une mesure de punition

284. Parler de proportionnalité des peines, c'est établir un lien unissant la sanction au délit. Qu'il s'agisse de contrer le mal commis ou de faire acte de dissuasion, les auteurs proportionnalistes vont rechercher dans l'infraction les paramètres pertinents pour déterminer la mesure de la sanction.

285. Or la sanction peut également revêtir une fonction préventive au travers de moyens plus ou moins coercitifs : rétention, surveillance, mais aussi traitement et soutien psychologique et social en vue de l'insertion ou de la réinsertion de la personne suivie. Cette fonction prophylactique et supposément amoral de la sanction pénale coexiste dès lors avec la fonction punitive. Cette coexistence entraîne des répercussions différentes sur la proportionnalité selon que la fonction prophylactique se combine à la punition au sein d'un régime de sanction unifié⁵⁰³ ou qu'elle fait l'objet d'une sanction distincte de la peine. La première hypothèse correspond à l'état du droit des peines actuel tel qu'il a été exposé précédemment. La seconde possibilité, celle d'une sanction préventive distincte de la peine, est employée en droit français pour les cas situés à la marge de la théorie de la responsabilité pénale : les délinquants mineurs (A) ou ceux qui, aux moments des faits, souffraient d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant affecté leur discernement (B). La place de la proportionnalité dans le choix de la sanction dépend du degré de responsabilité pénale reconnue à la personne qui y est soumise.

A. Les sanctions non-proportionnelles en droit des mineurs délinquants

286. Pour ce qui concerne les mineurs, l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit un système de répression atténuée. L'application de toute peine est exclue à l'égard des mineurs âgés de moins de treize ans et, au-delà de cet âge, la peine maximale est en principe réduite. Les articles 15, 15-1 et 16 prévoient en revanche une gradation de sanctions particulières en fonction de l'âge du mineur à l'égard duquel la prévention est établie. En premier lieu, le tribunal pour enfants peut prononcer une « *mesure éducative* », choisie au sein d'une liste qui diffère selon que le mineur est âgé de plus ou moins de treize ans (articles 15 et 16, respectivement). Conformément au principe de primauté de l'éducation sur la répression⁵⁰⁴, ces mesures visent à assurer le redressement du mineur par la mise en place ou la garantie d'un cadre éducatif adéquat. Leur finalité n'est ni de faire subir au mineur la

503 V. BOULOC B., *Droit pénal général*, op. cit., p. 452 et s., qui oppose en ce sens une « thèse dualiste » et une « thèse unitaire ».

504 Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République à « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge » et à « la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées ». (Cons. const., déc. n° 2001-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* : *Gaz. Pal.* 4-5 sept. 2002, p. 3, note J.-E. SCHOETTL.)

rétribution de sa faute, ni de le dissuader d'en commettre de nouvelles par la crainte d'autres sanctions.

287. Le choix de la mesure éducative à prononcer ne dépend pas en principe de l'infraction commise. Cette dernière n'est pas mentionnée par les articles 15 et 16 de l'ordonnance, qui sont applicables à toutes les espèces dont le tribunal pour enfants est appelé à connaître. Cela signifie que chacune des mesures éducatives prévues par l'article 15 est applicable non seulement pour l'ensemble des délits et contraventions de la cinquième classe commis par des mineurs, mais également pour l'ensemble des crimes commis par des mineurs, ou par des mineurs de moins de 16 ans. De plus le dernier alinéa de l'article 20 prévoit que les mesures de l'article 16 peuvent également être prononcées par la cour d'assises des mineurs. Elles sont donc applicables à l'ensemble des délits et contraventions de la cinquième classe commis par des mineurs âgés de 13 à 15 ans et à l'ensemble des crimes commis par des mineurs âgés de 13 ans révolus. Toutefois, contrairement à ce qui serait le cas pour des peines, le législateur n'a pas établi d'échelle ordinale de sévérité entre ces mesures, ni en fonction de leur nature (indiquant que telle mesure devrait être réservée aux infractions d'une certaine gravité) ni en fonction de leur *quantum* (en établissant par exemple une durée maximale pour chacune d'entre elle qui varierait selon l'infraction commise). Ce sont d'autres critères qui dictent le choix de la sanction. Conformément à l'article 5-1 de l'ordonnance qui s'applique à l'ensemble des sanctions pénales prononcées contre des mineurs, les mesures éducatives ne peuvent être prononcées qu'après qu'ont été réalisées « *les investigations nécessaires pour avoir une connaissance suffisante de [la] personnalité [du mineur] et de sa situation sociale et familiale et assurer la cohérence des décisions pénales dont il fait l'objet* ». Elles sont donc choisies en fonction des nécessités de l'éducation du mineur et de sa situation personnelle (cadre familial et social, insertion scolaire, etc.), c'est-à-dire en fonction des finalités préventives de la sanction et de son aptitude à les atteindre. En ce sens les mesures éducatives, sanctions non-punitives, ne sont pas soumises à la proportionnalité-mesure. Celle-ci ne s'applique qu'aux véritables peines qui peuvent être prononcées en parallèle par la juridiction de jugement contre les mineurs âgés de treize ans ou plus, proportionnellement à l'infraction commise et au regard de l'âge du mineur condamné. La proportionnalité-mesure suit ainsi la fonction punitive.

288. Toutefois et en second lieu, le tribunal pour enfant peut également prononcer des sanctions éducatives, une possibilité prévue à l'article 15-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 depuis l'entrée en vigueur de la loi *Perben I* du 9 septembre 2002⁵⁰⁵. La division entre les finalités éducative et répressive est ici moins claire. L'article 15-1 de l'ordonnance établit une liste de sanctions applicables aux mineurs âgés d'au moins dix ans, dont certaines sont teintées de pénalité. Les sanctions de confiscation, de mesure d'aide ou de réparation, d'exécution de travaux scolaires ou d'avertissement solennel, par exemple, peuvent être chargées d'un sens punitif. Inversement, l'interdiction d'aller et venir sur la voie publique entre vingt-trois heures et six heures sans être accompagné d'un titulaire de l'autorité parentale ou le placement dans un établissement scolaire doté d'un internat peuvent se comprendre comme visant des buts d'éducation et de protection du mineur. Le flou est entretenu tant par la Direction des affaires criminelles et des grâces que par le

⁵⁰⁵ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice* : *JORF* du 10 sept. 2002, p. 14934, texte n° 1.

Conseil constitutionnel. La première a indiqué dans une circulaire que ces sanctions forment une catégorie « *intermédiaire entre celle des mesures éducatives [...] et celle des peines* »⁵⁰⁶. Le second a estimé que ces sanctions visaient « *une finalité éducative* » mais avaient vocation à être soumises au « *principe de proportionnalité des peines* »⁵⁰⁷. Comme pour les mesures éducatives cependant, le législateur n'a pas prévu d'échelle particulière entre les différentes sanctions éducatives et ne les a donc pas soumises à une règle de proportionnalité ordinale. Cela pourrait inciter à penser que la finalité punitive, si elle est peut-être présente, reste essentiellement minoritaire dans la logique de ces sanctions. Néanmoins, la plupart d'entre elles consistent en des obligations ou interdictions et sont donc susceptibles d'être méconnues ou violées par le mineur. Elles supposent donc, en prévision de telles violations, que soit prévue une sanction subsidiaire fondée sur la responsabilité et potentiellement plus punitive que les interdictions et obligations principales. Le dernier alinéa de l'article 15-1 perturbe grandement l'économie d'ensemble du texte en prévoyant à ce titre « *qu'en cas de non-respect par le mineur des sanctions éducatives prévues au présent article, le tribunal pour enfants pourra prononcer à son égard une mesure de placement dans l'un des établissements visés à l'article 15* », c'est-à-dire une mesure éducative. Le texte prévoit donc désormais que, parmi ses sanctions non-punitives, l'une peut être prononcée à titre de punition à raison de la méconnaissance d'une sanction semi-punitive. Il paraît difficile de ne pas y voir une sorte de hiérarchie *de facto*, voire le commencement d'une proportionnalité-mesure incidente.

289. Ce type d'ambiguïtés semble également caractéristique pour ce qui concerne le traitement des auteurs d'infractions atteints de troubles psychiques ou neuropsychiques au moment des faits.

B. Les mesures de sûreté non-proportionnelles en cas de trouble mental

290. La responsabilité pénale étant fondée sur le discernement, la personne qui a été partiellement ou entièrement déterminée dans la commission d'une infraction par un trouble mental dont elle souffrait au moment des faits fait l'objet d'un régime particulier. L'article 122-1 du Code pénal distingue deux situations, selon la gravité du trouble au moment de l'infraction. L'alinéa 1 indique que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.* » En l'absence de responsabilité, aucune peine n'est encourue. Dans le cas d'un trouble moins grave, l'alinéa 2 dispose que « *la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable* », mais que la peine maximale encourue est réduite et que « *la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ». En d'autres termes, la responsabilité résiduelle justifie le cas échéant le prononcé d'une peine, mais l'imputabilité de la faute à laquelle cette peine doit être proportionnée est réduite par les effets du trouble psychique. La sanction est donc liée au degré de discernement dont disposait l'agent au moment des faits. Cette

506 Circ. DACG n° NOR JUS D0230177C du 7 nov. 2002, citée par PÉDRON P., « Art. 122-8 - Fasc. 10-30: Mineur délinquant.-Juridictions de jugement spécialisées pour mineurs.-Mesures et sanctions éducatives », *Jurisclasseur Pénal Code*, LexisNexis, 2015, p. 216.

507 Cons. const., décision du 29 août 2002 précitée.

association classique a été complexifiée par la création de sanctions nouvelles par la loi du 25 février 2008⁵⁰⁸.

291. En premier lieu, la loi du 25 février 2008 a créé des mesures coercitives susceptibles de s'appliquer après l'exécution de la peine aux personnes souffrant de troubles de la personnalité. La rétention de sûreté, d'abord, est définie par l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale comme « *le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure.* » Elle peut être appliquée aux personnes « *dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité [...] à la condition qu'elles aient été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans* » pour l'un des crimes prévus par le même texte. La durée de la mesure est limitée à un an mais elle est renouvelable perpétuellement tant que ses conditions de fond sont toujours remplies. La surveillance de sûreté, ensuite, comprend d'après l'article 706-53-19 « *des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire [...], en particulier une injonction de soins [...] et [...] le placement sous surveillance électronique mobile* ». Elle peut être prononcée soit en substitution au renouvellement d'une rétention de sûreté si les conditions de celle-ci ne sont plus remplies (même texte), soit à l'échéance d'une surveillance judiciaire, ce qui revient à prolonger les effets de cette dernière au-delà de sa durée maximale (art. 723-37 du même code).

292. Le placement en rétention de sûreté ou sous surveillance de sûreté, comme la prolongation de ces mesures, sont prononcés par une juridiction régionale de la rétention de sûreté, au terme de procédures comprenant notamment une expertise médicale sur la dangerosité (articles 706-53-14 et 723-37, respectivement). Ces mesures procèdent d'une inspiration néo-positiviste manifeste : fondées sur la notion de dangerosité, elles s'appliquent à l'issue d'une peine dont elles se distinguent par leur vocation purement préventive. En tant que telles, elles ne sont pas soumises à la proportionnalité-mesure, ce qui ne veut pas dire qu'elles ne sont pas soumises au principe de proportionnalité. Dans une décision du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel a en effet estimé « *que la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté ne sont pas des mesures répressives* » et qu'elles ne méconnaissent donc pas le principe de la présomption d'innocence⁵⁰⁹. Il les a en revanche soumises à un contrôle de proportionnalité que, pour la première fois dans sa jurisprudence, il structurait de manière tripartite en suivant l'inspiration allemande. Il importe toutefois de relever que le contrôle en question ne partageait ni le fondement, ni les critères du contrôle de proportionnalité des peines habituellement exercé par le Conseil. En effet, lorsque le

508 Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* : JORF n°0048 du 26 févr. 2008, p. 3266, texte n° 1.

509 Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, §12 : Constitutions 2010, n° 2, p. 235-237, obs. DISANT ; RSC 2009, n° 1, p. 166-172, note DE LAMY ; *Revue administrative* 2009, n° 367, p. 36-43, note MALHIÈRE ; *RFDC* 2008, n° 76, p. 846-881 ; *RDP* 2008, n° 5, p. 1381-1405, comm. GHICA-LEMARCHAND ; *LPA*, 17 juin 2008, n° 121, p. 7-12, obs. BOUSTA ; *Dr. pénal* 2008, n° 4, p. 7-12, note CONTE ; *LPA*, 20 mars 2008, n° 58, p. 3-9, obs. CHALTIEL ; *JCP G* 2008, n° 16, p. 38-41, obs. FELDMAN ; *AJDA* 2008, n° 13, p. 714-716, obs. JAN ; *JCP G* 2008, n° 11, p. 4-6, obs. MATHIEU ; *D.* 2008, n° 20, p. 1359-1366, note MAYAUD.

Conseil contrôle la proportionnalité d'une peine, il se fonde sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui dispose que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Le contrôle qu'il exerce consiste alors essentiellement en un contrôle négatif de la proportionnalité ordinale, le Conseil s'assurant que la peine en question n'est ni plus sévère que celles sanctionnant des faits manifestement plus graves, ni plus douce que celles qui punissent des infractions visiblement moins graves⁵¹⁰. En revanche, concernant la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté, le Conseil a préféré fonder son contrôle sur l'article 9 de la Déclaration, qui dispose que « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ». De même, il n'a pas procédé à un contrôle de proportionnalité ordinale et a plutôt vérifié que chacune des deux mesures contrôlées était entourée de garanties formelles et substantielles satisfaisantes au vu de leur caractère coercitif et de leurs finalités⁵¹¹. En réalisant ainsi une forme minimale de contrôle de proportionnalité-justification, le Conseil a implicitement confirmé que les sanctions pénales peuvent faire l'objet de contrôles de proportionnalité différents en fonction de leur caractère punitif ou non.

293. La rétention de sûreté et la surveillance de sûreté ont vocation à s'appliquer à des personnes qui demeurent pénalement responsables en dépit de troubles mentaux. La loi du 25 février 2008 a également créé, en second lieu, des sanctions pénales applicables aux personnes irresponsables pénalement. Les articles 706-119 et suivants du Code de procédure pénale, créés par cette loi, établissent une procédure spéciale « *d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* ». Cette procédure intervient lorsqu'une juridiction d'instruction ou de jugement estime que la personne poursuivie a commis les faits qui lui sont reprochés mais qu'elle n'en est pas responsable en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique entrant dans les prévisions de l'article 122-1 du Code pénal. De tels cas, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2008, auraient mené à des décisions de non-lieu à poursuivre, de relaxe ou d'acquiescement. Désormais, ils débouchent sur une décision spéciale par laquelle le juge peut être amené à prononcer des mesures de sûreté.

294. L'article 706-135 dispose d'abord que « *lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète [...] s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ». Cette disposition copie à la fois les conditions de fond et le régime de ce qui était jusque-là un pouvoir de police réservé à l'autorité préfectorale⁵¹². Elle constitue donc tant un débordement de la logique de police dans le champ judiciaire qu'une médicalisation de la sanction pénale. Le législateur lui-même la désigne comme appartenant à la catégorie des « *mesures*

510 V. notamment Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, préc. ; *supra*, p. 113.

511 V. sur la teneur de ce contrôle BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011, vol. 4, n° 88, p. 913.

512 V. Code de la santé publique, art. 3213-1 et s.

de sûreté »⁵¹³, ce qui confirme qu'il s'agit autant de sanctionner que de soigner. Sans surprise, ni le champ d'application ni le régime de cette hospitalisation judiciaire ne dépendent des faits matériels commis par la personne : la proportionnalité-mesure, une fois de plus, ne s'applique pas aux sanctions préventives.

295. Les articles 706-136 et suivants prévoient ensuite des mesures de sûreté restrictives de liberté. Leur sens exact est encore plus flou. L'article 706-136 dispose que la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement qui prononce une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental peut ordonner les mesures énumérées par le texte. La liste est aussi brève que riche en paradoxes. D'une part, chacune de ces « *mesures de sûreté* » est identique à une des peines alternatives à l'emprisonnement susceptibles d'être prononcées contre des personnes pénalement responsables⁵¹⁴. D'autre part, bien que ces mesures soient par hypothèse prononcées contre des personnes disposant au mieux d'un contrôle limité de leurs actes, elles consistent toutes en des interdictions. L'article 706-139 prévoit donc que la méconnaissance de ces interdictions « *est punie [...] de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* », ce qui revient à punir la personne concernée en cas d'incident d'exécution d'une sanction non-punitive. Ce positionnement hybride entre peine et mesure de sûreté explique peut-être que le législateur ait prévu une forme approximative de proportionnalité-mesure pour ces sanctions. L'article 706-136 prévoit en effet que les interdictions sont prononcées pour une durée « *[que la juridiction] fixe et qui ne peut excéder dix ans en matière correctionnelle et vingt ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement* ». La délimitation reste toutefois exceptionnelle et particulièrement large.

296. Les quelques exemples tirés du droit pénal des mineurs et du domaine des troubles mentaux illustrent ainsi que **lorsqu'une sanction est identifiée comme non-punitives, elle n'est pas soumise au principe de proportionnalité-mesure au sens classique**. La proportionnalité de la sanction à l'infraction n'intervient à nouveau, marginalement, que lorsque la sanction revêt en partie une coloration punitive. Pour le reste, les sanctions visant des fins tournées vers l'avenir, elles retombent dans le champ de la proportionnalité-justification.

513 L'article 706-135 est en effet le premier d'un chapitre consacré aux « *Mesures de sûreté pouvant être ordonnées en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou en cas de reconnaissance d'altération du discernement* »

514 V. Code pénal, art. 131-6

297. **Conclusion du second chapitre.** Les éléments qui précèdent confirment et renforcent bien l'idée que la proportionnalité-mesure est un principe spécifique. Cette spécificité repose d'abord sur son sens et son histoire : construite comme une méthode de régulation et de correction des échanges, elle s'est transformée en composante fondamentale de la rétribution pénale. La proportionnalité-mesure quantifie la fonction punitive de la sanction, elle indique le niveau de la réprobation sociale qui y est exprimée. En tant que telle, elle découle d'une mise en graduation de l'ensemble des valeurs sociales concernées par le droit pénal. Parce que la comparaison de ces valeurs ne peut être le produit que d'un travail analogique créatif, l'élaboration de l'échelle des peines est un acte d'affirmation d'un pouvoir moral qui cible les mentalités autant que les comportements. Cet ancrage moral et culturel est tel que même les utilitaristes classiques, bien qu'ils rejettent la valeur rétributive de la sanction, reviennent à la proportionnalité-mesure pour assurer la cohérence de leurs systèmes. Elle n'est écartée que par les théories les plus mécanistes du comportement humain qui la rejettent avec la notion de libre-arbitre sur laquelle elle repose. Les dérives scientistes du positivisme criminologique, l'ampleur des sacrifices éthiques qu'il implique ne peuvent qu'alerter. La proportionnalité-mesure n'est pas seulement un principe consubstantiel à l'idée de droit pénal : elle est une garantie indispensable de son humanité.

298. Spécifique, la proportionnalité-mesure l'est également du point de vue de son application. Au sein même de son domaine, celui des sanctions punitives, sa mise en œuvre surprend par son ambiguïté. D'une part la proportionnalité-mesure demeure la référence première de tout discours juridique sur l'édiction et le prononcé des peines, mais elle n'est pas toujours expressément reconnue en tant que telle. Au niveau européen en particulier, le seul texte qui la consacre à titre général ne reçoit quasiment aucune application à l'égard des États-membres. La mise en œuvre du principe par la Cour de justice de l'union européenne est clairsemée, tandis que la Cour européenne des droits de l'homme en fait une exception rarissime. D'autre part les peines du droit contemporain relèvent d'une combinaison de sens divergents dont la rétribution n'est qu'une composante parmi d'autres. Parce que la proportionnalité-mesure ne permet d'appréhender que la finalité punitive de la peine, elle doit nécessairement être combinée avec la proportionnalité-justification, d'application générale. L'étude du champ de la proportionnalité-mesure permet d'établir dans le même temps qu'elle relève bien d'un domaine spécial et limité puisque, en dépit de l'aspect rétrospectif de l'ensemble de la matière pénale, le principe ne s'applique ni aux incriminations, ni aux procédures pénales dans ce qu'elles ont d'attentatoire aux libertés, ni même aux sanctions pénales n'ayant pas les caractères de punitions. Il apparaît ainsi que ce principe, aussi fondamental soit-il, n'est réellement indispensable qu'à l'intérieur des limites d'un champ étroit. *A contrario*, c'est bien la proportionnalité-justification qui, aujourd'hui, occupe l'espace substantiel le plus important dans la détermination de la proportionnalité de la répression.

299. **Conclusion du premier titre.** S'il ne fait pas de doute que le principe de proportionnalité revêt, en droit pénal, une valeur fondamentale, cette affirmation même revêt une pluralité de sens. Fondamentale, la proportionnalité-mesure l'est en ce sens qu'elle participe de la définition de la peine comme rétribution d'un tort passé. Il n'y a, en effet, de justice correctrice que si ladite correction ne crée pas un excès inverse à celui qu'elle vise à rectifier. L'idée selon laquelle la sanction doit être mesurée au délit est si profondément ancrée dans la notion de peine qu'elle survit même au mouvement utilitariste. Ce n'est que lorsque la rétribution est entièrement abandonnée, sous la forme extrême du positivisme criminologique, que la proportionnalité-mesure est reniée, et la notion de peine disparaît alors avec elle. Le droit pénal positif illustre parfaitement l'interdépendance de ces notions. La responsabilité pénale étant liée à l'acte passé et à une responsabilité fondée sur le libre-arbitre, la structure de l'échelle des peines qui y répondent est bien organisée en proportionnalité-mesure. Cette armature est toutefois accompagnée de très nombreux assouplissements qui visent à la prise en compte de la personnalité du condamné et des finalités de la sanction tournées vers l'avenir. Parce que la peine contemporaine est mixte de sens prospectifs et rétrospectifs, la proportionnalité-mesure n'intervient que pour une partie de sa détermination. Le principe est entièrement écarté lorsque la fonction punitive est absente, auquel cas la sanction est soumise, pour son intégralité, à la proportionnalité-justification.

300. Celle-ci relève d'une autre forme de fundamentalité. Par conception et par adoption, elle tend à revêtir la valeur hiérarchique la plus élevée possible et à s'appliquer à un champ potentiellement universel. Instrument de dialogue et de critique associé à un idéal de rationalité, elle a connu un succès considérable dans les textes constitutionnels ou internationaux et les jurisprudences de juridictions suprêmes. Instrument de protection des droits, elle repose sur une théorie qui fait des conflits de normes des problèmes d'optimisation, dont l'enjeu est de donner à chaque principe en présence la plus grande satisfaction possible. Cette approche maximaliste favorise une conception extensive du champ des libertés protégées, qui ne se limite pas à un domaine prédéfini et immuable. En tant qu'intérêts subjectifs et concrets, elles sont au contraire vouées à intervenir dans la résolution de toutes les problématiques juridiques qui peuvent les affecter. Autrement dit, si la fundamentalité de la proportionnalité-mesure tient aux spécificités par lesquelles se définit son objet, celle de la proportionnalité-justification tient au contraire à son rejet des définitions préconçues et à sa portée générale.

301. Fondamental, le principe de proportionnalité l'est encore sous un troisième aspect. Est fondamental ce qui est élémentaire, ce qui n'est soi-même fondé que sur un postulat initial (et, ici, extra-juridique). La proportionnalité est fondamentale en ce qu'elle n'est déduite d'aucun autre principe de droit pénal et qu'elle est porteuse d'un sens propre. Elle n'est pas, notamment, un corollaire du principe de légalité, mais bien une norme distincte qui ne se recoupe pas avec lui. Beccaria lui-même, s'il associe l'une et l'autre à la notion de nécessité, ne les confond jamais et fait reposer sa théorie des peines sur leur combinaison. De même la proportionnalité-justification a pour effet de rendre contestable l'acte attentatoire aux libertés adopté par une autorité publique, quand bien même l'ensemble des conditions formelles et matérielles de sa légalité au sens classique seraient réunies.

302. À cette singularité des conclusions s'associe une singularité du raisonnement. La mise en œuvre de la proportionnalité-mesure suppose que soit exercé un travail d'analogie morale qui repose sur des considérations étrangères à tout autre domaine de la logique juridique. La proportionnalité-justification se conçoit quant à elle comme une alternative à la syllogistique classique, dont elle tend à rejeter les abstractions. L'une comme l'autre supposent donc un mode de raisonnement original, une méthodologie spécifique, dont l'adoption représente à elle seule un enjeu essentiel pour l'ensemble des problématiques concernées. Il convient donc à présent d'aborder cet **enjeu méthodologique** du contrôle de proportionnalité de la répression.

Titre II. Un enjeu méthodologique

303. Au cours du titre précédent, la proportionnalité a principalement été abordée sous une perspective substantielle. Elle correspond alors à un ensemble de critères qui conditionnent la légalité d'actes attentatoires aux libertés adoptés par les autorités publiques. Elle interroge les justifications de l'acte répressif et en fait découler une limite de nature et d'intensité.

304. Cette exigence substantielle trouve son pendant formel lorsque l'autorité compétente examine la proportionnalité de la mesure qu'elle envisage d'adopter. Le contrôle de proportionnalité est la forme juridictionnelle de cet examen. Or le principe de fond vise à assurer une certaine rationalité interne de l'acte répressif. Ses critères décrivent un mode de prise de décision, qui écarte successivement les options jugées inutiles, excessives ou déséquilibrées. Le contrôle qui emploie les mêmes critères porte nécessairement sur le même objet. Il impose donc l'adoption d'un raisonnement déterminé ou, *a minima*, une compatibilité de la solution retenue avec les conclusions de ce raisonnement.

305. L'application de la proportionnalité mène donc à une modification du raisonnement juridique. Elle intervient dans un champ qui se conçoit traditionnellement comme relevant de l'opportunité et contraint des décisions qui, précédemment, auraient été considérées comme discrétionnaires. Sa fonction n'est, en outre, pas purement descriptive. Il ne s'agit pas simplement de conserver l'ensemble des solutions antérieures en les habillant d'une nouvelle rhétorique, même si des conclusions communes peuvent apparaître au cas-par-cas. Au contraire, le postulat peut être fait que le contrôle de proportionnalité mène bien, au moins dans certaines matières, à faire émerger de nouvelles solutions. La méthodologie appliquée peut donc s'avérer essentielle pour assurer que le résultat soit conforme à l'esprit du principe initial.

306. Cette conformité suppose que le contrôle ne fasse pas l'objet d'une orientation *a priori*. Dès lors qu'il est question de pesée d'intérêts, d'efficacité, ou en règle générale de raisonnement quantitatif sur des principes, le risque est présent qu'un déséquilibre initial mène à conférer *de facto* à une ou plusieurs valeurs fondamentales une priorité induite sur les autres. **L'exercice du contrôle de proportionnalité suppose donc que sa neutralité soit garantie par un ensemble de vérifications préalables (Chapitre 1).**

307. Même lorsque cette condition est satisfaite, le contrôle de proportionnalité ne peut intervenir seul, il ne constitue pas soudainement un nouveau paradigme auquel tout raisonnement juridique est immédiatement subsumé. Il a au contraire vocation à s'intégrer au sein d'un ordonnancement pré-existant de compétences et des contrôles fondés sur la syllogistique classique. **Il s'agit alors d'assurer l'articulation des contrôles en veillant à ce qu'elle ne porte atteinte ni à la cohérence du système déjà en place, ni à l'effectivité de la proportionnalité (Chapitre 2).**

Chapitre 1. Garantir la neutralité du contrôle

Chapitre 2. Assurer l'articulation des contrôles

Chapitre 1. Garantir la neutralité du contrôle

1. De manière idéaliste, la proportionnalité pourrait se présenter comme une méthode purement formelle de résolution de conflits. Elle permettrait ainsi, à partir d'énoncés substantiels – les droits et principes opposés dans un cas concret –, de dégager une conciliation optimale qui ne soit pas biaisée par une orientation axiologique préalable. C'est ce que semble espérer M. Barak lorsqu'il écrit que « la proportionnalité est un cadre juridique dans lequel le contenu doit être inséré » et qui « permet divers degrés de protection en fonction des principes et valeurs de chaque système juridique »⁵¹⁵.

2. Pour autant, comme le rappelle M^{me} Champeil-Desplats, la neutralité axiologique « n'est pas synonyme de neutralité "tout court" ou de neutralité absolue »⁵¹⁶. Ce qui est vrai pour le discours scientifique l'est également pour la résolution de conflits de valeurs. D'une part, « tout discours, y compris celui qui se veut axiologiquement neutre, est socio-historiquement situé et déterminé par un ensemble complexe d'éléments »⁵¹⁷. D'autre part, d'un point de vue de politique jurisprudentielle, il ne fait pas de doute que l'adoption ou la réforme d'une méthode de contrôle est un choix axiologiquement orienté. Par exemple, la constitution d'une doctrine de proportionnalité au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation, dans le cadre de la réforme initiée en 2014, visait des buts clairs et reconnus. Il s'agissait entre autres de « rapatrier » une partie du contentieux fondé sur la Convention européenne des droits de l'homme qui, au goût des magistrats français, menait trop souvent à la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme et au prononcé par elle de constats de violation. M. Louvel a ainsi pu déclarer à ce sujet : « Si la Cour de Strasbourg constate que les contrôles n'ont pas été effectués au niveau de la Cour de cassation, elle les fait à notre place. Si rien ne change, la France continuera d'être condamnée à Strasbourg à travers les arrêts de sa Cour de cassation, ce qui traduit le fait que notre Cour, à la fois, n'est pas adaptée au contrôle de type européen et ne remplit pas son rôle de Cour suprême. Ce contrôle complet a vocation à être effectué à son niveau »⁵¹⁸.

3. Or, dans cet exemple, l'adaptation ne saurait être suffisante si elle consiste simplement en un nouvel habillage des mêmes solutions. Comme l'a observé M. Marzal en commentaire de la citation précédente, un constat de violation prononcé à Strasbourg ne sanctionne pas le fait que les juridictions nationales ont opéré formellement par raisonnement catégorique plutôt que par pesée des intérêts. D'une part la Cour européenne des droits de l'homme « ne cesse de répéter qu'elle n'a pas pour mission "*de se substituer aux juridictions internes*", mais simplement de "*vérifier la*

515 BARAK A., *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, traduit par Doron KALIR, Cambridge University Press., Cambridge, pays multiples, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 489-490 : « *Proportionality is a legal framework that must be filled with content. It allows for different levels of protection, according to the principles and values of each legal system.* »

516 CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2016, p. 25.

517 *Ibid.*

518 LOUVEL B., « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 19 octobre 2015, vol. 43, n° 1122, entretien, p. 1907 ; rapp. LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326 ; CHAUVIN P. et C. KLEITZ, « Contrôle de proportionnalité : "Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne" », *Gaz. Pal.*, 6 décembre 2016, n° 281w8, p. 10.

compatibilité avec la Convention des effets” des interprétations établies par celles-ci. »⁵¹⁹ D’autre part la Cour indique aussi constamment que la Convention a pour but de protéger des droits « *non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs* »⁵²⁰. Pour que ces droits soient « *concrets et effectifs* » devant la Cour de cassation, il ne suffit donc pas qu’elle adopte un raisonnement formellement proportionnaliste. Encore faut-il que cette méthodologie l’amène à rendre des décisions matériellement plus protectrices dans les cas-limites, là où le défaut de contrôle laissait auparavant sans réponse des violations susceptibles de mener à la saisine de la Cour européenne. En d’autres termes la proportionnalité remplit ici une double fonction : le rapprochement des méthodes en vue d’un meilleur dialogue des juges et l’harmonisation des solutions au fond dans le sens d’une protection renforcée des droits.

4. Comme l’illustre cet exemple, le choix d’une méthodologie juridique n’est pas neutre : il implique une décision quant au registre du discours qui va être tenu sur le droit. Cette décision repose à la fois sur l’intention de l’énonciateur et sur le contexte dans lequel cette énonciation prend place. La proportionnalité-justification, dans son sens contemporain, s’inscrit dans une perspective de garantie des droits subjectifs. C’est sous cette perspective qu’elle a vocation à être évaluée : ses promoteurs cherchent à en démontrer les mérites libéraux, tandis que ses opposants critiquent soit son inaptitude à offrir une garantie adéquate, soit l’importance de principe qu’elle accorde aux droits subjectifs contre les règles juridiques positivement adoptées. Cette orientation est donc non seulement reconnue par la doctrine proportionnaliste, mais elle est même recherchée. Les modalités de contrôle, la définition du principe, leur critique, peuvent ainsi être organisées en connaissance de cause. Le problème de la neutralité axiologique se pose à un autre niveau, lorsque l’effet d’orientation n’est pas reconnu comme tel ou qu’il n’en est pas tenu compte dans le régime de la proportionnalité. Le risque est alors que le processus décisionnel débouche sur une décision biaisée, c’est-à-dire orientée à l’insu du décideur.

5. Le présent chapitre vise à identifier certaines orientations axiologiques susceptibles d’être incluses dans le contrôle de proportionnalité et d’en perturber le cours. Celles-ci peuvent intervenir à deux niveaux. Tout d’abord, la structure du contrôle et ses critères de satisfaction peuvent faire primer de manière systématique certains modes de justification, ce qui conférerait une autorité indûment renforcée à certains droits et principes. Dans un tel cas, c’est l’instrument logique lui-même qui est faussé, sans que la qualité des arguments soit en cause : **la balance est mal étalonnée, parce que les questions posées sont déjà chargées de sens**. La première section du présent chapitre sera consacrée à cette question, que nous appellerons **neutralité formelle**. Ensuite, l’identification et la définition des principes en conflit affecte nécessairement la résolution de leur opposition. Que les qualités et quantités exactes des biens placés sur les plateaux ne soient connues qu’approximativement et la pesée perd en fiabilité. C’est une chose de commettre une atteinte à la liberté individuelle pour un motif lié au principe général d’ordre public, c’en est une autre de le faire en se fondant sur la nécessité de protéger l’intégrité physique des personnes ou leur vie. Le

519 MARZAL T., « La Cour de cassation à “l’âge de la balance”. Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD Civ.*, 2017, p. 789 (nos italiques).

520 CEDH (ch.), 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, §24: *JDI* 1982, p. 187, chron. ROLLAND ; *AFDI* 1980, p. 323, chron. PELLOUX.

contrôle peut ainsi être biaisé avant même d'avoir commencé. Il s'agit d'un problème de **neutralité matérielle**, car il concerne **l'appréciation concrète des termes du conflit à résoudre**. La seconde section du présent chapitre portera sur cette difficulté.

Section 1. L'exigence de neutralité formelle

308. La proportionnalité-justification comme la proportionnalité-mesure visent toutes deux à la réalisation du juste par la mesure et la comparaison de valeurs entre elles. Les valeurs sociales sont essentielles à la structure argumentaire de l'une comme de l'autre. La proportionnalité-justification, d'une part, nécessite une appréciation des valeurs sociales pour que l'intensité de l'atteinte à un droit puisse être comparée à l'importance de l'objectif légitime qui la justifie. La proportionnalité-mesure des peines, d'autre part, repose sur l'attribution de valeurs à la gravité des faits et aux modes de punition envisageables. En tant que méthodologies de mise en rapport de ces valeurs, la proportionnalité-justification comme la proportionnalité-mesure impliquent ainsi nécessairement l'application de certains présupposés éthiques et méta-éthiques⁵²¹.

309. Ces présupposés sont apparents en matière de proportionnalité-mesure. Ainsi qu'il a été exposé au chapitre précédent, la proportionnalité-mesure est un corollaire du sens rétributif des peines. À ce titre elle procède d'une rationalité rétrospective, d'une éthique moraliste orientée vers la préservation de la règle comme bien intrinsèque, plutôt que vers la production de biens futurs. Elle correspond, selon la typologie de M. Gros, à la part de son sens que la peine puise au « foyer » de la loi⁵²².

310. À son opposé, la proportionnalité-justification procède d'une éthique conséquentialiste et instrumentaliste. En étudiant dans quelle mesure une décision donnée est susceptible de remplir ses buts, la proportionnalité-justification traite l'acte (ou l'abstention) du décideur comme un instrument tourné vers une fin et qui doit être jugé à l'aune de ses effets. Ces effets peuvent par ailleurs être appréciés de manière inégale. Le vocabulaire théorique employé comme les usages concrets du contrôle font apparaître certains rapprochement entre la proportionnalité-justification et les thèses utilitaristes et néo-libérales qui valorisent en priorité des objectifs d'efficacité, d'efficacité, de rendement.

311. Il importe d'insister encore sur le fait que ces orientations utilitaristes ne constituent pas un mal si elles sont reconnues et si leur impact est délimité conformément aux postulats éthiques du système juridique dans lequel s'inscrit le contrôle de proportionnalité. Le risque existe, en revanche, que la mise en œuvre extensive de la proportionnalité-justification mène à l'application de fait d'une éthique utilitariste dans des domaines où sa place devrait être, sinon totalement exclue, au moins débattue au préalable. La proportionnalité des peines constitue à cet égard un cas à la fois exceptionnel et fondamental car, ainsi qu'il a été précédemment soutenu, elle est supposée procéder

521 Dans le sens où le discours éthique concerne le jugement, tandis que la méta-éthique porte sur les concepts sous-jacents de cette éthique. La mise en rapport de valeurs est une opération éthique, mais le choix d'une *méthodologie* de mise en rapport de ces valeurs revêt aussi une dimension méta-éthique. Différents systèmes de valeurs et de références quant à la détermination du bien et du mal sont offerts pour guider la décision (tels que, par exemple, le moralisme kantien et l'utilitarisme de John Stuart Mill). Le juge est amené à sélectionner celui de ces systèmes qui paraît le plus approprié, voire à combiner ces systèmes. Cette étape ne concerne pas directement le bien ou le mal de l'objet du jugement, mais la logique interne qui doit guider le jugement sur le bien et le mal : c'est un choix méta-éthique.

522 V. le chapitre « Punir, c'est rappeler la loi » in GROS F., « Les quatre foyers du sens de la peine », *Et ce sera justice*, Odile Jacob, 2001, p. 17-68, spéc. p. 35-57.

à la fois de la proportionnalité-mesure (non-conséquentialiste) et de la proportionnalité-justification (conséquentialiste). L'enjeu est donc, dans ce cas particulier, de parvenir à une combinaison dans laquelle ni l'une, ni l'autre de ces orientations *a priori* contradictoires ne soit privée de sens.

312. Garantir la neutralité axiologique formelle du contrôle de proportionnalité suppose donc d'identifier les caractères utilitaristes de la proportionnalité-justification (§1). Une fois ces tendances identifiées, il devient possible d'user de contreponds méthodologiques pour les cas où il s'avère souhaitable de tempérer ou d'écarter cette orientation (§2).

§1. Les caractères utilitaristes de la proportionnalité-justification

313. En termes de langage et de concepts, la doctrine proportionnaliste et la jurisprudence qui en est issue se rapprochent fréquemment des prescriptions ou des postulats de l'utilitarisme classique et de ses formes contemporaines exprimées dans le cadre de l'analyse économique du droit. La conception des droits subjectifs comme des commandements d'optimisation peut mener à des raisonnements proches soit du calcul d'utilité, soit de l'optimisation préférentielle typique des sciences économiques (I). Intégrer ces considérations dans la méthodologie du contrôle juridictionnel, peut mener à en faire, de fait, un mode de promotion de l'éthique utilitariste (II). Cette influence axiologique peut être légitime, à condition qu'elle soit reconnue et encadrée comme telle.

I. L'optimisation des droits, calcul économique

314. Le mouvement doctrinal majoritaire en ce qui concerne les théories de la proportionnalité est issu de la conception de M. Alexy. L'ensemble de ces théories se rejoignent sur une certaine définition de la normativité des droits ou principes fondamentaux. Ceux-ci constituent, en tout ou en partie, des normes de type « principe », c'est-à-dire des « exigences d'optimisation ». Ces exigences d'optimisation ont pour caractéristique que leur contenu normatif ne peut jamais être entièrement réalisé : d'une part cette réalisation fait toujours face à des obstacles empiriques ou juridiques (sous la forme de normes concurrentes), d'autre part ce contenu normatif tend toujours à l'amélioration par rapport à ce qui est déjà acquis. Cette insatisfaction permanente ne remet toutefois pas en cause la validité de ces normes. Au contraire, la résolution d'un conflit donné passe par la pesée relative de l'insatisfaction que chaque solution envisageable infligerait à chaque principe en présence. Tel est le fondement du contrôle de proportionnalité-justification⁵²³. D'une part, cette présentation mène à accueillir les propositions de l'analyse économique du droit par l'adoption d'un langage voisin (A). D'autre part, elle met en application un état de la théorie du droit rhétoriquement ouvert à l'analyse économique (B).

A. Une ouverture langagière

315. Il est fréquent de voir le contrôle de proportionnalité présenté comme un calcul coûts-bénéfices. Il s'agit alors d'assurer que l'insatisfaction relative infligée aux droits par une

523 V. *supra*, 61.

mesure vaut bien la satisfaction relative apportée aux principes qui la motivent – que ceux-ci soient des droits concurrents ou des principes à valeur collective. Cette description est bien sûr valable pour la troisième étape du contrôle, le test d'équilibre global des situations, mais elle vaut également pour les tests d'adéquation et de nécessité. L'un comme l'autre, s'ils sont pensés comme des contrôles d'optimisation, visent à assurer que le bénéfice visé est atteint au moindre coût possible. En ce sens la mesure contrôlée est traitée comme un moyen : elle est orientée vers une fin dans laquelle elle trouve sa source de validité. Qui plus est, le contrôle de proportionnalité lui-même est soumis au même instrumentalisme : sa validité méthodologique réside dans son aptitude à corrélérer les moyens aux fins, à permettre la production optimale de ces fins.

316. L'orientation de la proportionnalité vers l'optimisation des droits produit un second effet axiologique. En effet une mesure donnée, même appréhendée comme instrument orienté, peut être évaluée soit au vu des effets qu'elle produit, soit au vu de la manière dont elle les produit. La valeur comparée de deux méthodes qui permettent de réaliser le même objectif peut ainsi tenir non seulement aux coûts qu'elles engagent, mais aussi à la nature des procédés qu'elles mettent en œuvre. Toutefois la doctrine de l'optimisation tend à écarter ce critère processuel. L'optimisation s'apprécie comme résultat final, comme le bilan du processus achevé, plutôt que comme processus menant à ce résultat.

317. Ce conséquentialisme peut par exemple être observé au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans les tempéraments qu'elle apporte aux principes de légalité criminelle et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose en son premier paragraphe que « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.* » Selon la Cour, « *la notion de "droit" ("law") utilisée à l'article 7 (art. 7) correspond à celle de "loi" qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit comme non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité* »⁵²⁴. Par conséquent, le respect de l'article 7 implique « *qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité.* »⁵²⁵ Dans l'affaire *Cantoni c. France*, la Cour a donné une application de ces exigences fondée sur des critères conséquentialistes.

318. Le requérant, gérant d'un grand magasin, avait été poursuivi pour exercice illégal du métier de pharmacien. Il arguait que la définition des « médicaments » prévue par le droit français était insuffisamment précise et ne lui avait pas permis de déterminer quels produits il était autorisé à

524 CEDH (ch.), 22 nov. 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, §35 : *AJDA* 1996, p. 445, note COSTA ; *RSC* 1996, p. 473, obs. KOERING-JOULIN. CEDH (ch.), 22 nov. 1995, *C.R. c. Royaume-Uni*, req. n° 20190/92, §33.

525 CEDH (ch.), 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88, §52 : *AJDA* 1994, p. 16, chron. FLAUSS ; *RFDA* 1994, p. 1182, chron. GIAKOUMOPOULOS, KELLER, LABAYLE et SUDRE ; *ibid.*, 1995, p. 573, note SURREL ; *RSC* 1994, p. 362, obs. KOERING-JOULIN ; *AFDI* 1994, p. 658, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1994, p. 790, obs. DECAUX et TAVERNIER.

vendre. Il soutenait notamment que le législateur français aurait dû avoir recours à des listes exhaustives de produits plutôt qu'à une catégorie large nécessitant une interprétation jurisprudentielle complexe. La réponse de la Cour a porté sur deux points. D'abord, « *en raison même du principe de généralité des lois, le libellé de celles-ci ne peut présenter une précision absolue. L'une des techniques types de réglementation consiste à recourir à des catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. [...] [L]'utilisation de la technique législative des catégories laisse souvent des zones d'ombre aux frontières de la définition. A eux seuls, ces doutes à propos de cas limites ne suffisent pas à rendre une disposition incompatible avec l'article 7 (art. 7), pour autant que celle-ci se révèle suffisamment claire dans la grande majorité des cas. [...] Il n'appartient pas toutefois à la Cour de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un État contractant ; son rôle se limite à vérifier leur conformité à la Convention.* »⁵²⁶ Ensuite, « *la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte.* »⁵²⁷

319. La Cour reconnaît ainsi un principe, celui de la prévisibilité de la loi pénale. Elle constate ensuite que certains obstacles s'opposent à sa réalisation pleine et entière. Ces obstacles sont d'ordre empirique pour certains (la complexité technique de la matière), normatifs pour d'autres (le principe de généralité de la loi). Les techniques de réglementation envisageables ne satisferont donc que de manière imparfaite le principe reconnu. Cette imperfection est inévitable et implique un coût pour le requérant, celui du « *recours à des conseils éclairés* » et, à défaut, du risque de condamnation. Ce coût est toutefois relativement atténué par la qualité du requérant, professionnel présumé « *habitué à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de [son] métier* ». La Cour pèse ainsi, d'une part, le degré de prévisibilité combiné de la législation et de la jurisprudence françaises et, d'autre part, les coûts imposés au requérant par l'imperfection résiduelle de ce système, pour conclure à l'absence de violation de l'article 7. *A contrario*, la Cour ne cherche pas à déterminer si l'état de prévisibilité du droit français a résulté d'une intention ou d'une négligence des autorités nationales ou s'il ne constitue qu'un phénomène émergent, né de l'abondance de la jurisprudence. **Les principes et les contraintes en présence ne sont pas appréciés au regard de la façon dont les autorités étatiques s'en sont saisies, mais seulement au regard de la situation finale qui en est résultée.** L'appréciation de la situation ne repose donc pas sur une lecture téléologique des actes, mais sur une appréhension conséquentialiste de l'état final du droit.

526 CEDH (Gr. ch.), 15 nov. 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/91, §32-33 : D. 1997, p. 202, obs. HENRY ; RSC 1997, p. 462, obs. KOERING-JOULIN ; JCP 1997, I, n° 4000, chron. SUDRE.

527 *Ibidem*.

320. Pour les critiques de la proportionnalité, cette combinaison d'instrumentalisme et de conséquentialisme cause une dégradation de la normativité des droits et principes impliqués. Pesés au même titre que les contraintes factuelles, ils perdent de leur impérativité : ils ne comptent plus comme des limites infrangibles mais comme des forces, mesurables en direction et en amplitude. M. Jeuland considère ainsi la proportionnalité comme un des facteurs de « factualisation » du droit, aux côtés de l'émergence des techniques d'analyse prédictive de la justice (*legaltech*)⁵²⁸. Cet effet est renforcé par l'emprunt, au sein des doctrines proportionnalistes, du vocabulaire logique et épistémologique de l'analyse économique du droit. **L'optimisation de l'effectivité des principes juridiques se comprend alors comme un véritable contrôle d'efficience ou d'utilité préférentielle.** M. Barak décrit ainsi le contrôle de nécessité comme « une expression de la notion d'efficience ou, plus spécifiquement, d'efficience de Pareto »⁵²⁹, ce en quoi il rejoint M. Alexy⁵³⁰ et M. Rivers⁵³¹. Ces auteurs décrivent également le contrôle de l'équilibre global comme une comparaison de retours marginaux. Pour M. Barak, la balance des intérêts s'apprécie entre « l'importance sociale » de l'objectif visé et celle des droits atteints. Toutefois, le contrôle ne tient pas à « la comparaison entre l'importance sociale de l'objectif à titre général [...] et l'importance sociale qu'il y a, à titre général, à prévenir les préjudices causés au droit fondamental atteint ». Il s'agit de mettre face à face, d'une part « l'état [de réalisation, n.d.r.] de l'objectif antérieurement à l'adoption de la loi, comparé à cet état après [cette adoption] », d'autre part « l'état du droit fondamental antérieurement à l'adoption de la loi comparé à son état après cette adoption. » Par conséquent, « nous comparons l'importance sociale du bénéfice tiré de la loi limitatrice à titre marginal avec l'importance sociale de la prévention des dommages causés au droit fondamental à titre marginal »⁵³². Ce recours à la notion de retour marginal est plus marqué encore chez M. Alexy. Celui-ci explique, d'une part, que plus l'ampleur de l'atteinte à un droit est importante, plus le poids des principes qui justifient cette atteinte doit être élevé pour satisfaire le contrôle de

528 JEULAND E., « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, octobre 2017, n° 2, dossier 9.

529 BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 320 : « [The necessity test] is an expression of the notion of efficiency, or, more precisely, of Pareto efficiency ». Le critère de Pareto, en sciences économiques, « est employé pour juger si une économie s'est améliorée à la suite d'un changement. Pour éviter un jugement où les pertes des uns sont pesées contre les gains des autres, [...] on dit lorsqu'il y a gain lorsque chaque personne, à la suite du changement, se trouve suivant ses propres valeurs dans la même ou une meilleure situation. » MACKAAY E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, Thémis, coll.« Méthodes du droit », 2008, p. 82, note 2. V. également les définitions comparées par M. Marzal dans sa thèse : MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, France, Institut universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », 2014, p. 245-248.

530 ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2002, p. 105.

531 RIVERS J., « Proportionality and variable intensity of review », *The Cambridge Law Journal*, 12 mars 2006, vol. 65, n° 1, p. 198.

532 BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 351 : « [T]he issue is not the comparison of the general social importance of the purpose (security, public safety, etc.) on the one hand and the general social importance of preventing harm to the constitutional right (equality, freedom of expression, etc.) on the other. [...] It [the issue] refers to the comparison between the state of the purpose prior to the law's enactment, compared with that state afterwards, and the state of the constitutional right prior to the law's enactment compared to its state after enactment. Accordingly, we are comparing the marginal social importance of the benefit gained by the limiting law and the marginal social importance of preventing the harm to the constitutional right caused by the limiting law. »

proportionnalité⁵³³. Qui plus est, passé un certain niveau, la force des justifications requises croît plus rapidement que l'atteinte justifiable. **La métaphore employée est celle de la diminution des bénéfices marginaux** : en admettant que l'on puisse quantifier les restrictions apportées au droit considéré, les effets positifs produits par chaque unité de mesure se réduisent au fil du cumul de ces restrictions. M. Alexy représente cette idée au moyen de courbes d'indifférence « telles que celles utilisées en économie »⁵³⁴.

321. La méthode proportionnaliste proposée par cette doctrine majoritaire se rapproche ainsi de celle de l'analyse économique du droit telle qu'elle est résumée par MM. Mackaay et Rousseau⁵³⁵. Ces auteurs soulignent que « toute analyse économique du droit est fondée sur la prémisse que les règles juridiques doivent être jugées à l'aune des structures incitatives qu'elles établissent et des conséquences des changements de comportement qu'adoptent les intéressés en réponse à ces incitations. »⁵³⁶ Cette analyse consiste d'abord à « mettre au jour la structure incitative de la règle », c'est-à-dire l'effet prévisible qu'elle est susceptible d'avoir sur les comportements des individus, considérés comme des agents rationnels⁵³⁷. « Pour retracer ces effets, il est utile de comparer la règle avec son contraire [...]. On détermine ensuite ce que feront les acteurs dans chaque régime et on compare les résultats »⁵³⁸, ce qui correspond, pour un proportionnaliste comme M. Barak, à la comparaison de l'état des principes en conflit antérieurement et postérieurement à l'adoption de la norme contrôlée. Cette comparaison « permet de porter un jugement sur la question de savoir quelle règle entraîne au total les coûts les moins élevés »⁵³⁹, c'est-à-dire, en termes proportionnalistes, si la mesure choisie est bien nécessaire (la moins coûteuse pour les libertés) et proportionnée (moins coûteuse que son contraire). Par souci de réalisme, l'analyse économique intègre les « coûts de transaction » rendus nécessaires pour adapter les pratiques pré-existantes à la norme adoptée, tels que « les frais d'organisation, de recherche, de négociation, de surveillance, d'incertitude, de précautions contre l'opportunisme potentiel du cocontractant »⁵⁴⁰ ou, au sens large, des acteurs juridiques. Ce dernier critère quant aux conséquences externes de l'adoption de la mesure n'est pas relevé systématiquement par les auteurs proportionnalistes. Il semble toutefois présent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsque, comme dans l'arrêt *Cantoni*, elle apprécie la prévisibilité de la loi en comparant, d'une part, l'effort d'information juridique imposé au professionnel et, d'autre part, le risque de condamnation correspondant.

322. Il n'est donc pas surprenant de constater que les prémisses rhétoriques de la méthode proportionnaliste correspondent elles aussi en grande partie à ceux de l'analyse économique du droit.

533 ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 102 : « The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other. »

534 *Ibid.*, p. 103-104.

535 MACKAAY E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 591 et s.

536 *Ibid.*, p. 591.

537 *Ibid.*, p. 595.

538 *Ibid.*

539 *Ibid.*, p. 596.

540 *Ibid.*, p. 597.

B. Une ouverture rhétorique

323. M. Lanneau a élaboré dans sa thèse un inventaire des « facteurs favorisant l'acceptation des résultats de l'analyse économique du droit »⁵⁴¹. Ceux-ci correspondent en très grande partie aux effets systémiques de l'application du contrôle de proportionnalité. Le premier de ces facteurs tient à la « désacralisation du droit »⁵⁴², laquelle a été dénoncée comme une conséquence des caractères conséquentialiste et casuistique du contrôle⁵⁴³. Dans un esprit similaire, l'aspiration à promouvoir une norme de contrôle moralement neutre et universalisable, partagée par l'ensemble des proportionnalistes et sur laquelle M. Beatty insiste particulièrement⁵⁴⁴, tend également à rendre le droit « plus sensible au raisonnement économique »⁵⁴⁵ en le distinguant de ses inspirations du domaine de la morale.

324. Il en va de même de la « liberté du juge », à la fois dans la formation de ses décisions et dans sa soumission au législateur. D'une part, « en présence de marges de liberté offertes par le droit, le juge devra ou aura tendance à sélectionner une solution efficiente ou dont on peut rationaliser l'efficacité »⁵⁴⁶. Tel est également l'un des présupposés de la proportionnalité. La théorie des principes de Dworkin s'inscrit initialement dans son opposition à H.L.A. Hart sur la méthode de résolution de ce que ces deux auteurs appellent « *hard cases* ». Hart estime que lorsque se présente une problématique qui n'est pas clairement résolue par une norme antérieure, le droit arbore une « texture ouverte » qui laisse au juge une marge discrétionnaire pour dégager la solution appropriée. Dworkin élabore au contraire sa théorie des principes juridiques pour soutenir que des normes générales d'orientation, objets de connaissance, peuvent servir à résoudre de tels cas

541 LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Fondation Varenne, L.G.D.J., coll.« Collection des thèses », 2010, p. 415 et s.

542 *Ibid.*, p. 417.

543 V., *in fine* : GAUTIER P.-Y., « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G.*, 15 février 2016, n° 7, p. n° 189 : « Clairement décidés à faire passer en force le "contrôle de proportionnalité", pour se conformer à la motivation subjective de la Cour EDH, un certain nombre de magistrats du siège et du parquet général de la Cour de cassation ont mis le doigt dans l'engrenage du démantèlement de la méthode juridique, ici au sujet du référé : le trouble manifestement illicite qui cause un dommage à autrui devient en soi insuffisant pour que soit ordonnée sa cessation. »

544 BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004, p. 167-168 : « Les proportionnalités varient directement avec le poids et les valeurs que les populations attribuent aux intérêts en question. Les convictions religieuses de la population irlandaise attribuent ainsi une valeur infinie à la vie humaine dès le moment de la conception, ce qui justifie que les lois concernant l'avortement y soient plus strictes qu'au Japon, où la moralité de la vie ou de la mort du fœtus est comprise de manière très différente. [...] Lorsque tous les intérêts pertinents sont mesurés au principe de proportionnalité, le résultat est juste dans chacun de ces cas. En prenant les points de vue des parties pour point de départ du jugement de chaque espèce, aucune philosophie ou conception morale particulière n'est privilégiée par rapport à une autre. Appliquée de manière impartiale, la proportionnalité est un principe formel apte à être utilisé n'importe où dans le monde. »

(« *Proportionalities vary directly with the weight and values people place on the relevant interests. So, in the case of abortion, more restrictive laws can be justified in Ireland, where the religious faith of the people attaches infinite value to human life from the moment of conception, than in Japan where the morality of foetal life and death is understood very differently. [...] When all the relevant interests are measured against the principle of proportionality, the results in both cases are right. Making the perspectives of the parties the vantage point from which courts judge each case means no particular philosophy or moral vision is privileged over any other. Applied impartially, proportionality is a formal principle that is capable of being used anywhere in the world.* »)

545 LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, op. cit., p. 419.

546 *Ibid.*, p. 422.

complexes par voie d'interprétation⁵⁴⁷. La théorie proportionnaliste des principes constitue une variante de cette approche pour laquelle ces normes d'orientation, les principes, ne mènent pas à la résolution des cas par une interprétation progressive mais par une opération d'optimisation et de pesée⁵⁴⁸ qui, ainsi qu'il a été observé précédemment, se rapporte à un standard d'efficience.

325. D'autre part et corrélativement, toujours pour M. Lanneau, « plus une théorie (ou un système) considérera que le juge est, ou doit être, actif dans la formation du droit (et qu'il est, en partie, un législateur), plus l'analyse économique sera facilement acceptée par les partisans de cette théorie (ou les praticiens de ce système) »⁵⁴⁹. À nouveau le jeu du principe de proportionnalité va dans ce sens. Le débat autour de l'élaboration d'une doctrine de la proportionnalité par la Cour de cassation française en est un exemple frappant. La réforme de la Cour est à la fois une suite, une consécration et une amplification de l'extension de ses pouvoirs au contact des droits européens, « le reflet d'un mouvement plus ample initié depuis l'arrêt *Jacques Vabre* »⁵⁵⁰ « qui, en définitive, légitime la création normative du juge, qui prête un fondement à sa production autonome »⁵⁵¹. Pour M. Chenedé, « cette présentation aux allures faussement positivistes [...] occulte la nature des droits de l'homme, la réalité de la loi et, partant, la spécificité du contrôle de la seconde au nom des premiers [...]. [L]’objet véritable du contrôle n’est pas la “conformité” de la loi aux droits et libertés, mais la “proportionnalité” de l’atteinte portée par la première aux seconds. À travers ce contrôle, qui se distingue du simple contrôle de conformité exercé dans l’arrêt *Jacques Vabre*, le juge est ainsi amené à juger de la légitimité de l’arbitrage opéré par le législateur et, le cas échéant, à faire prévaloir son appréciation personnelle du conflit d’intérêts en présence. »⁵⁵²

326. Enfin la conception dominante de la nature du raisonnement juridique entre également en ligne de compte. L'analyse économique du droit prospère là où « le raisonnement juridique est “ouvert” » aux propositions des autres disciplines davantage que lorsqu'il est « perçu comme autonome, c'est-à-dire que tout argument “juridique” doit avoir son fondement dans le droit et que le raisonnement juridique est “spécifique” »⁵⁵³. Or l'approche proportionnaliste mène et vise justement à rapprocher le raisonnement juridique et l'appréciation des faits : « La balance des intérêts, non seulement laisse moins de place aux déductions logiques, mais renvoie en outre à l'exigence [...] de “motivation souvent pluridisciplinaire” dont a parlé le premier président de la Cour de cassation : on ne saurait prétendre équilibrer des intérêts en conflit conformément aux fins sociales au moyen des seules sources formelles du droit. [...] [L]a proportionnalité s'affirme, à

547 DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 81 : « Même lorsqu'aucune règle établie ne tranche en l'espèce, l'une des parties peut tout de même avoir un droit à l'emporter. Le juge a toujours le devoir, même dans les cas difficiles, de découvrir quels sont les droits des parties, et non d'inventer rétrospectivement de nouveaux droits. » (« *Even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judge's duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively.* »)

548 V. notamment la comparaison proposée par ŠUŠNJAR D., *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 69 et s.

549 LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, op. cit., p. 423.

550 VIGNEAU V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 123.

551 MARTENS P., « L'irrésistible ascension de la proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 1992, vol.1, p. 60.

552 CHENEDÉ F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796.

553 LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, op. cit., p. 424.

l'heure de la globalisation, comme la révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit. Et c'est la règle qui risque de céder. »⁵⁵⁴

327. Transposées dans le cadre du contrôle juridictionnel, ces ressources rhétoriques mènent plus loin encore. Lorsqu'il se conforme à l'ensemble des descriptions évoquées ci-dessus, le contrôle de proportionnalité devient un puissant outil utilitariste ou, en quelque sorte, néo-utilitariste.

II. La soumission du contrôle à une orientation néo-utilitariste

328. Il importe tout d'abord de préciser ce que nous entendons par influence néo-utilitariste, en particulier en la distinguant de l'analyse économique du droit (A). Il convient ensuite de relever que cette influence peut être légitime : ainsi le droit de l'Union européenne permet dans une certaine mesure une harmonisation pénale fondée sur des critères utilitaristes (B). En revanche, cette orientation devient problématique si elle s'impose sans débat, notamment dans le règlement de conflits qui opposent plusieurs droits fondamentaux (C).

A. Utilitarisme, analyse économique du droit et néo-utilitarisme

329. L'utilitarisme, entendu au sens large, désigne un ensemble de doctrines pour lesquelles la valeur morale des comportements ne se détermine qu'en fonction, positivement, du bonheur ou du bien-être qu'ils produisent et, négativement, du malheur ou de la souffrance qui en résulte⁵⁵⁵. L'utilitarisme se présente traditionnellement comme en opposition avec le moralisme – qui attribue aux actes une valeur intrinsèque liée à leur nature où à l'intention qui les motive – et au paternalisme – qui postule l'existence d'un modèle de « bien-vivre » objectif et susceptible d'être valablement imposé aux individus⁵⁵⁶.

330. L'utilitarisme classique partage d'importants aspects épistémologiques avec l'analyse économique du droit, dont il est un précurseur. Les deux mouvements sont fondés sur une approche du droit par le biais des sciences économiques, auxquelles ils doivent leurs traits communs de rationalisme, d'objectivisme, de conséquentialisme et d'instrumentalisme juridique. Leurs concepts-clés, quoique distincts, sont également très proches : les conceptions préférentielles de l'utilité (« la satisfaction de n'importe quel désir rationnel des individus, c'est-à-dire [...] de tout désir ne reposant pas sur une erreur »⁵⁵⁷) se rapprochent ainsi, en analyse économique, de l'objectif de maximisation de la richesse proposé par Posner⁵⁵⁸. Les aspects par lesquels ces ensembles

554 JESTAZ P., J.-P. MARGUÉNAUD, et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.

555 PICAUVET E., « Utilitarisme », L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1319-1321 ; BARANGER D., « Utilitarisme (utilitarisme classique et droit) », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga, Lamy-PUF, 2003, p. 1498-1503 ; BENTHAM J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, T. Payne, 1780, p. ii : « By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness [...] or [...] to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered [...] »

556 BENTHAM J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, *op. cit.*, p. viii-xviii ; comp. FEINBERG J., *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law, volume one*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1984, p. 26-27.

557 STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1992, vol. 37, p. 152.

558 *Ibid.*, p. 151-155.

théoriques se distinguent le plus nettement paraissent liés au jeu du progrès scientifique. Le rationalisme benthamien, qui suppose que les individus déterminent réellement leurs choix par calcul, est ainsi totalement dépassé. Les analyses économiques modernes reconnaissent à l'inverse que le postulat rationaliste constitue une simplification : il permet simplement d'édifier des modèles prédictifs de comportements qui présentent un degré acceptable d'approximation⁵⁵⁹.

331. Dans son rapport à la connaissance, le contrôle de proportionnalité représente encore un ensemble assez flou pour qu'il soit rattachable, en fonction du contexte et des espèces, à telle théorie utilitariste, telle école de l'analyse économique du droit, sans qu'il soit réellement possible de le lier indubitablement à une ligne de pensée exclusive de toutes les autres. Toutefois il révèle une ligne de démarcation qui paraît essentielle. En effet, lorsque le contrôle de proportionnalité prend la forme d'une évaluation coûts-bénéfices instrumentaliste et conséquentialiste, il ne s'agit plus simplement d'employer une méthode descriptive inspirée des sciences économiques pour évaluer les mérites comparés d'une ou plusieurs solutions d'un point de vue externe. **Si les critères de la méthode économique sont intégrés au raisonnement normatif du juge, cette méthode n'est plus une simple aide à la décision mais une contrainte qui pèse sur la formation de cette décision.** En d'autres termes, il ne s'agit plus d'une science auxiliaire du droit mais d'une norme juridique formelle, au même titre que, par exemple, la règle d'interprétation stricte de la loi pénale. La nuance est, *mutatis mutandis*, analogue à celle qui sépare les propositions : « Il est démontrable que la peine entraîne des effets dissuasifs, ce qui est une bonne chose » et : « La peine doit être choisie en fonction des effets dissuasifs qu'elle entraîne ».

332. Ce passage du domaine de la science à celui de la norme est d'autant plus inquiétant que la proportionnalité a, dans son domaine, vocation à primer sur les autres modes de raisonnement. Or faire, par exemple, de la règle d'efficacité une règle impérative du raisonnement juridique signifie que dans son champ d'application, seuls seront pris en considération les éléments pertinents au regard de cette règle. Ces éléments seront de plus appréciés à travers une même grille théorique, sous les seuls aspects dont l'approche économique tient compte. Réciproquement, cela signifie que dans ce même champ, toutes les autres méthodes d'interprétation, d'appréciation, les autres facteurs d'orientation de la décision seront écartés par effet de filtre. Les valeurs sociales et morales n'entreront en ligne de compte que dans la mesure où elles sont intégrées au modèle sélectionné.

333. Cette transformation de l'analyse économique du droit, science auxiliaire, outil à vocation complémentaire et non-exclusive, en norme formelle, commandement à vocation exclusive, nous incite à parler ici d'utilitarisme ou, à la rigueur, de néo-utilitarisme. La distinction avec l'analyse économique ne tient pas au contenu des modèles descriptifs ou prescriptifs, mais à la dimension éthique de l'utilitarisme, qui est toujours, outre une méthode, une théorie des valeurs. En l'absence de contreponds appropriés, traiter le contrôle de proportionnalité comme un simple calcul d'efficacité peut donc revenir à soumettre, de fait, la garantie des droits fondamentaux aux prescriptions de cette théorie des valeurs.

559 LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, *op. cit.*, p. 39-40 ; pour un résumé des débats autour de la validité du modèle du choix rationnel, v. MACKAAY E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 27-35.

334. Dans l'absolu, une telle orientation axiologique n'est pas *a priori* inacceptable : en tant que théorie des valeurs, à un niveau fondamental, l'utilitarisme n'est ni obsolète, ni incompatible avec les libertés, tant que son influence au sein du système juridique est identifiée, reconnue et acceptée. Tel est le cas dans une certaine mesure dans le domaine du droit de l'Union européenne.

B. Une influence assumée dans le domaine du droit pénal de l'Union européenne

335. L'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit un second fondement pour l'harmonisation des législations des États-membres en matière pénale, en dehors des « *domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes* » visés par le premier paragraphe. Le second paragraphe de cet article dispose : « *Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné.* » En d'autres termes, le texte confère à l'Union européenne le pouvoir d'imposer aux États membres l'adoption de mesures répressives – donc attentatoires aux libertés – pour « *assurer la mise en œuvre efficace d'une politique* ».

336. Le champ matériel de cette compétence est particulièrement étendu : il concerne *a priori* tous les domaines susceptibles de faire l'objet de mesures d'harmonisation, ce qui inclut notamment l'établissement et la garantie du fonctionnement du marché intérieur (TFUE, art. 26 et 154), les infrastructures du transport, des télécommunications et de l'énergie (TFUE, art. 170-171) et la politique de l'Union en matière d'environnement (TFUE, art. 191). Contrairement au premier paragraphe de l'article 83, le second ne délimite pas la compétence pénale de l'Union en fonction de la notion de criminalité, de la gravité des comportements considérés ou des difficultés qu'il peut y avoir à les réprimer dans un contexte transnational. Le critère de la compétence du paragraphe 2 est sans rapport avec les éventuelles spécificités du droit criminel, avec la question de savoir s'il existe un domaine réservé au pouvoir d'incriminer, au-delà duquel ce pouvoir ne serait plus légitime. Au contraire, même dans l'hypothèse où ces spécificités existent, elles sont ignorées par le texte, qui fait de la compétence pénale un accessoire de la compétence générale d'harmonisation des législations.

337. Le critère de proportionnalité suit la même logique. Il eût été possible de considérer que l'harmonisation des législations en matière pénale ne pourrait intervenir que si elle était nécessaire, par exemple, pour assurer la protection effective des droits déclarés au sein de la Charte des droits fondamentaux ou de la Charte sociale européenne. Tel n'est pas le sens de l'article 83 : les règles minimales de droit pénal de fond peuvent être édictées dès lors qu'elles sont « *indispensables pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union* ». En posant cette exigence, le texte fait plus que d'attribuer une finalité supplémentaire ou alternative à la répression : il pose la condition centrale du contrôle de proportionnalité. C'est à l'aune de cette finalité que seront jugés les actes législatifs de l'Union fondés sur l'article 83, §2. C'est à cet objectif d'efficacité qu'il

conviendra de démontrer leur adéquation et c'est à cette fin qu'ils devront être nécessaires – ou, comme l'énonce le texte, « indispensables ». C'est, enfin, à cette efficacité procurée aux politiques européennes que sera mesurée la proportionnalité de l'atteinte aux droits. En ce sens, le droit pénal est bien réduit au statut d'instrument orienté vers un but d'efficience. Un instrument de dernier recours, peut-être, mais un simple instrument en tout état de cause.

338. Antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, cette approche instrumentale du droit pénal avait déjà guidé la solution consacrée par le célèbre arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, dont l'article 83 §2 reprend la logique⁵⁶⁰. À l'origine de l'arrêt se trouvait un conflit de compétences opposant le Conseil de l'Union européenne, organe intergouvernemental, à la Commission, organe communautaire. Le Conseil avait adopté une décision-cadre relative à la protection de l'environnement par le droit pénal⁵⁶¹. Cette décision-cadre prévoyait notamment la définition de comportements que les États membres de l'Union étaient tenus d'incriminer et de sanctionner pénalement. En application de l'article 31 du Traité sur l'Union européenne, le Conseil était compétent en matière de coopération judiciaire en matière pénale, mais ses pouvoirs d'harmonisation du droit pénal substantiel se limitaient à « adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue »⁵⁶², ce qui n'incluait pas le domaine environnemental. Inversement, le Titre XIX du Traité instituant la Communauté européenne donnait compétence à la Communauté pour adopter des mesures d'harmonisation en matière de protection de l'environnement, sans toutefois prévoir d'harmonisation des législations pénales⁵⁶³. La Cour de justice a jugé que la décision-cadre avait été adoptée sur le mauvais fondement textuel, la compétence devant revenir à la Communauté. Dans son arrêt, la Cour relève d'abord « [qu'il] ressort tant de son intitulé que de ses trois premiers considérants que [la décision-cadre] poursuit un objectif de protection de l'environnement »⁵⁶⁴. Ensuite, elle admet « que les articles 2 à 7 de cette décision comportent une harmonisation partielle des législations pénales des États membres, en particulier s'agissant des éléments constitutifs de différentes infractions pénales commises au détriment de l'environnement. Or, en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté [...] »⁵⁶⁵. Toutefois, cette constatation ne saurait « empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter

560 CJCE (Gr. ch.), 13 sept. 2005, *Commission c. Conseil*, affaire C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 : RDUE 2005, p. 641, note KOTSCHY ; AJ Pénal 2005, p. 414, note RIUNY ; Europe 2005, n° 11, p. 11, note SIMON ; JCP G. 2005, II, n° 10168, note ZARKA ; Dr. pénal 2005, Étude 12, note BELLESCIZE ; Rev. eur. dr. env. 2005, p. 381, note COMTE ; Dr. env. 2005, p. 283, note LONDON ; D. 2005, p. 3064, note MONJAL ; RSC 2006, p. 155, note IDOT ; JCP A. 2006, Chron. 1021, obs. DUBOS, SZYMCAK, KATZ et autres ; Gaz. Pal. 2006, n° 102, p. 9, note PHILIP ; *ibid.*, n° 102, p. 4, note PETITE et BOGENBERGER ; LPA 2006, n° 79, p. 4, note MICHEL.

561 Décision-cadre n° 2003/80/JAI du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

562 TUE, version consolidée à la date du 26 décembre 2006, JOUE 29 déc. 2006, CE 321/1, art. 31, §1.e.

563 TCE, version consolidée à la date du 10 novembre 1997, JOCE 10 nov. 1997, C 340/173, art. 174 et s., spéc. art. 174, §2.

564 CJCE, 13 sept. 2005, préc., §46.

565 *Ibid.*, §47.

*contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement. »*⁵⁶⁶

339. La ressemblance, dans la forme comme dans le fond, avec l'article 83 du TFUE, s'explique par l'inspiration commune puisée, tant par l'arrêt que par le texte, dans le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁵⁶⁷. Il peut donc sembler que l'arrêt du 13 septembre 2005 ait visé au premier chef à poursuivre la construction communautaire⁵⁶⁸, l'instrumentalisation du droit pénal étant en quelque sorte un effet secondaire. Toutefois un passage des conclusions de l'avocat général, M. Ruiz-Jarabo Colomer, confirme que cet effet était, sinon recherché, au moins envisagé par la Cour : « Le pouvoir d'imposer des sanctions civiles, administratives ou pénales doit être qualifié de compétence instrumentaire au service de l'effectivité du droit communautaire. Si l'intégrité de cet ordre juridique exige une réponse pénale, les États membres doivent définir les mécanismes nécessaires à cette fin, dont la nature doit être déterminée par la Communauté lorsqu'elle est en mesure d'analyser son utilité au regard de l'objectif poursuivi et, si tel n'est pas le cas, cette tâche incombe aux pouvoirs législatifs nationaux. S'agissant de l'environnement, il semble clair que la réponse aux comportements qui lui nuisent sérieusement doit être une réponse pénale, mais, dans ce contexte, le choix de la sanction pour les réprimer et pour assurer l'application du droit communautaire revient aux États membres. »⁵⁶⁹ **Le traitement instrumental de la répression pénale et l'orientation corrélative du contrôle de proportionnalité constituent donc bien une doctrine établie du droit communautaire et du droit de l'Union.**

340. En fixant, parmi les finalités de la répression pénale, celle d'assurer l'effectivité des politiques de l'Union européenne, l'article 83, §2 du TFUE, comme avant lui l'arrêt du 13 décembre 2005, confortent ainsi l'idée selon laquelle le contrôle de proportionnalité auquel seront soumis les actes répressifs concernés sera bien mené suivant des critères utilitaristes. Cette orientation peut être critiquée sur le fond, quant à sa pertinence en termes de politique criminelle ou sa conformité à certains principes fondamentaux de droit pénal⁵⁷⁰. Ces problèmes ne se posent toutefois pas entièrement en termes de neutralité formelle du contrôle de proportionnalité, car celui-ci ne peut que s'inscrire dans le cadre conceptuel et axiologique de ses fondements textuels. Dans le cadre délimité par les traités européens, cette approche utilitariste du droit répressif constitue moins

⁵⁶⁶ *Ibid.*, §48.

⁵⁶⁷ V. à ce propos les observations de HAGUENAU-MOIZARD C., « Vers une harmonisation communautaire du droit pénal ? », *RTD Eur.*, 2006, p. 369.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ RUIZ-JARABO COLOMER D., concl. ss. CJCE, 13 sept. 2005, préc., présentées le 26 mai 2005, ECLI:EU:C:2005:311, §84 (nous soulignons).

⁵⁷⁰ À cet égard, les universitaires du groupe *European Criminal Policy Initiative* ont tenu à rappeler dans leur *Manifeste pour une politique criminelle européenne* l'importance de respecter un principe d'*ultima ratio*. « La répression pénale implique en effet un jugement de valeur et une stigmatisation sociale qui conduisent à une atteinte grave aux droits de la personne, tels qu'ils sont garantis notamment par la Charte de l'Union européenne. L'extension démesurée du champ pénal réduit en outre la force et l'effectivité des interdits pénaux. Conformément au principe de bonne gouvernance, il appartient également à l'Union européenne d'établir la nécessité de recourir au droit pénal comme ultime moyen de contrôle social. » (*European Criminal Policy Initiative*, « Manifeste pour une politique criminelle européenne », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, déc. 2009, p. 717, disponible en ligne : [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_384.pdf], consulté le 7 octobre 2018.)

une déviation de la proportionnalité qu'une orientation politique assumée. Elle découle en effet du texte même de l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et revêt donc le même degré de légitimité démocratique. D'un point de vue interne au contrôle de proportionnalité, celui-ci est certes orienté, mais il l'est par conception et non par accident.

341. D'un point de vue externe, en revanche, tant l'article 83, §2, que l'arrêt *Commission c. Conseil* illustrent le fait que le principe de proportionnalité peut lui aussi être instrumentalisé. Dans l'arrêt du 13 septembre 2005, en particulier, il ne s'agissait pas de contrôler le caractère attentatoire aux libertés de la décision-cadre. Le critère de l'efficacité n'est pas intervenu comme condition négative, pour faire obstacle à un excès de répression, mais pour justifier une extension de la compétence communautaire en matière répressive⁵⁷¹. L'article 83, §2 du Traité suit la même logique en inscrivant, sous une formulation positive, que l'harmonisation des législations pénales est possible lorsqu'elle est indispensable (et non pas qu'elle est interdite sauf lorsqu'elle est indispensable, ce qui ne revient pas au même). Le risque est ainsi présent que, d'instrument formel de contrôle des justifications, la proportionnalité soit transformée, en certaines matières, en une justification de fond en faveur de l'extension des pouvoirs répressifs. Dans une telle hypothèse, ce n'est plus seulement le contrôle de proportionnalité qui est biaisé, c'est le sens du principe de proportionnalité lui-même qui est perdu. Cette forme de détournement et les précautions qu'il convient d'adopter pour la prévenir ne relèvent toutefois pas exactement de la neutralité formelle. Elles concernent en effet avant tout la méthode d'appréciation des principes en conflit et le mode d'exercice du contrôle de proportionnalité, sur lesquels nous reviendront respectivement au cours de la section et du chapitre prochains.

342. En résumé, l'encadrement de la compétence de l'Union européenne pour le rapprochement des lois pénales des États membres en dehors des crimes transnationaux nous renseigne sur deux points. En premier lieu, il est possible que l'approche utilitariste de la proportionnalité soit intégrée dans le système qui fonde le contrôle. Dans la mesure où cette approche est alors cohérente avec les fondements du contrôle, elle peut constituer une orientation légitime. En revanche, la même illustration permet de relever que la proportionnalité peut, dans certaines hypothèses, être employée à l'encontre des droits fondamentaux plutôt qu'en vue de leur protection. Tel est également le cas lorsque le contrôle porte sur un conflit entre deux droits concurrents.

C. Une influence à prévenir en matière de conflit de droits fondamentaux

343. Un contrôle de proportionnalité utilitariste ne poserait aucun problème s'il était admis qu'il ne puisse jouer qu'en faveur des libertés. En effet la proportionnalité n'est qu'une condition de la licéité parmi d'autres. Idéalement, le contrôle de proportionnalité n'intervient que s'il est déjà acquis, d'une part, que la mesure considérée porte atteinte à un droit et, d'autre part, qu'elle a été adoptée dans les conditions formelles et matérielles prévues par les normes qui l'encadrent. Cela signifie, tout d'abord, que ces normes peuvent elles-mêmes prévoir des conditions de validité qui

571 V. dans ce sens WEYEMBERGH A., « L'espace pénal européen, "épée" des droits fondamentaux dans l'Union européenne », Y. CARTUYVELS, Y. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 203-204.

correspondent à d'autres modèles éthiques. Ensuite cela signifie également que la proportionnalité ne peut pas primer sur l'illégalité : une mesure proportionnée mais illégale ne peut être adoptée, pas davantage qu'une mesure légale mais disproportionnée. Donc, si l'on postule que les seules mesures soumises au contrôle de proportionnalité sont des mesures limitatrices des libertés, alors la condition supplémentaire d'efficience ne peut par hypothèse qu'être favorable à ces libertés. Soit la mesure est disproportionnée et c'est une atteinte aux libertés qui est prévenue, soit elle est proportionnée et elle se serait de toute façon réalisée en l'absence de test de proportionnalité.

344. Toutefois toutes les atteintes aux libertés ne peuvent se résumer à l'opposition entre, d'une part, les droits d'un individu et, d'autre part, l'action des autorités publiques. Nombre d'atteintes établissent en réalité les délimitations entre des libertés concurrentes. Cela s'observe particulièrement aisément en matière d'incriminations. Définir la violation de domicile commise par un particulier suppose ainsi d'établir une limite entre la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée⁵⁷². L'incrimination des discriminations à l'embauche⁵⁷³ repose de la même manière sur un arbitrage entre le droit à l'égalité et la liberté contractuelle. Il ne fait pas non plus de doute que la création récente de la contravention d'outrage sexiste⁵⁷⁴ établit une limite entre, pour l'auteur, la liberté d'expression et (dans une certaine mesure) le versant actif de la liberté sexuelle et, pour la victime, le droit à la dignité, le droit à l'égalité et le versant passif de la liberté sexuelle. Dans tous ces cas, il est possible d'interroger la proportionnalité de la limite apportée au droit atteint par l'incrimination, au vu de la nécessité de protéger le droit atteint par le comportement incriminé. Or si un tel contrôle de proportionnalité est exercé, toute altération de la neutralité formelle du contrôle est susceptible de se répercuter sur l'équilibre tracé entre les droits en concurrence. L'exercice d'un contrôle orienté peut ainsi mener à favoriser sans raison valable une certaine théorie des valeurs dans le règlement des conflits de droits.

345. La tendance à l'expansion du contrôle de proportionnalité ne peut donc qu'inciter à la prudence à cet égard. Le mécanisme des obligations positives de protection des droits et celui de l'application horizontale mènent en effet à une réduction progressive de la marge de manœuvre des autorités publiques en la matière. Lorsque celles-ci sont tenues à une obligation positive de protéger un droit, leur abstention est susceptible de mener à un contrôle de proportionnalité. Il s'agira alors pour le juge de déterminer si les autorités avaient des raisons suffisantes de ne pas intervenir⁵⁷⁵. Dans bien des cas, le seul moyen de protéger efficacement le droit concerné sera d'en limiter un autre. Quel que soit le sens de la décision résultante, cette décision sera donc nécessairement sujette au contrôle de proportionnalité, qui portera tout aussi nécessairement sur l'équilibre établi entre les droits en conflit.

572 Code pénal, art. 226-4 et s.

573 Code pénal, art. 225-2, 3°.

574 Code pénal, art. 621-1, I, issu de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 *renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes* : « Constitue un outrage sexiste le fait, hors les cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2, d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. »

575 V. *supra*, p. 73 ; SUDRE F., « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme - De quoi est-il question ? », *JCP G*, 13 mars 2017, n° 11, doct. 289, § 34-35.

346. Un exemple remarquable est fourni par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 décembre 2008, *K.U. c. Finlande*⁵⁷⁶. À l'époque où le requérant était âgé de douze ans, une ou plusieurs personnes avaient, à son insu, publié sur Internet diverses informations personnelles le concernant sous la forme d'une annonce sur un site de rencontres. Un tel comportement était bien punissable en droit pénal finlandais, sous la qualification de diffamation, mais l'identification de ses auteurs n'était pas possible dans le cadre juridique applicable. Elle aurait nécessité la communication par le fournisseur d'accès à Internet des données personnelles permettant l'identification de ses utilisateurs, communication qui n'était prévue que pour une liste d'infractions dont la diffamation ne faisait pas partie. Or une telle communication, lorsqu'elle est prévue, constitue une atteinte à la liberté de communication et au droit à la vie privée, qui est elle-même susceptible de mener à un contrôle de proportionnalité. La Cour s'est donc engagée dans un véritable exercice de renversement du contrôle de proportionnalité pour démontrer ce en quoi, en l'espèce, la communication des données personnelles des auteurs de l'infraction aurait été justifiée. L'arrêt indique « *qu'une protection pratique et effective du requérant impliquait l'adoption de mesures efficaces pour identifier et poursuivre l'auteur, c'est-à-dire la personne qui avait passé l'annonce. Or pareilles mesures n'ont pas été prises. La prépondérance ayant été accordée à l'exigence de confidentialité, il n'a jamais été possible de procéder à une enquête efficace. Même si la liberté d'expression et la confidentialité des communications sont des préoccupations primordiales et si les utilisateurs des télécommunications et des services Internet doivent avoir la garantie que leur intimité et leur liberté d'expression seront respectées, cette garantie ne peut être absolue, et elle doit parfois s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui.* »⁵⁷⁷ La Cour applique ainsi un raisonnement contrefactuel : elle envisage ce qui aurait pu être et conclut que cette possibilité aurait été préférable à ce qui a été. Dans l'hypothèse choisie, la limitation qui aurait pu être apportée aux droits de l'auteur de l'annonce aurait été plus proportionnée que l'a été l'atteinte constituée par le défaut de protection dans la garantie des droits du requérant⁵⁷⁸.

347. L'arrêt *K.U. c. Finlande* illustre à quel point la question de la neutralité formelle du contrôle peut devenir cruciale. Certes, certaines réserves peuvent être émises, à titre général, en ce qui concerne l'étendue du contrôle ainsi exercé par la Cour. Elle aurait pu, au fond, parvenir au constat de violation sans passer par le paragraphe ici reproduit. Il ne s'agit pas pour autant d'un cas-limite.

576 CEDH (4^e s.), 2 déc. 2008, *K.U. c. Finlande*, req. n° 2872/02 : *Lamy dr. de l'immatériel* 2009, n° 45, p. 59, note COSTES ; *JDI* 2009, p. 1057, note DECAUX et TAVERNIER.

577 *Ibid.*, §49.

578 Notons au passage que, sous certaines formulations, ce type de contrôle pourrait mener à un raisonnement perpétuel. Pour assurer que la communication des données personnelles de l'auteur de l'annonce aurait été proportionnée, encore faut-il comparer cette atteinte hypothétique au but qu'elle viserait. Celui-ci serait donc de protéger la vie privée des tiers tels que le requérant. Mais le contrôle de proportionnalité de la mesure hypothétique requiert alors qu'elle soit pesée contre son alternative, c'est-à-dire l'absence de communication des données personnelles. Comme il est connu que cette absence de communication peut entraîner une atteinte à un droit qui fait l'objet d'une obligation positive de protection, il faut alors déterminer si l'absence de communication des données personnelles de l'auteur, en ce qu'elle entraîne une atteinte au droit à la vie privée du requérant, est proportionnée... et le cycle recommence, en imbriquant éventuellement les raisonnements contrefactuels successifs à la façon de poupées gigognes.

Les conflits de droits fondamentaux sont légion⁵⁷⁹ et, dès lors que les obligations positives sont susceptibles de mener à un contrôle de proportionnalité au même titre que les obligations négatives, la méthode contrefactuelle peut être mise en application, fût-ce implicitement. La neutralité formelle du contrôle, lorsqu'il est exercé, devient dans une telle hypothèse un enjeu essentiel car toute déviation, qu'elle tienne de l'excès ou du défaut, expose alors un droit fondamental à une atteinte injustifiée.

348. **Conclusion du premier paragraphe.** Il est ainsi possible de constater que la neutralité formelle de la proportionnalité-justification n'est pas assurée. La structure théorique du contrôle tend à privilégier une approche instrumentale et conséquentialiste du droit, construite autour d'une logique d'efficacité et d'une appréciation économique des situations. Cette approche trouve ses sources dans le domaine des sciences auxiliaires du droit, mais son intégration au contrôle juridictionnel peut lui faire produire les mêmes effets qu'une norme juridique formelle. Les opérations d'évaluation et de pesée qui sont au cœur du contrôle de proportionnalité peuvent ainsi être soumises, en raison de leurs présupposés logiques, à une théorie néo-utilitariste des valeurs. Cette orientation axiologique peut être légitime lorsqu'elle est intentionnellement intégrée dans le système juridique, mais elle présente également des risques importants. D'une part, le contrôle de proportionnalité peut être détourné de ses fonctions et instrumentalisé pour étendre la compétence répressive au nom de la logique de l'efficacité. D'autre part, lorsque ce sont deux droits fondamentaux qui entrent en conflit, la délimitation des droits des parties dépend de la méthode employée au cours du contrôle de proportionnalité. Enfin, même dans le cadre d'un contrôle exclusivement protecteur, il importe que les valeurs sociales mises en œuvre par le juge correspondent à celles reconnues par le système juridique. Pour ces raisons, il peut être souhaitable de limiter l'impact de cette approche utilitariste sur le contrôle de proportionnalité.

§2. Les contreponds à l'utilitarisme de la proportionnalité-justification

349. Le contrôle de proportionnalité est omniprésent⁵⁸⁰. Il ne fait pas de doute que sa diffusion dépasse, en étendue et en force, celle de tout consensus utilitariste sur les fins du droit et des droits fondamentaux (si tant est qu'un tel consensus existe). Une mise en place équilibrée du contrôle requiert donc que certains contreponds soient établis pour atténuer ou contrer son orientation utilitariste. Du point de vue de la matière pénale, l'enjeu se dédouble. Il s'agit non seulement de compenser l'orientation de la proportionnalité-justification à titre général mais également, à titre spécial, de déterminer comment l'articuler avec la logique rétrospective de la proportionnalité-mesure. À ces fins, plusieurs outils sont susceptibles d'intervenir, le cas échéant de manière cumulative. D'une part, le caractère utilitariste du contrôle peut être reconnu et conservé, tandis que son champ d'intervention est réduit aux cas où il paraît acceptable tel quel. Cela suppose de revenir à la technique classique du raisonnement catégorique de manière à ce que **certaines questions écartent entièrement le recours à la méthode de la pesée**. Les principes anti-

579 V. DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, coll.« Publications de l'Institut international des droits de l'homme, ISSN 1378-0484 », n° 13, 2011.

580 V. à titre général *supra*, Titre 1, Chapitre 1.

utilitaristes jouent alors un rôle de **contrepoids externes** (I). D'autre part **ces mêmes principes peuvent également influencer sur le contrôle par l'intérieur, si une place particulière leur est reconnue dans l'opération de pesée**. Le contrôle de proportionnalité-justification demeure conséquentialiste, mais il est alors réorienté par des **contrepoids internes** (II).

I. Les contrepoids externes

350. Les contrepoids externes consistent en des règles qui conditionnent la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité-justification : si l'une de ces règles s'applique, elle dicte la solution et écarte la proportionnalité. De tels contrepoids interviennent dans le domaine des droits fondamentaux, lorsque est atteint un droit qui n'accepte aucune limitation. La doctrine de la substance des droits, sous son acception absolutiste, correspond à cette hypothèse au même titre que les droits dits « intangibles ». Toutefois l'étude de leur application ne permet d'en dresser qu'un bilan mitigé (A). Par ailleurs, il est possible de considérer la proportionnalité-mesure comme un contrepoids de ce type, mais les solutions qui en découlent paraissent peu satisfaisantes (B).

A. Les bilan mitigé des contrepoids externes tenant au contenu normatif des droits

351. La notion de « substance intangible » des droits se recoupe en partie avec celles de « noyau dur » ou de « droits indérogeables ». Elle renvoie à l'idée que, pour un droit fondamental donné, une partie des prérogatives qu'il recouvre peuvent être susceptibles de limitations, tandis qu'une autre part, jugée essentielle, ne peut être atteinte sans anéantir le droit considéré. La Convention européenne des droits de l'homme ne mentionne pas cette notion, mais la Cour y a fait référence dès son arrêt sur l'*Affaire linguistique belge*⁵⁸¹. L'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne emploie les mots « *contenu essentiel* » : « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.* »

352. Le texte de la Charte souligne la connexion qui lie substance des droits et proportionnalité-justification. Dans un sens général, la substance ou essence des droits désigne ce qui, dans le droit garanti, est hors de portée des autorités publiques. Son articulation avec le principe de proportionnalité se présente habituellement sous deux angles opposés : ceux des théories « relativistes » et « absolutistes »⁵⁸². Les hésitations de la Cour européenne des droits de l'homme,

581 CEDH (plén.), 23 juil. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 : *Ann. fr. dr. int.* 1967, p. 205 ; *ibid.* 1968, p. 201, obs. PELLOUX ; *Cah. dr. eur.* 1967, p. 423, obs. VANWELKENHUYZEN. V. spéc., partie « *En droit* », I.B.,§5 : « *Le droit à l'instruction, garanti par la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention.* »

582 VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2001, p. 362-365, 370-373.

qui nuisent à la lisibilité de sa jurisprudence en la matière (2) ne remettent pas en cause la pertinence théorique de la distinction (1).

1. Une distinction théoriquement pertinente

353. **Les conceptions « relativistes » considèrent que la substance intangible d'un droit est ce qui reste lorsque le contrôle de proportionnalité est terminé** : l'atteinte au droit ne peut alors aller plus loin sans constituer une violation. Ces théories visent donc à concilier la notion de substance intangible avec la proportionnalité en les traitant comme deux formulations inverses de la même norme. M. Alexy a notamment suggéré que la loi de diminution des bénéfices marginaux peut permettre une telle conciliation⁵⁸³. Son raisonnement est le suivant. D'une part, au fur et à mesure que l'intensité de l'atteinte à un droit croît, le poids de ce droit dans la balance de la proportionnalité croît également : plus l'atteinte est importante, plus les raisons d'éviter cette atteinte le sont également et plus les justifications à son soutien doivent donc être impérieuses. D'autre part, le poids du droit dans la balance croît en réalité plus vite que l'atteinte : au fur et à mesure que le droit se trouve réduit, il devient de plus en plus urgent de préserver la part restante. Par conséquent, passé un certain seuil dans les restrictions, la valeur de la part restante du droit est si importante que plus aucune raison ne peut être suffisamment impérieuse pour le limiter davantage⁵⁸⁴. La substance intangible correspond donc à cette part du droit qui, dans la balance, est dotée d'une valeur infinie. C'est la version proportionnaliste de la dignité⁵⁸⁵. En dépit de son élégance certaine, toutefois, cette modélisation n'offre aucune protection spécifique à la substance des droits. Celle-ci est réduite à un effet marginal et son identification découle toujours, au premier chef, d'une pesée proportionnaliste ouverte aux mêmes défauts méthodologiques que le contrôle de proportionnalité lui-même. Ces défauts sont en réalité intrinsèques à toute approche relativiste. Dès lors que, d'une part, le contenu normatif positif de la substance des droits et, d'autre part, le contenu normatif négatif des atteintes non-proportionnées, sont identiques, la première notion ne peut jamais servir de rempart méthodologique au jeu de la seconde. Il est indifférent sur ce point que les deux principes soient considérés comme des synonymes, des antonymes convergents ou des corollaires mutuels.

354. Inversement, **selon les conceptions « absolutistes », l'essence ou la substance du droit correspond à une part qui ne peut être atteinte en aucune hypothèse, y compris si un contrôle de proportionnalité s'avérait positif**. Dans le cadre d'une recherche sur les limites de la proportionnalité-justification, une telle approche présente une garantie effective. Elle permet de faire primer sur le critère de proportionnalité des considérations de type déontologique ou non-conséquentialiste : une partie du droit est sanctuarisée et ne peut être touchée en aucune hypothèse, aussi légitimes et urgentes que puissent être les fins visées. Les atteintes à ces prérogatives

583 ALEXY R., « Constitutional rights, balancing, and rationality », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 2, p. 139-140, ensemble ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 102-104.

584 V. ŠUŠNJAR D., *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, *op. cit.*, p. 277-280 qui présente cette idée sous forme de schémas très éclairants.

585 ALEXY R., « Constitutional rights, balancing, and rationality », *op. cit.*, p. 140.

essentielles constituent des « injustifiables en soi »⁵⁸⁶, elles violent un impératif catégorique. Dans le cadre du contrôle juridictionnel, il est ainsi possible de procéder à une vérification préalable au contrôle de proportionnalité : l'interprétation du droit indique non seulement quelles prérogatives subjectives il recouvre, mais aussi lesquelles de ces prérogatives correspondent à sa substance intangible. Si la mesure contrôlée atteint l'une des prérogatives substantielles, elle est immédiatement écartée sans contrôle de proportionnalité-justification. Le contrôle de proportionnalité est donc limité et encadré par un contrôle préalable qui obéit au fonctionnement classique du raisonnement catégorique. La question de l'efficacité ou de l'utilité de la mesure envisagée ne peut se poser qu'à condition qu'elle ait préalablement été classée dans la catégorie des mesures potentiellement justifiables.

355. Relevons que sous la conception absolutiste, la substance des droits soumis à limitations est protégée par un raisonnement similaire à celui qui est tenu lorsque est atteint un droit intangible. Dire d'un droit – tel que par exemple le droit à ne pas être soumis à la torture – qu'il est insusceptible de dérogation quelles que soient les circonstances signifie en effet que tout contrôle de proportionnalité-justification est écarté. L'énoncé est donc équivalent à celui pour lequel ce droit comporte une substance absolue dont l'étendue couvre l'intégralité de son champ d'application. C'est pourquoi nous emploierons parfois, au cours des développements qui vont suivre, des éléments de jurisprudence empruntés au contentieux des droits indérogeables

2. Une distinction peu éclairante au regard de la jurisprudence

356. La Cour européenne des droits de l'homme a fréquemment recours à la notion de substance intangible des droits mais l'usage qu'elle en fait demeure peu lisible. Il lui arrive ainsi parfois de se référer expressément à la substance du droit atteint, mais de la faire coïncider soit avec l'énoncé du texte de la Convention, soit avec le résultat négatif d'un contrôle de proportionnalité, ce qui correspondrait à une approche relativiste (a). Dans d'autres cas, un contrôle de proportionnalité est annoncé mais, à sa place, la Cour se livre à un raisonnement catégorique fondé sur la seule intensité de l'atteinte, ce qui semble revenir à mettre en œuvre une conception absolutiste (b). Enfin la méthode dite de la « proportionnalité-interprétation » vient également brouiller les pistes en traitant certains droits indérogeables comme la substance intangible de droits plus étendus (c). Nous présenterons pour chaque cas un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour en matière répressive.

a. La mention expresse de la substance du droit privée de portée concrète

357. Lorsqu'elle applique l'article 5 de la Convention, la Cour se réfère souvent expressément à la substance des droits garantis par le texte. Toutefois, d'une part, le contenu qu'elle prête à cette substance est en réalité redondant avec l'énoncé de l'article⁵⁸⁷. D'autre part, cette substance n'est pas réellement intangible, car elle peut faire l'objet d'atteintes proportionnées sans qu'il en résulte

586 VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 352.

587 Dans ce sens : ROUZIERE-BEAULIEU O., *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de Doctorat, Université de Montpellier, 2017, p. 111-116.

une violation de la Convention. L'arrêt *Medvedyev et autres c. France* en offre une illustration⁵⁸⁸. Le navire des requérants, soupçonné de transporter une importante cargaison de drogue, avait été arraisonné au large des îles du Cap-Vert. À la suite de cet arraisonnement, les membres de l'équipage avaient été privés de leur liberté et n'avaient pu être présentés à un magistrat qu'après treize jours de mer, le temps pour le navire d'être amené au port de Brest, à plusieurs milliers de kilomètres. La Cour était entre autres saisie sur le fondement de l'article 5, §3, de la Convention, qui dispose que « *Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure.* » En effet, la durée de la détention en mer paraissait contraire à cette exigence de célérité. La Cour avait auparavant déjà indiqué, dans l'arrêt *Brogan*, que « *si la célérité s'apprécie suivant les particularités de chaque cause, le poids à leur accorder ne saurait jamais aller jusqu'à porter atteinte à la substance du droit protégé par l'article 5 par. 3, c'est-à-dire jusqu'à dispenser en pratique l'État d'assurer un élargissement rapide ou une prompt comparution devant une autorité judiciaire.* »⁵⁸⁹ Elle avait, dans le même arrêt, estimé qu'une durée de quatre jours et six heures de garde à vue allait « *au-delà des strictes limites de temps permises* » et que l'on « *élargirait de manière inacceptable le sens manifeste d'“aussitôt” si l'on attachait aux caractéristiques de la cause un poids assez grand pour justifier une si longue détention sans comparution devant un juge ou un “autre magistrat”. On mutilerait de la sorte, au détriment de l'individu, une garantie de procédure offerte par l'article 5 par. 3 et l'on aboutirait à des conséquences contraires à la substance même du droit protégé par lui* »⁵⁹⁰. Les termes très sévères de la jurisprudence *Brogan* laissaient donc *a priori* peu de marge de manœuvre : si la substance du droit à la sûreté était bien absolue, l'affaire *Medvedyev* devrait mener à un constat de violation.

358. Telle n'a pas été la solution retenue par la Cour. Après avoir rappelé ses exigences quant à la substance du droit garanti par l'article 5, §3, elle s'est simplement livrée à un contrôle de proportionnalité classique. La durée de détention était adéquate au regard de la distance à parcourir et « *compte tenu des conditions météorologiques et de l'état de délabrement avancé* » du navire. Elle doit être présumée nécessaire, car les requérants n'alléguaient pas qu'il ait été possible de les traduire plus rapidement devant un magistrat par d'autres moyens. Enfin, elle était proportionnée car, une fois le navire arrivé au port de Brest à compter du moment où leur comparution était devenue possible, les requérants furent présentés à un magistrat pour la première fois après un délai de neuf heures, une durée compatible avec les exigences de l'article 5, §3⁵⁹¹. **La Cour n'emploie donc pas la substance du droit garanti comme un dispositif interprétatif qui révélerait un contenu spécifique disposant d'une protection renforcée. Elle s'en sert plutôt comme d'un**

588 CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : D. 2010, p. 898, obs. LAVRIC ; *ibid.*, p. 970, note REBUT ; *ibid.*, p. 1390, note HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note RENUCCI ; JCP G. 2010, n° 720, obs. SUDRE ; *ibid.*, n° 830, note SUDRE ; *ibid.*, n° 1587, chron. SUDRE ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 115, p. 15, note MATSOPOULOU ; *ibid.*, n° 341, p. 6, note BACHELET ; *ibid.*, 2011, n° 19, p. 8, note BRIAND ; *Dr. Pénal* 2010, n° 6, note THIERRY ; *RPDP* 2010, p. 865, note VERGÈS.

589 CEDH (plén.), 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, §59.

590 *Ibid.*, §62.

591 CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, préc., §131-132.

élément de rhétorique qui lui permet d'insister sur l'importance du droit garanti. L'arrêt fournit donc, selon la lecture qui lui est donnée, soit un exemple de conception relativiste de la substance du droit, soit un exemple de substance sujette à limitations.

359. Cela ne signifie pas pour autant que la Cour adhère toujours à une conception relativiste. Il lui arrive en effet, inversement, d'adopter un raisonnement bien plus absolutiste.

b. Le traitement ponctuellement absolutiste d'une substance relative

360. L'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme est un terrain de prédilection pour le développement de la jurisprudence sur l'essence des droits. Le premier alinéa du texte dispose : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.* » Le second alinéa ajoute : « *Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.* »

361. La Cour estime de manière constante que la première phrase du premier alinéa consacre un droit général au respect des biens⁵⁹². La protection contre les expropriations ou les restrictions d'usage injustifiées constituent « *des cas particuliers* » qui « *doivent s'interpréter à la lumière* » de ce principe général⁵⁹³. Par conséquent, même lorsque les situations qui lui sont présentées ne correspondent pas à des privations ou des restrictions du droit de propriété, la Cour recherche si « *la substance même* » de ce droit n'a pas été touchée⁵⁹⁴. Toutefois, la notion de substance ne désigne pas nécessairement une part intangible du droit. Elle sert plutôt à définir la portée d'un texte formulé de manière trop générale. Dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, fondateur en la matière, la Cour indique par exemple que la substance du droit est atteinte lorsque les autorités étatiques délivrent des « *permis d'exproprier* » qui reconnaissent par avance la légalité d'une éventuelle expropriation future et rendent ainsi le droit de propriété « *précaire et révoquant* »⁵⁹⁵. Cette situation n'emporte toutefois pas immédiatement le constat de violation. Au contraire, elle ouvre la voie à un contrôle de proportionnalité. La Cour indique à cet égard qu'elle « *doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* », préoccupation « *inhérent[e] à l'ensemble de la Convention* » qui « *se révèle aussi dans la structure* » de l'article 1 du premier protocole additionnel⁵⁹⁶. Ici, la substance du droit de propriété est donc, au mieux, définie en termes relativistes et, au pire, une façon élégante d'écrire que la première phrase de l'article comprend des dispositions substantielles, par opposition à des dispositions formelles ou à une simple lettre d'intention.

592 CEDH (plén.), 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. n° 7151/75 et 7152/75, §61.

593 CEDH (plén.), 21 févr. 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79, §37.

594 CEDH (plén.), 23 sept. 1982, préc., §60.

595 *Ibidem*.

596 *Ibid.*, §69.

362. Pourtant la Cour revient parfois, à l'intérieur de cette substance relativiste, à un raisonnement absolutiste. L'arrêt *Apostolakis c. Grèce* du 22 octobre 2009 en offre une illustration en matière répressive⁵⁹⁷. Le requérant avait été condamné pénalement pour sa participation à une fraude au détriment d'un organisme de retraite. La pension de retraite qui lui avait été précédemment accordée fut ensuite annulée par l'organisme compétent au vu de sa condamnation, conformément à la loi grecque. La Cour ayant déjà reconnu que le droit à pension pouvait, une fois acquis sous certaines conditions, être assimilé au droit de propriété⁵⁹⁸, elle était donc saisie sur le point de savoir si cette privation constituait une violation de l'article 1 du premier protocole additionnel. Son raisonnement, présenté comme un contrôle de proportionnalité, est en fait exprimé en termes catégoriques.

363. L'arrêt indique d'abord que la suppression de la pension de retraite ne constituant ni une expropriation, ni une réglementation dans l'usage des biens, elle doit « être examinée sous l'angle de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 ». Toutefois, il n'est pas fait de référence à la substance du droit de propriété et la Cour annonce immédiatement qu'il convient « de déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre les exigences relatives à l'intérêt général de la société et les impératifs liés à la protection des droits fondamentaux de l'individu »⁵⁹⁹. Or elle ne procède pas au contrôle de proportionnalité qu'ouvre habituellement cette formule. Elle examine l'intensité de l'atteinte imposée au droit du requérant et conclut par un *obiter dictum* : une « sanction qui comporterait la déchéance totale de tout droit de pension de retraite et de couverture sociale, y compris l'assurance santé, constitue non seulement une double peine, mais a pour effet d'anéantir le principal moyen de subsistance d'une personne qui a atteint l'âge de la retraite, tel le requérant. Or un tel effet n'est conforme ni avec le principe du reclassement social qui régit le droit pénal des Etats contractants ni avec l'esprit de la Convention. »⁶⁰⁰ Le requérant a donc « été amené à supporter une charge excessive et disproportionnée qui, même si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à reconnaître aux Etats en matière de législation sociale, ne saurait se justifier par le bon fonctionnement de l'administration et par la crédibilité et l'intégrité du service public que le Gouvernement invoque »⁶⁰¹. La succession de ces deux considérations est porteuse d'un sens clair. Le caractère disproportionné de la sanction infligée au requérant ne découle pas d'un mauvais calcul d'efficience : une telle sanction n'aurait pu être proportionnée en aucune hypothèse, dès lors qu'elle consistait à « anéantir le principal moyen de subsistance d'une personne qui a[vait] atteint l'âge de la retraite ». Autrement dit, c'est ici l'atteinte à la substance absolue du droit au respect des biens qui emporte nécessairement la disproportion de la mesure.

364. L'arrêt *Apostolakis* illustre ainsi le fait que **les conceptions relativistes et absolutistes peuvent être imbriquées**. Une approche relativiste régit le champ général du droit au respect des

597 CEDH (1^{ère} s.), 22 oct. 2009, *Apostolakis c. Grèce*, req. n° 39574/07 : JCP S. 2010, n° 6, p. 33, note COURSIER.

598 V. par exemple CEDH (ch.), 16 sept. 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n° 17371/90, §41 : AJDA 1998, p. 37, chron. FLAUSS ; D. 1998, p. 438, note MOULY et MARGUÉNAUD ; RFDA 1997, p. 965, étude SUDRE. CEDH (2^e s.), 12 oct. 2004, *Kjartan Asmundsson c. Islande*, req. n° 60669/00, §39 : AJDA 2005, p. 547, note FLAUSS ; TPS 2005, Comm. 152, obs. PRÉTOT.

599 CEDH (1^{ère} s.), 22 oct. 2009, préc., §37.

600 *Ibid.*, §41

601 *Ibid.*, §42.

biens, ce qui n'a pas fait obstacle en l'espèce à l'application ponctuelle d'une conception absolutiste pour révéler ce qui constitue en quelque sorte « le noyau dur de la substance » du droit (ou la substance intangible de son contenu substantiel⁶⁰²). Cet effet de superposition peut également se révéler dans le sens inverse, au niveau de droits qui sont définis comme intangibles, mais auxquels la Cour associe des extensions susceptibles de dérogations.

c. L'identification d'une substance absolue des droits intangibles

365. Il peut paraître paradoxal de parler de substance intangible ou de noyau dur à propos de droits qui sont supposés ne connaître aucune dérogation. Pourtant, la proportionnalité intervient parfois à la marge de ces droits indérogeables. Il se crée alors, de fait, une distinction entre le cœur du droit, réellement intangible, et un champ externe ouvert au contrôle de proportionnalité. Tel est le cas en ce qui concerne le droit à ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants garanti par l'article 3 de la Convention. La comparaison des arrêts *Jalloh* et *Gäfgen* permet de s'en convaincre. Dans l'un comme dans l'autre, la Grande chambre de la Cour a constaté une violation de l'article 3 à cause de méthodes excessivement rigoureuses employées par les autorités pour obtenir des éléments d'information ou de preuve. Or son raisonnement et sa motivation ont été très différents dans les deux espèces.

366. À l'origine de l'arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1^{er} juin 2010⁶⁰³, le requérant avait été interrogé sur le lieu où se trouvait un jeune garçon qu'il avait kidnappé. Au cours de cet interrogatoire, il avait été menacé d'être torturé, menaces qui l'avaient déterminé à révéler les informations demandées. Saisie sur le fondement de l'article 3 de la Convention, la Cour commence par rappeler que ce texte consacre une prohibition absolue, qui « ne prévoit aucune restriction et ne souffre aucune dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »⁶⁰⁴ et ce « quel que soit le comportement de la personne concernée »⁶⁰⁵. Elle présente ensuite les critères qu'elle juge pertinents pour la qualification de torture ou de peine ou de traitement inhumain ou dégradant, critères qui concernent tous la nature et l'intensité des traitements infligés, sans considération de leurs finalités⁶⁰⁶. L'application de ces principes au cas d'espèce présente un syllogisme catégorique exemplaire. En particulier, la Cour « admet la motivation qui inspirait le comportement des policiers », lesquels « se trouva[ie]nt soumis à une pression extrême car ils croyaient la vie [de l'enfant kidnappé] en grand danger », mais elle estime que « la torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril », car « le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu du droit consacré à l'article 3 ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être

602 Pour ne pas dire : sa substantifique moelle.

603 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, req. n° 22978/05 : RSC 2010, p. 678, chron. MARGUÉNAUD ; JCP 2008, I, n° 167, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2009, Chron. 4, obs. DREYER.

604 *Ibid.*, §87. V. également CEDH (plén.), 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, §163 : *Cah. dr. eur.* 1979, p. 121, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1978, p. 379, obs. PELLOUX ; *JDI* 1980, p. 449, obs. ROLLAND ; *RUDH* 1990, p. 121, obs. CALLEWAERT, DEJEANT-PONS et SANSONETIS ; *RGDIP* 1979, p. 104, obs. MARTIN.

605 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, préc., §87.

606 *Ibid.*, §88-93.

reprochée »⁶⁰⁷. La qualification de torture ou de peine ou de traitement inhumain ou dégradant, fondée sur un raisonnement catégorique, revêt une valeur absolue qui écarte tout contrôle de proportionnalité. La formulation à la fois générale et rigoureuse de cette interprétation semble sans équivoque.

367. C'est pourtant bien un contrôle de proportionnalité qui est mené quelques années plus tôt, dans l'arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006⁶⁰⁸. Le requérant, soupçonné de transporter dans son estomac des capsules contenant des stupéfiants, s'était vu administrer de force deux émétiques, l'un par sonde nasogastrique et le second par injection. Saisie sur le fondement de l'article 3 de la Convention, la Cour s'abstient de rappeler sa jurisprudence antérieure sur le caractère absolu de la prohibition établie par ce texte. Au contraire, elle rapproche son raisonnement de ceux qu'elle tient habituellement en matière d'interventions médicales forcées : « *Une mesure dictée par une nécessité thérapeutique du point de vue des conceptions médicales établies ne saurait en principe passer pour inhumaine ou dégradante* »⁶⁰⁹ et, même en l'absence d'une telle nécessité, « *les articles 3 et 8 de la Convention n'interdisent pas en tant que tel le recours à une intervention médicale contre la volonté d'un suspect en vue de l'obtention de la preuve de sa participation à une infraction.* »⁶¹⁰

368. En réalité les espèces auxquelles la Cour fait référence sont si éloignées de l'affaire *Jalloh* que tout raisonnement analogique, même *a contrario*, semble voué à l'échec. Les premières concernaient des actes thérapeutiques visant, par exemple, à sauver la vie d'une personne détenue en la nourrissant de force pendant sa grève de la faim, tandis que dans les secondes, il s'agissait d'actes bénins tels que des prélèvements de sang ou de salive. La comparaison constitue donc plutôt un dispositif rhétorique pour préparer l'annonce du véritable contrôle de proportionnalité qui suit : « *Toutefois, la nécessité de toute intervention médicale de force en vue de l'obtention de la preuve d'une infraction doit se trouver justifiée de manière convaincante au vu des circonstances de l'affaire* » (adéquation). « *Cela vaut en particulier lorsque l'intervention vise à recueillir à l'intérieur du corps de la personne la preuve matérielle de l'infraction même dont elle est soupçonnée. La nature particulièrement intrusive d'un tel acte exige un examen rigoureux de l'ensemble des circonstances. A cet égard, il faut tenir dûment compte de la gravité de l'infraction en question. Les autorités doivent également démontrer qu'elles ont envisagé d'autres méthodes pour obtenir des preuves* » (nécessité). « *En outre, l'intervention ne doit pas faire courir au suspect le risque d'un préjudice durable pour sa santé* » (équilibre global)⁶¹¹. Il s'agit bien d'apprécier l'atteinte réalisée, non pas seulement au vu de sa nature et de son intensité, mais aussi au regard de sa correspondance à ses buts et de ses conséquences.

369. L'application des principes ainsi énoncés à l'espèce, en cohérence avec cette annonce, ne relève donc pas du raisonnement catégorique fondé uniquement sur les caractéristiques de l'atteinte.

607 *Ibid.*, §106-107.

608 CEDH (Gr. ch.), 11 juil. 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. n° 54810/00 : *AJDA* 2006, p. 1710, obs. FLAUSS ; *JCP G.* 2007, I, n° 106, n° 1, obs. SUDRE ; *JDI* 2007, p. 718, obs. DELEPLACE.

609 *Ibid.*, §69.

610 *Ibid.*, §70.

611 *Ibid.*, §71.

La Cour indique notamment qu'elle « ne partage pas l'avis du Gouvernement selon lequel il aurait été tout aussi humiliant pour le requérant d'attendre l'élimination des stupéfiants par les voies naturelles. Une telle mesure entraîne certes une immixtion dans l'intimité en raison de la nécessité d'une surveillance, mais elle fait intervenir une fonction organique naturelle et est dès lors bien moins attentatoire à l'intégrité physique et mentale de la personne concernée qu'un acte médical pratiqué de force »⁶¹². Ce défaut de nécessité et la disproportion générale entre la rigueur des moyens employés et la faible urgence des fins visées occupent une place essentielle dans le constat de violation : « Les autorités ont porté gravement atteinte à l'intégrité physique et mentale du requérant, contre son gré. Elles l'ont forcé à vomir, non pas pour des raisons thérapeutiques mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives. »⁶¹³

370. À première vue, les arrêts *Jalloh* et *Gäfgen* paraissent donc, à partir de questions comparables, reposer sur des interprétations diamétralement opposées de l'article 3⁶¹⁴. **Il semble que la Cour identifie, au sein du texte, deux ensembles de garanties distincts, à la façon d'une substance intangible, conçue étroitement et d'un champ protégé susceptible de limitations, plus étendu.** La substance intangible correspondrait à un type de traitements rigoureux qui sont, en toute hypothèse, toujours contraires à la Convention. Tel est le cas lorsque les souffrances physiques ou psychiques sont infligées intentionnellement, qu'elles sont la fin immédiate des traitements infligés. Il en va ainsi lorsque, comme dans l'affaire *Gäfgen*, les autorités font délibérément usage de menaces ou de violence à l'égard d'une personne privée de sa liberté. Le champ protégé, quant à lui correspond au cas où les souffrances subies résultent des traitements rigoureux sans en constituer une finalité. Ces traitements sont alors susceptibles de causer un certain degré de souffrances ou de désagréments physiques ou mentaux, mais ils peuvent, sous certaines conditions, être réalisés sans violer la dignité de la personne qui les subit. En ce cas, il est envisageable qu'un contrôle de proportionnalité permette de qualifier de violations de l'article 3 des traitements qui se trouvent à la limite du seuil de gravité, mais qui s'avèrent excessifs au vu de leurs fins. Le jeu de comparaisons mis en œuvre par la Cour dans l'arrêt *Jalloh* peut être compris comme indiquant cette possibilité.

371. Si l'on retient cette hypothèse, alors le champ de l'article 3 est en quelque sorte modulé par le jeu de la proportionnalité. Un premier raisonnement catégorique détermine si, comme dans l'affaire *Gäfgen*, le traitement infligé constitue un « injustifiable en soi ». Si tel est le cas, le contrôle de proportionnalité n'est pas nécessaire et le seuil de gravité des traitements emportant violation sera abaissé. Subsidiairement, le traitement peut constituer un « injustifié *in casu* », ce qu'un contrôle de proportionnalité permet de vérifier. **La part intangible du droit devient ainsi en quelque sorte la substance absolue d'un autre droit au champ d'application plus étendu.**

612 *Ibid.*, §79.

613 *Ibid.*, §82 (nous soulignons).

614 V., sur les hésitations de la Cour quant aux critères de qualification des tortures ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants, WACHSMANN P., « “Dans le leurre du seuil”. Sur la détermination de l'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élizabeth Zoller*, Dalloz, coll.« Études, mélanges, travaux », 2018, p. 203-225.

372. L'étude de la notion de substance intangible des droits mène donc à émettre un bilan général mitigé. La clarté logique du concept ne se retrouve pas réellement dans l'usage jurisprudentiel qui en est fait et le flou règne en la matière. En dépit de ces incertitudes il apparaît bien que la Cour européenne des droits de l'homme laisse effectivement une certaine place à un raisonnement catégorique susceptible d'écarter toute pesée proportionnaliste, là où les droits sont atteints trop profondément et directement. Pour autant le mode de raisonnement ainsi décrit paraît inadéquat pour assurer la conciliation entre proportionnalité-justification et proportionnalité-mesure des peines.

B. L'insuffisance des contreponds externes quant aux exigences de la proportionnalité-mesure

373. La distinction entre proportionnalité-mesure et proportionnalité-justification tient à leur dimension temporelle. **La proportionnalité-mesure, qui exige un certain lien entre la peine et l'infraction qu'elle sanctionne, regarde vers le passé au nom de la rétribution du mal commis. La proportionnalité-justification, à l'inverse, regarde vers l'avenir au nom de la protection des droits contre les atteintes inutiles ou excessives.** Leurs critères sont donc distincts et peuvent même, sur une même espèce, être divergents. Qui plus est, la notion de rétribution est traditionnellement présentée comme en opposition avec les justifications de la peine tournées vers l'avenir : on parle de punir *quia peccatum est* ou *ne peccetur*⁶¹⁵. Par conséquent, dès lors que les deux principes sont susceptibles de s'appliquer, il est possible qu'ils dictent des solutions différentes et entrent ainsi en conflit (1). Ces conflits pourraient être résolus si, lorsqu'ils se produisent, la proportionnalité-justification était écartée par un contrepond externe, par une règle catégorique qui s'appliquerait sans contrôle de proportionnalité. Ce contrepond pourrait soit consister en une application de la théorie absolutiste de la substance des droits, soit en une application autonome de la proportionnalité-mesure en termes absolus. Toutefois ni l'une ni l'autre de ces solutions ne paraît entièrement satisfaisante (2).

1. L'existence de conflits entre proportionnalité-mesure et proportionnalité-justification

374. Prenons les principes de proportionnalité-mesure et de proportionnalité-justification. Postulons que ces deux principes ne peuvent pas être unifiés, les critères rétrospectifs du contrôle de proportionnalité-mesure étant incompatibles avec le caractère conséquentialiste et instrumentaliste de la proportionnalité-justification. Il demeure envisageable que, en dépit de la divergence de leurs critères, l'application de l'un ou de l'autre de ces principes mène en réalité à la même solution. La proportionnalité-justification, en écartant toutes les peines injustifiées du point de vue de leur nécessité pour l'avenir, écarterait toutes celles qui seraient sans rapport quantitatif avec l'infraction sanctionnée. En d'autres termes, une peine utile serait nécessairement une peine juste, car seules les peines justes pourraient être utiles et toutes les peines justes seraient utiles. Dans ce cas, les conflits théoriques entre les deux principes seraient virtuels et il serait possible de privilégier une théorie

615 V. notamment PONCELA P., *Droit de la peine*, 2^e éd., Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 2001, p. 57 et s., qui fait de l'opposition entre rationalités prospectives et rationalités restitutives la *summa divisio* de sa présentation des rationalités punitives.

« relativiste » de la proportionnalité-mesure, analogue dans son fonctionnement à la théorie relativiste de la substance des droits.

375. Cette possibilité est toutefois écartée dans de très nombreuses situations. En premier lieu, il arrive qu'une infraction d'une très grande gravité soit commise par une personne qui, au moment de sa condamnation, est peu susceptible de commettre d'autres actes pénalement répréhensibles ou de déterminer d'autres personnes à en commettre. La proportionnalité-mesure exige alors une sanction importante, tandis que la proportionnalité-justification ne permet, au plus, que des peines de sévérité réduite. Une illustration saisissante est fournie par le cas de Maurice Papon, né en 1910 et condamné pour complicité de crimes contre l'humanité en 1998, à raison d'actes commis entre 1942 et 1944. La condamnation était donc intervenue quarante-quatre ans après les faits et alors que leur auteur était âgé de quatre-vingt-huit ans⁶¹⁶. Au vu de la gravité considérable de l'infraction et conformément au principe suivant lequel le complice est, en droit français, puni comme auteur, la proportionnalité-mesure eût exigé une peine exceptionnellement sévère. Dans le même temps, la proportionnalité-justification aurait commandé une solution bien différente s'il s'était agi de ne tenir compte que des effets à attendre de la peine pour l'avenir. Que ce soit en termes de réinsertion, de prévention spéciale (c'est-à-dire de prévention de la récidive), de prévention générale (c'est-à-dire de dissuasion) ou de réparation du trouble causé à l'ordre public et des préjudices causés aux victimes, l'âge avancé du condamné et la très longue période de temps s'étant écoulée depuis les faits réduisaient considérablement les effets prospectifs pouvant être attendus de la sanction. Dans un cas de ce genre, la proportionnalité-mesure est favorable à une peine plus sévère : elle va dans le sens de la répression. Si elle est prise en considération pour limiter la proportionnalité-justification, il s'agit alors d'une limite positive, qui s'oppose à un excès de clémence.

376. Inversement et en second lieu, la proportionnalité-justification peut admettre qu'une peine soit plus importante que celle autorisée par la seule proportionnalité-mesure. Il en est ainsi en principe des peines qui sanctionnent une infraction formelle, c'est-à-dire un acte qui ne cause pas directement un trouble à l'ordre public ou un dommage à autrui, mais qui crée ou renforce le risque que ce trouble ou ce dommage se produise. La protection de l'environnement par le droit pénal en fournit de nombreux exemples. L'article L.173-1, I, du Code de l'environnement punit ainsi d'un an d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, entre autres, l'exploitation d'une installation classée sans l'autorisation ou l'enregistrement requis. Les installations concernées sont définies par une nomenclature en fonction de la nature de leur activité et de son étendue, appréciée par seuils quantitatifs⁶¹⁷. « C'est donc le franchissement du seuil qui constitue la matérialité de l'atteinte et entraîne le déclenchement de la répression »⁶¹⁸, plutôt que l'existence d'un dommage concret et

616 Cette échelle de temps n'avait d'ailleurs pas été sans poser problème du point de vue de la répression, tant concernant la procédure que l'exécution de la peine. V. notamment, sur la compatibilité des conditions de détention du condamné avec son âge et son état de santé : CEDH (3^e s.), décision du 7 juin 2001, *Papon c. France* (N°1), req. n° 64666/01 (recevabilité) : *D.* 2001, 2335, obs. J.-P. CÉRÉ ; *LPA* 2001, n° 188, obs. BOITARD ; *D.* 2002, Somm. 683, obs. J.-F. RENUCCI. Sur l'intervention d'un historien en qualité de témoin : Cass. plén., 11 juin 2004, n° 98-82.323 : *D.* 2005, 624, chron. J. PRADEL.

617 Code de l'environnement, art. L.511-1, L.511-2 et R.511-9.

618 COURTAIGNE-DESLANDES C., *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris, France, 2010, p. 48.

actuel causé à l'environnement, lequel constitue une circonstance aggravante⁶¹⁹. Or la proportionnalité-mesure, combinée au principe de légalité des peines, suppose que l'agent ne soit puni que pour ce que son comportement a d'illégal. La peine devrait donc, en proportionnalité-mesure, être établie soit abstraitement, en fonction de l'ampleur du dépassement du seuil, soit concrètement, en fonction de la dangerosité supplémentaire apportée à l'installation par ce dépassement. Dans bien des hypothèses, ce différentiel est susceptible d'être très réduit⁶²⁰ et la peine établie en proportionnalité-mesure devrait donc l'être aussi. La proportionnalité-justification admettrait au contraire une peine plus sévère, en cohérence avec la finalité préventive de l'incrimination. Il s'agit moins de punir des dommages environnementaux réalisés que d'appuyer pénalement les réglementations et le pouvoir des autorités administratives compétentes pour prévenir ces dommages⁶²¹. Dans ce cas, la proportionnalité-mesure peut être comprise comme une limite négative, susceptible de restreindre la répression.

377. Il apparaît ainsi, sans réelle surprise, que la proportionnalité-mesure et la proportionnalité-justification ne peuvent être traitées comme convergentes. La détermination des peines par la seule proportionnalité-justification mènerait nécessairement à ce que la proportionnalité-mesure soit insatisfaite et il n'est par conséquent pas possible de la traiter comme une limite relative. Toutefois cette incompatibilité n'exclut pas, inversement, que l'on puisse traiter la proportionnalité-mesure comme une limite absolue.

2. L'inadéquation des solutions absolutistes

378. En l'absence de convergence ou d'intégration entre les deux principes de proportionnalité, il est envisageable que la proportionnalité-mesure fonctionne à la manière d'un contrepoids externe, en écartant la proportionnalité-justification lorsque la contradiction est trop importante. Cette primauté de la proportionnalité-mesure pourrait résulter de l'application directe du principe, mais il est aussi envisageable qu'elle passe par l'intermédiaire d'un droit fondamental atteint. Négativement, une peine utile dans sa sévérité, mais trop importante en comparaison avec l'infraction, pourrait ainsi être écartée en ce qu'elle méconnaîtrait la substance absolue d'un des droits de la personne condamnée. Positivement, à l'inverse, une peine satisfaisante en termes d'utilité mais négligeable au vu de la gravité des faits pourrait violer la substance absolue du droit des victimes, qui serait méconnue par un effet de dévalorisation symbolique.

379. Un tel rapprochement paraît produire des effets peu conformes à l'esprit de la proportionnalité-mesure. D'abord il semble difficile de ne traiter la proportionnalité-mesure que comme un droit subjectif, en particulier dans sa dimension positive. Cela paraît peu cohérent avec la distinction traditionnelle entre les domaines civil et pénal. Le droit français, s'il consacre une place toujours croissante aux victimes au sein de la procédure pénale, ne leur permet de se prévaloir

619 Code de l'environnement, art. L.173-3.

620 Par effet de seuil, l'écart peut être très étroit entre l'installation légalement exploitée sans enregistrement ou autorisation et celle qui est délictueuse. Dans l'exemple d'un élevage, un seul animal peut suffire à faire basculer l'installation dans l'illégalité (v. Code de l'environnement, annexe à l'art. R. 511-9, *in fine*).

621 Dans le même sens, l'article L.171-7 du même code habilite l'administration compétente, indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées, à mettre en demeure l'intéressé de régulariser sa situation. La méconnaissance de cette mise en demeure est incriminée à titre autonome par l'article L.173-3, II, 5°.

d'aucune prérogative sur la peine prononcée⁶²². Le droit d'appel de la partie civile contre les décisions de jugement rendues en premier ressort ne concerne ainsi que ses intérêts civils⁶²³, tout comme sa faculté de se pourvoir en cassation⁶²⁴. Il n'est donc pas possible de résumer le versant positif de la proportionnalité-mesure à la garantie des droits fondamentaux des victimes. Le principe découle de la fonction rétributive de la peine et, dans cette mesure, il relève avant tout de l'expression juridique de valeurs sociales d'intérêt public.

380. Ensuite une approche absolutiste mène à raisonner en termes de seuils et à établir, le long de l'échelle des peines envisageables, un *minimum* et un *maximum*. En termes de substance des droits, ces seuils correspondent donc à des cas où c'est le principe même d'un droit qui est en péril. Or ces cas ne correspondent pas réellement à des problèmes de correspondance entre la sanction et l'infraction. Ainsi lorsque la Cour européenne des droits de l'homme estime, sur le plan négatif, qu'une peine excessive cause une atteinte à la part intangible d'un droit garanti par la Convention, elle raisonne à partir de la seule gravité de l'atteinte, et non en étudiant son rapport à l'infraction sanctionnée⁶²⁵. Inversement, sur le plan positif, lorsque la Cour constate la violation d'une obligation positive de protection à raison de lacunes dans le droit pénal de fond d'un État partie, ces lacunes ne tiennent pas au manque de sévérité de la peine mais plutôt à son absence pure et simple, par exemple en raison d'une incrimination trop restreinte⁶²⁶.

381. Il découle de ce qui précède que, quand bien même la théorie absolutiste de la substance des droits et la proportionnalité-mesure peuvent toutes deux constituer des limites externes à la proportionnalité-justification des peines, elles ne peuvent pas pour autant être assimilées entre elles. Si la proportionnalité-mesure est dotée d'une telle fonction limitatrice, cette fonction ne peut donc que lui être directement dévolue. Il s'agit à nouveau d'établir un maximum et, le cas échéant, un minimum de peine, que la proportionnalité-justification ne peut pas permettre de franchir. Toutefois, ces seuils sont déterminés au regard du principe de proportionnalité-mesure pris pour lui-même, plutôt qu'en application d'un droit subjectif distinct. Cela correspond au système doctrinal du *limiting retributivism* fondé par Norval Morris et que nous traduirons ici par « limite de rétribution »⁶²⁷. La limite de rétribution repose sur deux idées essentielles. D'une part, il est juste que les coupables soient punis, qu'ils soient les seuls punis et qu'ils le soient dans la seule mesure

622 Il n'en va toutefois pas entièrement de même de la peine en cours d'exécution. En effet le IV de l'article 707 du Code de procédure pénale dispose désormais qu'au cours de l'exécution de la peine, « la victime a le droit : [...] 4° à la prise en compte, s'il y a lieu, de la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté. »

623 Code de procédure pénale, art. 380-2 et 497.

624 Cass. Crim., 2 juin 1980, n° 78-93482 : *Bull. Crim.* 1980, n° 168.

625 V. *in fine* CEDH (1^{ère} s.), 22 oct. 2009, préc., §41-42 ; CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, préc., §114, 116 et 119.

626 V. CEDH (2^e s.), 26 juil. 2005, *Siliadin c. France*, req. n° 73316/01 : *AJDA* 2005, p. 1886, chron. FLAUS ; *D.* 2006, p. 346, note ROETS ; *ibid.*, p. 1717, obs. RENUCCI ; *RSC* 2006, p. 139, obs. MASSIAS ; *ibid.*, p. 431, obs. MASSIAS ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. MARGUÉNAUD. CEDH (Gr. ch.), 12 nov. 2013, *Söderman c. Suède*, req. n° 5786/08 : *RJPF* 2014, p.15, note PELLÉ ; *JCP G.* 2014 ; Chron. 3, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2014, Chron. 4, obs. DREYER ; *JDI* 2014, p. 992, note ISSA.

627 MORRIS N., *The future of imprisonment*, The University of Chicago Press, 1974, p. 73-80 ; V. également, pour une synthèse, FRASE R.S., « Limiting Retributivism », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing: readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 135-142.

de leur culpabilité – ou de leurs « justes mérites » (*just deserts*)⁶²⁸. En effet, punir un coupable au-delà de ce qu'il mérite revient, dans la mesure de cet excès de pénalité, à punir un innocent⁶²⁹. D'autre part il est plus aisé d'affirmer avec certitude qu'une peine n'est pas méritée que de démontrer qu'elle l'est : « Le mérite n'est, bien sûr, pas quantifiable avec précision. [...] Néanmoins, la notion de mérite reste un lien essentiel entre le crime et la peine. Une peine est tyrannique si elle dépasse ce qui, à la même époque et au sein de la même société, est vu comme une punition méritée. »⁶³⁰ Il en découle que la rétribution ne jouera que comme une limite supérieure : elle ne permet pas, à elle seule, de choisir une peine, mais elle permet d'en exclure certaines. Morris propose ainsi que le recours à l'emprisonnement soit soumis à une série de critères et soit limité, à titre général, au « maximum de la peine mérité » (« *the whole limited by a concept of the maximum deserved punishment* »)⁶³¹.

382. **Appelons donc « limite de rétribution », au sens large, un maximum pénal indépassable et fondé sur la gravité des faits.** L'élaboration d'une échelle de peines légales peut correspondre à cette description sous deux conditions. D'une part cette échelle doit être spéciale, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas seulement de définir une hiérarchie, mais d'associer une peine à chaque infraction pour en représenter la gravité particulière. D'autre part elle doit ne souffrir aucune dérogation, ce qui correspond à l'une des applications classiques du principe de légalité criminelle. Sous ces conditions le législateur, en établissant un maximum pénal spécial pour chaque infraction, limite le pouvoir du juge et fait obstacle à ce qu'une peine supérieure soit prononcée, quels que puissent en être les bénéfices.

383. Cette présentation connaît toutefois deux tempéraments. D'abord rien n'interdit *a priori* au législateur de tenir compte des justifications prospectives de la peine lorsqu'il l'assortit à une infraction. Il y est même tenu, puisque le Conseil constitutionnel estime que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* »⁶³². **La question de l'articulation entre proportionnalité-mesure et proportionnalité-justification se pose donc aussi au niveau de l'élaboration de la norme législative.** Par conséquent, si la peine légale constitue bien une sorte de « limite de rétribution » pour le juge, c'est une limite impure : elle n'est pas fixée exclusivement

628 MORRIS N., *The future of imprisonment*, op. cit., p. 73 ; v. également, entre autres : VON HIRSCH A., A. ASHWORTH, et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, vol. 1/, p. 102 et s. ; VON HIRSCH A. et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing : exploring the principles*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, coll.« Oxford monographs on criminal law and justice », 2005 ; PONCELA P., *Droit de la peine*, op. cit., p. 69-70 préfère traduire cette expression par « juste-dû ».

629 MORRIS N., *The future of imprisonment*, op. cit., p. 75 : « *Punishment in excess of what is felt by the community to be the maximum suffering justly related to the harm the criminal has inflicted is, to the extent of that excess, a punishment of the "innocent" ».*

630 *Ibid.*, p. 75-76 : « *Desert is, of course, not precisely quantifiable. [...] Nevertheless, the concept of desert remains an essential link between crime and punishment. Punishment in excess of what is seen by that society at that time as a deserved punishment is tyranny.* »

631 *Ibid.*, p. 80.

632 Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, §12 : RFDC 1994, n° 18, p. 353 et s., note RENOUX ; D. 1995, n° 40, p. 340, note RENOUX ; *Pouvoirs*, 1994, n° 70, p. 184, note AVRIL et GICQUEL ; LPA 1995, n° 39, p. 4, chron. BERTRAND et VERPEAUX.

en proportionnalité-mesure. Il s'agit déjà d'un rapprochement de la rétribution avec d'autres sens de la peine. Si une véritable limite de rétribution existait au sein d'un système de ce type, elle devrait donc trouver sa source dans une norme encore hiérarchiquement supérieure. Ensuite cette limite légale ne vaut qu'à titre abstrait, comme correspondance entre l'infraction définie et la peine maximale encourue. Lorsque le juge apprécie les faits et individualise la peine au regard des circonstances concrètes, il est supposé tenir également compte de la valeur rétributive *in concreto*. Le maximum légal est un critère de départ, mais il n'est pas un critère suffisant pour le choix de la peine par le juge, sauf à admettre une conception restreinte de la proportionnalité-mesure dont le sens serait entièrement exprimé au niveau législatif.

384. Il peut être observé que la limite de rétribution partage certains points communs avec les limites à la peine tirées de la théorie de la substance des droits. L'une comme l'autre de ces théories amènent en effet à penser en termes de limites absolues, supposées correspondre à des cas extrêmes. Toutefois, même en prenant pour référence ces cas extrêmes, un vaste espace intermédiaire demeure, où la peine n'est ni insuffisante au point de priver de portée les droits atteints par l'infraction, ni excessive au point de réduire à néant les droits de la personne condamnée ou l'idée de justice. Or, de deux choses l'une. Soit, dans cet espace intermédiaire, la proportionnalité-mesure a toujours vocation à participer au choix de la peine en concurrence avec la proportionnalité-justification, auquel cas le problème a simplement été déplacé sans être résolu. Soit la proportionnalité-mesure n'a pas vocation à s'appliquer dans cet espace, auquel cas elle est privée de l'essentiel de sa portée. Ni l'une ni l'autre de ces solutions ne semble satisfaisante ou suffisante. Les limites extrêmes ainsi décrites paraissent essentielles, mais le rôle de la proportionnalité-mesure les dépasse probablement. Sa garantie effective suppose donc qu'elle soit intégrée comme une contrainte dans le déroulement du contrôle de proportionnalité-justification.

II. Les contrepoids internes

385. À titre préliminaire, il importe de relever que les contrepoids externes et internes ne sont pas incompatibles entre eux. Leurs effets correctifs interviennent en effet à des niveaux différents. **Les contrepoids externes écartent la proportionnalité-justification là où tout raisonnement finaliste doit être exclu.** Il demeure cependant que, dans certaines hypothèses, un raisonnement en termes de moyens, de fins et de conséquences peut être le bienvenu, sans qu'une appréciation en termes d'efficience économique soit appropriée. Il en va ainsi, par exemple, du choix de la peine prononcée, de la garantie des droits de la défense ou encore de l'incrimination d'un comportement peu dangereux mais socialement répréhensible. Or certaines des solutions envisageables consistent, plutôt qu'à privilégier absolument une rationalité sur l'autre, de les réunir. La proportionnalité-justification est conséquentialiste, certes, mais encore faut-il définir quelles conséquences importent et de quelle manière elles sont appréciées. **Il est ainsi possible de considérer que la satisfaction de certains principes non-utilitaristes constitue un bien en soi, susceptible de peser dans la balance des intérêts.** Ces principes peuvent également délimiter quels arguments sont acceptables au cours de la pesée. Ces contrepoids internes permettent ainsi d'orienter la proportionnalité-justification vers des modèles de raisonnement conséquentialistes, mais non-utilitaristes (A). Cette

approche est également envisageable – et fréquemment appliquée – en ce qui concerne le choix de la peine, qui mêle généralement des logiques prospective et rétrospective. Il est possible d’y intégrer la proportionnalité-mesure au contrôle de proportionnalité-justification (B).

A. La prise en compte de conséquentialismes non-utilitaristes

386. Revenons à notre problème initial. La proportionnalité-justification, en raison de sa structure argumentaire en termes de moyens et de fins, est orientée. D’une part elle privilégie une analyse des situations en fonction de leurs conséquences visées, prévisibles ou advenues. D’autre part elle favorise une évaluation des normes de droit comme des moyens d’atteindre des fins dans le monde des faits, plutôt que comme les composantes d’un *corpus* hiérarchisé qui répond à une logique propre. Ces deux éléments – conséquentialisme et instrumentalisme empirique – correspondent au cadre épistémologique de l’analyse économique du droit et de la théorie utilitariste des valeurs.

387. Pour autant **le conséquentialisme n’est pas forcément utilitariste**. Il n’est pas non plus, sous certains abords, aussi radicalement opposé à la raison déontologique qu’il peut y paraître. Plusieurs auteurs ont ainsi souligné que **si les conséquentialismes constituent un ensemble de théories du juste – c’est-à-dire du choix –, ils ne sont pas nécessairement des théories du bien ou, autrement dit, de la valeur des choses**⁶³³. Le conséquentialisme affirme simplement « que l’option juste, dans tout choix, est celle qui produit les meilleures conséquences ». Il n’est donc « pas tenu de prendre position quant à ce que sont les meilleures conséquences, mais il a besoin d’une théorie indiquant les caractéristiques des conséquences meilleures, si l’on veut pouvoir l’appliquer pour déterminer ce qui est juste. »⁶³⁴ L’utilitarisme se distingue en ce sens d’autres théories conséquentialistes en ce qu’il comprend une théorie du bien. « Les utilitaristes croient que seul un ensemble très étroit de conséquences ont de la valeur. Ils se concentrent typiquement sur le bonheur et le malheur ou sur le plaisir et la souffrance mais parfois aussi sur la satisfaction des préférences. »⁶³⁵ De plus, là où l’utilitarisme se préoccupe seulement de la valeur totale du bien engendré ou du mal prévenu, certains conséquentialistes « peuvent croire qu’une distribution plus égalitaire des valeurs entre les personnes est meilleure qu’une distribution moins égalitaire » et que « la distribution des valeurs [...] contribue au montant de la valeur globale produite »⁶³⁶.

388. Résumons cette idée en disant que, sous une approche conséquentialiste que nous appellerons « minimale », l’appréciation d’une conséquence ne consiste pas à juger de la valeur de cette conséquence, mais à établir un bilan des valeurs qui lui sont attribuées par les principes

633 PETTIT P., « Conséquentialisme », M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d’éthique et de philosophie morale*, 1^{re} éd., Presses universitaires de France, 1996, p. 313 ; BOYER A., « Ce serait folie d’ignorer les conséquences », *Archives de philosophie du droit*, 2005, vol. 48, p. 275-289 ; TADROS V., *The ends of harm. The moral foundations of criminal law*, Oxford, Royaume-Uni ; New-York, Etats-unis d’Amérique, Oxford University Press, coll. « Oxford legal philosophy », 2011, p. 23-34.

634 PETTIT P., « Conséquentialisme », *op. cit.*, p. 313.

635 TADROS V., *The ends of harm*, *op. cit.*, p. 32 : « Utilitarians believe that a very narrow range of consequences is valuable. Typically they focus on happiness and unhappiness or pleasure and pain, but sometimes also on preference satisfaction. »

636 TADROS V., *The ends of harm*, *op. cit.* : « Some [consequentialists] might believe that a more equal distribution of valuable things amongst people is better than a less equal distribution. The way in which valuable things are distributed, consequentialists might believe, contributes to the overall magnitude of value attained. »

pertinents. La pertinence de ces principes découle elle-même de leur reconnaissance par le système éthique ou, pour ce qui nous intéresse, juridique, dans lequel le jugement conséquentialiste s'opère. Sur le plan conceptuel, rien ne s'oppose donc *a priori* à ce qu'un jugement conséquentialiste tienne compte de valeurs d'inspiration déontologique. M. Pettit illustre cette idée par l'exemple kantien du mensonge susceptible de sauver une vie : le déontologue partagé entre la valeur de la vie à sauver et l'impératif catégorique qui lui impose de dire la vérité « peut lui-même être présenté comme une sorte de conséquentialiste, si nous considérons qu'il envisage son refus de mentir comme un grand bien [...]. Cette personne croit, pourrions-nous dire, que parmi les biens du monde figure le bien, relatif à l'agent, qui consiste à ne pas mentir [...] et, de son point de vue, la vérité est l'option qui a les meilleures conséquences, parce que ce bien est plus important que le fait de sauver une vie. »⁶³⁷ Le mensonge et la vérité peuvent ainsi être comparés du point de vue de leurs conséquences, parmi lesquelles figure le fait d'avoir ou non violé l'impératif catégorique de ne pas mentir⁶³⁸.

389. Deux formes d'influence axiologique sur le jugement conséquentialiste sont donc susceptibles de s'appliquer. L'une vient d'être mentionnée : c'est le cas où la norme axiologique – de type déontologique dans notre exemple – intervient pour **établir la valeur bonne ou mauvaise d'une des conséquences appréciées**. L'autre a été évoquée au paragraphe encore précédent : c'est le cas où la norme axiologique **détermine la façon dont les conséquences sont appréciées comme un tout**, par exemple en attribuant une valeur supérieure à une satisfaction égalitaire plutôt qu'à une somme arithmétique. Nous appellerons respectivement ces deux modes d'intervention contrepoids horizontaux et contrepoids verticaux.

390. Dans le cas du déontologue confronté au dilemme du mensonge salvateur, il est postulé que l'impératif catégorique est forcément préféré. Dans cet exemple, l'intérêt de passer par un cadre conséquentialiste n'est donc pas démontré. Le raisonnement pourrait être simplement catégorique et, du point de vue de la proportionnalité, l'interdiction du mensonge pourrait intervenir comme un contrepoids externe qui écarte toute pesée. Toutefois, puisque l'approche est conséquentialiste, il est possible d'émettre un jugement différent. L'impératif de dire la vérité peut se voir attribuer une valeur très forte – supérieure, pourquoi pas, à celle d'une vie humaine – sans qu'elle soit nécessairement absolue. Il est également possible de combiner les deux approches. Certaines circonstances, en rapport, par exemple, avec l'objet du mensonge, pourraient le prohiber en toute hypothèse, tandis que d'autres porteraient une prohibition relative, dotée d'un poids très important mais non absolu et donc sujet à limitations. La première partie de ces prohibitions constituerait pour le contrôle de proportionnalité un contrepoids externe, tandis que la seconde constituerait un contrepoids interne horizontal.

391. Les arrêts *Salduz* et *Dayanan* de la Cour européenne des droits de l'homme fournissent une illustration de ce type d'articulation en ce qui concerne le droit de l'accusé en matière pénale à être assisté d'un avocat et, plus précisément, les motifs pour lesquels ce droit peut être restreint dans le

637 PETTIT P., « Conséquentialisme », *op. cit.*, p. 314.

638 Ajoutons à cela que la peine kantienne est partiellement tournée vers l'avenir : la loi du talion, telle qu'elle est présentée dans la *Doctrine du droit*, tient compte des effets que la peine est supposée avoir sur la sensibilité du condamné. KANT E., « Principes métaphysiques de la doctrine du droit », *Métaphysique des moeurs II. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, traduit par Alain RENAULT, Flammarion, 1994, p. 332-333. V. également *infra*, p. 411.

cadre d'une garde à vue. Dans chacune des deux espèces, les requérants avaient été interrogés par la police sans être assistés d'un défenseur. La loi turque privait en effet de cette assistance, de manière systématique, les personnes poursuivies pour les infractions relevant de la compétence de la Cour de sûreté de l'État. Dans l'arrêt *Salduz*, la Cour a estimé que « *la phase initiale des interrogatoires de police* » peut emporter « *des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure* »⁶³⁹. Par conséquent, « *l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police* »⁶⁴⁰. Elle a néanmoins considéré que ce droit peut être restreint s'il est démontré, « *à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de le faire* » et à condition que pareille restriction ne porte pas « *indûment* » préjudice « *aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6* »⁶⁴¹. Elle a, enfin, précisé qu'il « *est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation* »⁶⁴². En l'espèce, le requérant avait eu accès à un avocat postérieurement à la garde à vue, mais sa condamnation avait été fondée sur les déclarations qu'il avait tenues pendant cette mesure. C'est essentiellement sur ce critère que la Cour a fondé son constat de violation⁶⁴³. Dans l'arrêt *Dayanan*, au contraire, le requérant avait gardé le silence au cours de la garde à vue. La condamnation n'avait donc pas pu reposer sur des déclarations incriminantes tenues durant cette mesure. Toutefois la Cour a, par une formule plus générale, estimé que le caractère systématique de la restriction « *suffi[sai]t à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention, nonobstant le fait que le requérant a[it] gardé le silence* »⁶⁴⁴.

392. Ces arrêts articulent ainsi le droit à l'assistance d'un avocat au cours de la garde à vue en deux points : les restrictions envisageables, puis les effets de ces restrictions. C'est le premier point qui nous intéresse ici. L'arrêt *Dayanan* pose une règle de type catégorique et qui peut s'assimiler à un contrepoids externe. Cette règle prohibe toute « *restriction systématique* » du droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue « *sur la base des dispositions légales pertinentes* »⁶⁴⁵, quels que soient les motifs de cette restriction et, par conséquent, sans qu'un contrôle de proportionnalité puisse intervenir pour la justifier. Lorsque la restriction n'est pas systématique, l'arrêt *Salduz* l'encadre de conditions particulièrement strictes. Elle peut être « *exceptionnellement* » justifiée par des « *raisons impérieuses* »⁶⁴⁶, mais elle doit être « *clairement circonscrite* », son application doit être « *strictement limitée dans le temps* »⁶⁴⁷ et elle ne doit pas « *indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6* »⁶⁴⁸. L'exigence de « *raisons impérieuses* » et la mention

639 CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, §52 : JCP G. 2009, I, n° 104, obs. SUDRE ; Dr. pénal 2009, Chron. 4, obs. DREYER ; *ibid.*, Chron. 8, obs. LESCLOUS ; *ibid.*, 2010, Chron. 1, obs. GUÉRIN.

640 *Ibidem*.

641 *Ibid.*, §55.

642 *Ibidem*.

643 *Ibid.*, §57-58.

644 CEDH (2° s.), 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03, §33 : D. 2009, p. 2897, note RENUCCI ; AJ Pénal 2010, p. 27, étude SAAS ; RSC 2010, p. 231, obs. ROETS.

645 *Ibidem*.

646 CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, préc., §55.

647 *Ibid.*, §54.

648 *Ibid.*, §55.

d'un éventuel préjudice « *indû* » (qui signifie, *a contrario*, qu'un certain préjudice aux droits de l'article 6 peut être justifié) marquent bien que le raisonnement se tient en proportionnalité-justification. Toutefois **la motivation très stricte souligne qu'il ne s'agit pas simplement de peser la raison procédurale d'un côté contre les droits de l'accusé de l'autre. La personne placée en garde à vue semble protégée par la rigueur déployée par la Cour, ses droits sont considérablement plus lourds que les éventuelles nécessités des poursuites.** Certaines raisons en sont données par l'arrêt. La présence de l'avocat constitue en effet une compensation nécessaire à la « *vulnérabilité particulière* » dans laquelle se trouve la personne en garde à vue. Elle permet d'assurer le respect du droit à ne pas contribuer à sa propre accusation et une « *garantie fondamentale contre les mauvais traitements* »⁶⁴⁹.

393. Autrement dit, **le droit à l'assistance d'un avocat ne relève pas, ou pas seulement, d'une valeur intrinsèque. Il est aussi et surtout chargé d'une importante valeur instrumentale**⁶⁵⁰, d'une part en tant que composante du droit à un procès équitable⁶⁵¹, d'autre part en tant que garantie d'autres droits fondamentaux, dont le droit indérogeable à ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Le raisonnement est bien conséquentialiste, car ce sont les suites de la restriction de l'accès à un avocat qui sont prises en considération. Il n'est, en revanche, pas utilitariste, car la Cour ne raisonne pas en termes d'efficience : elle laisse peser dans la balance des valeurs dictées par des principes déontologiques. Preuve en est l'*obiter dictum* qui conclut le paragraphe 54 : « *Ces principes revêtent une importance particulière dans le cas des infractions graves, car c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré par les sociétés démocratiques.* »⁶⁵² La gravité de l'infraction poursuivie, dont découle une certaine nécessité publique d'en identifier et condamner les auteurs, ne peut par conséquent jamais être un critère pertinent pour restreindre le droit à l'avocat. Autrement dit, même si la gravité de l'infraction représente un enjeu tant au regard de la nécessité des poursuites que pour les intérêts de la personne poursuivie, cet enjeu pèsera toujours plus lourdement

649 *Ibid.*, §54.

650 Sur l'opposition entre valeur intrinsèque et valeur instrumentale, v. TADROS V., *The ends of harm*, *op. cit.*, p. 23-25. V. également *infra*, B.

651 V. CEDH, 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, req. n° 21980/04, §113 : « *L'article 6 § 3 c) ne garantit donc pas un droit autonome, mais doit être lu et interprété à la lumière de l'exigence plus générale d'équité de la procédure pénale, vue dans son ensemble, garantie à l'article 6 § 1 de la Convention. En particulier, le respect des exigences du procès équitable s'apprécie au cas par cas à l'aune de la conduite de la procédure dans son ensemble et non en se fondant sur l'examen isolé de tel ou tel point ou incident, bien que l'on ne puisse exclure qu'un élément déterminé soit à ce point décisif qu'il permette de juger de l'équité du procès à un stade précoce* ».

652 *Ibidem*.

en faveur de l'accusé⁶⁵³. Les restrictions apportées à ses droits devront nécessairement s'appuyer sur d'autres justifications.

394. La Cour a précisé et tempéré la protection offerte par la jurisprudence *Salduz* et *Dayanan* dans son arrêt *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016⁶⁵⁴. L'arrêt fournit d'abord un élément de définition des « *raisons impérieuses* » qui permettent de restreindre l'accès à un avocat. Pour la Cour, « *dès lors qu'un gouvernement défendeur a démontré de façon convaincante l'existence d'un besoin urgent de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique dans un cas donné, cette nécessité peut s'analyser en une raison impérieuse de restreindre l'accès à l'assistance juridique aux fins de l'article 6 de la Convention. En pareilles circonstances, les autorités doivent impérativement protéger les droits garantis aux victimes ou aux victimes potentielles par les articles 2, 3 et 5 § 1 de la Convention en particulier.* »⁶⁵⁵ A contrario, cela semble exclure toutes les raisons qui seraient fondées sur le besoin de mener certaines investigations en vue de la poursuite et de la condamnation des auteurs de l'infraction. Il ne s'agit pas de faciliter l'enquête menée contre la personne placée en garde à vue, mais de protéger les droits des tiers dans des situations d'urgence. Le contrôle de proportionnalité susceptible de s'exercer sur le rapport entre la restriction des droits de la défense et les finalités de cette restriction est ainsi encadré. **La restriction peut être admise comme un moyen d'arriver à certaines fins, mais elle n'est pas admise en vue de n'importe quelle fin, même légitime.** Il ne s'agit alors pas d'un contrepois externe au contrôle, car l'appréciation et la mise en relation des moyens et des fins est déjà en cours. Il ne s'agit pas non plus d'un contrepois horizontal, car il n'a pas simplement effet sur les valeurs comparées. Enfin il ne s'agit pas non plus d'un degré de rigueur supplémentaire dans le contrôle : un contrôle plus strict pourrait admettre un large champ de justifications, tout en étant sévère en ce qui concerne la qualité du lien de causalité avec la mesure contrôlée. Ici, **le contrepois affecte la façon dont ces valeurs sont mises en comparaison.** Il est interne au contrôle et il l'oriente méthodologiquement vers certaines solutions au vu d'un principe supérieur :

653 L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme peut se comparer avec le « pluralisme déontique » de MM. Kumm et Walen : KUMM M. et A.D. WALEN, « Human Dignity and Proportionality : Deontic Pluralism in Balancing », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 67-89. Le « pluralisme déontique » (*deontic pluralism*) est le nom donné par ces auteurs à la méthode par laquelle ils intègrent à la pesée proportionnaliste des jugements de valeur tirés d'éthiques non-conséquentialistes, tels que ceux fondés sur la notion de dignité humaine. En matière pénale en particulier, ils observent que la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », tout en étant un standard particulièrement exigeant, laisse exister une étroite marge d'erreur. Cette marge d'erreur correspond pour eux à la formule suivant laquelle il vaut mieux, en fonction de l'auteur que l'on préfère, deux, dix, cent ou mille coupables acquittés qu'un innocent condamné (pp. 78-79). Cette inégalité de valeur entre la condamnation d'un innocent et la liberté d'un coupable, susceptible de causer de nouvelles victimes, est justifiée par le poids moral particulier de la condamnation, qui porte non seulement le préjudice de la peine mais aussi un sens communicationnel quant au fait que le condamné mérite la réprobation publique (pp. 81-83). C'est donc un jugement typiquement moral, sur le sens expressif de la peine, qui fait pencher si fortement la balance conséquentialiste en faveur de l'accusé. Le raisonnement est toutefois bien mené en termes conséquentialistes, sans quoi il serait toujours préférable de laisser tous les coupables en liberté plutôt que d'enfermer un seul innocent et, *ad absurdum*, le système pénal serait voué à l'abandon.

654 CEDH (Gr. Ch.), 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 : JCP G. 2016, n° 39, p. 1753, obs. MILANO ; *ibid.*, Chron. 45, obs. ROBERT, CLAVERIE-ROUSSET, DETRAZ et PERRIER ; *ibid.*, 2017, Chron. 1, obs. SUDRE ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 34, p. 38, obs. BERLAUD ; *ibid.*, n° 39, p. 17, note MÉSA ; *ibid.*, n° 41, p. 34, note ANDRIANTSIMBAZOVINA ; RSC 2017, p. 130, chron. MARGUÉNAUD ; *Dr. pénal* 2017, Chron. 4, obs. DREYER ; *JDI* 2017, p. 1065, note GODEFROY.

655 CEDH, 13 sept. 2016, préc., §259.

395. Toutefois, dans l'arrêt *Ibrahim*, le contrôle des restrictions n'est qu'une composante du contrôle plus général de l'équité de la procédure. Une restriction du droit au conseil d'un avocat sans raison impérieuse n'emporte donc pas nécessairement violation de l'article 6. Inversement, l'existence de ces raisons ne constitue pas un brevet d'équité procédurale. « *Un examen global de l'ensemble de la procédure doit être conduit de manière à déterminer si celle-ci a été "équitable" au sens de l'article 6 § 1 [...]. L'incapacité du gouvernement défendeur à établir l'existence de raisons impérieuses pèse lourdement dans la balance lorsqu'il s'agit d'apprécier globalement l'équité du procès et elle peut faire pencher la balance en faveur d'un constat de violation de l'article 6 §§ 1 et 3 c) [...]. C'est alors au gouvernement défendeur qu'il incombe d'expliquer de façon convaincante pourquoi, à titre exceptionnel et au vu des circonstances particulières du cas d'espèce, la restriction à l'accès à l'assistance juridique n'a pas porté une atteinte irrémédiable à l'équité globale du procès.* »⁶⁵⁶ L'examen mené au fond par la Cour dans l'arrêt est particulièrement détaillé, mais il semble que, au travers de nombreux critères d'appréciation, elle cherche avant tout à déterminer si les déclarations faites pendant la garde à vue sans avocat ont été déterminantes pour la condamnation⁶⁵⁷. L'existence ou l'absence de raisons impérieuses peut effectivement peser, mais l'espèce ne permet pas réellement de déterminer quel peut être leur poids en comparaison avec les autres éléments pris en compte par la Cour. En effet, en l'espèce, la Cour a estimé, d'une part, que les restrictions imposées à trois des quatre requérants reposaient effectivement sur raisons impérieuses et que leur impact sur le jugement au fond avait été très réduit. D'autre part, elle a considéré que le quatrième requérant avait quant à lui subi une restriction qui n'était pas fondée sur des raisons impérieuses et qui avait été déterminante dans sa condamnation. L'appréciation de l'équité de la procédure est ainsi allée dans le même sens que celle de la motivation des restrictions au droit d'accès à l'avocat. Par conséquent, l'arrêt est peut-être moins éclairant qu'il n'y paraît en ce qui concerne la pesée globale annoncée par la Cour et, pour ce qui nous intéresse ici, en ce qui concerne la place des contrepoids internes à cette pesée.

396. L'analyse ici présentée en termes de contrepoids vise à écarter ou compenser l'orientation formellement utilitariste du contrôle tout en conservant au possible la métaphore de la pesée des valeurs. Toutefois, ainsi qu'il a été suggéré par M. Jeuland, il est également possible de résoudre le problème en supprimant cette métaphore⁶⁵⁸. Le modèle « non utilitariste » du contrôle de proportionnalité proposé par cet auteur consiste à comparer, plutôt que les valeurs atteintes et promues, les rapports de droit concrètement affectés par la décision contrôlée. La démonstration repose sur des exemples tirés de la matière civile, mais elle paraît transposable à certaines questions de droit pénal. M. Jeuland se réfère notamment au célèbre arrêt du 4 décembre 2013, par lequel la Première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que violait le droit au respect de la vie privée l'annulation d'un mariage incestueux entre un beau-père et sa bru, « *dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* »⁶⁵⁹. Pour cet auteur, « plutôt que de

656 *Ibid.*, §264-265.

657 *Ibid.*, notamment §274, 288-289, 292, 309-310.

658 JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G*, 11 janvier 2016, n° 1-2, supplément, p. 20-26.

659 Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *D.* 2013. 2914 ; *ibid.* 2014. 179, note CHÉNEDÉ ; *ibid.* 153, obs. FULCHIRON ; *AJ fam.* 2013. 663, obs. CHÉNEDÉ ; *ibid.* 2014. 124, obs. THOURET, *RTD civ.* 2014. 88, obs. HAUSER ;

comparer les valeurs, il peut être préférable de comparer le rapport de droit existant avec le rapport de droit qui résulterait de l'application d'une mesure ou d'un moyen. On retombe de manière curieuse mais non illogique sur un raisonnement par analogie : un mariage incestueux ayant duré 18 ans est analogue à un mariage [...]. Il a existé une forme de possession d'état du mariage et le principe de sécurité des rapports juridiques issus de la jurisprudence de la Cour EDH est respecté. »⁶⁶⁰

397. Cette approche « relationnaliste »⁶⁶¹ qui revient à une sorte de raisonnement analogique peut être séduisante. En matière, en particulier, de droits procéduraux, elle peut être efficace. Les critères de l'arrêt *Ibrahim* pourraient être lus de la sorte. Le premier fondement du raisonnement n'est « pas la norme, le principe, ou le droit de l'homme mais le rapport de droit »⁶⁶², ici le rapport qu'entretient la personne poursuivie avec la procédure intentée contre elle. La restriction du droit au conseil d'un avocat pourrait ainsi être admise, à condition qu'elle ne modifie pas le rapport pré-existant entre la personne poursuivie et les poursuites. Si la restriction a pour effet de forcer soit de conduire la personne poursuivie à contribuer à sa propre accusation, soit de permettre qu'elle subisse des traitements violents ou arbitraires, alors la situation qui résulte de cette restriction n'est plus analogue à celle qui l'a précédée au regard du droit à un procès équitable.

398. Toutefois, dans le champ de la présente étude, une telle lecture paraît devoir être rejetée. D'abord, elle ne correspond pas à la façon dont la Cour européenne elle-même présente ses arguments, pas plus qu'aux présentations majoritaires du contrôle de proportionnalité. L'analyse relationnaliste, en l'état de la jurisprudence et de la doctrine, supposerait donc une réinterprétation générale du droit, qui s'éloigne trop de l'approche par le droit positif ici privilégiée. Ensuite il reste encore à démontrer que cette analyse soit réellement applicable à l'ensemble du champ de la proportionnalité, en particulier en ce qui concerne le droit criminel. La motivation des incriminations et la rationalité des peines semblent incompatibles avec un tel cadre théorique. Incriminer, c'est justement modifier les rapports de droit sur le fondement de ce qu'ils devraient être, plutôt que sur la base de ce qui les réunit ou les distingue. Punir ce n'est pas seulement restaurer l'ordre ancien et les rapports de droit antérieurs. Symboliquement, cela correspond à la fonction de la seule proportionnalité-mesure. Mais punir c'est aussi créer les conditions pour un ordre futur tout en respectant la dignité et l'autonomie de l'agent soumis à la répression. Le caractère très fortement unilatéral et autoritaire de la répression pénale rend donc préférable, dans ce domaine, une approche de la proportionnalité en termes de fins, de moyens et de droits subjectifs, raisonnée par la prise en compte des valeurs fondamentales reconnues par le droit.

399. Il résulte de ce qui précède que la tendance utilitariste de la proportionnalité-justification peut, lorsqu'elle est malvenue, être compensée par la mise en œuvre de théories du bien concurrentes. Toutefois il reste à déterminer, parmi les modes d'intervention décrits jusqu'ici, lequel

ibid. 307, obs. MARGUÉNAUD ; *JCP G* 2014, n° 93, note LAMARCHE ; *Gaz. Pal.* 2014. 264, obs. VIGANOTTI ; *Defrénois* 2014. 140, note BAHUREL ; *Dr. fam.* 2014, n° 1, obs. BINET ; *RLDC* 2014/112, n° 5308, obs. DEKEUWER-DÉFOSSEZ.

660 JEULAND E., « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *op. cit.*, p. 26.

661 *Ibid.*

662 *Ibid.*

ou lesquels peuvent permettre de résoudre le conflit entre proportionnalité-mesure et proportionnalité-justification. Si l'on considère la proportionnalité-mesure comme un mode d'application d'une théorie du bien particulière – nommément, la théorie de la rétribution – alors il devrait découler de nos observations précédentes la possibilité de l'intégrer à la proportionnalité-justification sous la forme d'un ou plusieurs contrepoids internes.

B. L'intégration de la proportionnalité-mesure à la proportionnalité-justification

400. Supposons, ainsi qu'il a été soutenu précédemment, que le principe de proportionnalité-justification constitue une application juridique d'une théorie du juste, le conséquentialisme. Sa structure est formellement orientée d'une manière qui paraît *a priori* favorable à la théorie du bien utilitariste, mais elle peut être corrigée par l'intervention de théories du bien concurrentes. Il est possible d'appréhender la proportionnalité-mesure de manière similaire. Elle constitue elle aussi l'application juridique d'une théorie éthique, la théorie de la rétribution, qui impose que le châtement soit mesuré au mal commis. Par conséquent, de deux choses l'une. Soit la théorie de la rétribution est une théorie du juste non conséquentialiste ou une théorie du bien indissociable d'une théorie du juste non conséquentialiste. Dans ce cas, la proportionnalité-mesure ne peut être réconciliée avec la proportionnalité-justification car elles reposent sur des théories qui prescrivent des sens différents au même objet. Soit la théorie de la rétribution est une théorie du bien qui peut être appréhendée par différentes théories du juste, auquel cas la contradiction apparente entre proportionnalité-mesure et proportionnalité-justification peut être résolue car leurs éthiques sous-jacentes portent en réalité sur des objets différents. La doctrine spécialisée est partagée, mais certaines approches rendent effectivement possible une telle combinaison (1). Lorsque cette combinaison est mise en œuvre, ses modalités exactes dépendent de l'ordre des priorités affectées aux différents sens de la peine (2).

1. La possibilité de la combinaison

401. Dans les pays de *common law*, la littérature de théorie de la peine a, depuis les années 1960, connu de très abondants développements concernant la notion de rétribution au travers de la théorie des « justes mérites » (*just deserts*)⁶⁶³. Les auteurs qui adhèrent à cette théorie sont en accord sur deux points. D'une part, la commission d'une infraction crée à l'égard de l'agent un certain mérite négatif, le mérite (*desert*) d'une sanction. Cela correspond *mutatis mutandis* à ce que nous appellerions une dette de peine, avec la différence que le mérite négatif s'exprime dans un registre moral et parfois social, plutôt que par une analogie patrimoniale. Le fait que le comportement en question soit incriminé procure leur dimension juridique à ce mérite négatif et à sa sanction, la peine. D'autre part, le mérite négatif est fonction du caractère sérieux (*seriousness*) de l'infraction, c'est-à-dire de sa gravité et du degré de culpabilité de son auteur. Par conséquent les théoriciens des

663 PONCELA P., *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 69-70, en fait une brève mention. Pour une présentation des principales écoles, voir à titre général : VON HIRSCH A., A. ASHWORTH, et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing*, *op. cit.*, p. 102 et s. ; RYBERG J., *The ethics of proportionate punishment: a critical investigation*, Dordrecht, Pays-Bas, coll.« Library of ethics and applied philosophy », n° 16, 2004, p. 11 et s.

justes mérites adhèrent au principe de proportionnalité-mesure, qu'ils identifient parfois entièrement avec la théorie elle-même⁶⁶⁴.

402. Toutefois, même si ces auteurs estiment que la proportionnalité-mesure devrait être un critère essentiel du choix de la peine, la doctrine est divisée sur le point de savoir si des critères complémentaires ou alternatifs sont admissibles. Deux auteurs, en particulier, considèrent que le choix de la peine doit se faire exclusivement en termes de proportionnalité-mesure. La théorie « moraliste » de M. Moore⁶⁶⁵ défend cette position en s'appuyant sur une approche sensualiste de la morale. Pour cet auteur, il ressort du sentiment commun, d'une part, que les coupables de crimes odieux doivent être punis, y compris lorsque leur châtement ne peut servir aucune fin prospective et, d'autre part, que c'est bien le sens de la culpabilité qui fonde cette volonté de châtement. La prescription induite de ce sentiment commun doit être étendue, par raisonnement déontologique, à l'ensemble des infractions : elle se traduit en un impératif catégorique⁶⁶⁶. La position « communicationnelle » de M. Duff⁶⁶⁷, qui se veut moins répressive, est fondée sur la fonction expressive de la peine : celle-ci doit exprimer la « censure », c'est-à-dire la réprobation sociale du mal commis, à l'adresse de l'auteur de l'infraction. Cette censure est orientée vers certains buts prospectifs d'amendement, de réparation, de réconciliation et de pardon, mais l'importance de ces buts dépend elle-même directement de la gravité du crime⁶⁶⁸. Dans un cadre comme dans l'autre, la proportionnalité-mesure couvre ainsi l'intégralité des fonctions justifiables de la peine.

403. Au contraire, certains auteurs rétributivistes admettent que la proportionnalité-mesure puisse être tempérée par ou combinée à des fonctions pénales prospectives. M. Morris estime ainsi que les justes mérites ne sont qu'une limite extrême : tant qu'il n'est pas impossible de considérer que la

664 A. A., « Desert », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 102 : « Aux fins des présents développements, nous entendrons par théoricien du mérite une personne qui soutient que le quantum des peines assorties aux crimes devrait, sur le fondement de la justice, être proportionné en relation avec ce que ceux-ci ont de sérieux. » (« *For present purposes, a desert theorist will be regarded as someone who claims that the quantum of punishment for crimes should, on grounds of justice, be proportionate to their relative seriousness.* »)

665 MOORE M.S., « The Moral Worth of Retribution », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, vol. 1/ p. 110-114 ; RYBERG J., *The ethics of proportionate punishment*, op. cit., p. 49-50. Corrélativement, M. Moore estime que « toutes les fautes morales coupablement commises devraient être incriminées » et « seuls les comportements qui sont moralement fautifs devraient être incriminés » [italiques dans le texte] (« *First, prima facie, all moral wrongs culpably done should be criminalized. [...] Second, only behaviors that are morally wrong should be criminalized.* ») : MOORE M.S., « A Tale of Two Theories », *Criminal Justice Ethics*, mai 2009, vol. 28, n° 1, p. 41.

666 MOORE M.S., « The Moral Worth of Retribution », op. cit., p. 112.

667 V. notamment DUFF R.A., « Punishment, Retribution and Communication », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 126-134 ; DUFF R.A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Oxford University Press, 2001, p. 82 et s.

668 DUFF R.A., *Punishment, Communication, and Community*, op. cit., p. 143-145. En effet, plus le crime est grave, plus le travail d'amendement, de réparation et de réconciliation requis sera important et plus l'expression autoritaire de la réprobation sociale devra l'être en conséquent. Dans les termes de la présente thèse, la théorie de M. Duff peut donc être présentée comme un cadre particulier, en ce que la proportionnalité-mesure de la peine y implique nécessairement sa proportionnalité-justification. Dès lors qu'elle est proportionnée en mesure au crime, la peine est nécessairement adéquate, nécessaire et proportionnée à ses buts communicationnels, puisque ces buts sont eux-mêmes établis en fonction des paramètres du crime qui fixent la proportionnalité-mesure.

sanction est méritée, elle peut être prononcée sur la base de critères de type instrumental⁶⁶⁹. MM. Ashworth et von Hirsch se fondent, comme M. Duff, sur la notion de censure sociale. En revanche, ils estiment que la part coercitive de la peine – le « traitement rigoureux » (*hard treatment*) infligé – est justifiée sur un fondement dissuasif. Il ne s’agit pas seulement d’exprimer à quel point le crime est répréhensible, mais aussi d’assortir cette expression d’un effet de « dissuasion prudentielle » à l’égard de l’auteur et des tiers⁶⁷⁰. La proportionnalité-mesure fixe donc la sévérité de référence de la peine mais c’est une fonction prospective qui justifie l’atteinte aux droits qu’elle comporte⁶⁷¹.

404. Il apparaît ainsi que, sous certaines conceptions, la valeur rétributive de la peine tolère la coexistence avec des valeurs justificatrices complémentaires. Le droit positif admet d’ailleurs une telle coexistence, tant au niveau national qu’au niveau européen. Le Code pénal dispose ainsi en son article 130-1 : « Afin d’assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l’équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l’auteur de l’infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion » (nous soulignons). La Cour européenne des droits de l’homme a par ailleurs admis dans l’arrêt *Vinter* que « les impératifs de châtement, de dissuasion, de protection du public et de réinsertion figurent au nombre des motifs propres à justifier une détention »⁶⁷².

405. Il semble donc à la fois théoriquement possible et pragmatiquement opportun de considérer la théorie de la rétribution comme décrivant un bien, susceptible d’être réalisé au sein de différentes théories du juste, y compris *via* des approches qui, à la façon du conséquentialisme, permettent de combiner cette conception du bien avec d’autres propositions. M. Tadros propose ainsi de rompre les liens supposés, d’une part, entre rétribution et anti-conséquentialisme et, d’autre part, entre finalités instrumentales de la peine et conséquentialisme. Pour cet auteur, la théorie de la rétribution soutient simplement « que la souffrance des auteurs de trouble revêt une valeur intrinsèque »⁶⁷³. Toutefois « les conséquentialistes et les non-conséquentialistes doivent bien s’accorder sur le fait que certaines choses revêtent une valeur intrinsèque et ils peuvent tomber d’accord sur ce qui revêt une telle valeur »⁶⁷⁴. En réalité, « il se peut bien que le rétributivisme soit plus attirant aux yeux des conséquentialistes », car ils sont sensibles à l’idée selon laquelle « l’État devrait favoriser les solutions qui sont intrinsèquement bonnes »⁶⁷⁵.

669 Morris N., *The future of imprisonment*, op. cit., p. 73-80 ; Frase R.S., « Limiting Retributivism », op. cit. ; V. également *supra* : I. B. 2.

670 VON HIRSCH A. et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing*, op. cit., p. 23-24 : « Si la sanction porte une réprobation, son mode d’expression peut prendre une forme qui incarne également la dissuasion prudentielle. » (« *If the sanction conveys blame, its mode of expression may take the form that embodies also a prudential disincentive.* »)

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

672 CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, préc., §111 (nous soulignons).

673 TADROS V., *The ends of harm*, op. cit., p. 35 : « *Retributivism holds that the suffering of wrongdoers is intrinsically valuable.* »

674 *Ibid.* : « *Both consequentialists and non-consequentialists alike must agree that there are things that are intrinsically valuable, and may agree about what is intrinsically valuable* ».

675 *Ibid.* : « *Furthermore, it may well be that retributivism is more appealing to consequentialists than to non-consequentialists. This is because, for consequentialists, there is no special difficulty in the idea that the state should promote outcomes which are intrinsically good.* »

406. Il semble donc possible de traiter le bien de la rétribution comme une finalité de la peine, une conséquence susceptible d'être pesée contre d'autres droits et principes au sein du contrôle de proportionnalité-justification. Il reste toutefois à déterminer sous quelles modalités cette combinaison peut s'opérer.

2. Les modalités de la combinaison

407. Même si la rétribution peut constituer une des finalités de la peine au sens de la proportionnalité-justification, elle demeure une finalité particulière et qui suppose un traitement propre. Il n'est en effet pas possible de déterminer directement si une peine est adéquate, nécessaire ou proportionnée aux fins de la rétribution sans passer par l'intermédiaire de la proportionnalité-mesure. Cela supposerait nécessairement de déterminer ce en quoi la peine considérée sanctionne bien le crime en question et ce en quoi il n'existe pas de peine plus douce qui permette de le sanctionner avec la même pertinence. On reviendrait ainsi à la question de la correspondance symbolique et axiologique entre le crime et la peine et à un certain jugement de valeur rétrospectif qui constitue précisément l'objet de la proportionnalité-mesure⁶⁷⁶.

408. Il apparaît donc nécessaire d'intégrer au contrôle de proportionnalité-justification le résultat d'un contrôle de proportionnalité-mesure qui peut être tenu soit préalablement, soit au cours de l'examen de proportionnalité-justification. Le résultat de ce contrôle préalable ou imbriqué revêt alors un second degré de particularité. La proportionnalité-mesure vise en effet à désigner une peine ou un groupe de peines, soit comme étant celles qui sont acceptables au titre de la rétribution, soit comme étant celles qui dépassent les limites de la mesure du crime. Par conséquent elle mène à désigner une valeur ou une fourchette de valeurs, elle aboutit déjà à une réponse prescriptive et quantifiée. Cela signifie, du point de vue de la proportionnalité-justification, que contrairement aux principes qui font normalement l'objet de la pesée des intérêts, la proportionnalité-mesure ne fournit pas un argument de principe systématiquement en faveur ou en défaveur de la répression mais un référentiel, un point d'accroche ou un cadre de référence⁶⁷⁷.

409. Par conséquent, **la conciliation des proportionnalités implique nécessairement d'opérer un choix méthodologique, lequel est susceptible de modifier le résultat du contrôle global.** Quatre possibilités sont envisageables. La première a déjà été présentée : elle consiste à considérer que la proportionnalité-mesure désigne un champ de peines acceptables, suffisamment étendu pour que le contrôle de proportionnalité-justification puisse s'exercer en son sein. Si nous prenons l'exemple d'un meurtre simple, ce champ peut correspondre au domaine des peines légales (proportionnalité-mesure évaluée par le législateur), soit à un champ plus restreint en raison des

676 V. *supra* : Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, II.

677 Pour reprendre la tradition d'allégories mathématiques chère aux proportionnalistes, considérons que la proportionnalité-justification traite habituellement les principes en conflit comme des forces, des vecteurs dotés d'une direction, d'un sens et d'une intensité. À partir d'un point, qui correspond à la position initiale entre les détenteurs de droits et les autorités publiques en présence, le bilan de ces forces mène au point qui correspond à la solution optimale. Toutefois le contrôle de proportionnalité-mesure ne fournit pas, en résultat, une force, un vecteur susceptible d'être intégré dans le calcul, mais un autre point ou, à la rigueur, une section de l'espace dans lequel s'opère le calcul. Une opération de conversion supplémentaire est alors nécessaire pour intégrer ce point dans l'opération.

circonstances. Si le meurtre consistait en fait en une riposte disproportionnée à une agression, qui ne remplirait pas les conditions légales de la légitime défense mais qui pourrait être considérée comme un cas de défense excessive, on pourrait imaginer qu'une échelle relativement large irait, à titre hypothétique, de cinq ans d'emprisonnement à vingt ans de réclusion criminelle. À l'intérieur de cette échelle, le contrôle de proportionnalité-justification au vu des rationalités prospectives de la peine pourrait s'exercer normalement, sans tenir compte de l'impératif de rétribution. La proportionnalité-mesure ne ferait alors que prohiber les peines manifestement disproportionnées aux infractions et elle agirait en ce sens comme un contrepoids externe. Cette solution peut être envisagée seule, mais elle n'est pas incompatible avec les trois autres.

410. En sus ou à la place de ce large champ de peines admissibles, la proportionnalité-mesure peut également désigner, soit une peine, soit un ensemble de peines alternatives, comme étant la ou les peines « les mieux proportionnées » au crime. C'est ici qu'elle intervient comme un contrepoids interne. Pour reprendre notre exemple, supposons que le juge estime, au vu des circonstances, que la peine la plus appropriée à la gravité de l'infraction et à son imputabilité à l'auteur serait de quinze ans de réclusion criminelle. Il lui reste encore à déterminer comment il doit tenir compte de ce montant par rapport aux exigences de la prévention d'autres infractions, de la restauration de l'équilibre social, du respect des intérêts des victimes et de l'amendement, l'insertion ou la réinsertion de l'auteur. Son appréciation peut se faire de trois manières, selon que la peine établie en proportionnalité-mesure constitue le point de départ ou le point d'arrivée du calcul.

411. Si la peine établie en proportionnalité-mesure constitue le point de départ du calcul, elle peut l'être de deux façons différentes. La première consiste à considérer la peine en proportionnalité-mesure comme un *maximum*. Dans ce cas, le calcul de proportionnalité-justification visera à déterminer si les besoins prospectifs de la répression justifient de prononcer ce maximum ou s'ils peuvent être satisfaits par une peine inférieure. Le *Strafgesetzbuch* allemand se rapproche partiellement de cette méthode dans son paragraphe 46, qui prévoit d'abord que « *la faute de l'agent est la base de la détermination de la peine* », puis qu'il « *convient de prendre en considération les effets que la peine est susceptible d'avoir sur la vie future de l'agent au sein de la société* »⁶⁷⁸. Le juge allemand doit donc « identifier la peine propre à rétribuer le comportement illicite, puis s'assurer que celle-ci n'aura pas d'effet désocialisant et satisfera aux besoins de la prévention spéciale »⁶⁷⁹, ce qui signifie qu'il abaissera potentiellement la peine issue de son premier calcul au vu de finalités prospectives.

412. La seconde possibilité, toujours en prenant pour point de départ la peine établie en proportionnalité-mesure, consiste à la considérer comme un point médian. Dès lors que la peine proportionnée à l'infraction est inférieure à la peine encourue, il est possible qu'un motif de type prospectif mène à l'élever plutôt qu'à l'abaisser. Cette méthode s'envisage d'autant plus facilement que la fourchette des peines « les mieux proportionnées » est étendue. Elle est particulièrement adaptée à la sanction des infractions formelles liées à des législations techniques, telles que celles

678 TRÖNDLE V.H. et T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54^e éd., C. H. Beck, 2007, §46, trad. par ; LEBLOIS-HAPPE J., « Le prononcé de la peine par le juge », *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, Société de législation comparée, coll.« Colloques », n° 9, 2008, p. 210-211.

679 LEBLOIS-HAPPE J., « Le prononcé de la peine par le juge », *op. cit.*, p. 211.

prévues par le droit pénal de l'environnement⁶⁸⁰, pour lesquelles la faute peut être réduite mais les besoins de prévention sont élevés. Un tel raisonnement peut également être pris en considération pour sanctionner l'auteur d'infractions répétées de faible gravité, mais contre lequel les peines privatives ou restrictives de droits antérieurement prononcées se sont avérées inefficaces. Le juge peut alors être tenté de prononcer une peine d'une nature plus sévère (telle que, par exemple, une peine d'emprisonnement de courte durée) en considération, d'une part, de la gravité de l'infraction accrue par la persévérance de l'agent dans son comportement criminel et, d'autre part, de la nécessité d'une dissuasion générale et spéciale particulièrement rigoureuse au vu de cette même persévérance. Au niveau législatif, l'accroissement automatique des peines encourues en cas de récidive légale peut également se comprendre comme procédant d'un raisonnement de ce type.

413. Une troisième méthode peut être abordée, moins intuitive mais peut-être plus conforme à l'esprit de la proportionnalité-justification. Il est possible de considérer la rétribution comme une « exigence d'optimisation » au sens de M. Alexy, au même titre que les autres principes directeurs du choix de la peine. Dans ce cas, la peine « la plus proportionnée à l'infraction » désignée par la proportionnalité-mesure n'est plus un point de départ mais un des points de destination potentiels. Sous cet angle, chaque rationalité pénale pertinente est susceptible de désigner un montant pénal optimal. La mission du juge est alors de fixer une peine équilibrée qui satisfasse au mieux les exigences contradictoires de l'ensemble de ces principes. La rétribution n'est plus le premier point de référence de la mesure de la peine, elle n'est qu'un « foyer de sens »⁶⁸¹ parmi d'autres. Cette méthode peut vraisemblablement paraître anarchique, excessivement calculatoire, voire simplement inintelligible. Elle est néanmoins celle qui correspond le plus, par défaut, au choix qu'a fait le législateur français de ne pas hiérarchiser expressément les différents fondements et objectifs du prononcé des peines au sein du Code pénal⁶⁸².

414. En toute rigueur, **une forme de pesée entre les rationalités pénales est toujours rendue nécessaire par la proportionnalité-justification**. Dès lors, en effet, que la peine « la mieux proportionnée à l'infraction » n'est qu'un point de départ, le fait de s'en éloigner constitue un défaut d'optimisation du principe de rétribution qui doit être justifié par un gain réciproque dans une rationalité pénale concurrente. Cela signifie également que la méthode combinatoire ne fonctionne que si la proportionnalité-mesure revêt un poids particulier au sein de la pesée des rationalités pénales. Dans le cas contraire, n'importe quelle rationalité prospective permet de s'éloigner de la peine « la mieux proportionnée » aussi loin que porte sa force justificatrice, et la portée de la proportionnalité-mesure est essentiellement illusoire.

680 V. *supra* : I, B, 2.

681 GROS F., « Les quatre foyers du sens de la peine », *op. cit.*

682 Même si l'on interprète l'ordre des éléments mentionnés à l'article 130-1 du Code pénal comme exprimant une hiérarchie, il reste encore à établir quelle est la place des fonctions énumérées au premier alinéa, par rapport à l'énumération des 1° et 2°. La « sanction » de l'auteur de l'infraction, inscrite au 1°, serait prioritaire sur son « amendement », ce qui peut se concevoir, mais dans quelle mesure cet « amendement » prime-t-il sur (et se distingue-t-il de) « l'insertion » et de la « réinsertion » qui le suivent immédiatement ? Faut-il considérer, parce qu'ils sont mentionnés plus tôt dans le texte, que « les intérêts de la victime » doivent davantage guider le choix de la peine que la finalité de « sanctionner l'auteur de l'infraction » ?

415. **Conclusion de la première section.** Dès lors qu'elle consiste à juger les décisions en fonction de leur aptitude à réaliser leurs fins et de leur efficacité, la proportionnalité-justification mène à une approche *a minima* conséquentialiste des conflits qu'elle sert à résoudre. Cette approche peut tendre à une forme de néo-utilitarisme si elle mène à favoriser systématiquement un critère d'efficience économique ou matérielle. La neutralité formelle du contrôle requiert par conséquent que cette orientation soit reconnue et, le cas échéant, compensée par des contreponds méthodologiques adéquats.

416. En premier lieu, le champ du contrôle peut exclure certains domaines qui ne tolèrent en aucune circonstance le raisonnement utilitariste. La conception absolue de la substance des droits fondamentaux constitue un tel outil. Cette méthode de limitation externe ne permet toutefois que de raisonner en termes de seuils maximaux ou minimaux, seuils dont la détermination présente elle-même d'importantes difficultés. Elle peut toutefois être utilement complétée par une seconde catégorie de contreponds, qui intègrent au contrôle de proportionnalité des conditions complémentaires. Cette intégration offre une voie de conciliation de la proportionnalité-justification avec des principes reposant sur des logiques opposées, tels que celui de la proportionnalité-mesure. Elle suppose en revanche un certain nombre de choix des autorités compétentes, quant aux modalités exactes de cette combinaison. En effet, ainsi que l'illustre l'exemple de la proportionnalité-mesure, la solution dictée par un même principe peut peser de diverses manières sur la tenue du contrôle de proportionnalité-justification, manières entre lesquelles le juge doit nécessairement trancher en vue d'opérer un contrôle méthodologiquement cohérent. Ce choix ne peut être que la conséquence d'une interprétation préalable du principe en question.

417. La problématique de la neutralité formelle éclaire ainsi, plus généralement, les aspects formels généraux de la proportionnalité-justification. Le modèle proportionnaliste ne décrit pas la totalité de la résolution d'un conflit de normes, mais seulement une étape de cette résolution. Les termes du contrôle dépendent eux-mêmes d'un cadre interprétatif plus général qui porte non seulement sur la méthode formelle de la proportionnalité, mais aussi sur le contenu matériel des normes qu'elle met en relation.

Section 2. L'exigence de neutralité matérielle

418. Le contrôle de proportionnalité se conçoit idéalement comme un instrument formel de mise en relation de principes concurrents. Il suppose, soit comme un pré-requis, soit comme un sous-test préliminaire, que soient vérifiées, d'une part l'existence d'une atteinte à un droit subjectif par une décision des autorités publiques, d'autre part un fondement légal et un but légitime visé par cette décision. Cette étape, généralement présentée comme distincte du test de proportionnalité, est toutefois déterminante pour la suite du raisonnement.

419. En effet les sous-principes d'adéquation, de nécessité et d'équilibre global, tout comme la proportionnalité-mesure dans le champ qui lui est propre, organisent une comparaison de valeurs entre les fondements et objectifs de la décision répressive et l'atteinte qu'elle porte aux droits protégés. Le résultat de cette comparaison dépend nécessairement, autant que de la forme du raisonnement, des contenus substantiels sur lesquels il porte. L'identification et la délimitation de ces contenus – autrement dit, des principes en conflit et de la portée du conflit pour chacun de ces principes – est donc essentielle au contrôle de proportionnalité, dont elle peut affecter tant le déroulement que la solution. Qui plus est le contrôle est polarisé : il suppose toujours, au préalable, que l'un des droits ou principes en conflit soit identifié comme celui qui est limité par la décision et un autre comme celui qui justifie cette limitation. La liberté devant rester de principe, c'est essentiellement le principe limitateur qui est soumis à l'examen au regard du besoin de protection du principe limité. Ainsi, l'identification des principes soumis à la limitation détermine la rigueur du contrôle (§1), tandis que l'identification des principes qui justifient cette limitation détermine la précision avec laquelle ce contrôle peut être exercé (§2).

§1. La rigueur du contrôle assujettie à l'identification des principes limités

420. Même dans une conception extensive de la proportionnalité, tous les droits n'ont pas vocation à recevoir une protection identique. D'abord, les textes qui fondent cette protection la prévoient de manière différenciée, soit dans la définition des droits, soit dans la prévision des limitations qu'ils peuvent recevoir. Ensuite, la portée concrète de chaque droit relève d'une irréductible spécialité et les atteintes qui lui sont portées ne peuvent donc se concevoir que dans des termes spécifiques, tant en nature qu'en mesure. Enfin, dès lors qu'elle repose sur une logique quantitative plutôt que catégorique, la proportionnalité ouvre également la porte à une conception hiérarchique des droits fondamentaux. Cette hiérarchie ne signifie pas que certains droits sont absolument prioritaires sur d'autres, mais que les atteintes qui leur sont portées pèseront comparativement plus lourdement dans la balance des intérêts.

421. Ces éléments de différenciation se répercutent sur le contrôle de proportionnalité en déterminant quels critères seront appliqués dans l'appréciation des justifications de la mesure considérée. En ce sens, l'identification du droit atteint et de la nature de l'atteinte déterminent en partie le déroulement du contrôle de proportionnalité. Ils permettent au juge d'établir quel degré d'exigence il convient d'appliquer. Cette opération est relativement simple lorsque la décision

contrôlée constitue une atteinte unique à un droit unique (I). Elle se complexifie en cas d'atteintes multiples (II) ou lorsque est en jeu le droit à l'égalité, dont le contenu se définit en rapport avec les autres droits garantis (III).

I. L'atteinte à un droit unique

422. Lorsque la mesure contrôlée porte atteinte à un droit unique, la désignation de ce droit emporte application d'un degré de rigueur correspondant dans le contrôle de proportionnalité. Cette variation peut aller jusqu'à porter sur la possibilité du contrôle, lorsque le droit en question comporte une substance intangible qui exclut toute considération conséquentialiste⁶⁸³. Si le contrôle de proportionnalité est admis, il sera plus ou moins strict en fonction du droit en question.

423. Le texte de la Convention européenne des droits de l'homme semble formaliser une gradation de ce type, même si l'on omet temporairement les nuances apportées en jurisprudence. L'article 12 semble être le moins protecteur, puisqu'il ne protège le droit au mariage que « *selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* », la proportionnalité n'étant ici même pas évoquée. Les articles 8 à 11 obéissent à une structure commune : ils établissent un droit dans leur premier paragraphe, puis autorisent par un second paragraphe les restrictions dans l'exercice de ce droit sous réserve d'une triple condition de légalité, de légitimité des buts visés et de nécessité dans une société démocratique. Ces droits sont donc en principe soumis à restrictions sous une condition de proportionnalité relativement ouverte. Les articles 2, 5 et 6 encadrent plus précisément les limitations et exceptions qui peuvent être apportées aux droits qu'ils proclament. Ils prévoient une condition de proportionnalité à titre spécial pour certaines de ces atteintes. La rigueur des formulations employées indique que, lorsque le contrôle de proportionnalité doit avoir lieu en ce qui concerne ces droits, il importe qu'il soit particulièrement rigoureux. L'article 15 de la Convention permet de déroger aux droits qu'elle garantit en cas d'état d'urgence, « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* », ce qui implique un contrôle renforcé. Enfin les articles 3, 4 et 7 ne font allusion à aucune condition de proportionnalité et l'article 15 ne permet pas de déroger aux droits qu'ils consacrent, même en cas d'état d'urgence, ce qui souligne leur caractère *a priori* absolu⁶⁸⁴.

424. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'en tient pas à une telle clé de répartition. En premier lieu, elle étend le champ du contrôle de proportionnalité aux droits pour lesquels il n'est pas expressément prévu. Dans ces cas, toutefois, tant le champ que le niveau d'exigence du contrôle sont établis au regard du droit protégé. La Cour exerce ainsi un contrôle de proportionnalité dans le champ de l'article 3 de la Convention lorsqu'elle vérifie que « *les modalités d'exécution* » d'une mesure d'incarcération « *ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* »⁶⁸⁵. Pour autant les

683 V. supra : Section 1, §2, I.

684 V. SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Presses universitaires de France, 2015, p. 196 et s. ; WACHSMANN P., *Les droits de l'homme*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2018, p. 58, distingue les « droits intangibles » des « droits affectés d'un certain coefficient de relativité » et des « droits programmatoires ».

685 CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudła c. Pologne*, req. n° 30210/96, §94 : JCP 2001, I, n° 291, obs. SUDRE ; RTD civ. 2001, p. 442, obs. MARGUÉNAUD ; RFDA 2003, p. 85, note ANDRIANTSIMBAZOVINA ; RFDA 2001, p. 1250, obs. LABAYLE et SUDRE ; RTDH 2002, p. 169, obs. FLAUSS. V. également WACHSMANN P., « Dans le leurre du

critères de ce contrôle paraissent particulièrement stricts : toute souffrance qui n'est pas intrinsèquement liée au principe de la privation de liberté devrait être évitée. C'est pourquoi, par exemple, « *il suffit à un requérant* » victime de violences d'un codétenu, pour obtenir de la Cour un constat de violation de l'article 3, « *de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour son intégrité physique, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance* »⁶⁸⁶.

425. En second lieu, la Cour nivelle également ses exigences à partir de distinctions plus fines que celles expressément prévues par la Convention. Par exemple l'article 10 du texte conventionnel garantit dans son premier paragraphe le droit à la liberté d'expression et d'information, qui comprend « *la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des autorités publiques et sans considération de frontière* ». Le second paragraphe prévoit ensuite que l'exercice de « *ces libertés* » comporte aussi « *des devoirs et des responsabilités* » et peut être soumis à diverses limitations formelles ou substantielles, sous réserve de conformité de ces ingérences au standard du « *nécessaire dans une société démocratique* ». Le niveau de rigueur du contrôle prévu par le texte ne se distingue donc pas fondamentalement de celui prévu pour les atteintes au droit au respect de la vie privée et familiale, au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ou au droit à la liberté de réunion et d'association. En revanche, la Cour souligne systématiquement les enjeux particuliers des droits garantis à l'article 10. D'une part, elle estime que « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels* » d'une société démocratique, « *l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* », ainsi que le veulent « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas* » de société démocratique⁶⁸⁷. D'autre part, elle tient compte des « *devoirs* » et « *responsabilités* » mentionnés par le texte, notamment en matière de presse. « *La garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations "fiabiles et précises" dans le respect de la déontologie journalistique* »⁶⁸⁸. Cette exigence quant à la déontologie « *revêt une importance accrue* » de nos jours, dans le monde hyperconnecté issu de la révolution numérique⁶⁸⁹. Cela signifie que si, à l'étape de l'identification des termes du conflit, le droit à la liberté d'expression et d'information est identifié comme le droit atteint, cette identification affectera le contrôle de proportionnalité susceptible de s'ensuivre à au moins deux niveaux. D'abord, le regard du juge sera porté spécifiquement sur les aspects de la situation qui correspondent aux enjeux essentiels de ces droits, tels que, d'un côté, le pluralisme ou le droit du public à être informé sur les questions d'intérêt général et, de l'autre côté, les impératifs liés aux exigences de la bonne foi ou de la déontologie journalistique. Ensuite, en raison de l'importance particulière attachée à ces enjeux par la Cour, elle leur consacra un examen rigoureux de chaque côté de la balance des intérêts.

seuil », *op. cit.*

686 CEDH (2^e sect.), 3 juin 2003, *Pantea c. Roumanie*, req. n° 33343/96, §190 : RSC 2004, p. 441, chron. MASSIAS.

687 CEDH (Plén.), 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, §49 : *Cah. dr. Eur.* 1978, p. 350, obs.

COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. Int.* 1977, p. 494, obs. PELLOUX; *JDI* 1978., p. 706, obs. ROLLAND.

688 CEDH (Gr. ch.), 10 déc. 2007, *Stoll c. Suisse*, req. n° 69698/01, §103 : *JCP G.* 2008, I, n° 110, chron. SUDRE.

689 *Ibid.*, §104.

426. Le Conseil constitutionnel, quoique moins loquace, a également rendu quelques décisions qui laissent entendre une différenciation du contrôle en fonction du droit ou de la liberté atteint par la répression. Cela s'observe aisément à la lecture de sa jurisprudence en matière de proportionnalité des incriminations. Lorsqu'il est amené à se prononcer sur la constitutionnalité d'une incrimination qui limite la liberté d'entreprendre, le Conseil indique « *qu'il est loisible au législateur d'apporter* » à cette liberté « *des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »⁶⁹⁰. Cette formule peut être comparée à celle qui ponctue les décisions concernant des incriminations relatives à la liberté d'expression. Cette dernière « *est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »⁶⁹¹. Mis côte à côte, ces deux *obiter dicta*, bien qu'ils fondent tous deux un contrôle de proportionnalité, présentent des différences remarquables. Tandis que le législateur peut ainsi « à loisir » limiter la liberté d'entreprendre par des incriminations « *justifiées par l'intérêt général* » (et donc, *a contrario*, sans fondement de valeur constitutionnelle), il ne peut vraisemblablement réprimer que « *les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* »⁶⁹². La condition de proportionnalité est de plus exprimée en termes négatifs pour ce qui est des atteintes à la liberté d'entreprendre et positifs pour celles qui concernent la liberté d'expression et de communication, ce qui sous-entend un contrôle plus restreint dans le premier cas. Certes, la portée de ces éléments de langage en ce qui concerne les contrôles réellement exercés demeure difficile à apprécier, la jurisprudence du Conseil étant généralement marquée par un certain manque de rigueur dans le raisonnement juridique⁶⁹³. Il reste tout au moins que l'intention de distinguer est ici clairement exprimée et qu'elle est susceptible de revêtir une portée au moins incitative.

427. La désignation d'un droit particulier comme étant celui qui suscite le contrôle de proportionnalité produit ainsi certains effets sur les conditions du contrôle, au niveau à la fois de

690 V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, §24 ; déc. n° 2010-55 QPC du 18 oct. 2010, *M. Rachid M. [Prohibition des machines à sous]*, §4 ; déc. n° 2010-73 QPC du 3 déc. 2010, *Société ZETurf Limited [Paris sur les courses hippiques]*, §13 ; déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie [Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise]*, §6.

691 Cons. const., n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]*, §3 : *D. actu.* 27 mai 2011, obs. LAVRIC ; *D.* 2011, Actu. 1420, obs. LAVRIC ; *ibid.*, Pan. 2833, obs. GARÉ ; *ibid.*, 2012. Pan. 765, obs. DREYER ; *AJ Pénal* 2011, p. 414, obs. PERRIER ; *RSC* 2011, p. 401, obs. MAYAUD ; *Dr. pénal* 2011, n° 90, obs. VÉRON. Cons. const., déc. n° 2012-647 DC du 28 févr. 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, §5 : *D. actu.*, 1er mars 2012, obs. LAVRIC ; *D.* 2012, p. 987, note ROUX ; *JCP G.* 2012, n° 425, note LEVADE et MATHIEU ; *ibid.*, n° 307, *Libres propos*, note TERRÉ ; *Gaz. Pal.* 2012, 1. 808, note AMSON ; *RSC* 2012, p. 179, obs. FRANCILLON ; *ibid.*, 2013, p. 436, obs. DE LAMY ; *AJDA* 2012, p. 411, obs. GRAND ; *ibid.*, p. 1406, note MACAYA et VERPEAUX ; *Dr. pénal* 2012, Chron. 5, obs. MOUYSET.

692 Cons. const., déc. n° 2012-467 DC, préc., §5.

693 V. notamment sur ces insuffisances : CONTE P., « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, juillet 2018, n° 20-21, p. 93-101 ; BOUSTA R., « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, vol. 4, p. 859 ; GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, mai 2012, n° 7.

son cadre méthodologique et de l'étendue des pouvoirs du juge. D'un point de vue proportionnaliste, ces effets correspondent à une recherche préalable du contenu normatif *a priori* du droit⁶⁹⁴. Il s'agit d'établir lesquelles de ses composantes sont susceptibles d'être soumises à des restrictions proportionnées et quel poids elles revêtent en principe. Cette étape interprétative est somme toute classique. La chose se complique néanmoins lorsque plusieurs droits sont concurremment appelés à guider le contrôle de proportionnalité.

II. **L'atteinte à plusieurs droits**

428. Le modèle classique du contrôle de proportionnalité suppose que soient placés en concurrence un seul droit ou principe atteint et un seul droit ou principe justificateur. Les tests d'adéquation et de nécessité s'étudient généralement en comparant ces principes comme une paire isolée. Il s'agit simplement de vérifier si l'atteinte à l'un permet de satisfaire l'autre de la manière la moins coûteuse possible. Il en va de même, même si cela est moins apparent, du test d'équilibre global, la métaphore de la balance ou du bilan ne prévoyant que deux pôles à la comparaison (deux plateaux, un passif et un actif). Toutefois, dans de nombreuses situations, ce ne sont pas un mais plusieurs droits qui sont atteints, simultanément ou concomitamment, en vue de la promotion de plusieurs principes justificateurs. Il appartient alors au juge, non seulement d'identifier clairement les normes en conflit, mais également de déterminer une méthode de contrôle de proportionnalité qui tiennent compte de chacune d'entre elles sans redondance ni contradiction. Or, de ce point de vue, toutes les combinaisons ne sont pas équivalentes.

429. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la méthode combinatoire dépend à la fois des droits concernés et des modalités des atteintes réalisées. Trois cas de figure peuvent être envisagés. Dans le premier, **les droits atteints peuvent l'avoir été de manière successive, par des mesures qui s'inscrivaient dans un processus commun, mais qui demeurent juridiquement indépendantes**. Il n'est alors pas nécessaire de les appréhender comme un tout et un contrôle de proportionnalité distinct peut être effectué pour chacune de ces situations. Nous parlerons dans ce cas d'**atteintes divisibles** (A). Toutefois, les conflits peuvent également être indivisibles et appeler un examen commun. Cette indivisibilité peut provenir de deux causes différentes. La première correspond au cas où **les atteintes commises affectent plusieurs droits spéciaux qui procèdent en réalité d'un même principe plus général**, tels que les différents aspects du droit à un procès équitable. Dans ce cas, le contrôle peut être effectué au regard du droit ou principe qui confère leur sens commun aux droits atteints. Nous parlerons dans cette hypothèse d'**atteintes téléologiquement indivisibles** (B). Dans un dernier cas de figure, les atteintes doivent être contrôlées en même temps parce qu'elles ne procèdent pas de décisions distinctes, mais **d'un acte ou d'une omission matériellement unique qui enfreint plusieurs droits simultanément**. Le juge est alors amené à trancher sur le fondement cumulé de plusieurs droits au sein d'un contrôle unique. Cette hypothèse est la plus complexe, nous l'appellerons ici **indivisibilité matérielle** (C).

694 C'est-à-dire son contenu de principe, qui correspond à l'ensemble du champ potentiellement couvert par le droit avant qu'il soit tenu compte des limitations proportionnées tirées de principes concurrents ou de règles bénéficiant de la primauté. Les proportionnalistes parlent ainsi parfois de « droit *a priori* » (« *prima facie right* »). V. *supra* : Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, I, A.

A. Les atteintes divisibles

430. Les atteintes aux droits sont divisibles lorsque, même si elles ont été commises dans un cadre formel commun et en vue de buts similaires, elles peuvent être considérées comme des décisions séparées portant sur des objets distincts. De telles situations sont notamment susceptibles de se produire en droit de la preuve. Une preuve peut ainsi être d'abord obtenue au moyen d'une première atteinte aux droits de la personne poursuivie, telle qu'une perquisition ou une mesure de surveillance insuffisamment justifiée. Ensuite, en raison de cette première atteinte, l'administration de la même preuve peut être interrogée sous l'angle du droit à un procès équitable si elle est utilisée pour fonder la condamnation. La proportionnalité du mode d'obtention de la preuve est alors susceptible d'affecter celle de son administration. Toutefois il demeure dans ce cas possible de les traiter comme deux atteintes séparées et, par conséquent, de les soumettre chacune à un contrôle de proportionnalité qui lui sera propre.

431. Les atteintes aux droits commises en vue d'obtenir des éléments de preuve peuvent ainsi faire l'objet d'un premier contrôle de proportionnalité. La finalité probatoire de la mesure, appréciée au moment de sa réalisation, peut alors entrer en ligne de compte à titre factuel, sans qu'il importe de savoir si l'élément de preuve recueilli a effectivement été utilisé dans la procédure ultérieure. Par exemple, dans les affaires *André c. France* et *Xavier Da Silveira c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a apprécié la proportionnalité de perquisitions réalisées dans les cabinets d'avocats, en vue de recueillir des preuves à l'encontre de leurs clients⁶⁹⁵. Dans chaque espèce, la Cour a estimé que les mesures ainsi réalisées portaient atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention. Elle a, de plus, apprécié cette atteinte en tenant compte du fait que les requérants n'avaient jamais été soupçonnés ou accusés d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude⁶⁹⁶. La finalité probatoire des perquisitions n'a donc été prise en compte que dans un sens négatif. Il n'y avait pas matière à s'y intéresser au titre de l'équité de la procédure pénale en cours ou à venir, puisque cette procédure n'était pas dirigée contre les requérants. Ce n'est donc pas en termes de droit de la preuve que cette finalité importait, mais comme élément de justification de la mesure contrôlée dans sa dimension personnelle. Autrement dit, il s'agissait seulement de souligner qu'en l'espèce, la mesure était subie par des individus qui n'étaient pas mis en cause personnellement, ce qui jouait en faveur du constat de violation.

432. Un deuxième contrôle de proportionnalité peut intervenir au moment de l'administration de la preuve, dans le cas où celle-ci, obtenue de manière illégale ou par l'emploi de moyens disproportionnés, est utilisée pour fonder la condamnation. L'irrégularité antérieure est alors susceptible de rejaillir sur l'équité du procès au sens de l'article 6 de la Convention. Cette irrégularité peut suffire à écarter le contrôle de proportionnalité de la preuve administrée et à mener au constat de violation de l'article 6 si la preuve a été obtenue par des moyens qui violaient le

695 CEDH (5^e s.), 24 juil. 2008, *André et autres c. France*, req. n° 18603/03 : JCP 2008, II, n° 10182, note LOUIT ; JCP G. 2009, I, n° 104, obs. SUDRE ; *Dr. Pénal* 2009, Chron. n° 4, obs. DREYER ; RDP 2009 p. 911, obs. SURREL ; 21 janv. 2010, *Xavier Da Silveira c. France*, req. n° 43757/05 : D. 2011, p. 557, obs. BLANCHARD ; JCP G. 2010, n° 21, p. 583, note GRABARCZYK ; *Gaz. Pal.* 2010, 1, n° 1520, note MATSOPOULOU ; RSC 2010, p. 702, obs. ROETS.

696 CEDH (5^e s.), 24 juil. 2008, préc., §46 ; 21 janv. 2010, préc., §43.

« *noyau dur* »⁶⁹⁷ des droits protégés par la Convention. Tel est le cas, en particulier, si la preuve a été obtenue par « *des actes de violence ou de brutalité ou d'autres formes de traitement pouvant être qualifiés de torture* »⁶⁹⁸. Toutefois cet effet n'est pas automatique. En dehors des cas d'application de la théorie absolutiste de la substance des droits⁶⁹⁹, la Cour « *ne saurait [...] exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale* »⁷⁰⁰. « *Il y a lieu d'examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été obtenus, fut équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de "l'illégalité" en question et, dans les cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation.* »⁷⁰¹ Cet examen prend en principe la forme d'un contrôle de proportionnalité : « *Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement* »⁷⁰². Parmi les éléments pertinents, « *il faut se demander si les droits de la défense ont été respectés, notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation, ainsi que la faculté d'interroger tel ou tel témoin* »⁷⁰³. La Cour s'intéresse également à « *la qualité de l'élément de preuve, dont le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude* »⁷⁰⁴.

433. Cela ne signifie pas pour autant que la gravité de la violation commise à l'étape de l'obtention de la preuve sera sans effet sur son admissibilité si les droits de la défense sont respectés par ailleurs. Dans l'arrêt *Jalloh*, par exemple, la gravité de cette violation constitue un paramètre essentiel au moment du contrôle de l'équité générale du procès. La Cour relève, d'une part, que la preuve obtenue par des moyens qualifiés de traitement inhumain et dégradant a été « *l'élément décisif de la condamnation du requérant* » et que les juridictions nationales n'ont eu « *aucune latitude* » pour l'exclure de leurs considérations. Elle note, d'autre part, que « *l'intérêt public à la condamnation du requérant ne saurait passer pour avoir revêtu un poids pouvant justifier que l'on autorisât l'utilisation de ces éléments au procès* », au vu de la faible gravité de l'infraction commise et de la courte durée de la peine d'emprisonnement prononcée⁷⁰⁵. La présentation *pro et contra* et la mention du « *poids* » de l'intérêt public indiquent que c'est bien un contrôle de proportionnalité qui est mené quant aux conséquences probatoires du traitement subi par le requérant. Le caractère inhumain et dégradant de ce traitement a été établi, plus haut dans le même arrêt, par un autre raisonnement proportionnaliste⁷⁰⁶. Ce sont ainsi bien deux contrôles qui se

697 CEDH (Gr. ch.), 11 juil. 2006, préc., §105.

698 *Ibidem*.

699 *V. supra* : Section 1, §2, I, A, 1.

700 CEDH (Plén.), 12 juil 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, §46 : RSC 1988, p. 840, obs. PETTITI et TEITGEN.

701 CEDH (3^e s.), 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97.

702 CEDH (Gr. ch.), 11 juil. 2006, préc., §97.

703 CEDH (4^e s.), 11 mai 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, req. n° 48539/99, §43.

704 *Ibidem*.

705 CEDH (Gr. ch.), 11 juil. 2006, préc., §107.

706 *V. supra* : Section 1, §2, I, A, 2, b.

succèdent et qui portent sur des aspects différents du même objet, les conclusions du premier contrôle étant prises en compte, lorsqu'il y a lieu, au cours du second⁷⁰⁷.

434. Ainsi, même lorsque les atteintes aux droits entretiennent entre elles un certain lien chronologique et causal, il est possible, dès lors qu'elles concernent des droits distincts, de les distinguer suffisamment et de les soumettre à des contrôles séparés. Tel n'est pas le cas lorsque ce sont plusieurs prérogatives individuelles issues d'un droit unique qui ont fait l'objet de limitations.

B. Les atteintes téléologiquement indivisibles

435. Un droit fondamental unique peut comporter plusieurs aspects normatifs. La personne protégée bénéficie alors de prérogatives multiples qui se traduisent en autant d'obligations positives ou négatives à la charge des autorités publiques. Il est possible que la méconnaissance d'une seule de ces obligations suffise, à titre autonome, pour constituer une violation du droit concerné. Dans ce cas, si plusieurs obligations sont méconnues ensemble, les atteintes au droit dont elles procèdent seront divisibles entre elles et chacune fera l'objet d'un contrôle de proportionnalité séparé. Le droit général sera considéré comme violé dès lors que l'un de ces contrôles échouera. Il en va ainsi, par exemple, du droit à la liberté individuelle consacré par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les paragraphes successifs de cet article établissent des droits susceptibles d'être violés indépendamment les uns des autres et la Cour européenne des droits de l'homme peut être amenée à les examiner successivement⁷⁰⁸.

436. Dans d'autres cas, il est possible d'admettre que les prérogatives personnelles spéciales ne constituent pas des droits autonomes, mais simplement des aspects de la protection du droit général dont elles procèdent. La méconnaissance d'une de ces prérogatives par les autorités publiques peut alors, le cas échéant, être constatée au moyen d'un premier contrôle de proportionnalité, mais son caractère disproportionné n'entraîne pas nécessairement la violation du droit protégé. Elle ne constitue qu'un élément parmi d'autres du contrôle de proportionnalité plus général qui est tenu à l'échelle du droit entier, au regard de la situation prise dans son ensemble. Lorsque plusieurs de ces prérogatives sont méconnues, elles ont donc vocation à être considérées ensemble, au regard du droit général dont la protection constitue leur finalité commune. C'est pourquoi nous parlons ici d'**indivisibilité téléologique**.

437. La Cour européenne des droits de l'homme a partiellement adopté une conception de ce type sous l'angle de l'article 6 de la Convention, en ce qui concerne les droits de l'accusé en matière pénale. Plusieurs des droits reconnus par ce texte sont ainsi interprétés, tantôt comme des droits autonomes, tantôt comme de simples garanties de l'équité générale de la procédure. La Cour indique ainsi dans son arrêt *Ibrahim* que les droits de la défense « énumérés à l'article 6 § 3 »

707 V. *a contrario*, admettant l'utilisation de preuves obtenues au cours d'une perquisition illégale : CEDH (2^e s.), 31 janv. 2017, *Kalnėnienė c. Belgique*, req. n° 40233/07.

708 V. par exemple, examinant l'espèce successivement au regard des premier, troisième, quatrième et cinquième paragraphes de l'article 5 : CEDH (Plén.), 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 : *RTD Eur.* 1989, p. 163, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1991, p. 616, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *RSC* 1989, p. 373, obs. PETTITI et TEITGEN ; *JDI* 1989, p. 843, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

constituent « des exemples [de] ce qu'exige l'équité dans les situations procédurales qui se produisent couramment dans les affaires pénales. On peut donc voir dans ces droits des aspects particuliers de la notion de procès équitable en matière pénale contenue à l'article 6 § 1. Ces droits minimaux ne sont toutefois pas des fins en soi : leur but intrinsèque est toujours de contribuer à préserver l'équité de la procédure pénale dans son ensemble »⁷⁰⁹. Par conséquent, d'une part, la méconnaissance de l'un de ces droits minimaux ne signifie pas nécessairement qu'il y a violation de l'article 6. En revanche elle « pèse lourdement dans la balance lorsqu'il s'agit d'apprécier globalement l'équité du procès et elle peut faire pencher la balance en faveur d'un constat de violation »⁷¹⁰. D'autre part, lorsque plusieurs de ces droits instrumentaux ont été atteints séparément, la Cour en peut en tenir compte de manière combinée.

438. Par exemple, dans l'arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre 2010, la condamnation du requérant reposait sur des déclarations faites au cours de sa garde à vue, alors qu'il avait dû prêter serment et n'avait pas eu accès à un avocat. Le requérant se prévalait uniquement du droit de se taire et du droit à ne pas contribuer à sa propre accusation⁷¹¹. La Cour, après avoir rappelé le principe du droit au silence⁷¹², a immédiatement ajouté que « la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire »⁷¹³. Elle a apprécié l'ensemble de la situation en se fondant non seulement sur l'absence de notification du droit de se taire au début de la garde à vue, mais également sur le fait que « le requérant n'[avait] pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue » et que « l'avocat n'[avait] donc été en mesure ni de l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l'exige l'article 6 de la Convention. »⁷¹⁴ L'arrêt ne précise pas dans quelle mesure ce retard dans l'accès aux services de la défense a pu être déterminant dans le constat de violation. Il reste néanmoins que cet élément supplémentaire n'est pas mentionné comme une simple circonstance de fait, mais comme une atteinte distincte à un autre droit orienté vers la même fin protectrice générale.

439. L'arrêt *Navone et autres c. Monaco* du 24 octobre 2013 va dans le même sens. La Cour y estime « qu'une personne gardée à vue bénéficie, d'une part, du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence et, d'autre part, du droit à l'assistance d'un avocat pendant tous les interrogatoires », qui constituent bien des « droits distincts »⁷¹⁵. Elle ajoute en

709 CEDH (Gr. ch.), 13 sept. 2016, préc., §251. Observons au passage qu'il y a quelque chose de paradoxal à affirmer qu'un droit « minimal » n'est « pas une fin en soi » : si le seuil du minimum acceptable peut être franchi et remplacé par un palliatif qui parvient aux mêmes fins, il n'a en réalité rien de minimal.

710 *Ibid.*, §265.

711 CEDH (5^e s.), 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07, §3 : D. 2010, Édito, 2425, obs. ROME ; *ibid.*, Entretien, 2696, obs. MAYAUD ; *ibid.*, Chron., 2783, obs. PRADEL ; *ibid.*, 2809, obs. DREYER ; *ibid.*, Point de vue, 2850, obs. GUÉRIN ; *ibid.*, 2950, obs. RENUCCI ; RSC 2010, Chron. 2011, obs. ROETS ; *Dr. Pénal* 2011, Chron. 3, obs. DREYER ; *ibid.* 2011, Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Procédures* 2010, n° 419, obs. CHAVENT-LECLÈRE.

712 *Ibid.*, §44.

713 *Ibid.*, §45.

714 *Ibid.*, §54.

715 CEDH (1^{ère} s.), 24 oct. 2013, *Navone et autres c. Monaco*, req. n° 62880/11, 62892/11 et 62899/11, §74 : JCP G. 2014, Chron. 3, obs. SUDRE.

revanche que « *ces droits n'en sont pas moins complémentaires* »⁷¹⁶. Le respect ou la méconnaissance de l'un sera donc apprécié au regard du respect ou de la méconnaissance de l'autre et à la lumière de leur finalité protectrice commune. Cette complémentarité peut, comme en l'espèce, peser dans le sens de la disproportion, mais elle peut également permettre d'éviter le constat de violation, si la finalité commune n'a pas été obérée. Tel peut être le cas, par exemple, dans l'hypothèse où une personne placée en garde à vue et indûment privée de l'assistance d'un avocat ne tiendrait aucune déclaration, ou si ses déclarations étaient dépourvues d'effet sur les suites de la procédure⁷¹⁷.

440. Lorsque les droits atteints sont ainsi téléologiquement indivisibles, le contrôle de proportionnalité est rendu plus complexe. Le juge peut toutefois porter son attention sur l'atteinte au droit général protégé par la convergence des droits particuliers limités. Ce raisonnement permet de revenir à un contrôle au sein duquel un droit unique est en concurrence avec les principes justificateurs. Cette réduction n'est toutefois pas possible lorsque les droits en présence sont distincts dans leurs finalités, mais sont atteints simultanément par une décision unique.

C. Les atteintes matériellement indivisibles

441. Dans les situations abordées précédemment, les atteintes aux droits qu'il s'agissait de contrôler étaient toujours identifiables comme des mesures distinctes. La décision de priver une personne de sa liberté, que les motifs en soient légaux ou non, n'est pas équivalente à la décision de ne pas présenter cette personne à un magistrat aussi tôt que possible ou de ne pas la relâcher lorsqu'il n'existe plus de raison valable de la maintenir en détention. De même le droit au silence et le droit à l'assistance d'un avocat, s'ils partagent certaines fins en termes d'équité de la procédure pénale, ne sont pas équivalents. La renonciation à ou privation du bénéfice de l'un n'emporte pas de déchéance de l'autre et les autorités publiques sont tenues de tenir compte de cette indépendance. Il est, enfin, possible d'étendre ce raisonnement à chaque sous-énoncé d'un même dispositif. Par exemple le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention peut astreindre une personne placée sous contrôle judiciaire à plusieurs obligations au moyen d'une ordonnance unique⁷¹⁸. Ces obligations issues d'un seul acte sont cependant bien définies séparément par le Code de procédure pénale et, dès lors, elles peuvent être considérées comme des restrictions distinctes susceptibles de contrôles séparés.

442. **Il est toutefois également envisageable qu'une mesure unique atteigne simultanément plusieurs droits ou libertés d'une manière qui ne soit pas susceptible d'une telle décomposition.** La situation est particulièrement fréquente dans le cadre de l'exercice du pouvoir d'incriminer. Le comportement interdit par la loi peut aisément se trouver à l'intersection de plusieurs droits subjectifs. La nature et les causes de cette intersection dépendent elles-mêmes du type de comportement considéré. En premier lieu, **l'indivisibilité peut provenir du fait que le**

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ Cette hypothèse connaît toutefois une exception : elle ne vaut que si la privation de l'accès à un avocat relève d'un traitement spécial et non d'une application automatique de la loi. Dans le cas contraire, la violation de l'article 6 est acquise sans autre conditions. V. CEDH (2^e s.), 13 oct. 2009, préc., §33 ; CEDH (1^{ère} s.), 24 oct. 2013, préc., §80-85.

⁷¹⁸ Code de procédure pénale, art. 138 et 139.

comportement incriminé consiste à prendre part à un acte collectif. Chaque participant subit alors les conséquences de l'interdiction, même s'il n'est pas susceptible d'être poursuivi. **L'atteinte est interpersonnelle** (1). En second lieu, **il est possible que, par un comportement unique, une personne isolée exerce ensemble plusieurs de ces droits.** L'incrimination de ce comportement limite alors chacun de ces droits. **L'atteinte est individuelle** (2).

1. *L'atteinte interpersonnelle*

443. Dans certains cas, c'est la participation d'une des parties à une entente qui fait l'objet de la prohibition. Même dans le cas où les autres participants ne peuvent être poursuivis pour complicité, leur liberté est néanmoins réduite par l'illicéité de l'opération à laquelle ils pourraient autrement consentir. Par exemple, par effet de seuil, des relations sexuelles habituellement consenties entre deux adolescents peuvent tomber sous le coup de l'incrimination d'atteintes sexuelles sur mineur⁷¹⁹ au jour du dix-huitième anniversaire de l'un des partenaires si, à cette date, l'autre n'a pas atteint quinze ans révolus. Même si, en principe, le partenaire majeur sera le seul poursuivi⁷²⁰, la liberté sexuelle du mineur est également limitée par l'incrimination. D'une manière analogue, les incriminations de la prise illégale d'intérêts au cours des fonctions⁷²¹ et du pantouflage⁷²² limitent non seulement la liberté d'entreprendre des responsables politiques ou administratifs qui leur sont soumis, mais également celle de leurs partenaires d'affaires potentiels.

444. Dans ces cas, il demeure possible d'identifier une atteinte principale et une atteinte accessoire. La menace de la peine qui assortit l'interdiction s'adresse à l'un des participants en particulier et c'est seulement à l'égard de celui-ci que l'incrimination produit pleinement son effet coercitif. C'est donc du point de vue de l'atteinte subie par cet agent qu'il convient en principe d'apprécier la proportionnalité de l'incrimination. L'atteinte par ricochet subie par les autres participants pourra, dans ce cadre, être appréhendée à titre accessoire, lors du contrôle de la nécessité et de l'équilibre global. Il est toutefois une hypothèse où l'atteinte par ricochet requiert une attention particulière et, le cas échéant, peut devenir le point de référence du contrôle de proportionnalité. Il s'agit du cas où l'incrimination de l'accord a pour fin de protéger, plutôt que les

719 Code pénal, art. 227-25 : « *Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende.* »

720 En principe seulement, car il peut être envisageable, en fonction des circonstances, que le mineur de quinze ans soit également poursuivi pour complicité.

721 L'article 432-12, alinéa 1 du Code pénal incrimine « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ».

722 L'article 432-13, alinéa 1 du Code pénal incrimine « *le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du gouvernement, membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire, militaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.* »

droits des tiers, ceux d'une des parties, à laquelle l'acte convenu peut causer préjudice. Les effets de l'interdiction sur les droits de la partie protégée constituent alors un critère essentiel de sa proportionnalité. Toutefois, dans une telle situation, le contrôle peut être empêché par la configuration des intérêts en présence.

445. Par exemple, la loi du 13 avril 2016 a, d'une part, abrogé l'incrimination du délit de racolage prévu par l'ancien article 225-10-1 du Code pénal⁷²³ et, d'autre part, créé une contravention de recours à la prostitution dont la récidive constitue un délit⁷²⁴. D'après l'exposé des motifs de la proposition de loi, cette mesure visait à « mettre en cohérence notre droit avec notre conception de la prostitution », comprise comme une violence, et à « soustraire la sexualité à la violence et à la domination masculine »⁷²⁵. Cette solution était considérée comme « la plus protectrice pour les personnes qui rester[ai]ent dans la prostitution » car « en inversant le rapport de force à l'œuvre avec les clients de la prostitution, l'interdiction de l'achat d'un acte sexuel permettra[it] aux personnes prostituées de dénoncer les violences ou risques sanitaires [...] qu'ils p[ourraient] leur imposer. »⁷²⁶ Or, d'après un rapport d'enquête publié par Médecins du monde, l'effet concret de cette incrimination a été diamétralement opposé à celui escompté. « La quasi-totalité des travailleur.se.s du sexe et toutes les associations interrogées décrivent une perte de pouvoir dans la relation avec le client : ce dernier impose plus souvent ses conditions (rapports non protégés, baisse des prix, tentative de ne pas payer, etc.) parce qu'il est celui qui prend des risques. »⁷²⁷ Si l'on suit cette analyse, cela signifie que tandis que la charge symbolique de l'incrimination, la marque de réprobation sociale, pèse effectivement sur les clients, en revanche la charge concrète en termes de perte de liberté (ici, d'autonomie financière et de liberté de choisir les conditions de ses rapports sexuels) est essentiellement subie par les personnes qui sont supposées être protégées par la loi. L'identification, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, de l'une de ces atteintes comme étant la « principale », peut donc être cruciale pour le déroulement de l'argumentaire et pour sa solution.

446. Or de ce point de vue, **la dichotomie théorique entre, d'une part, les personnes soumises à la répression et, d'autre part, celles qu'elle protège, laisse un vide dans le champ matériel de la proportionnalité.** Si l'on se réfère aux effets dénoncés par l'association Médecins du monde, il semble que l'incrimination du recours à la prostitution est inadéquate au sens de la proportionnalité-justification : elle ne fournit pas la protection qui lui tient lieu de finalité et, au contraire, elle renforce même le risque d'abus. Toutefois cette inadéquation est susceptible

723 Ce texte prévoyait que « *Le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende.* »

724 V. Code pénal, art. 225-12-1 et s. et art. 611-1, issus de la loi n°2016-444 du 13 avril 2016, visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, art. 15, 20 et 21 : JORF n° 0088 du 14 avril 2016, texte n° 1.

725 Proposition de loi n° 1437, renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013 : [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1437.asp>], consulté le 6 novembre 2018.

726 *Ibidem.*

727 GIAMETTA C. et N. RASSOUW, *Que pensent les travailleur.se.s du sexe de la loi prostitution ? Enquête sur l'impact de la loi du 13 avril 2016 contre le « système prostitutionnel »*, Médecins du monde France, 2018, p. 6. V. également : même rapport, p. 37 et s.

d'échapper au contrôle. En effet, si l'on considère que cette incrimination constitue à titre principal une atteinte aux libertés du client, c'est probablement par lui que l'allégation de disproportion est la plus susceptible d'être émise. Dans ce cas, cette allégation serait présentée aux fins, pour son émetteur, d'échapper à la répression. Cela reviendrait donc pour lui à se prévaloir de l'aggravation des abus, alors qu'il serait justement identifié à la population auteure de ces abus.

447. Inversement, si l'on se place du point de vue des victimes de ces abus, le terrain de la proportionnalité paraît peu accessible. N'étant pas susceptibles d'être poursuivies sur le fondement de l'incrimination disproportionnée, leur accès au contentieux sera par hypothèse très réduit, voire inexistant. Même si elles parviennent à saisir une juridiction, leurs arguments de fait risquent d'être mis en échec par la simple considération du bien-fondé théorique de la loi, qui punit les agresseurs. Tel a été le cas lorsque le Conseil constitutionnel a été appelé à se prononcer⁷²⁸. La procédure qui a mené à sa décision du 1^{er} février 2019 illustre déjà les difficultés techniques d'une telle problématique. Les associations requérantes ont en effet formé leur QPC incidemment à une demande en annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite du Premier ministre rejetant leur demande d'abrogation d'un des décrets d'application de la loi – technique contentieuse astucieuse, certes, mais qui suppose un certain nombre de circonvolutions. Sur le fond, le Conseil a simplement relevé que « *le législateur a[vait] entendu, en privant le proxénétisme de sources de profits, lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, activités criminelles fondées sur la contrainte et l'asservissement de l'être humain* », qu'il avait ainsi « *entendu assurer la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre ces formes d'asservissement et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions* »⁷²⁹. La décision relève bien que le législateur « *a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées* », mais elle conclut sobrement qu'en « *prohibant cette demande par l'incrimination contestée, le législateur a retenu un moyen qui n'est pas manifestement inapproprié à l'objectif de politique publique poursuivi* »⁷³⁰. Le Conseil s'est ainsi soigneusement abstenu de se prononcer sur l'opposition entre la finalité abstraitement visée et les effets concrets allégués, en rappelant que « *l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen* »⁷³¹. La solution a pu décevoir⁷³², mais elle n'avait rien de surprenant.

448. En résumé, dans cet exemple, **la polarisation du rapport auteur-victime, spécifique au droit criminel, a pour effet d'extraire de facto du champ juridictionnel le débat sur la**

728 Cons. Const., déc. n° 2018-761 QPC du 1^{er} févr. 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]* : *Gaz. Pal.* 2019, n° 10, p. 30, note RICHAUD ; *ibid.*, n° 11, p. 23, note LE MAIGAT.

729 *Ibid.*, §11.

730 *Ibid.*, §12.

731 *Ibid.*

732 V. la note de C. RICHAUD, précitée, qui parle de « schizophrénie juridique ».

proportionnalité des atteintes à certains droits et de réserver ce débat au domaine du politique. Pour reprendre la classification entreprise, il est possible de désigner ces situations, où une atteinte concrète aux libertés échappe au contrôle du juge en raison de sa subordination formelle à une atteinte abstraite, comme des cas d'indivisibilité matérielle négative.

449. Les cas d'indivisibilité matérielle peuvent également être d'ordre positif. Dans une telle hypothèse, il n'y a pas de lien de subordination qui fait disparaître une atteinte comme accessoire d'une autre. La répression affecte alors une situation matérielle dans laquelle une personne exerce simultanément plusieurs de ses libertés. L'atteinte est donc subie à un niveau individuel, mais dans plusieurs prérogatives non hiérarchisées entre elles.

2. *L'atteinte individuelle*

450. Il est possible qu'une incrimination limite directement, pour la même personne, plusieurs libertés matérialisées par un comportement unique qui tombe sous le coup de la répression. Un exemple particulièrement notable a mené successivement à la saisine du Conseil constitutionnel⁷³³, puis de la Cour européenne des droits de l'homme⁷³⁴ : il s'agit de l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public⁷³⁵.

451. Quoique formulée en des termes plus généraux, l'incrimination créée aux articles 1 à 3 de la loi du 11 octobre 2010 a pour fin de lutter en particulier contre le port du *niqab* et de la *burqa*. L'exposé des motifs du projet de loi s'ouvre ainsi par l'affirmation que les valeurs de la République « sont aujourd'hui remises en cause [...] en particulier par la pratique du port du voile intégral ». Or cette pratique précise se situe, au moins pour ce qui concerne le droit européen des droits de l'homme, à l'intersection de plusieurs droits subjectifs. La liberté religieuse en est un, le *niqab* et la *burqa* étant spécifiquement liés à la pratique de certaines interprétations de l'Islam. Toutefois le problème se pose également sous l'angle du droit au respect de la vie privée. Ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a relevé⁷³⁶, le choix d'une tenue vestimentaire relève de l'expression de la personnalité et de l'image qu'une personne souhaite renvoyer dans son contact avec autrui. L'un des arguments essentiels au soutien de la loi repose d'ailleurs sur cette idée : l'exposé des motifs du projet indique ainsi que « la dissimulation du visage dans l'espace public est porteuse d'une violence symbolique et déshumanisante, qui heurte le corps social » car elle revient « à nier l'appartenance à la société des personnes concernées ».⁷³⁷ La Cour européenne des droits de

733 Cons. const., déc. n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* : *JCP G.* 2010, n° 1018, note MATHIEU.

734 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juil. 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11 : *D.* 2014, p. 1451 ; *ibid.* p. 1701, chron. CHASSANG ; *JCP G.* 2014, n° 826, obs. SURREL ; *ibid.* n° 974, note LEVADE ; *RSC* 2014, p. 626, obs. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2014, p. 620, obs. HAUSER.

735 Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, art. 1 à 3 : *JORF* n° 0237 du 12 octobre 2010, p. 18344.

736 CEDH (Gr. Ch.), 1^{er} juil. 2014, préc., §107 : « La Cour estime en effet que les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée. [...] Une mesure émanant d'une autorité publique limitative d'un choix de ce type est donc en principe constitutive d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention ».

737 Observons que le port d'un vêtement occultant pourrait également être considéré comme un choix fait par une personne sur l'étendue de sa sphère d'intimité. En s'isolant visuellement du monde, la personne concernée

l'homme, dans son arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014, a donc envisagé cette incrimination sous l'angle combiné des articles 8 et 9 de la Convention, qui protègent respectivement le droit au respect de la vie privée et la liberté de pensée, de conscience et de religion. L'un comme l'autre de ces articles permettent aux États parties à la Convention d'apporter des restrictions aux droits garantis sous la triple condition de légalité de la mesure, de visée d'un but légitime et de nécessité dans une société démocratique. La Cour a donc été amenée à exercer un contrôle de proportionnalité-justification sur ce fondement.

452. Or, à nouveau, se pose ici un problème de technique combinatoire. **Puisque ce sont plusieurs libertés de la même personne qui sont limitées simultanément par une interdiction unique, le juge est nécessairement amené à choisir, soit de considérer chaque droit isolément et d'exercer plusieurs tests de proportionnalité successifs, soit de traiter la situation comme une atteinte unique et d'exercer un contrôle global.** La première solution ne paraît pas satisfaisante. Si le juge choisit d'exercer des contrôles séparés, il prend le risque de mener des examens redondants ou d'ignorer l'aggravation des atteintes aux droits qui résulte de leur cumul. Dans la seconde hypothèse, toutefois, il importe de déterminer quels doivent être les critères du contrôle unique. L'arrêt *S.A.S.*, qui privilégie cette voie, en illustre certaines difficultés. La méthode employée par la Cour se prête en effet difficilement à la systématisation.

453. Dans un contrôle global, plusieurs standards de protection sont appliqués en même temps. Pour chaque étape du test de proportionnalité, le juge est donc amené à dégager des critères de contrôle qui correspondent à la combinaison des exigences de l'ensemble des droits atteints. Il importe alors que ces critères communs soient déterminés au moyen d'un raisonnement interprétatif cohérent et intelligible. Les articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme se prêtent bien à cet exercice, car les clauses de limitation prévues par leurs seconds paragraphes respectifs sont rédigées en des termes proches. Le juge peut donc s'appuyer sur ces similitudes pour organiser son contrôle.

454. La Cour commence ainsi par relever qu'il existe bien « une "ingérence" ou une "restriction" » (au singulier) « dans l'exercice » (toujours au singulier) « des droits protégés par les articles 8 et 9 de la Convention » (au pluriel)⁷³⁸. Elle constate que cette ingérence est bien prévue par la loi au sens des deux articles visés. Jusque-là, leurs critères sont identiques. Ces critères commencent à diverger à partir de l'identification du « but légitime » de la mesure. La Cour étudie les justifications avancées par le Gouvernement en les comparant aux buts légitimes énoncés par le texte de la Convention. En premier lieu, elle estime que les notions de « sûreté publique » et de « sécurité publique », au sens respectivement de l'article 8 et de l'article 9, sont suffisamment similaires pour correspondre toutes deux au but de « protection de la sécurité publique » invoqué au soutien de la loi⁷³⁹. En second lieu, elle étudie l'argument tiré des valeurs de « l'égalité entre les

transporte avec elle l'espace au sein duquel elle ne peut être vue que dans les strictes conditions où elle le souhaite. Cela ne signifie pas que cette extension de la sphère privée dans l'espace public soit légitime ou digne de protection, mais la question peut au moins se poser en termes de définition du droit à la vie privée et de proportionnalité des limitations apportées à ce droit. La Cour européenne des droits de l'homme n'a toutefois pas adopté cette conception.

738 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juil. 2014, préc., §110.

739 *Ibid.*, §115.

hommes et les femmes », de « la dignité des personnes » et des « exigences minimales de la vie en société »⁷⁴⁰. Pour la Cour, aucune de ces valeurs « ne correspond explicitement aux buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 et à celui de l'article 9. Parmi ceux-ci, les seuls susceptibles d'être pertinents en l'espèce, au regard de ces valeurs, sont l' "ordre public" et la "protection des droits et libertés d'autrui". »⁷⁴¹ Or, l'ordre public « n'est pas mentionné par l'article 8§2 »⁷⁴². Si le contrôle était divisé, la Cour pourrait, dans un premier temps, examiner la proportionnalité de l'incrimination en vue de l'ensemble des justifications alléguées, à la lumière de l'article 9. Dans un second temps, elle contrôlerait cette proportionnalité sous l'angle de l'article 8 en ne prenant en considération que la « sûreté publique » et la « protection des droits et libertés d'autrui ». Au contraire, elle applique bien une méthode globale. Elle relève que la protection de l'ordre public ne fait pas partie des buts légitimes permettant de restreindre les droits prévus par l'article 8 et que le Gouvernement ne s'en est « du reste » pas expressément prévalu⁷⁴³. « La Cour va donc concentrer son examen », en ce qui concerne les valeurs républicaines invoquées, sur le but de protection des droits et libertés d'autrui⁷⁴⁴. En d'autres termes, elle n'admet pour son analyse au fond que les critères qui sont communs aux deux droits atteints par l'incrimination. Elle écarte ainsi une justification potentielle de la répression et réduit donc le contrôle au standard de protection le plus strict, ce qui semble être l'approche la plus conforme aux nécessités de la garantie des droits⁷⁴⁵.

455. Cette règle de réduction au standard de protection le plus strict n'est toutefois pas appliquée uniformément au cours de la décision. En effet, lorsqu'elle aborde l'examen de la « nécessité dans une société démocratique », la Cour indique qu'ayant « décidé de mettre l'accent sur l'article 9 de la Convention dans son examen de cette partie de la requête, elle juge utile de rappeler les principes généraux relatifs à cette disposition »⁷⁴⁶. L'article 8 de la Convention est encore mentionné à quelques reprises⁷⁴⁷ mais, contrairement à ce que semblait indiquer la première partie du contrôle, la Cour ne s'interroge plus sur le point de savoir si le droit au respect de la vie privée comprend des exigences particulières au regard de l'espèce. En particulier, contrairement à ce qu'elle fait pour l'article 9, la Cour ne cite à aucun moment sa jurisprudence antérieure fondée sur l'article 8 lors de cette étape, que ce soit au titre des « principes généraux » ou des « applications de ces principes dans des affaires antérieures ». Or le critère de cette préférence n'est pas explicite. Le choix ne semble plus tenir ni à la recherche du niveau de protection le plus élevé, ni à la reprise des arguments avancés par les parties. Il s'agit plus vraisemblablement, d'une part, d'inscrire l'arrêt dans le tissu jurisprudentiel le plus dense et, d'autre part, de s'exprimer en priorité sur la protection du droit qui subit l'atteinte la plus directe. La dernière partie du raisonnement ne permet pas

740 *Ibid.*, §116.

741 *Ibid.*, §117.

742 *Ibidem.*

743 *Ibidem.*

744 *Ibidem.*

745 Cette technique présente toutefois un inconvénient mineur en termes de politique jurisprudentielle. Dans un contrôle divisé, le juge a l'occasion de se prononcer, au moins par *obiter dictum*, sur la proportionnalité de la mesure au regard de chaque finalité susceptible d'être visée et de chaque droit potentiellement atteint. Le juge qui adopte la méthode globale et réduit son contrôle au standard le plus strict y abandonne donc une petite fraction de son autorité interprétative.

746 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juil. 2014, préc., §123.

747 *Ibid.*, §138, 139, 158 et 159.

réellement de dissiper ce flou méthodologique. Dans la section intitulée « *application de ces principes au cas d'espèce* », la Cour ne se réfère plus directement aux conditions de proportionnalité posées par les articles 8 et 9 de la Convention. Elle exerce directement son contrôle *in concreto*, sans en expliciter les termes exacts ni se fonder sur une partie précise du texte conventionnel.

456. La méthodologie générale d'élaboration du contrôle semble ainsi perdre progressivement en clarté au fil de l'arrêt. La Cour commence par rechercher les critères communs aux deux textes qu'elle applique, ce par quoi elle reconnaît la nécessité d'identifier leurs points de convergence et de divergence. Elle privilégie ensuite un seul de ces textes pour énoncer les principes généraux applicables. Elle sous-entend alors l'existence d'une hiérarchie des atteintes constatées, mais ne la démontre pas et n'explique pas les effets de cette hiérarchie sur la méthode de contrôle adoptée. Enfin, elle mène un contrôle concret unifié dont elle ne précise pas les conditions, comme si elle postulait une convergence totale entre les standards de protection en présence. Ce sont donc trois approches différentes du même contrôle de proportionnalité qui sont adoptées successivement sur la même question.

457. **L'indivisibilité matérielle des atteintes apparaît ainsi comme la source d'une certaine confusion, susceptible de détériorer la qualité du contrôle exercé.** Il importe à cet égard que le juge identifie au plus tôt les conflits de ce type, afin que le modèle du contrôle demeure cohérent et intelligible. Plus précisément, la méthode de mise en commun devrait être divisée entre, d'une part, les contrôles d'adéquation et de nécessité de la mesure et, d'autre part, le contrôle de son équilibre global. Les contrôles d'adéquation et de nécessité devraient reposer sur les critères communs à l'ensemble des standards de protection en jeu. Dans le cas contraire, la garantie d'un droit donné pourrait être réduite du simple fait que la restriction à laquelle il est soumis touche en même temps un autre droit moins bien protégé. Cette approche ne semble pas réellement envisageable pour ce qui concerne le contrôle de l'équilibre global, qui suppose que la mesure contrôlée soit appréhendée comme un tout. Cela implique que les atteintes indivisibles soient pesées ensemble, le juge s'attachant à apprécier la gravité propre à la restriction globale apportée à la combinaison des droits, plutôt qu'à la sévérité individuelle de cette restriction au regard de chaque droit ou d'un seul d'entre eux. C'est en effet précisément ce cumul qui fait la spécificité de ces situations. Contrairement aux cas abordés précédemment, il n'existe pas de lien de causalité ou de subordination entre les atteintes et elles ne peuvent être appréhendées dans toute leur mesure que s'il est dûment tenu compte de leur simultanéité.

458. Les modalités du contrôle de proportionnalité ne dépendent ainsi pas seulement des droits en présence, mais également des liens qui peuvent exister entre les atteintes imposées à ces droits. Le nombre et les rapports hiérarchiques entre les différents contrôles susceptibles d'être exercés dépendront au premier chef de ces liens. Il importe toutefois de relever un cas particulier qui échappe à la classification proposée jusqu'à présent. Il s'agit du droit à l'égalité.

III. L'atteinte au droit à l'égalité

459. Le principe d'égalité et celui de proportionnalité entretiennent des liens aussi étroits qu'anciens. La conception aristotélicienne de la proportionnalité s'exprime déjà comme une égalité entre deux rapports⁷⁴⁸. Certains auteurs, comme M. Philippe, considèrent d'ailleurs que l'égalité est « un rapport absolu de proportion »⁷⁴⁹. Ces liens apparaissent également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle applique l'article 14 de la Convention ou l'article 1 du Protocole additionnel n° 12⁷⁵⁰. Dès 1968, dans l'*Affaire linguistique belge*, la Cour retient, sur le fondement de l'article 14, que « l'égalité de traitement est violée si la distinction » opérée « manque de justification objective et raisonnable ». Or cette justification « doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. »⁷⁵¹ La Cour a également admis, dans l'arrêt *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009, que « le sens du mot [discrimination] inscrit à l'article 1 du Protocole n° 12 est censé être identique à celui du terme figurant à l'article 14 [de la Convention] » et qu'il y a donc lieu d'interpréter cette notion de manière identique⁷⁵². La différence entre les deux textes ne concerne donc pas leur sens, mais leur portée.

460. En effet, la garantie du droit consacré à l'article 14 « n'a pas [...] d'existence indépendante »⁷⁵³. Le texte protège le droit à l'égalité dans « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ». Sans être indépendante, cette garantie revêt néanmoins une « portée autonome » qui lui permet « d'entrer en jeu même en l'absence d'un manquement » aux exigences des autres dispositions conventionnelles, dès lors que les faits du litige « tombent sous l'empire » ou « se situent dans le domaine » d'une de ces clauses⁷⁵⁴. Dans le cadre de l'article

748 V. *supra* ; Titre I, Chapitre 1, Section 1, §1, I.

749 PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, France, Economica, 1990, p. 92 : « Affirmer que deux grandeurs sont égales équivaut à reconnaître qu'elles sont strictement proportionnées, que le rapport qui les unit – le lien de proportionnalité – est une équivalence totale. » *Contra* : JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1992, p. 274-275 : « Il ne s'agit pas ici de confondre proportionnalité et égalité. La structure normative de cette dernière contient un élément spécifique qui n'est pas explicable à partir de l'idée de proportionnalité, c'est celui de comparaison. »

750 Ce texte, non signé et non ratifié par la France, dispose : « 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

751 CEDH (Plén.), 23 juil. 1968, préc., « En droit », II, B, §10.

752 CEDH (Gr. Ch.), 22 déc. 2009, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 27996/06 et 34836/06, §55 : AJDA 2010, p. 997, obs. FLAUSS ; RDP 2010, p. 860, obs. SURREL.

753 *Ibid.*, §9.

754 CEDH (Plén.), 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, §71. La Cour peut avoir tendance à concevoir généreusement cette portée autonome, ce qui mène certains auteurs à parler « d'autonomisation » de l'article 14 : ILIOPOULOU-PENOT A., « Conv. EDH, art. 14 : Non-

14, l'atteinte au droit général à l'égalité ne se confond donc pas avec l'atteinte au droit spécial dans le champ duquel elle se produit. Du point de vue du principe de proportionnalité, elles sont susceptibles d'être identifiées séparément et d'emporter des effets différents quant aux modalités du contrôle. D'une part il est possible qu'un droit soit atteint d'une manière qui appelle un contrôle de proportionnalité sans qu'il y ait matière à soulever un grief de discrimination. Inversement, certains contentieux naissent de situations qui relèvent du principe d'égalité même en l'absence de violation du droit principal. La première situation n'appelle pas d'observation particulière : elle correspond aux cas envisagés au cours des développements précédents⁷⁵⁵. La seconde ne fait pas apparaître de conflit non plus, dès lors que la discrimination y constitue par hypothèse le seul grief de disproportion à examiner. Il en va de même lorsque le litige porte sur l'application du protocole n° 12, lequel « étend le champ de la protection à “tout droit prévu par la loi” » et « introduit donc une interdiction générale de la discrimination », y compris en dehors du champ des autres dispositions conventionnelles⁷⁵⁶.

461. Certains cas intermédiaires peuvent toutefois se présenter. Il est ainsi possible qu'un même traitement soit attaqué à la fois pour la violation d'un droit spécial et pour son caractère discriminatoire. Dans un tel cas, les contrôles envisageables se distinguent par leur objet. Le contrôle de proportionnalité fondé sur le droit principal concerne la justification globale du traitement concerné, qu'il soit ou non appliqué de manière différenciée entre les personnes. Inversement, le contrôle de proportionnalité fondé sur le droit à l'égalité vise à établir, lorsqu'une telle différence de traitement est constatée, si elle repose sur une justification objective et raisonnable. C'est pourquoi, dans ce domaine du droit à l'égalité, la Cour s'interroge d'abord sur l'existence de cette différence de traitement, puis sur le point de savoir si les situations qui mènent à des traitements différenciés sont analogues⁷⁵⁷. En l'absence d'une telle analogie, le grief de discrimination sera rejeté⁷⁵⁸. Dans le cas contraire, le contrôle de proportionnalité sera opéré afin d'établir si la différence de traitement constatée repose sur une justification objective et raisonnable.

462. Par conséquent, **en présence de griefs distincts, au moins deux contrôles de proportionnalité sont susceptibles d'être effectués. L'un, fondé sur le droit spécial atteint, porte sur la mesure adoptée, rapportée à ses finalités. L'autre, fondé sur le droit à la non-discrimination dans la jouissance des droits conventionnels, porte sur la différence de traitement ainsi réalisée, rapportée à l'exigence d'une justification objective et raisonnable**⁷⁵⁹.

discrimination », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2018, p. §6-13 ; SUDRE F., « Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l'homme. - Droits garantis. - Droit à un procès équitable. », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis, 2018, p. §100 ; SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 416-417.

755 V. *supra* : A et B.

756 CEDH (Gr. Ch.), 22 déc. 2009, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, préc., §53.

757 ILIOPOULOU-PENOT A., « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *op. cit.*, p. §37-41 ; SUDRE F., « Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l'homme. - Droits garantis. - Droit à un procès équitable. », *op. cit.*, p. §109-110.

758 CEDH (Gr. ch.), 29 avr. 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, §60-66 : *RTDH* 2009, p. 513, note MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2008, p. 1929, chron. FLAUSS.

759 JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 275 : « En effet, si [...] l'égalité oblige le législateur qui traite différemment diverses catégories de personnes à maintenir un certain équilibre entre ces catégories, à les traiter certes différemment mais sans préférences ni faveurs, cela implique que chaque traitement légal imposé à chaque catégorie soit proportionné aux situations réelles dans lesquelles se trouvent ces

Toutefois cette distinction apparaît peu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a tendance, lorsqu'elle constate une violation à l'issue de l'un des deux contrôles, à se dispenser de réaliser le second. Dans un premier temps, c'était le droit spécial qui recevait un examen prioritaire. En cas de constat de violation sur ce premier fondement, la Cour n'examinait le grief de discrimination que « *si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitu[ait] un aspect fondamental de l'affaire* »⁷⁶⁰. Cette tendance semble s'être inversée, en règle générale, dans la jurisprudence récente : dans certains arrêts, la Cour se prononce d'abord sur le grief tiré de l'article 14 et, si elle constate une violation, elle ne se prononce pas sur l'atteinte au droit spécial⁷⁶¹. Toutefois cette préférence n'est pas systématique. Dans l'arrêt *S.A.S. c. France*, par exemple, la Cour constate d'abord que l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse et au droit au respect de la vie privée au sens des articles 8 et 9 de la Convention pris isolément. Elle écarte ensuite, en quelques mots, la question de la discrimination, qu'elle estime redondante : « *S'il peut être considéré que l'interdiction [...] a des effets négatifs spécifiques sur la situation des femmes musulmanes qui, pour des motifs religieux, souhaitent porter le voile intégral dans l'espace public, cette mesure a une justification objective et raisonnable pour les raisons indiquées précédemment.* »⁷⁶² Il y a alors en quelque sorte superposition des contrôles de proportionnalité fondés sur les droits spéciaux et sur le droit à l'égalité. La différence de traitement « *a une justification objective et raisonnable* » parce que la mesure, indépendamment du grief de discrimination, est jugée proportionnée.

463. Cette superposition n'est toutefois pas systématique. Elle dépend en partie de la façon dont le juge apprécie les atteintes au droit spécial et au droit à l'égalité. Supposons en effet une mesure – telle que, par exemple, la mise en place d'une écoute téléphonique – fondée sur un certain nombre d'éléments objectifs non-discriminatoires, mais également sur un critère raciste ou sexiste. Supposons qu'il soit objectivement démontrable qu'en l'espèce, les motifs non-discriminatoires étaient suffisants pour que la mesure apparaisse comme proportionnée. Supposons encore, toutefois, que le motif raciste soit formellement mentionné dans les pièces de la procédure, voire qu'il soit prévu par la loi comme l'un des fondements possibles de la mesure concernée. Si le juge dissocie ses contrôles de proportionnalité, il importe pour lui de déterminer si, étant fait abstraction de ce motif discriminatoire, la mise sur écoute est toujours proportionnée au regard du droit au respect de la vie privée et de la liberté de communication. Réciproquement, quand bien même la discrimination n'a pas été déterminante en l'espèce, la personne écoutée peut vraisemblablement invoquer la qualité de victime potentielle d'une violation du droit à l'égalité. Toujours dans l'hypothèse de contrôles dissociés, il est envisageable, à l'inverse, qu'une même mesure crée une

catégories. »

760 CEDH (Ch.), 9 oct. 1979, préc., §30. Pour une application en matière pénale : CEDH (Plén.), 22 oct 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, §64-70 : *Cah. dr. Eur.* 1982, p. 221, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. Int.* 1982, n° 504, obs. PELLOUX ; *JDI* 1985, n° 185, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

761 V. notamment CEDH (2° s.), 27 juil. 2004, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, req. n° 55480/00 et 59330/00 : *JCP G.* 2005, I, 103, n° 10, obs. SUDRE ; *RTDH* 2005, p. 353, note GARCIA-JOURDAN. V. également SUDRE F., « Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l'homme. - Droits garantis. - Droit à un procès équitable. », *op. cit.*, p. §91.

762 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juil. 2014, préc., §161.

différence de traitement fondée sur des motifs objectifs et raisonnables, mais qu'elle s'avère disproportionnée au regard d'un autre caractère. Dans chacun de ces cas, le juge peut, au contraire, considérer qu'il y a matière à opérer un contrôle unique. Le caractère discriminatoire peut alors constituer l'un des aspects de la proportionnalité de la mesure prise comme un tout, en termes à la fois de justification instrumentale et de pesée globale des intérêts.

464. **La méthode de résolution du litige est donc susceptible de changer selon que les atteintes au droit spécial et au droit à l'égalité sont traitées comme divisibles ou indivisibles et, le cas échéant, selon le type d'indivisibilité retenu. Or cette orientation affecte également le sens de la solution dégagée,** notamment en ce qui concerne l'autonomie et la valeur propre du principe d'égalité. Le système employé par la Cour est en ce sens conforme à la conception selon laquelle le droit à la non-discrimination, sous l'article 14 de la Convention, n'est pas indépendant et s'interprète avant tout comme une composante de chacun des autres droits garantis. Toutefois la place exacte de cette composante est rendue difficile à saisir du fait de son rapport particulier avec les droits spéciaux qu'elle affecte. Ainsi qu'il a été évoqué, le principe d'égalité est tantôt traité comme un élément subsidiaire du litige, tantôt comme son objet principal qui prime alors sur les autres questions. Lorsque deux contrôles de proportionnalité sont susceptibles d'être menés, la solution donnée à l'un est susceptible de valoir directement pour le second. Cette répercussion directe peut a priori procéder de trois causes. Soit les deux griefs sont en fait identiques, soit le contrôle est en fait mené sur des critères communs issus de la combinaison des droits atteints, soit enfin certains éléments de la réponse donnée à la première question sont déterminants pour répondre à la seconde. La Cour semble généralement se dispenser de cette étape dans sa motivation, ce qui a pour effet de brouiller le sens exact de ses contrôles et, partant, des droits qu'elle interprète.

465. **Conclusion du paragraphe.** Il apparaît ainsi que l'identification du ou des droits atteints et de la nature des atteintes à considérer constitue une étape préalable essentielle au test de proportionnalité. Elle en définit non seulement les contours mais aussi les critères et, partant, le sens. Dès lors que plusieurs droits ou principes sont susceptibles de constituer le premier terme du contrôle de proportionnalité, la désignation de celui ou ceux qui fonderont ce contrôle constitue un enjeu distinct. Le juge résout ainsi, en amont du conflit de principes principal, un conflit de fondements potentiels au soutien de son propre contrôle. Or il peut être observé que cette étape préliminaire reçoit peu d'égards de la part des juridictions et des commentateurs, même lorsqu'elle revêt une portée déterminante pour la solution comme l'illustrent les arrêts *Ibrahim* ou *S.A.S.* La doctrine de la proportionnalité ne se développe pas *ex nihilo* indépendamment de son cadre juridictionnel. Elle découle d'une doctrine des droits qui devrait être définie et exprimée au préalable de manière à ne pas conférer à la proportionnalité les apparences d'un contrôle arbitraire ou aléatoire. La même précaution vaut également au regard du deuxième terme de la comparaison. Les principes retenus au soutien de la répression affectent eux aussi le déroulement du contrôle de proportionnalité. Ils déterminent le degré de précision avec lequel celui-ci peut s'opérer.

§2. La précision du contrôle assujettie à l'identification des principes justificateurs

466. Comme tout jugement conséquentialiste, le contrôle de proportionnalité suppose au préalable une certaine sélection des éléments à considérer. Il est en effet impossible, tant pour le juge que pour les parties, de connaître de manière exhaustive l'ensemble des conséquences potentielles d'une situation donnée. Épistémologiquement, ce constat vaut tant pour les conséquences jugées négativement que pour celles qui suscitent l'approbation. Le problème de la sélection des principes pertinents concerne donc *a priori* autant ceux qui sont opposés à l'action des autorités publiques que ceux qui y sont favorables. Toutefois son impact méthodologique n'est pas le même des deux côtés de la balance.

467. En effet, même s'il importe de définir ce en quoi consiste l'atteinte aux droits contestée, son existence, par hypothèse, est à l'origine même du contrôle. La désignation d'un ou de plusieurs droits comme étant limités par la mesure contrôlée emporte donc pour le déroulement du contrôle des effets qui s'expriment essentiellement en termes de mesure. Au contraire, les buts légitimes visés et les principes justificateurs pertinents déterminent sous quel angle les contrôles d'adéquation et de nécessité vont être menés. Ils mènent donc à une appréciation tant en termes de poids qu'en termes de causalité. Le juge s'intéressera non seulement à leur importance, mais aussi aux qualités du lien causal qui les unit à la mesure contrôlée⁷⁶³. Cela n'exclut pas au demeurant qu'une mesure répressive donnée puisse entraîner d'autres conséquences positives que celles examinées. Toutefois, ces conséquences, si elles ne reçoivent pas la qualification d'objectifs, n'entreront pas en principe en ligne de compte au sein du contrôle de proportionnalité.

468. Au stade de l'identification des principes justificateurs, l'enjeu est donc de déterminer quelles conséquences positives potentielles sont susceptibles de justifier la mesure examinée. Il s'agit, en d'autres termes, d'établir quelles valeurs peuvent légitimement être protégées ou promues par la voie répressive. De ce point de vue, la distinction classique entre la protection des libertés individuelles et celle de l'ordre ou de l'intérêt public, si elle appelle certaines nuances, est éclairante. La protection des premières revêt une force justificatrice considérable dans le droit criminel libéral, dont elle constitue le fondement principal aux yeux d'une importante partie de la doctrine (I). Les seconds peuvent se concevoir comme des valeurs instrumentales ou subsidiaires, mais ils occupent une place croissante du fait de la complexification et de l'accélération des rapports sociaux (II).

I. La protection des libertés publiques

469. Les quatre lois du 22 juillet 1992 portant réforme du Code pénal ont marqué une petite révolution dans le système de valeurs défendu par la répression. Comme le code napoléonien, celui issu de la réforme organise les infractions en fonction de la valeur sociale que chacune vise à

⁷⁶³ Par exception, la question de la causalité peut devenir centrale en ce qui concerne l'atteinte aux droits lorsque les effets les plus graves de la décision contrôlée sont indirects. Tel est le cas en matière de discriminations indirectes ou intersectionnelles, ou encore lorsque l'atteinte subie résulte d'une pluralité de décisions qui ne présentent pas de lien apparent au premier abord.

protéger. Il est communément admis que, de la même manière que les atteintes à une même valeur sont classées par ordre descendant de gravité, l'ordre formel du texte représente aussi la hiérarchie substantielle entre ces valeurs. Or, contrairement au code de 1810, celui issu des lois de 1992 énumère d'abord les « crimes et délits contre les personnes », puis ceux commis « contre les biens », avant de présenter les « crimes et délits contre la nation, l'État, la paix publique »⁷⁶⁴. La protection de la personne et de son patrimoine prend donc le pas sur celle des intérêts publics. Cette évolution symbolique s'exprime au niveau le plus général de la justification de la répression, celui du pouvoir d'incriminer, de l'exercice duquel dépend l'applicabilité de toute la législation pénale. Le principe de la pénalité repose donc, principalement, sur la protection des individus (A). En revanche, une fois ce principe acquis, les modalités de la répression répondent à une rationalité propre. La protection des droits des tiers ne constitue que rarement le premier objectif justificateur des peines prononcées ou de la coercition procédurale, quoique les autorités lui accordent une attention croissante (B).

A. Un fondement de principe en matière d'incriminations

470. La hiérarchie de valeurs formalisée par le plan du Code pénal actuel s'inscrit dans un mouvement de pensée sur le droit criminel qui marque la fin du XX^e siècle. Elle constitue en réalité un retour logique vers une intuition déjà exprimée par Beccaria. Pour l'auteur du *Traité des délits et des peines*, les actes et omissions qui relèvent du seul for intérieur tombent en dehors du champ du droit pénal. Plus précisément, il affirme que seuls peuvent être légitimement punis comme crimes les comportements qui « tendent tout droit à la destruction de la société ou de ses représentants », qui « nuisent à la sûreté personnelle d'un citoyen dans sa vie, ses biens ou son honneur » ou qui sont « contraires à ce que les lois imposent ou interdisent à tout homme en vue du bien public »⁷⁶⁵. Or, pour cet utilitariste classique, la société organisée en État et l'ordre public sont eux-mêmes de simples instruments. Le contrat social consiste, pour chaque individu, à sacrifier une petite part de sa liberté pour « jouir du reste avec plus de sûreté et de tranquillité »⁷⁶⁶. Par réduction, **toutes les lois pénales tirent donc leur légitimité de ce qu'elles protègent, directement ou indirectement, les personnes**. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirme la même continuité dans ses articles 2 et 16 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* » et « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* » « Les pouvoirs publics se trouvent juridiquement institués pour servir les droits de 1789, comme ceux de 1946 : leurs compétences leur sont assignées et mesurées à cette fin. [...] Ainsi, c'est toujours la *conservation des droits* et la *réalisation des droits* qui se tiennent au fondement

764 BOULOC B., *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017, p. 81 : « En suivant cet ordre, de préférence à celui établi par le Code Napoléon qui débutait sur les infractions contre la chose publique avant d'envisager celles contre les particuliers, et ce malgré certaines propositions en ce sens, le parlement a établi une certaine hiérarchie des valeurs : la vie humaine est préférable aux biens, ce qui se traduit par une limitation de la légitime défense en cas d'atteinte patrimoniale. »

765 BECCARIA C., *Des délits et des peines*, traduit par Maurice CHEVALLIER, Paris, Flammarion, coll.« Les livres qui ont changé le monde », n° 22, 2010, p. 54.

766 *Ibid.*, p. 33.

originaire de l'ordre public. »⁷⁶⁷ Le Conseil constitutionnel a adopté à demi-mot cette conception en retenant, dès la décision *sécurité et liberté* du 20 janvier 1981, qu'une conciliation « doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »⁷⁶⁸.

471. Dans la doctrine française du XIX^e siècle, très légicentriste et autoritaire, cet aspect atomiste de la philosophie de Beccaria connaît peu de succès. **Pour les premiers auteurs de l'école néoclassique, le délit est avant tout un mal commis contre les institutions sociales.** Ortolan estime ainsi que la fonction du droit pénal est de « concourir à la conservation et au bien-être social, en contribuant à procurer l'observation du droit dans la société, au moyen de l'application d'un mal infligé dans certains cas à celui qui a violé le droit »⁷⁶⁹. Pour Chauveau et Hélie, il appartient « au pouvoir social qui émane d'institutions libres » d'apprécier « les actes qui menacent l'existence de la société : bornée aux faits qui offrent ce péril et qui sont emprunts d'une criminalité intrinsèque ou relative, la justice pénale aura rempli sa mission »⁷⁷⁰. Pour l'un comme pour les autres, c'est donc la vie sociale qui fait l'objet premier de la protection pénale. Le moralisme de Rossi emploie quant à lui un argument intermédiaire qui peut passer pour individualiste. « L'existence sociale » est « un devoir » de l'homme, certes, mais ce devoir tient à ce que « la société a été donnée à l'homme comme moyen de secours, comme moyen de connaissance, comme moyen de développement. Le développement social est l'accomplissement de sa destinée dans ce monde, un moyen pour sa destinée future. »⁷⁷¹ La société doit donc, « pour être légitime, [...] être pour tous un moyen de connaissance et de développement »⁷⁷². Pour autant, la fin dernière du droit pénal n'est pas l'épanouissement des individus, mais la garantie d'un ordre moral supérieur : « Qu'elle soit civile ou pénale, administrative ou commerciale, [la justice] tire toujours sa légitimité du même principe ; toutes ces formes de la justice reviennent toujours à l'obligation de prêter assistance au droit pour le maintien de l'ordre social. »⁷⁷³

472. Une conception plus individualiste des fondements du droit pénal se manifeste chez les néoclassiques tardifs, lorsqu'il s'agit d'apporter une réponse aux thèses positivistes de la défense sociale. Pour Garraud, « la mission essentielle du pouvoir est de protéger et de limiter l'exercice de

767 PICARD E., « Introduction générale », M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordre publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 29, 2001, p. 47.

768 Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, §62 : D. 1982, p. 441, note DEKEUWER ; AJDA 1981, p. 275, note RIVERO ; RDP 1981, n° 1, note PHILIP. ; D. 1981, p. 101, note PRADEL.

769 ORTOLAN J., *Éléments de droit pénal. Pénalité - juridictions - procédure. Suivant la science rationnelle, la législation positive, et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles*, 3^e éd., Paris, Plon, 1863, p. 86.

770 CHAUVEAU A. et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 3^e éd., Paris, Imprimerie & librairie générale de jurisprudence, 1852, vol. 1/, p. 21.

771 ROSSI P., *Traité de droit pénal*, traduit par Faustin HÉLIE, 4^e éd., Paris, Librairie De Guillaumin et Cie, 1872, p. 201-202.

772 *Ibid.*, p. 202.

773 *Ibid.*, p. 223.

l'activité de chacun, de manière que chacun ne nuise pas à l'exercice de l'activité d'autrui »⁷⁷⁴. Pour autant, les infractions consistent toujours « des faits qui portent atteinte à l'ordre social »⁷⁷⁵. L'ordre public ou social n'est pas la fin du droit pénal ou, du moins, pas sa seule fin. Il demeure en revanche le critère essentiel du répréhensible, le point de référence qui fait de l'infraction un fait suffisamment objectif et grave pour fonder la réaction pénale.

473. Appelons « modèle français » cette approche binaire, qui vise tant à la protection des individus qu'à celle des institutions et qui prend pour critère d'intervention celui de l'ordre social. Cette présentation se retrouve dans certains manuels contemporains⁷⁷⁶. Elle peut être utilement comparée et, dans une certaine mesure, opposée, à des modèles qui ne se basent pas sur la notion d'ordre public ou qui ne voient dans l'intérêt collectif qu'un motif subsidiaire pour l'intervention du droit pénal. Nous prendrons pour exemple la théorie anglo-américaine du *Harm Principle*, qui se focalise sur le préjudice causé par le comportement incriminé.

474. Le *Harm Principle* – littéralement « principe du dommage », plus précisément principe d'intervention de la loi dans le seul registre des comportements dommageables – a notamment fait l'objet de travaux très étendus de la part du philosophe américain Joel Feinberg. Dans la somme *The Moral Limits of the Criminal Law*⁷⁷⁷, Feinberg présente une approche du droit criminel fondée sur le libéralisme de John Stuart Mill. Le libéralisme consiste pour Feinberg en une « présomption en faveur de la liberté »⁷⁷⁸ qui ne peut être renversée qu'en présence d'un « principe limitateur de liberté »⁷⁷⁹. Constitue un tel principe l'énoncé qui « établit, pour une considération donnée, qu'elle constitue toujours une raison moralement pertinente au soutien de la législation pénale, même si d'autres raisons, selon les circonstances, peuvent la renverser »⁷⁸⁰. Feinberg distingue quatre principes limitateurs séminaux et consacre un volume à chacun d'entre eux. Les deux premiers sont, selon lui, les seuls admis par le libéralisme pénal. Il s'agit d'une part du *Harm Principle* au sens strict et, d'autre part, du *Offense Principle*, qui en constitue une extension. Le *Harm Principle* est ainsi formulé : « Constitue toujours une bonne raison au soutien de la législation pénale, le fait qu'elle préviendrait [...] probablement de manière efficace un dommage envers d'autres personnes que l'agent [...] et qu'il n'existe probablement aucun autre moyen aussi efficace représentant un

774 GARRAUD R., *Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1912, p. 5.

775 *Ibid.*, p. 59.

776 V. par exemple BOULOC B., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 3-5 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, coll.« Thémis », 2005, p. 225 : « Quand le législateur incrimine un comportement, c'est pour imposer aux citoyens le respect d'une valeur sociale qu'il juge particulièrement précieuse » ; DESPORTES F. et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, p. 26 : « Le droit pénal a pour objet immédiat de protéger la société de manière à assurer la sécurité sans laquelle aucune liberté ne peut être pleinement exercée ».

777 FEINBERG J., *The moral limits of the criminal law*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1984. Ce titre unique rassemble quatre ouvrages publiés sous des titres différents, mais qui forment en réalité une oeuvre unique, comme en atteste la numérotation continue des chapitres d'un volume à l'autre : ; FEINBERG J., *Harm to Others*, *op. cit.* ; FEINBERG J., *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law, volume two*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1985 ; FEINBERG J., *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law, volume three*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1986 ; FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law, volume four*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1988.

778 « A kind of "presumption in favor of liberty" » : FEINBERG J., *Harm to Others*, *op. cit.*, p. 9.

779 « A liberty-limiting principle » : *Ibid.*, p. 7. V. p. 7-13 pour la définition de cette notion.

780 « A liberty-limiting principle is one which states that a given type of consideration is always a morally relevant reason in support of penal legislation even if other reasons may in the circumstances outweigh it. » : *Ibid.*, p. 9-10.

coût égal ou inférieur envers d'autres valeurs. »⁷⁸¹ Le *Offense Principle* concerne quant à lui les comportements offensants, qui choquent la conscience ou la sensibilité sans être pour autant dommageables physiquement ou psychiquement⁷⁸². Feinberg le formule ainsi : « Constitue toujours une bonne raison au soutien de la proposition d'une incrimination, le fait qu'elle est probablement nécessaire pour prévenir une offense grave envers d'autres personnes que l'agent et qu'elle serait probablement un moyen efficace de réaliser cette fin si elle était adoptée. »⁷⁸³ Les deux principes suivants sont, *a priori*, rejetés par le libéralisme. Le premier est le principe du « paternalisme juridique », qui justifie l'incrimination des comportements dommageables au seul agent soumis à la prohibition⁷⁸⁴ (tels que l'usage de drogues⁷⁸⁵). Le second est le « moralisme juridique », qui permet l'incrimination de comportements sans conséquence préjudiciable mais qui constituent des fautes morales⁷⁸⁶, tels que des pratiques sexuelles déviantes⁷⁸⁷ ou la violation des règles attachées à un « mode de vie » traditionnel⁷⁸⁸.

475. De manière remarquable, le *Harm Principle* et le *Offense Principle* sont formulés par Feinberg d'une manière qui les rapproche de la logique proportionnaliste. Ce sont des raisons d'agir qui sont présumées bonnes, mais dont la portée justificatrice dépend d'une appréciation concrète des circonstances en termes de causalité, de probabilités et de rapports de valeurs. Feinberg les étudie selon une méthode inductive et empirique. Il définit ainsi le « dommage » au sens du *Harm Principle* comme la contradiction, le recul ou la mise en échec d'un intérêt de la victime (« *the thwarting, setting back or defeating of an interest* »⁷⁸⁹), lorsque ce recul est causé de manière injuste, c'est-à-dire en violation d'un droit⁷⁹⁰. Cette définition posée, elle est approfondie par l'étude de cas-limites : en recherchant, pour chaque situation problématique, ce qu'elle peut avoir ou non

781 « **The Harm Principle** : *It is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to other persons than the actor (the one prohibited from acting) and there is probably no other means that is equally effective at not greater cost to other values.* » : *Ibid.*, p. 26 (caractères gras en italiques dans le texte).

782 L'auteur fournit un catalogue d'exemples sous la forme d'une historiette au début de FEINBERG J., *Offense to Others*, *op. cit.*, p. 10-13.

783 « **The Offense Principle** : *It is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it is probably necessary to prevent serious offense to persons other than the actor and would probably be an effective means to that end if enacted.* » : FEINBERG J., *Harm to Others*, *op. cit.*, p. 26 (caractères gras en italiques dans le texte).

784 « **Legal Paternalism** (a view excluded by the liberal position) : *It is always a good reason in support of a prohibition that it is probably necessary to prevent harm (physical, sociological, or economic) to the actor himself.* » : *Ibid.*, p. 26-27 (caractères gras en italiques dans le texte). V.également FEINBERG J., *Harm to Self*, *op. cit.*, p. 8 et s.

785 FEINBERG J., *Harm to Self*, *op. cit.*, p. 127.

786 « **Legal Moralism** (in the broad sense) : *It can be morally legitimate for the state to prohibit certain types of action that cause neither harm nor offense to anyone, on the grounds that such actions constitute or cause evils of other ("free-floating") kinds.* » : FEINBERG J., *Harm to Others*, *op. cit.*, p. 27 (caractères gras en italiques dans le texte).

787 FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, *op. cit.*, p. 21.

788 *Ibid.*, p. 39 et s.

789 FEINBERG J., *Harm to Others*, *op. cit.*, p. 33.

790 *Ibid.*, p. 34. : « One person **wrongs** another when his indefensible (unjustifiable and inexcusable) conduct violates the other's right » (« une personne fait injustice à une autre lorsque la conduite indéfendable (injustifiable et inexcusable) de l'une viole le droit de l'autre »). *Ibid.*, p. 36. : « Only setbacks of interests that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interests, are to count as harms in the appropriate sense [of the harm principle]. » (« Seuls les reculs d'intérêts qui sont injustes et seules les injustices qui font reculer un intérêt doivent compter comme des dommages au sens propre [du harm principle]. »)

de dommageable ou d'injuste en termes d'intérêts et de droits subjectifs, Feinberg forge progressivement des délimitations à la notion générale de dommage. C'est ainsi une partie considérable du droit criminel classique qui est repensée en termes de rapports de droits subjectifs et de protection des personnes, y compris dans des domaines situés aux frontières de la notion de personnalité juridique tels que les atteintes à la vie de l'enfant à naître⁷⁹¹ ou à la mémoire des défunts⁷⁹².

476. Dans chacun de ces cas, **Feinberg s'attache à identifier précisément la nature et la gravité du dommage individuel susceptible de résulter concrètement du comportement considéré.** Conformément à son inspiration utilitariste, il ne reconnaît donc à l'ordre public et à l'autorité de la loi qu'une valeur secondaire et instrumentale. Cela peut s'observer au regard de la comparaison qu'il propose entre, d'une part, la pratique du duel entre gentilshommes et, d'autre part, celle de la « bagarre » (« *fisticuffs* ») pour régler un différend. Il pourrait être admis que le duel, très fortement codifié par les règles de l'honneur et sujet d'un accord préalable, ne ferait pas subir un dommage criminel à celui qui succombe après avoir librement consenti à ce risque. En revanche, le décès d'un duelliste, même ainsi compris, cause un dommage à sa famille, à ses proches, ainsi qu'à ses « collègues, cocontractants et subordonnés »⁷⁹³. De plus la généralisation du duel emporterait des conséquences socialement délétères : « Le respect de la vie [humaine] diminuerait ; l'on éviterait de s'engager dans des formes socialement utiles de concurrence, de peur de complications fatales ; des persécuteurs arrogants feraient régner la terreur sur les rapports sociaux ; l'insécurité générale augmenterait. Ces résultats seraient dommageables pour les intérêts de tous » (nous soulignons), et c'est pourquoi « même un accord véritablement volontaire entre deux ennemis emplis de haine constituerait un "contrat" d'un type manifestement opposé à l'intérêt public. »⁷⁹⁴ **Même lorsque Feinberg remonte à un argument général en termes de règles et de rapports sociaux, il s'attache ainsi d'abord aux conséquences individuelles avant d'arriver à l'intérêt public.**

477. Son jugement, bien moins sévère, suit le même cheminement en ce qui concerne « le règlement d'une querelle par l'épreuve de la bagarre », « analogue du duel pour les classes ouvrières »⁷⁹⁵. Si le règlement de comptes se déroule à l'écart du public, et s'il est au moins tacitement entendu qu'aucun participant ne sera malmené plus qu'il ne le faut pour que l'autre soit

791 FEINBERG J., *Harm to Others*, op. cit., p. 95 et s.

792 *Ibid.*, p. 83 et s. ; ces développements sont précédés par une interrogation plus fondamentale encore, sur le point de savoir si le décès d'une personne peut être considéré comme un dommage subi par elle : *Ibid.*, p. 79-83.

793 FEINBERG J., *Harm to Others*, op. cit., p. 221.: « *Everytime a duelist was killed or maimed, his widow and children would need support ; those who loved him would be directly harmed in their other-regarding interests ; those colleagues, contractors, and subordinates who depend on him would be indirectly harmed in their economic or vocational interests* ».

794 *Ibid.*: « *If dueling were the general practice, malicious plots on life would be encouraged ; respect for life would diminish ; socially useful forms of competition would be avoided for fear of fatal complications ; arrogant bullies would terrorize all social intercourse ; general insecurity would increase. These results would harm the interests of everyone (with the possible exception of fencing coaches, mobsters, and romantic paranoiacs). In short, even a truly voluntary agreement between two hate-filled enemies would be a "contract" of the kind that is very much against the public interest* ».

795 *Ibid.*: « *Much the same kinds of questions can be raised about a working-class analogue of the duel : settling a quarrel by a test of fisticuffs.* »

reconnu victorieux, l'incrimination de la bagarre revient à refuser « à des hommes mûrs » l'autorisation « d'adopter en privé une conduite qui, essentiellement, ne regarde qu'eux, et à laquelle ils ont librement consenti »⁷⁹⁶. Par conséquent, une telle incrimination ne répond aux exigences du *Harm Principle* que s'il peut être démontré qu'elle permet de prévenir un dommage à un intérêt public. Ce dernier n'intervient donc qu'à titre subsidiaire, lorsque les justifications fondées sur les intérêts particuliers sont insuffisantes.

478. Il importe toutefois de définir ce en quoi consiste cet « intérêt public » subordonné à l'intérêt individuel. Pour Feinberg, l'intérêt public peut d'abord correspondre à la convergence d'intérêts individuels partagés par un grand nombre de personnes. Tel est le cas, par exemple, de l'intérêt de chaque habitant d'une ville à ce que les réserves d'eau ne soient pas empoisonnées : quand bien même tous ne seraient pas affectés, chacun a un intérêt personnel à ne pas être exposé au risque d'empoisonnement, au regard de sa propre vie et de sa propre santé⁷⁹⁷. L'intérêt public peut également tenir à un objet unique dans lequel un grand nombre d'individus ont un intérêt commun. Tel est notamment le cas de l'intérêt communément partagé dans la qualité et la continuité du service public⁷⁹⁸. Une atteinte à un tel intérêt commun peut être minime dans le chef de chaque personne qui la subit, mais être néanmoins remarquable du simple fait qu'elle affecte un très grand nombre d'individus⁷⁹⁹. Encore faut-il que cette atteinte se réalise. Par conséquent, la difficulté principale n'est pas de démontrer qu'il existe une possibilité qu'un comportement donné porte atteinte à un intérêt public de ce type, mais que cette atteinte est suffisamment probable et grave pour justifier l'incrimination. Pour un comportement privé tel que la « bagarre », Feinberg estime que la question se pose avant tout en termes de nombre : « Si, en fait, le nombre de personnes qui se comportent ainsi est insuffisant pour affecter en mal un intérêt public, alors aucun dommage ne découle du fait que ces actes sont autorisés, quand bien même il serait désastreux que la pratique se généralise ou se répande trop largement. »⁸⁰⁰

479. La conclusion au fond paraît certes critiquable. Même d'un point de vue utilitariste, le risque de blessures et les coûts sociaux et économiques qu'entraîne cette pratique pourraient constituer des raisons suffisantes pour incriminer par principe le règlement des disputes par l'épreuve des poings. La présentation qu'en fait Feinberg illustre néanmoins efficacement sa méthode et en éclaire certains des attraits principaux. Cette approche des justifications du droit pénal en termes d'intérêts protégés et de préjudices prévenus semble en effet particulièrement compatible avec les besoins du contrôle de proportionnalité. Feinberg se rapproche d'ailleurs du proportionnalisme au début de son étude du *Offense Principle*. Lorsqu'il étudie la question de l'incrimination de comportements choquants imposés à la vue d'autrui, il propose de mettre en balance d'une part « la gravité de l'offense » et d'autre part « le caractère raisonnable du comportement » en question. Ces paramètres

796 *Ibid.*, p. 222.: « To make such conduct criminal would be to tell grown men that they are not permitted to engage privately in primarily self-regarding conduct to which they have both consented. »

797 *Ibid.*, p. 222-223.

798 *Ibid.*, p. 223.

799 *Ibid.*, p. 224.

800 *Ibid.*, p. 226.: « If, as a matter of fact, not enough persons will act in the way in question to affect adversely any public interest, then there can be no harm in permitting those actions, even if their general or widespread performance would be disastrous. »

sont décrits au moyen de diverses variables énumérées par l'auteur⁸⁰¹ et ce sont alors les éléments essentiels d'un contrôle d'équilibre global qui sont posés. De plus, cette approche favorise un raisonnement en termes de causalité et de degré de participation au mal du crime. Elle incite à rechercher une formulation concrète de ce mal, ce qui facilite la comparaison des situations entre elles. Ce sont alors autant la nécessité de l'incrimination que la proportionnalité de la sanction qui s'appréhendent plus aisément.

480. La recherche des intérêts protégés et des dommages prévenus présente ainsi d'importants avantages pour l'analyse du droit pénal, que ce soit d'un point de vue critique ou simplement interprétatif. Sur ces points, elle a été rapprochée d'une théorie allemande, la *Rechtsgüterlehre* ou théorie des « biens juridiques », inspirée des travaux de Feuerbach et von Liszt⁸⁰². Les deux théories ont en commun d'aborder les finalités de la répression sous l'angle des intérêts juridiquement protégés⁸⁰³. De ce fait, elles se recoupent de manière importante dans leurs conclusions⁸⁰⁴, même si elles diffèrent par le cheminement qu'elles proposent d'adopter⁸⁰⁵.

481. La notion d'intérêt protégé peut donc servir d'instrument utile à la critique de la législation, fonction relativement peu usitée en droit français. Son utilité comme instrument d'interprétation est en revanche bien connue. Plusieurs méthodes courantes de classification des infractions se focalisent ainsi sur l'objet de l'incrimination. La notion habituellement employée est celle de

801 La gravité de l'offense subie (« *offense seriousness* ») dépend ainsi de quatre sous-critères. Le premier est son « ampleur » (« *magnitude* »), elle même divisée en « intensité », « durée » et « étendue » (« *intensity* », « *duration* », « *extent* »). Le deuxième critère tient à la facilité ou la difficulté avec laquelle la victime peut éviter d'être témoin de l'activité choquante (« *the standard of reasonable avoidability* »). En troisième lieu, l'adage *volenti non fit injuria* (« *the Volenti maxim* ») peut constituer une exception. Enfin, il convient de ne pas tenir compte des sensibilités personnelles qui sortent de l'ordinaire (« *the discounting of abnormal susceptibilities* »). FEINBERG J., *Offense to Others*, *op. cit.*, p. 35.

Le résultat de cette appréciation doit se comparer au « caractère raisonnable du comportement » (« *reasonableness of conduct* »), qui repose sur six sous-critères. Ceux-ci sont : l'importance de ce comportement au regard des intérêts personnels de l'agent (« *personal importance* ») ; son utilité sociale (« *social value* ») ; son degré de rattachement à la liberté d'expression (« *free expression* ») ; l'existence d'alternatives raisonnables (« *alternative opportunities* ») ; la possibilité que l'agent soit animé de mauvaises intentions (« *malice and spite* ») ; et enfin la nature du lieu où se déroulent les faits (« *nature of the locality* »). *Ibid.*, p. 44.

802 V., pour une comparaison détaillée avec le *Harm Principle* rédigée en anglais : PERŠAK N., *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York, Springer, 2007, p. 104 et s. ; LAUTERWEIN C.C., *The Limits of Criminal Law. A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Farnham, Royaume-Uni, Ashgate, 2010, p. 5 et s. ; v. également ROXIN C., « The Legislation Critical Concept of Goods-in-law under Scrutiny », *European Criminal Law Review*, 2013, vol. 3, n° 1, p. 3.

803 PERŠAK N., *Criminalising Harmful Conduct*, *op. cit.*, p. 105 parle de « juxtaposition » des concepts.

804 V. LAUTERWEIN C.C., *The Limits of Criminal Law*, *op. cit.*, p. 10 et s., qui résume en substance les conclusions de M. Roxin, l'auteur le plus influent en théorie des biens juridiques. Ses analyses mènent à des solutions très proches de celles de Feinberg.

805 V. l'exemple fourni par *Ibid.*, p. 27, sur le point de savoir s'il convient d'incriminer les atteintes à la célébration des funérailles. D'après cet auteur, sous la conception majoritaire de la *Rechtsgüterlehre*, la question essentielle est de savoir si les rites funéraires constituent un bien juridique, un intérêt qui mérite d'être protégé par le droit. Autrement dit, le législateur devrait s'interroger sur le point de savoir « si la garantie de funérailles célébrées dans la dignité constitue une condition de la coexistence libre et paisible [des personnes] » (« *The legislator has to ask whether the safeguarding of dignified funeral celebrations is a condition for free and peaceful coexistence.* ») Le raisonnement est descendant, du général (les exigences de la coexistence libre et paisible) au particulier (les atteintes aux aspects spéciaux de cette coexistence). Dans un sens contraire, l'approche par le *Harm Principle* va du particulier au général. Le comportement perturbateur est d'abord appréhendé du point de vue de ses conséquences individuelles, avant qu'il soit déterminé si ces conséquences sont effectivement dommageables pour autrui et si, dans l'affirmative, les personnes lésées le sont injustement.

« valeur protégée », plus large et abstraite que celle de dommage, d'intérêt ou de droit subjectif⁸⁰⁶. Sous cette dénomination générale, toutefois, c'est généralement la possibilité d'un dommage concret ou le risque d'un tel dommage concret qui apparaît⁸⁰⁷. Les infractions matérielles ne sont ainsi pas seulement définies par le résultat dommageable qui achève de les constituer matériellement, elles sont aussi échelonnées en gravité en fonction de ce résultat. Par exemple, le dommage physique ou psychique subi par la victime est un élément constitutif des infractions de violences, mais c'est aussi un élément de gradation entre elles. Un dommage plus sévère entraîne une qualification juridique plus grave et une peine encourue plus rigoureuse⁸⁰⁸. Les qualifications concernées sont prévues par des textes distincts, mais leurs définitions emploient toutes le mot « violences ». Cela signifie qu'elles partagent un élément matériel commun et que les comportements ainsi réprimés sont, aux yeux du législateur, de même nature. La réalisation du dommage redouté est, de même, un critère de classification classique entre les infractions matérielles, formelles ou obstacles⁸⁰⁹. Même lorsque le dommage ne se produit pas, il peut encore constituer un élément de distinction. La gravité et l'immédiateté du danger constituent des critères de gradation des fautes non-intentionnelles⁸¹⁰, mais aussi des infractions de mise en danger. L'article 223-1 du Code pénal punit ainsi « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement » (nous soulignons).

482. Or ces critères d'interprétation et de classification sont, dans certaines situations, susceptibles d'influer directement sur la condamnation prononcée. L'hypothèse la plus notable est celle du concours idéal d'infractions. Elle correspond à une situation dans laquelle un comportement unique est susceptible de tomber sur le coup de qualifications pénales multiples, mais où aucune de ces qualifications ne peut être préférée aux autres sans laisser impuni un ou plusieurs des aspects répréhensibles du comportement en question. Dans ce cas, jusqu'à une époque récente, c'étaient les notions d'intérêt protégé et, subsidiairement, de dommage causé, qui désignaient la solution à retenir. La Chambre criminelle de la Cour de cassation avait ainsi consacré, dans son arrêt *Ben Haddadi* du 3 mars 1960, la méthode qui consistait à identifier la valeur sociale

806 V. à titre général LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Fondation Varenne, L.G.D.J., coll. « Collection des thèses », n° 39, 2010 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, op. cit., p. 225 et s. ; contra : DREYER E., *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 155-157, qui voit dans l'interprétation du droit pénal en termes de valeurs la marque d'un moralisme douteux ; rappr. DREYER E., « Existerait-il une méta-légalité en droit pénal ? », *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN - Éditions universitaires de Lorraine, 2018, p. 95-107.

807 Nous écartons de cette remarque le cas particulier des infractions-obstacles, sur lequel v. *infra*, p. 245.

808 V. Code pénal, art. 222-7 et s.

809 V. entre autres DREYER E., *Droit pénal général*, op. cit., p. 612-622 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Paris, France, Presses universitaires de France, impr. 2015, 2015, p. 249-259 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, 2016, p. 369-372.

810 L'article 121-3, alinéa 3 du Code pénal prévoit ainsi que « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer » (nous soulignons).

protégée par chaque incrimination envisagée, puis à prononcer une déclaration de culpabilité pour chacune de ces valeurs⁸¹¹. D'un point de vue légaliste, la solution se justifiait en ce qu'elle identifiait, à travers les valeurs sociales atteintes, les différentes façons dont l'autorité de la loi avait été méconnue, les différentes natures de troubles à l'ordre public qui justifiaient la répression. Dans l'arrêt *Ben Haddadi*, des qualifications multiples avaient été retenues en dépit de l'absence de résultat dommageable, puisque l'infraction était restée à l'étape de la tentative⁸¹². Toutefois, il était également possible d'arriver à la même conclusion au moyen du *Harm Principle*. Le fait que l'acte considéré n'ait constitué qu'une tentative importait peu, dès lors qu'il avait exposé autrui à un risque de dommage à la fois grave et probable⁸¹³. En ce sens, c'était parce que les dommages susceptibles de résulter du comportement incriminé étaient de natures différentes qu'ils justifiaient une répression différenciée. Cette approche, si elle peut *a priori* paraître contre-intuitive, a le mérite d'expliquer à la fois la règle *Ben Haddadi* et celle que la Chambre criminelle appliquait lorsqu'une atteinte unique cause des préjudices différents à plusieurs victimes⁸¹⁴. Dans cette hypothèse, la jurisprudence admettait qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée au regard de chaque préjudice causé par l'infraction. Cette solution était parfois présentée comme une « exception [...] purement technique »⁸¹⁵ qui visait à permettre à chacune des victimes de se constituer partie civile. Toutefois, si ces apparences d'opportunisme procédural pouvaient être écartées si l'on se référait au critère du dommage comme principe général.

483. L'abandon récent de cette ligne jurisprudentielle ne prive pas non plus d'intérêt la lecture en termes de dommage. La Cour de cassation écarte en effet désormais le critère des valeurs sociales protégées en affirmant que « *des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elle concomitantes* »⁸¹⁶. Pour autant, cette unicité d'intention ne semble pas tenir au fait que l'ensemble des infractions aient constitué un comportement unique et indissociable du point de vue subjectif de leur auteur. Les travaux effectués au cours d'une seule opération de construction peuvent par exemple être qualifiés cumulativement de construction sans permis, violation des dispositions du plan local d'urbanisme et de dépôt de déchets sur une terre agricole⁸¹⁷. De même, la mairie qui pollue un cours d'eau en aval de sa station d'épuration commet bien cumulativement le délit de déversement de substance nuisible dans les

811 Cass. Crim., 3 mars 1960, *Ben Haddadi*, *Bull. Crim.*, n° 138 ; RSC 1961, p. 105, obs. LÉGAL ; VARINARD A. et J. PRADEL, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 11^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, p. 325 et s. ; PUECH M., *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle. Tome 1. Légalité de la répression. Droit pénal général*, Cujas, 1976, p. 247 et s.

812 PUECH M., *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, *op. cit.*, p. 250.

813 FEINBERG J., *Harm to Others*, *op. cit.*, p. 191, admet ainsi un raisonnement probabiliste au soutien de l'incrimination des comportements dangereux : « Plus le dommage est probable, moins il est nécessaire qu'il soit grave pour justifier la coercition ; plus il est grave, moins il est nécessaire qu'il soit probable. » (« *The greater the probability of harm, the less grave the harm needs be to justify coercion ; the greater the gravity of the envisioned harm, the less probable it needs be.* »)

814 Cass. Crim., 4 avr. 1957 : *Bull. Crim.*, n° 323. 26 oct. 1960 : *Bull. Crim.*, n° 481. 28 janv. 1969 : *Bull. Crim.*, n° 51.

815 VARINARD A. et J. PRADEL, *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, p. 344.

816 V. notamment Cass. Crim., 26 oct. 2016, n° 15-84552 : *Bull. Crim.*, n° 276 ; *D. actu.* 7 nov. 2016, obs. FUCINI ; *D.* 2017. Pan. 2501, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *AJ pénal* 2017. 35, obs. GALLOIS ; *JCP G* 2017. 16, note CATELAN ; *Gaz. Pal.* 2017. 413, obs. DETRAZ ; *Dr. pénal* 2017. comm. 4, obs. CONTE

817 Cass. Crim., 15 janv. 2019, n° 17-87104 : *RDI* 2019, p. 161, comm. DE JACOBET DE NOMBEL.

eaux souterraines, superficielles ou de la mer et celui de rejet en eau douce ou de pisciculture⁸¹⁸. La Cour a même admis que puissent se cumuler l'homicide involontaire par violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement et le délit spécial consistant à violer la même obligation⁸¹⁹. Dans chacune de ces hypothèses, l'analyse comme la critique pourraient donc être émises sur le terrain du rapport au résultat dommageable. Les ouvriers ont bien agi avec l'intention unique de réaliser les travaux prévus, mais ils ont surtout montré leur indifférence à l'égard des préjudices subis par la commune et par le propriétaire des terres avoisinantes. La mairie qui gère la station d'épuration a nui non seulement à la pêche, mais aussi à l'ensemble de la faune et de la flore avoisinantes. L'employeur qui procède à des travaux sous-marins dangereux au mépris des règles de sécurité a ainsi non seulement causé la mort de l'un de ses employés, il a aussi exposé plusieurs autres travailleurs à un risque similaire. Nous ne soutenons pas ici qu'il faille se référer exclusivement au critère du rapport au dommage concret pour distinguer entre les qualifications, mais il convient de souligner qu'une telle présentation du problème pourrait s'avérer pertinente au vu des incertitudes qui entourent le sujet des concours idéaux de qualifications.

484. La grille de lecture du *Harm Principle* présente ainsi de nombreux attraits. Sans faire nécessairement concurrence à la notion classique de valeur protégée, il peut s'inscrire comme un élément d'appréciation complémentaire, soit pour affiner l'analyse de solutions anciennes, soit pour faciliter l'approche critique de solutions contestées. La notion de dommage prévenu constitue un outil particulièrement intéressant du point de vue du contrôle de proportionnalité, dont il partage le caractère concret et conséquentialiste.

485. Les avantages de cet élément de méthode ne doivent toutefois pas mener à en ignorer les limites. D'une part, **les analyses en termes de dommages prévenus ne sont pertinentes que tant que cette notion est elle-même définie avec précision et rigueur**. Si toute gêne, toute contrariété, même minime ou improbable, est considérée comme un dommage susceptible de justifier l'incrimination, la protection du *Harm Principle* est illusoire. Un tel effet de dilution s'est produit en droit américain au cours des années 1990, ce qui a amené M. Harcourt à parler « d'effondrement » du principe⁸²⁰. Pour les auteurs libéraux, le *Harm Principle* est donc aujourd'hui un objet de reconquête, comme l'illustre la prolifération des ouvrages qui lui sont consacrés⁸²¹.

486. D'autre part, le critère du résultat réellement ou potentiellement dommageable n'est pas adapté aux nombreuses situations dans lesquelles la coercition est justifiée par la protection d'une

818 Cass. Crim., 16 avr. 2019, n° 18-84073 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *D. actu.*, 16 mai 2019, comm. FUCINI ; *Dr. des sociétés* 2019, n° 6, p. 54, note SALOMON ; *Dr. pénal* 2019, n° 6, p. 49, note ROBERT ; *ibid.*, n° 9, p. 27, note CONTE ; *Procédures* 2019, n° 7, p. 68, note CHAVENT-LECLÈRE.

819 Cass. Crim., 9 avr. 2019, n° 17-86267 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *D. actu.*, 7 mai 2019, comm. RECOTILLET ; *RSC* 2019, p. 349, note MAYAUD ; *Dr. pénal* 2019, n° 6, p. 45, note CONTE.

820 HARCOURT B.E., « The collapse of the harm principle », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1999, p. 109–194.

821 Entre autres : PERŠAK N., *Criminalising Harmful Conduct*, *op. cit.* ; HUSAK D.N., *Overcriminalization: the limits of the criminal law*, New York, Oxford University Press, 2008 ; SIMESTER A.P. et A. VON HIRSCH, *Crimes, harms, and wrongs : on the principles of criminalisation*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart Publishing, 2011 ; TADROS V., *The ends of harm*, *op. cit.* ; WALDRON J., *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Massachusetts ; London, Royaume-Uni, Harvard University Press, 2012.

valeur abstraite ou causalement très distante de la situation traitée. Tel est le cas, en premier lieu, des phénomènes collectifs de grande échelle. Dans le cas, par exemple, des infractions-obstacles relatives à la protection de l'environnement, il paraît inopportun d'exiger du juge qu'il établisse la réalité et l'ampleur de chaque risque envisageable, à plus ou moins longue échéance, au soutien de chaque condamnation prononcée. De même, une approche strictement individualiste des comportements et des préjudices paraît inadaptée pour appréhender les effets de foule aussi imprévisibles que dévastateurs qui se propagent sur les réseaux sociaux numériques. Les atteintes collectives et les atteintes à des intérêts collectifs sont d'autant plus difficiles à traiter sous l'angle du *Harm Principle* que les nombres sont grands et les effets diffus. Dans ces cas, le recours à des principes tels que l'ordre public peut s'avérer indispensable.

487. En second lieu, même lorsqu'elle demeure pertinente, la notion de dommage prévenu éclaire essentiellement le principe de la répression. Ses modalités, en revanche, peuvent rarement être précisées au moyen de ce seul critère. Il arrive que certaines sanctions pénales ou mesures procédurales se fondent sur la prévention d'un dommage, mais il n'est pas possible de considérer ce type de situations autrement que comme des exceptions.

B. Un fondement accessoire en matière de mesures individuelles

488. S'il est admis que la protection des intérêts d'autrui constitue un motif légitime pour le droit pénal à titre général, la question se pose en revanche autrement en ce qui concerne son application au niveau particulier. La menace de la peine qui assortit une incrimination produit un effet préventif d'ordre général, auquel sont exposés tous les justiciables du simple fait de l'interdiction. La coercition est alors d'autant plus aisément justifiée que son efficacité repose sur la loi des grands nombres : il ne s'agit pas de démontrer que l'incrimination va faire disparaître l'infraction visée, mais seulement qu'elle peut en réduire la fréquence de manière satisfaisante. De plus, le mal de l'incrimination est diffus. Dans une démocratie libérale, la plupart des interdits pénaux considérés comme légitimes correspondront à des comportements qu'une majorité d'individus réprouvent ou, à défaut, qu'ils ne souhaitent pas adopter ou qu'ils sont prêts à abandonner. En dépit du doute inévitable lié à l'imprédictibilité de l'avenir, les justifications de la répression de type préventif sont aisément admises.

489. Un raisonnement de ce type présente très rapidement ses limites lorsque ce sont des mesures individuelles qui sont en question. **D'une part, les mesures coercitives prévues en procédure pénale ou à titre de sanctions revêtent généralement une intensité élevée et ont toutes les chances d'être perçues comme telles** : privation de liberté, surveillance des communications, des fréquentations ou des déplacements, fouille d'un lieu privé, confiscation d'un véhicule ou d'un animal, sanctions pécuniaires limitant l'accès à un certain confort de vie, *etc.* **D'autre part l'atteinte subie individuellement ne réalise qu'une portion minime, voire négligeable, de la fonction préventive de l'incrimination.** Une partie des infractions commises, ne seront jamais punies, soit faute qu'elles soient découvertes, soit faute de moyens formels suffisants pour mener au prononcé d'une condamnation. Or l'existence de ce chiffre noir de la délinquance⁸²² ne constitue pas

822 GASSIN R., P. BONFILS, et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, 7^e éd., Dalloz, 2011, p. 144 et s.

a priori une raison suffisante pour abandonner l'ensemble du système pénal. Ce simple fait ne peut que mener à relativiser la valeur préventive générale de chaque condamnation prise dans sa justification individuelle⁸²³. Il en va de même et à plus forte raison de l'ensemble des mesures procédurales qui ont pour fin de permettre la manifestation de la vérité et, le cas échéant, la condamnation de l'auteur de l'infraction. Elles sont toujours fondées sur l'existence préalable d'une incrimination potentiellement violée, mais elles ne participent que de manière très indirecte à la fonction préventive générale remplie par ce texte initial⁸²⁴. La valeur d'un contrôle d'identité, au niveau individuel, contribue peut-être à l'efficacité du droit pénal sur l'ensemble du territoire, mais cette contribution, en termes d'échelle, paraît dérisoire.

490. Le lien de justification qui connecte une mesure individuelle aux fins générales de la répression est donc généralement difficile à apprécier. C'est pourquoi il est opportun en la matière d'avoir recours à des finalités intermédiaires, telles que les notions de nécessités de la procédure ou de garantie de l'ordre public (v. *infra*, II). Il reste que, dans des cas particuliers, une mesure donnée peut se fonder sur un besoin de protection spécial. Tel est le cas de certaines mesures d'obligation ou d'interdiction susceptibles de constituer des peines alternatives ou complémentaires à la privation de liberté ou d'être prononcées dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

491. Dans le domaine des peines, l'ensemble des interdictions prévues par l'article 131-6 du Code pénal peuvent être lues en ce sens. Les sanctions prévues aux numéros 1 à 11 ainsi qu'au numéro 15 permettent ainsi *in fine* de priver temporairement l'auteur d'une infraction des moyens de réitérer son comportement fautif ou d'adopter un comportement similaire. Ces moyens peuvent être un véhicule (numéros 1 à 5 *bis*), une arme (numéros 6 à 8), des moyens de paiement (numéro 9), une chose de nature quelconque qui a servi à commettre l'infraction (numéro 10), ou enfin une activité professionnelle, sociale, commerciale ou industrielle dont l'exercice procure des facilités susceptibles d'abus (numéros 11 et 15). Le texte, à vocation générale, ne précise pas d'échelle de correspondance entre ces différentes interdictions et les infractions qu'elles seraient susceptibles de sanctionner⁸²⁵. Il ne précise donc pas non plus quels dommages chaque interdiction peut avoir vocation à prévenir. Toutefois ces questions entrent nécessairement en ligne de compte dans l'appréciation du juge lors du choix de telles sanctions. Les interdictions prononcées, si elles ne sont pas choisies au seul titre de la rétribution, correspondent à des craintes sérieuses liées à la nature et aux circonstances de l'infraction et à la personnalité de son auteur. Cette finalité préventive est d'ailleurs partagée avec les autres interdictions prévues par le texte. Les numéros 12 à 14 permettent ainsi de prévenir la réitération de certaines des circonstances objectives dans lesquelles l'infraction a été commise. Il est ainsi possible d'interdire à la personne condamnée de se rendre « *dans certains lieux ou catégories de lieux* » liés à la commission de l'infraction (numéro 12), de fréquenter certains autres condamnés, « *notamment ses coauteurs ou complices* » (numéro 13) ou d'entrer en relation avec certaines personnes, « *notamment la victime de l'infraction* » (numéro 14).

823 V. *infra*, p. 462.

824 Ces observations peuvent être utilement rapprochées de la distinction proposée par H.L.A. Hart entre « fin justificatrice générale » (« *general justifyin aim* ») et « justification de la distribution » (« *justification in distribution* ») de la répression : HART H.L.A., *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, 2^e éd., Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2008, p. 4 et s.

825 V. *supra*, 126.

492. En règle générale, ces mesures protectrices sont conçues de manière large et sans référence expresse à un préjudice ou une infraction particulière à prévenir. Toutefois il arrive qu'elles soient plus ciblées. L'article 132-45 du Code pénal en fournit plusieurs exemples parmi les obligations qu'il permet d'imposer à la personne condamnée dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve, d'un suivi socio-judiciaire⁸²⁶ ou, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019, d'une contrainte pénale⁸²⁷. Le numéro 3 prévoit, par exemple, la possibilité de prononcer à l'égard de la personne condamnée une injonction thérapeutique « *lorsqu'il apparaît [qu'elle] fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques* ». Le numéro 15 du même article permet de l'obliger, « *en cas d'infraction commise à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur* », à « *accomplir, à ses frais, un stage de sensibilisation à la sécurité routière* ».

493. Ce souci de prévention de nouvelles atteintes concrètement redoutées anime, outre le droit des sanctions, le domaine de la procédure pénale. La fonction de rétribution est dans ce cas entièrement écartée par le principe de la présomption d'innocence, mais l'esprit d'anticipation de situations dommageables à partir des préjudices déjà constatés demeure présent. Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention peut ainsi imposer à la personne mise en examen diverses obligations qui visent à prévenir de nouveaux dommages. Tel est le cas, par exemple, des obligations de « *s'abstenir de conduire tous les véhicules, certains véhicules ou un véhicule qui ne soit pas équipé, par un professionnel agréé ou par construction, d'un dispositif homologué d'antidémarrage par éthylotest électronique et, le cas échéant, [de] remettre au greffe son permis de conduire contre récépissé* » (Code de procédure pénale, art. 138, numéro 8) ; de « *s'abstenir de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées* » (numéro 9) ; ou encore de « *ne pas détenir ou porter une arme et, le cas échéant, remettre au greffe contre récépissé les armes dont elle est détentrice* » (numéro 14). La similarité avec les interdictions déjà mentionnées au titre des peines est frappante.

494. De manière exceptionnelle, le législateur prévoit parfois des mesures de protection spécialement définies au regard d'un type particulier d'infractions. Ainsi, dans le cadre du contrôle judiciaire, la loi précise, pour deux des obligations prévues, qu'elles peuvent être prononcées « *lorsqu'il est à redouter qu'une nouvelle infraction soit commise* ». Il s'agit, d'une part, de l'obligation de « *ne pas se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale [...] lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités* » (Code de procédure pénale, art. 138, numéro 12) et, d'autre part, de l'obligation de « *ne pas exercer une activité impliquant un contact habituel avec des mineurs* » (numéro 12 bis). Sous une approche proportionnaliste, il conviendrait donc que le juge qui applique ces dispositions indique non seulement quels éléments de fond font « *redouter* » la commission d'une nouvelle infraction, mais également le lien de causalité anticipé entre l'obligation imposée et la prévention de l'infraction

826 L'article 131-36-2 du Code pénal dispose en son second alinéa que « *le condamné [au suivi socio-judiciaire] peut aussi être soumis par la décision de condamnation ou par le juge de l'application des peines aux obligations prévues à l'article 132-45.* »

827 Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi, l'article 131-4-1 du Code pénal prévoit notamment que « *les obligations et interdictions particulières auxquelles peut être astreint le condamné [à une peine de contrainte pénale] sont : 1° Les obligations et interdictions prévues à l'article 132-45 en matière de sursis avec mise à l'épreuve* ».

redoutée. Plus spécialement encore, le législateur a prévu, tant à titre de peine que de mesure procédurale, la possibilité de prononcer une mesure d'éloignement à l'égard de l'auteur de violences conjugales ou familiales. L'obligation de « *s'abstenir de paraître* » au domicile ou à la résidence du couple ou « *aux abords de celui-ci* » peut ainsi être prononcée comme modalité du sursis avec mise à l'épreuve, du suivi socio-judiciaire ou de la contrainte pénale⁸²⁸, mais aussi du contrôle judiciaire⁸²⁹. Dans le second cas, il est précisé que « *sauf circonstances particulières, cette mesure est prise lorsque sont en cause des faits de violences susceptibles d'être renouvelés et que la victime la sollicite* ».

495. L'énumération qui précède est, à l'image du mode de justification qu'elle illustre, incomplète. Elle ne permet pas de rendre compte de l'ensemble des préoccupations auxquelles répondent les mesures individuelles de la matière pénale et il paraît difficile d'en extraire une rationalité commune. Au contraire, les mesures qui visent la prévention d'un dommage particulier constituent plutôt l'exception. Inversement, cette logique de prévention spéciale ne permet pas d'expliquer les motifs sur lesquels sont habituellement fondées des décisions aussi essentielles pour la matière que le placement en détention provisoire. La protection concrète des droits d'autrui, si elle peut être prise en considération dans le cadre de l'adoption de mesures individuelles, ne constitue donc le critère principal de la décision que dans des cas limités et disparates. Ces cas constituent vraisemblablement un ensemble d'exceptions plutôt qu'une règle générale. Les principes justificateurs structurants pour la matière doivent donc être recherchés ailleurs et, à cet égard, la notion générale d'ordre public offre un recours utile en même temps qu'une facilité rhétorique.

II. La garantie de l'ordre public

496. La relation qu'entretient la matière pénale avec la notion d'ordre public est proverbiale. L'ordre public peut ainsi s'entendre, en un sens, « comme le contraire du désordre auquel peuvent donner lieu les agissements matériels »⁸³⁰, « un état dont la réalisation et le maintien appellent une action » et dont les « techniques de protection comportent nécessairement une détermination des conduites matérielles des sujets »⁸³¹. La loi pénale s'inscrit parmi ces techniques. La protection des droits déjà mentionnée peut être subsumée sous cet ordre matériel, l'atteinte aux droits d'autrui ou à l'égalité constituant des formes de désordre qui appellent régulation. L'existence et le bon fonctionnement des institutions publiques s'y intègrent également. D'une part, elles peuvent être considérées comme des valeurs dérivées de la protection des droits. D'autre part elles manifestent la dimension publique, étatique, de l'ordre établi et jugé digne de protection. Sur le plan juridique, l'ordre public sert alors de critère directeur à l'élaboration et à la justification du droit pénal, que ce

828 Code pénal, art. 132-45, 19°.

829 Code de procédure pénale, art. 138, 17°.

830 COMBACAU J., « Conclusions générales », M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordre publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 29, 2001, p. 419.

831 *Ibid.*, p. 422.

soit au niveau de l'incrimination, de la sanction ou de la procédure⁸³². Il en détermine le contenu tout en le limitant.

497. Pour autant cette relation de détermination ne se tient pas à sens unique. Ordre objectif, l'ordre public n'en est pas moins pour autant un ordre de valeurs. Il correspond à l'amalgame de « *toutes les exigences d'ordre, matériel ou juridique, qui, au sein [d'un] ordre juridique, apparaissent essentielles aux yeux des autorités* » compétentes⁸³³. « La notion d'ordre public » est donc « tout sauf neutre d'un point de vue axiologique », elle « *exprime quelque chose politiquement* »⁸³⁴. Cette expression passe, du point de vue du droit criminel, par la définition des comportements répréhensibles et des conditions de leur répression. L'ordre public peut donc se concevoir comme « une donnée abstraite dont le droit pénal fournit le contenu »⁸³⁵. Or, conformément au principe de légalité criminelle, « c'est le législateur qui décide quelles sont les valeurs sociales qui méritent d'être protégées par le droit pénal »⁸³⁶. Corrélativement, le Parlement dispose d'un « *pouvoir général d'appréciation et de décision* »⁸³⁷ qui limite le pouvoir de contrôle au fond du juge de la constitutionnalité. Par conséquent, **quand bien même les droits et principes dont la protection fonde l'ordre public revêtent une valeur constitutionnelle, la détermination du contenu substantiel de cet ordre protecteur revient en grande partie à la loi.**

498. Ordre public et loi pénale se trouvent ainsi chacun, tantôt la source, tantôt le produit de l'autre, dans une relation de détermination mutuelle qui présente le risque de devenir circulaire. Il en résulte une tension permanente qui se reflète nécessairement au niveau du contrôle de proportionnalité, car le rapport de justification ordinaire du moyen par la fin est susceptible de s'inverser. L'ordre public pénal correspond, dans son inspiration libérale, à une garantie des droits⁸³⁸. Sa protection se justifie donc au titre de sa valeur instrumentale (A). Cette protection, focalisée sur l'ordre public plus que sur les droits qu'il a vocation à garantir, peut toutefois revenir à lui conférer une valeur autonome (B).

832 CERF A., « Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux », M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordre publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Droit et justice », n° 29, 2001, p. 64 et s.

833 PICARD E., « Introduction générale », *op. cit.*, p. 56, italiques dans le texte ; v. dans le même sens WACHSMANN P., *Libertés publiques*, 8^e éd., Dalloz, coll.« Cours », 2017, p. 66 : « L'ordre public peut se définir comme l'ensemble des valeurs dont les pouvoirs publics jugent indispensable d'imposer le respect à un moment déterminé ».

834 ROLAND S., « L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Cujas, coll.« Actes & études », 2013, p. 11, italiques dans le texte.

835 DARSONVILLE A., « Ordre public et droit pénal », C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Cujas, coll.« Actes & études », 2013, p. 287.

836 *Ibid.*, p. 288.

837 Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse : D.* 1975, p. 529, note HAMON ; GAÏA P., R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll.« Grands arrêts », 2018, p. 219.

838 Rapp. DREYER E., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 115 : « L'ordre public est moins une valeur en soi qu'un degré d'impérativité de certaines normes. [...] Dans un système gouverné par le principe de légalité, l'idée même d'un ordre public "virtuel" est scélérate. Sachant qu'une telle objection ne saurait être levée en substituant au critère de l'ordre public celui de l'intérêt général. »

A. La protection de l'ordre public comme valeur instrumentale

499. La notion d'ordre public peut, en premier lieu, servir à justifier des mesures qui garantissent le bon fonctionnement de la justice ou, plus largement, des institutions publiques. Elle peut également, en second lieu, désigner des intérêts communs des personnes privées à ne pas subir certains risques ou troubles d'ordre général. Dans un cas comme dans l'autre, la mesure coercitive justifiée ne garantit les droits qu'indirectement, par l'intermédiaire de la garantie de l'ordre public. Celui-ci facilite l'examen de la causalité, parce qu'il est plus aisé à apprécier dans sa généralité que le bien particulier qui peut résulter indirectement de la mesure pour chaque membre de la société.

500. La première catégorie de garanties englobe toutes celles qui tiennent à l'ordre institutionnel et aux intérêts de l'État. Dans le domaine de la procédure pénale, cela correspond pour partie aux « *objectifs de valeur constitutionnelle* » de « *recherche* » et de « *condamnation des auteurs d'infractions* »⁸³⁹. La plupart des mesures coercitives applicables dans ce cadre se fondent en effet sur le besoin d'effectivité et d'efficacité des investigations et de la procédure. Cela s'observe notamment en ce qui concerne les mesures attentatoires aux libertés avant jugement. Dans une minorité de cas, la loi précise à quelles fins une mesure particulière peut être réalisée. Il s'agit alors essentiellement de garantir la bonne marche de la procédure. Tel est l'esprit de cinq finalités sur les six prévues par l'article 62-2 du Code de procédure pénale pour justifier le placement en garde à vue⁸⁴⁰. Il en va de même pour cinq des sept motifs qui justifient le placement ou le maintien d'une personne en détention provisoire⁸⁴¹. Plus fréquemment, la coercition est fondée sur les notions génériques de « *nécessités de l'enquête* » ou « *de l'instruction* » ou d'éléments « *nécessaires à la manifestation de la vérité* ». Ces vocables recouvrent en réalité une très grande diversité de

839 Cons. const., déc. n° 94-352 DC du 18 janv. 1995, préc. ; déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs* : *D.* 2000, p. 113-114, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; même revue, p. 197-198, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; *Procédures* 1999, n° 12, p. 3-4, obs. J. BUISSON ; *RDP* 1999, n° 5, p. 1287-1292, note F. LUCHAIRE ; *RFDC* 1999, n° 39, p. 587-594, note S. SCIORTINO-BAYART ; *LPA* 1999, p. 12-16, note B. MATHIEU ; *AJDA* 1999, p. 694-700, note J.-E. SCHOETTL.

840 Ce texte dispose que la garde à vue « *doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit.* »
Seule la finalité prévue au 6° peut, *in fine*, être visée sans considération des nécessités de la procédure.

841 L'article 144 du Code de procédure pénale dispose : « *La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique : 1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ; 2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; 3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ; 4° Protéger la personne mise en examen ; 5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ; 6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ; 7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé.* »

À l'exception du 4° et du 7°, qui relèvent de considérations substantielles, l'ensemble de ces finalités sont nécessairement liées au bon déroulement de la procédure.

situations et de modes d'action, tant dans le droit commun⁸⁴² que dans les règles d'exception applicables, par exemple, en matière de criminalité organisée⁸⁴³. Il paraît très difficile de dégager un critère de définition ou de délimitation commun à l'ensemble des actes et des contextes concernés. Lorsque le législateur n'apporte pas de précisions de fond supplémentaires, les autorités investigatrices demeurent donc, dans la plupart des cas, maîtresses de la définition casuistique de ces « *nécessités* », qui ne peut faire l'objet que d'un contrôle réduit. Une telle maîtrise s'inscrit dans le même esprit que la formule générale de l'article 81 du Code de procédure pénale, qui dispose que « *le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité.* »

501. En dépit du degré de précision variable avec lequel ces finalités sont définies par la loi, elles reposent sur une logique commune. Comme le retient le Conseil constitutionnel, « *la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions* » constituent des « *objectifs à valeur constitutionnelle* » parce qu'elles « *sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle* »⁸⁴⁴. **Une mesure prise sur le fondement des nécessités de la procédure pénale sert par conséquent deux finalités, l'une proche (la bonne marche de la procédure) et la seconde distante (la sauvegarde des principes et droits de valeur constitutionnelle) dont la première tire sa valeur.** Trois liens de causalité sont donc susceptibles d'être interrogés sous l'angle de la proportionnalité. L'un consiste en la réalisation, par la mesure adoptée, de sa fin proche, c'est-à-dire qu'il concerne l'aptitude concrète de la décision à faire progresser la procédure. Le second associe la fin proche à la fin distante : son examen consiste à rechercher si l'avancée de la procédure, telle qu'elle est visée, permet effectivement de sauvegarder les principes et droits dont elle tire sa légitimité. Enfin, le troisième lien, qui résulte de la combinaison des deux premiers, connecte la mesure à la fin distante : il tient à l'aptitude qu'a cette mesure, dans le cadre procédural considéré, à sauvegarder les droits et principes pertinents en définitive. Ainsi qu'il a été soutenu précédemment, ce troisième lien peut s'avérer difficile d'appréhension au niveau particulier de chaque espèce. La contribution d'une seule garde à vue ou d'une seule géolocalisation à la garantie des droits sur l'ensemble du territoire peut paraître négligeable. C'est pourquoi, d'un point de vue pragmatique, il est préférable que le juge de l'espèce se concentre sur le premier lien de causalité,

842 Par exemple : Code de procédure pénale, art. 55-1 (prélèvements externes), 56 et 97 (saisie de données informatiques), 62 (retenue sous contrainte policière d'une personne auditionnée mais non soupçonnée), 62-3 (poursuite et prolongation de la garde à vue), 63-4-2 (audition d'une personne gardée à vue avant l'expiration du délai prévu pour l'arrivée de son avocat), 63-7 (fouille intégrale d'une personne gardée à vue et investigations corporelles), 70 et 77-4 (mandat de recherche décerné par le procureur de la République), 76 (perquisitions sans consentement dans le cadre d'une enquête préliminaire), 100 (interception, enregistrement et transcription de correspondances électroniques), 137 (placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique), 154-4 (refus de délivrer un permis de visite ou d'autoriser l'usage du téléphone au-delà d'un mois de détention provisoire), 230-1 (mise au clair de données chiffrées), 230-28 (prélèvement biologiques au cours d'une autopsie judiciaire), 230-32, 230-34 et 230-35 (géolocalisation).

843 Par exemple : Code de procédure pénale, art. 706-81 (infiltration), 706-88 (prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures), 706-89 à 706-92 (perquisitions nocturnes), 706-95 (interception, enregistrement et transcription de correspondances électroniques), 706-95-1 et 706-95-2 (accès à distance aux correspondances stockées par voie électronique), 706-95-4 et 706-95-5 (obtention d'identifiants informatiques par piratage), 706-96 (enregistrement sonore), 706-96-1 (enregistrement vidéo), 706-102-1 et 706-102-2 (surveillance en temps réel par piratage informatique).

844 Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, préc.

celui qui unit la mesure coercitive à l'avancée de la procédure en cours. Le deuxième lien, entre l'avancée de la procédure et la « *sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle* », relève avant tout d'un examen général dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Il peut donc en principe être présumé au niveau individuel par le juge judiciaire, sous réserve de l'absence de question prioritaire de constitutionnalité. En général, le constat de proportionnalité de la mesure contrôlée peut ainsi résulter de la combinaison du premier lien, examiné concrètement, avec la présomption du deuxième.

502. Cette mécanique d'intermédiation vaut également en droit pénal de fond. **De très nombreuses incriminations sont fondées sur la protection d'intérêts publics** avec lesquels elles entretiennent des liens évidents. **Dans le même temps, ces comportements prohibés atteignent peu les intérêts individuels, ou de manière trop distante pour qu'une analyse proportionnaliste de leurs effets à ce niveau soit pertinente.** La plupart des infractions définies au livre IV de la partie législative du Code pénal répondent à cette description⁸⁴⁵. Par exemple, l'article 434-26 incrimine « *le fait de dénoncer mensongèrement à l'autorité judiciaire ou administrative des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit qui ont exposé les autorités judiciaires à d'inutiles recherches* ». Cette infraction matérielle cause un préjudice évident à l'administration de la justice et à l'État, les « *inutiles recherches* » correspondant à un investissement de temps et de moyens matériels et humains en pure perte. Pour autant, il n'est pas nécessaire que soient démontrés, par exemple, l'impact qu'une telle diversion des moyens d'action de la justice a pu avoir sur d'autres procédures légitimes, ou son équivalent en termes d'investissement fiscal perdu par les contribuables. La garantie d'un bon fonctionnement de la justice fait office d'écran causal, en référence auquel la proportionnalité est plus aisément contrôlée. La même logique vaut, par exemple, pour le crime puni par l'article 411-3, qui consiste à « *livrer à une puissance étrangère, à une entreprise ou une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des matériels, constructions, équipements, installations, appareils affectés à la défense nationale* ». Il importe peu que les biens en question aient ou non servi ou pu servir à la défense concrète de la sécurité de personnes physiques, qu'ils aient ou non représenté un manque à gagner budgétaire se répercutant fiscalement sur les deniers personnels des contribuables. C'est l'intérêt de la défense nationale qui servira de point de référence pour motiver les actes d'investigation et l'éventuelle condamnation de l'auteur de la remise.

503. Sous cet aspect causal, l'ordre des intérêts publics substantiels se rapproche fortement de celui des intérêts communs défendus par des infractions-obstacles. L'incrimination vise alors un comportement qui n'est pas immédiatement dommageable, mais qui est susceptible de causer un risque pour l'intégrité des personnes, voire une simple gêne, sans qu'il soit nécessaire d'identifier les victimes potentielles à titre individuel. Le domaine de la circulation routière en fournit de très nombreux exemples. Certaines de ces incriminations définissent des infractions-obstacles en vue de protéger la sécurité des personnes. Les infractions relatives à la vitesse, à l'usage des feux de

845 La majeure partie seulement, car certaines infractions réprimées dans cette partie du Code sont bien incriminées à raison des intérêts particuliers auxquels elles portent atteinte. Tel est le cas, par exemple, du délit d'entraves aux libertés défini par l'article 431-1, des abus d'autorité commis contre les particuliers prévus aux articles 432-4 à 432-9, ou encore du déni de justice réprimé par l'article 434-7-1.

signalisation, aux caractéristiques techniques d'équipements tels que les pneumatiques ou les dispositifs de freinage, parmi de nombreuses autres, visent ainsi à prévenir la survenance d'accidents potentiellement graves. Pour autant, ces infractions peuvent être constituées sans qu'il importe de savoir si un dommage a résulté ou aurait pu résulter de leur commission dans les circonstances de la cause. Cette indifférence au résultat tient même lieu de critère de résolution pour les conflits de qualifications susceptibles de se produire *in concreto*. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 19 avril 2000, dans une espèce où un automobiliste avait roulé à 200 km/h sur une route très fréquentée et dont les trois voies étaient occupées⁸⁴⁶. Les juges du fond avaient condamné le conducteur sur le fondement de l'article 223-1 du Code pénal, lequel incrimine « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ». La Chambre criminelle a au contraire estimé que, faute pour la cour d'appel d'avoir « *caractéris[é] un comportement particulier, s'ajoutant au dépassement de la vitesse autorisée, et exposant directement autrui à un risque immédiat* », seule la contravention de grand excès de vitesse pouvait être retenue à l'encontre du conducteur. C'est donc bien la méconnaissance des prescriptions légales qui constitue l'infraction, indépendamment de la dangerosité du comportement *in concreto*, quand bien même la répression vise à prévenir de graves accidents.

504. À nouveau, le rapport de proportionnalité de l'incrimination à sa finalité sécuritaire se conçoit en deux temps. D'une part, la règle de comportement (par exemple, la règle de la priorité à droite aux intersections) tire son efficacité protectrice de son adoption par l'ensemble des conducteurs. Son aptitude à prévenir certains dommages peut donc être appréhendée soit de manière abstraite – en supposant une adhésion universelle – soit, comme le suggère Feinberg⁸⁴⁷, de manière concrète – en appréciant quelle proportion d'usagers de la route devraient se soumettre à la règle pour qu'elle soit efficace. Ce peut être l'objet d'un premier contrôle de proportionnalité. D'autre part, le fait d'incriminer la méconnaissance de cette règle y assortit une dimension répressive qui tend à la faire respecter et à en exprimer le caractère impératif. Cette aptitude de la méthode répressive à contribuer aux fins de la règle principale peut elle-même faire l'objet d'un second contrôle de proportionnalité, indépendant du premier. La proportionnalité entière de l'incrimination – inscrite pour cet exemple à l'article R. 415-5 du Code de la route – à la finalité sécuritaire résulte de la combinaison de ces deux contrôles. À nouveau, le contrôle général et le contrôle particulier sont susceptibles d'être séparés, le juge appelé à appliquer la loi aux espèces concrètes étant plus à même de réaliser le second tout en présupposant que la loi satisfait aux conditions du premier.

505. Dans les hypothèses abordées jusqu'ici, l'ordre public sert de valeur intermédiaire. Il facilite le contrôle de proportionnalité en le décomposant et en permettant de distribuer de manière pertinente les compétences qui s'y rattachent. Dans ces cas, la mesure adoptée vise toujours à protéger des droits et principes substantiels autres que l'ordre lui-même et c'est la distance causale entre le moyen et la fin qui justifie l'intervention de la notion intermédiaire. Toutefois, dans

846 Cass. Crim., 19 avril 2000, n° 99-87234 : *Bull. crim.*, n° 161 ; *D.* 2000, p. 631, note MAYAUD ; *Dr. pénal* 2000, n° 98, obs. VÉRON.

847 *V. supra*, p. 228.

certaines situations, la distance causale est si importante que l'ordre public peut être vu comme une fin en soi.

B. La promotion de l'ordre public comme valeur autonome

506. Lorsque la notion d'ordre public ou les notions voisines jouent un rôle de valeurs intermédiaires, leur intervention est liée à l'idée de risque ou de danger. Il s'agit alors de prévenir un risque d'atteinte grave à une valeur particulièrement importante, telle que la vie humaine ou le fonctionnement des institutions publiques. Toutefois l'ordre dépasse la simple absence de risque. Dans deux catégories de mesures répressives, la finalité visée est l'ordre lui-même. Il s'agit, en premier lieu, des cas où la répression vise à assurer certaines règles de vie commune dont la méconnaissance ne crée pas de danger à titre général. C'est l'ordre public dans le sens de l'intérêt général, de la tranquillité, la salubrité ou la moralité publiques plutôt que la sécurité matérielle. En second lieu, certaines mesures répressives interviennent là où une atteinte grave à la sécurité est susceptible d'être commise, mais où elle devrait résulter d'une action volontaire qui n'a pas encore été commencée. L'ordre public dépasse alors le champ du risque pour entrer dans celui de la suspicion.

507. La première catégorie comprend l'ensemble des actes répressifs qui visent à préserver un certain degré d'harmonie sociale. Les infractions concernées sont des infractions-obstacles : elles ne nécessitent pas, pour être constituées, que soit démontrée *in concreto* l'existence d'une ou plusieurs victimes, même potentielles. Toutefois elles se distinguent des infractions-obstacles de type sécuritaire précédemment décrites, en ce que, dans la présente catégorie, il n'est même pas requis qu'un résultat dommageable pour les personnes soit envisageable *in abstracto*. La finalité des incriminations prévues par le Code de la route ne se limite ainsi pas à la prévention des accidents graves. Il s'agit plus généralement d'assurer aux usagers de la route une jouissance paisible et égalitaire des voies publiques et des services publics qui leur sont liés. Par exemple, les contraventions de stationnement gênant, abusif ou réalisé en violation des réglementations municipales⁸⁴⁸ permettent, certes, d'éviter certains dommages aux personnes, mais leur finalité ne se limite pas au champ de la sécurité matérielle. Le contrôle de proportionnalité qui se focaliserait sur la question sécuritaire passerait en grande partie à côté de la justification réelle de ces mesures. Il est, dans ce cas, toujours possible d'appréhender la répression comme un moyen de faire respecter la règle. En revanche, la justification de cette règle est moins tirée d'un besoin de protection que d'un besoin d'ordre et de régulation plus général, objet premier de l'action des autorités publiques.

508. Il en découle que, en comparaison avec la répression à but sécuritaire, la définition des buts visés dépend ici dans une plus large mesure d'un choix de priorités de nature politique. Le Conseil constitutionnel emploie ainsi parfois la formule selon laquelle « *il est loisible au législateur* » de prévoir de nouvelles infractions⁸⁴⁹, sous réserve que soit assurée la conciliation entre l'ordre public

848 Code de la route, art. R. 417-1 à R. 417-6 et R. 417-10 à R. 417-12. Le stationnement gênant et le stationnement abusif se distinguent en cela du stationnement dangereux, lequel peut être directement rattaché à la protection de l'intégrité physique des personnes.

849 V. par exemple, pour des incriminations ne visant pas de but sécuritaire : Cons. const, déc. n° 2010-613 DC du 10 oct. 2010, préc. ; déc. n° 2010-55 QPC du 18 oct. 2010, *M. Rachid M. et autres [Prohibition des machines à sous]* ;

et les droits constitutionnellement protégés. De même l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet le rapprochement des législations pénales nationales lorsqu'un tel rapprochement « *s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation* ». **La logique suivant laquelle la répression répond à un comportement contraire à l'ordre public n'est donc plus entièrement satisfaisante, car l'ordre public dont il est question découle en partie de la décision de réprimer elle-même.** Le contrôle de proportionnalité, s'il n'est pas adapté à cette situation, risque d'être vidé de son sens, dès lors que la fin est partiellement définie par le moyen. Le degré de liberté dont dispose l'autorité répressive dans la détermination de ses fins doit donc être compensé par un contrôle plus sévère.

509. Dans une seconde catégorie de situations, la répression ne vise pas à restaurer ou à garantir l'ordre public en répondant à un trouble ou à un risque. Il s'agit plutôt d'établir ou de maintenir cet ordre en intervenant, de manière anticipée⁸⁵⁰, sur les conditions préalables à la formation du trouble ou du risque. La répression n'est alors plus seulement réactive, elle est préventive⁸⁵¹. Dans le domaine des incriminations, cette intervention anticipée consiste à faire tomber sous le coup de la loi des actes préparatoires, voire des actes simplement suspects. Ordinairement, la plupart des infractions obstacles tendent à prévenir la concrétisation de certains risques qui, s'ils se réalisaient, constitueraient des infractions matérielles involontaires. L'élément causal manquant entre le comportement réprimé et le dommage que la loi vise à prévenir est indépendant de la volonté de l'agent. *A priori*, le conducteur qui roule à 200 km/h sur une route très fréquentée ne souhaite pas provoquer un accident mortel, il n'a pas l'intention d'attenter à la vie des personnes – dans le cas contraire, il ne sera pas poursuivi pour grand excès de vitesse mais pour tentative de meurtre. Il en va autrement des auteurs d'infractions de préparation. Ainsi l'article 421-2-6 du Code pénal qualifie d'acte de terrorisme le fait « *de préparer la commission d'une des infractions* » énumérées par le texte, « *dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée* » par la convergence de deux des faits matériels prévus par l'incrimination. Or dans le cas ainsi décrit, l'enchaînement causal susceptible de mener au dommage redouté n'a pas encore quitté la main de l'agent. Celui-ci est encore en mesure de renoncer complètement à son entreprise criminelle, renonciation qui sera sans effet sur la répression au regard de cet article. Qui plus est, le texte permet de réprimer la préparation de l'un « *des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique des personnes* ». Ces actes consistent à « *introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel* ». **En d'autres termes, c'est la préparation**

déc. n° 2010-73 QPC du 3 déc. 2010, *Société ZETurf Limited [Paris sur les courses hippiques]*.

850 PARIZOT R., « L'anticipation de la répression », O. CAHN, K. PARROT et X. PIN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal: actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Paris, France, Lextenso éditions, 2013, p. 123-129.

851 V. ALIX J. et O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC*, 2017, p. 845 et s.

d'une infraction formelle qui est ici incriminée. La théorie classique qui distingue l'infraction consommée de la tentative punissable – elle-même exclue en cas de désistement volontaire – est donc essentiellement mise en échec.

510. Du point de vue de la proportionnalité, la difficulté est alors de déterminer à quel principe fondamental se référer pour apprécier la justification d'un tel mode répressif. Admettre simplement que l'incrimination de la préparation non suivie d'effets vise à protéger la sécurité des personnes revient à nier la capacité de l'agent à contrôler ses actes. La préparation serait volontaire, tandis que le passage à l'acte en serait une conséquence purement matérielle qui échapperait au contrôle de l'individu. Si la préparation est incriminée, cela ne peut donc pas être simplement parce qu'elle est dangereuse. Le caractère volontaire de l'infraction matérielle ou formelle prévenue ne peut être correctement pris en compte qu'en considérant que l'infraction de préparation protège l'ordre public lui-même, c'est-à-dire la « sécurité » prise dans le sens abstrait et général qui fonde l'action de police administrative. L'incrimination est en ce sens moins l'expression de la réprobation publique contre une atteinte concrète aux valeurs communes, que l'établissement d'un cadre d'intervention pour les autorités publiques aux fins d'empêcher cette atteinte. Les soupçons de préparation, les comportements suspects, fondent ainsi la mise en œuvre de tous les moyens procéduraux à la disposition des autorités judiciaires. Ces moyens ordinairement réactifs sont alors utilisés de manière proactive, pour empêcher la commission d'un acte non encore commencé. « La répression ne suit plus la prévention et ne signe plus son échec mais prévention et répression peuvent être concomitantes et la prévention constitue désormais le résultat *spécifiquement* attendu d'une mesure répressive. »⁸⁵²

511. **Du point de vue de leurs fins, les infractions de préparation peuvent donc être considérées comme des *incriminations formelles***, par opposition aux *infractions* formelles. *L'infraction* formelle est ainsi désignée à raison des caractères du comportement incriminé : celui-ci ne cause pas de dommage concret, mais il crée un risque de dommage. *L'incrimination* formelle, au contraire, est formelle à raison de la finalité visée par l'autorité : elle détermine un champ de compétence pour l'intervention préventive des autorités. Du point de vue du principe de proportionnalité, la première sera examinée au vu du risque créé. Pour la seconde, en revanche, au moins deux orientations sont possibles, en fonction desquelles le sens du contrôle de proportionnalité change radicalement.

512. Le juge peut, en premier lieu, appliquer une règle non-utilitariste du type de celles que nous appelons contrepoids internes⁸⁵³. Il peut ainsi considérer que l'incrimination d'un comportement constitue une atteinte d'une nature particulière aux libertés fondamentales, ce dont il découle que ce moyen ne peut licitement servir qu'à réaliser certaines finalités pré-déterminées. La prévention des infractions par l'usage de la force publique relève de la compétence de la police administrative et non de la police judiciaire, en conséquence de quoi la finalité préventive ne saurait justifier l'incrimination. Celle-ci doit donc être examinée au regard de sa valeur comme menace dissuasive

852 *Ibid.*, italiques dans le texte.

853 V. *supra*, p. 189.

orientée vers un comportement nuisible. La loi ne satisfera que très difficilement aux conditions de la proportionnalité.

513. En second lieu, le juge peut également considérer que la distinction entre police administrative et police judiciaire n'a elle-même qu'une valeur instrumentale. Ce qui importe, c'est l'effectivité et l'efficacité de l'intervention des autorités publiques. Il est alors possible de contrôler la proportionnalité de l'incrimination formelle du point de vue de l'efficacité des mécanismes préventifs qu'elle permet de mettre en place. Telle a visiblement été l'approche privilégiée par le Conseil constitutionnel dans ses deux décisions relatives à l'incrimination de la consultation de sites terroristes⁸⁵⁴.

514. Une loi du 3 juin 2016 avait créé dans le Code pénal un article 421-2-5-2 qui incriminait « *le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie* »⁸⁵⁵. Saisi d'une première question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil a, « *en premier lieu* », reconnu la finalité essentiellement préventive du texte et l'a contrôlé au regard de cette finalité. Il a considéré que « *les dispositions contestées [...] [avaie]nt pour objet de prévenir l'endoctrinement d'individus susceptibles de commettre ensuite [des actes de terrorisme]* », avant d'établir un inventaire des dispositions pénales pré-existantes « *ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme* », tant sur le plan substantiel que procédural. À cette première liste en a été associée immédiatement une seconde, celle des « *nombreux pouvoirs* » conférés « *à l'autorité administrative* » « *afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme* ». La conclusion « *au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication* » a été que « *les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution* ». Si le texte contesté était contraire à la Constitution, ce n'était donc pas parce qu'il employait aux fins de prévention et de contrôle un moyen en principe réactif, mais simplement parce qu'il était redondant avec l'arsenal administratif et judiciaire déjà présent. *A contrario*, un tel usage instrumental de la loi

854 Cons. const., déc. n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]* : JCP G. 2017, n° 13, p. 613, comm. GORGOZA et LAMY ; AJDA 2017, p. 433, note GOESEL-LE BIHAN ; D. 2017, p. 1134, note MAYAUD ; Dr. pénal 2017, n° 6, p. 35, note CONTE ; RTDH 2017, p. 681, note GONZALES et SALES ; RSC 2017, p. 385, note LAMY ; RFDC 2017, p. 726, comm. CATELAN. Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]* : D. 2018, p. 87, note MAYAUD ; JCP G. 2018, p. 189, note GORGOZA et LAMY ; JCP A. 2018, n° 7, p. 38, note LATOUR ; AJDA 2018, p. 297, obs. GOESEL-LE BIHAN ; Dr. pénal 2018, n° 2 p. 36, obs. CONTE ; AJ Pénal 2018, p. 148, obs. PERRIER.

855 Code pénal, art. 421-2-5-2, al. 1, ancien : issu de la Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale* (JORF n°0129 du 4 juin 2016), art. 18 ; abrogé par Cons. const., déc. n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, préc.

pénale comme outil de surveillance pourrait donc être compatible avec les droits fondamentaux s'il intervenait dans un champ matériel suffisamment vierge.

515. Ce n'est qu'en « *second lieu* » que le Conseil a relevé que « *les dispositions contestées n'impos[ai]ent pas que l'auteur de la consultation [...] ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services* ». Il a jugé insuffisante l'exception « *de bonne foi* » prévue par le texte, notamment en raison de son imprécision. Pour le Conseil, les dispositions contestées méconnaissaient la Constitution parce qu'elles faisaient « *peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations* ». En un sens, ce qui pose problème aux yeux du Conseil, ce n'est donc pas le fait d'incriminer l'accès à une information disponible, mais la définition de l'intention qui doit animer cet accès pour le rendre punissable.

516. Suite à la déclaration d'inconstitutionnalité, le législateur s'est empressé d'adopter une nouvelle définition du même délit, marginalement ajustée au vu des critiques émises par le Conseil constitutionnel. Un nouvel article 421-2-5-2 a donc été créé par une loi du 28 février 2017⁸⁵⁶. Ses dispositions reprenaient presque mot pour mot celles de la version précédente. La notion de « *motif légitime* » était substituée à celle de « *bonne foi* » et la consultation devait, pour être punissable, s'accompagner « *d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée* » par le site terroriste consulté. Le Conseil constitutionnel a donc été saisi d'une seconde question prioritaire de constitutionnalité et sa réponse a été presque identique à la première⁸⁵⁷. D'abord, les observations et conclusions relatives aux dispositions pénales et aux pouvoirs conférés aux autorités administratives « *aux fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme* » sont toujours présentes, le Conseil observant simplement que « *depuis l'entrée en vigueur des dispositions contestées, le législateur a complété les pouvoirs de l'administration en adoptant, par la loi du 30 octobre 2017 [...], de nouvelles mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance* ». Le défaut de nécessité du texte est donc constaté selon le même raisonnement que précédemment. Les considérations relatives à la nature du comportement incriminé interviennent à nouveau « *en second lieu* » et l'exception de « *motif légitime* » est jugée tout aussi imprécise que celle de « *bonne foi* ». En ce qui concerne l'élément psychologique, le Conseil se montre légèrement plus sévère dans la décision du 15 décembre 2017 que dans celle du 10 février. Il indique que « *si le législateur a ajouté à la consultation, comme élément constitutif de l'infraction, la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services, cette consultation et cette manifestation ne sont pas susceptibles d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes* ». La principale objection du Conseil tient donc à ce que « *l'intention terroriste de l'auteur de la consultation* » n'est pas « *retenue* » « *comme élément constitutif de l'infraction* ». Si l'inconstitutionnalité est retenue, ce n'est donc pas parce qu'il y a incompatibilité de principe entre

856 Loi n° 2017-258 du 28 févr. 2017 relative à la sécurité publique, art. 24 : *JORF* n°0051 du 1 mars 2017. L'article 421-2-5-2 du Code pénal issu de cette loi a été abrogé par Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, préc.

857 Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, préc.

la fin et le moyen, mais parce que le champ d'application du moyen est trop étendu par rapport à la fin. La répression préventive ne semble pas poser de problème en elle-même.

517. **Ces deux décisions permettent de relever ce qui peut être considéré comme une limite du raisonnement proportionnaliste. Il ne vaut protection que dans la mesure où les principes en jeu sont eux-mêmes définis d'une manière compatible avec cette protection.** La référence trop abstraite ou trop générale à un objectif tel que la garantie de l'ordre public ou de la sécurité des personnes est susceptible de mener à un contrôle superficiel ou complaisant envers l'autorité répressive, dès lors que celle-ci aura le loisir de fixer elle-même les finalités au vu desquelles son action est évaluée. De même, des distinctions organiques ou formelles telles que la répartition des compétences entre corps ou entre activités sont indifférentes du seul point de vue de la proportionnalité. Si ces distinctions importent, elles doivent être imposées comme des normes complémentaires dans le cadre du contrôle de licéité. Il existe en ce sens une unité profonde entre la neutralité formelle et la neutralité matérielle du contrôle de proportionnalité. L'application des adaptations méthodologiques pertinentes dépend directement de la précision avec laquelle les droits et principes en conflit sont identifiés et définis.

518. **Conclusion du premier chapitre.** Le sens du contrôle de proportionnalité dépend ainsi très fortement du cadre conceptuel dans lequel il est mis en œuvre. Les paramètres susceptibles d'en affecter l'issue sont nombreux et variés, tant par leur nature que dans les multiples façons dont peut s'exercer leur influence. Dans le même temps, il apparaît que ces influences parasites ne peuvent être identifiées, et leurs effets compensés efficacement, que par une approche globale. L'étude successive des différents contrepoids formels, d'une part, et des méthodes de définition du conflit de principes, d'autre part, révèle en effet la complémentarité et l'interdépendance de l'ensemble de ces techniques.

519. La notion de substance intangible des droits permet ainsi de définir certaines limites essentielles à la logique de l'optimisation, mais elle ne s'applique qu'à des cas extrêmes, en-deça desquels une dérive utilitariste injustifiée est toujours susceptible de se produire. Parce que la proportionnalité-justification consiste en un jugement des conséquences, il importe de définir au préalable quelles conséquences sont valorisables et ce pourquoi elles le sont, opération d'interprétation qui échappe nécessairement au domaine de la méthode proportionnaliste. En outre, l'une et l'autre de ces techniques ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois identifiés les enjeux concrets du contrôle à mener.

520. La détermination des termes du conflit s'intègre par conséquent dans une double problématique. Au fond, elle vise à ce que l'étendue des atteintes subies par chacun des intérêts présents soit justement appréciée. Chaque défaut dans la définition d'une atteinte, dans son rattachement à un ou plusieurs droits ou principes, ou dans l'appréciation du réseau causal des fins, des moyens, des effets et des valeurs, est susceptible d'affecter la décision finale. À cela s'ajoutent, plus profondément, les effets que peuvent provoquer ces imprécisions quant à la neutralité formelle du contrôle. La notion de substance intangible des droits et l'interprétation de leur contenu en termes de conséquences à favoriser interviennent elles-mêmes en fonction des droits en question et des principes concurrents auxquels ils sont confrontés. L'ensemble du contrôle de proportionnalité, son sens même, dépend ainsi de la fiabilité de ce travail initial de définition du conflit. À cet égard, la place prédominante de la notion d'ordre public dans les justifications avancées au soutien de la répression s'avère préoccupante. Notion fonctionnelle, il est essentiellement défini par les usages que souhaitent en faire, au cas-par-cas, les autorités répressives, ce qui laisse la voie ouverte à des raisonnements circulaires par lesquels la répression se justifierait elle-même. De ce point de vue, une attention particulière semble devoir être portée au domaine de la lutte contre le terrorisme, qui fait déjà l'objet d'importantes concessions à l'esprit de la proportionnalité.

521. Ainsi que le confirment encore ces dernières réserves, l'exercice du contrôle de proportionnalité est affaire de contexte. Contexte conceptuel pour ce qui est de la définition des notions à confronter, mais aussi contexte institutionnel et méthodologique. Car, même étant admis que la neutralité du contrôle soit assurée, encore faut-il que le juge puisse l'exercer dans le cadre de son activité ordinaire. C'est à la question de **l'articulation des contrôles**, de la mise en pratique du contrôle de proportionnalité au sein d'un système pré-existant, qu'il convient donc de consacrer les développements suivants.

Chapitre 2. Organiser l'articulation des contrôles

522. Un postulat essentiel qui fonde le débat sur la proportionnalité tient à ce qu'elle constitue un mode de raisonnement original, distinct des méthodes classiques de la syllogistique juridique⁸⁵⁸. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité ne se résume donc pas à l'application d'un principe parmi d'autres – fût-il fondamental. Ce ne sont pas seulement les termes de la décision qui sont modifiés, mais le processus décisionnel lui-même. L'adoption d'une doctrine proportionnaliste est donc susceptible d'avoir des répercussions tant substantielles que formelles, voire institutionnelles, pour l'autorité qui s'y engage. Il s'agit en effet d'intégrer une technique alternative ou complémentaire à un édifice méthodologique pré-existant, tout en préservant l'équilibre des compétences et des identités institutionnelles.

523. Dans le cas de la réforme de la Cour de cassation, ce mouvement institutionnel paraît à la fois rapide et important au regard de l'étendue du contentieux concerné. Toutefois le contrôle de proportionnalité peut également être intégré dans le temps long et dans des champs de compétence plus étroits. Le contentieux des sanctions disciplinaires, en droit administratif⁸⁵⁹ comme en droit du travail⁸⁶⁰, fournit plusieurs exemples dans lesquels le contrôle de proportionnalité est intervenu graduellement. De même le juge pénal raisonne en proportionnalité lorsqu'il se prononce, entre autres, sur la nécessité d'une mesure d'investigation coercitive, sur la portée d'une nullité, ou lorsqu'il envisage de prononcer ou de refuser un aménagement de peine. L'intégration du contrôle de proportionnalité consiste ainsi généralement en une assimilation progressive plutôt qu'en une transformation subite. Pour autant les enjeux demeurent de même nature. L'intention manifestée par les hauts magistrats de se doter d'une doctrine de la proportionnalité apporte de plus un élément essentiel, qui tient à la reconnaissance expresse de ces enjeux et à la recherche d'une réponse cohérente d'ensemble.

524. La proportionnalité porte essentiellement sur la qualité du lien causal qui associe une décision à ses justifications légitimes⁸⁶¹. Le raisonnement proportionnaliste vise à examiner qualitativement et quantitativement ce lien, de manière à établir si la décision concernée est bien fondée, si elle est suffisante et si elle ne présente pas de caractère excessif. En premier lieu, cela signifie que la proportionnalité se conçoit comme une alternative aux abstractions du raisonnement catégorique classique. Il s'agit de replacer une décision dans son contexte de manière à l'étudier au regard de son impact sur les personnes et les valeurs reconnues par le système juridique, plutôt que

858 V. à ce sujet, entre autres : R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, décembre 2003, vol. 16, n° 4, p. 433-449 ; A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, France, Institut universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », 2014, p. 125 et s. ; B. BOLAÑOS, *Attentes normatives et proportionnalité : éléments d'une théorie de la décision juridique*, Thèse de doctorat, Paris I, 2006, p. 274 et s.

859 V., concernant le contrôle des sanctions disciplinaires prononcées dans le cadre des ordres professionnels : J. MASSOT, H. FOUQUET, J.-H. STAHL, M. GUYOMAR, et A. BRETONNEAU, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, 6^e éd., Berger-Levrault, coll.« Les indispensables », 2018, p. 238 et s. ; sur le contrôle juridictionnel des sanctions en matière de discipline des fonctionnaires : E. AUBIN, « Fonction publique : contentieux disciplinaire », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2016, p. 149 et s. ; A. TAILLEFAIT, « Fasc. 190 : Fonctions publiques - Responsabilité disciplinaire », *Jurisclasseur Administratif*, LexisNexis, 2015, p. 162 et s.

860 B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 86, 2009, p. 161 et s.

861 V. *supra* : Titre I, Chapitre 1, Section 2, §1.

d'arriver à la solution en classant la situation litigieuse au moyen de catégories prédéfinies. Or cette technique ne peut, *ex nihilo*, se substituer à un système juridique complet, majoritairement pensé en termes de classifications appliquées par syllogisme. **Elle doit au contraire trouver sa juste place en s'intégrant aux raisonnements pré-existants, s'articuler avec le raisonnement catégorique qui domine nécessairement le système présent** (Section 1).

525. En second lieu, parce qu'il s'agit d'une approche à vocation concrète, ses modalités varient nécessairement en fonction de l'acte envisagé et de la position qu'occupe le juge à l'égard de cet acte. Il pourrait donc, hypothétiquement, se tenir autant de contrôles de proportionnalité différents qu'il existe de perspectives susceptibles d'être adoptées pour appréhender la décision contrôlée. En outre, une même mesure attentatoire aux libertés est susceptible d'être contestée à plusieurs reprises au cours de la procédure, qu'elle soit réitérée, prolongée, ou utilisée comme le fondement d'autres actes. **La diversité des contrôles de proportionnalité nécessite donc qu'ils soient distingués et articulés entre eux** (Section 2).

Section 1. L'articulation du contrôle de proportionnalité avec le raisonnement catégorique

Section 2. L'articulation des contrôles de proportionnalité entre eux

Section 1. L'articulation du contrôle de proportionnalité avec le raisonnement catégorique

526. Selon une conception classique, le raisonnement juridique consiste ordinairement en une série de syllogismes imbriqués, dont chacun associe l'interprétation d'une norme à la qualification, sous cette norme, des faits juridiquement pertinents. Cette méthode correspond au raisonnement du juge pénal qui qualifie les faits au regard d'un ou plusieurs textes d'incrimination. La doctrine proportionnaliste majoritaire l'associe aux normes appelées « règles », celles qui prescrivent une solution déterminée pour un ensemble de cas qu'elles définissent, et dont les conflits avec d'autres normes se résolvent selon la logique binaire du tout-ou-rien⁸⁶². La conclusion du raisonnement est soit l'application de la règle, c'est-à-dire de la solution exacte qu'elle prescrit, soit sa non-application. L'appréciation des faits a pour finalité d'en extraire les caractéristiques juridiquement pertinentes, celles qui permettent de les élever au niveau des abstractions du droit, de remonter du circonstanciel à l'universel. La motivation de la décision, au sens restreint de l'exposé des motifs qui conduisent à la solution retenue, décrit donc une succession de déductions binaires hiérarchisées.

527. La proportionnalité, quant à elle, se présente généralement comme un mode de raisonnement alternatif ou complémentaire à cette méthode catégorique. Le juge apprécie alors les faits de l'espèce non pas pour les qualifier par classification mais pour établir, parmi les solutions juridiquement envisageables, laquelle est la plus appropriée aux circonstances ou, inversement, lesquelles sont inadmissibles *in casu*. Il applique des « principes », des normes juridiques qui ne prévoient pas une solution définie mais pèsent plus ou moins lourdement dans l'orientation de la décision⁸⁶³. Le raisonnement juridique se formule en termes d'efficacité, de valeurs, de mesure ou de justification.

528. De telles questions appartiennent ordinairement à la marge de discrétion laissée aux autorités judiciaires. Les autorités d'enquête et d'instruction ont ainsi la faculté de réaliser certains actes d'investigations dans le respect des conditions de fond et de procédure prévues par la loi mais, sous cette réserve, elles demeurent libres d'avoir recours ou non à ces mesures. Il en va de même du choix sur l'orientation des poursuites pénales. Si des conditions de légalité sont bien prévues pour chaque procédure, le magistrat du parquet demeure libre de décider en opportunité laquelle mettre en œuvre de celles qui lui sont ouvertes. Parmi de très nombreux autres cas, l'exemple de la décision sur la peine demeure emblématique. Lorsque le principe de la condamnation est acquis, le juge se voit ouvert un éventail très étendu de sanctions, toutes légales, entre lesquelles il lui revient

862 V. *supra*, 61.

863 V. *supra*, *ibid.*

de faire un choix. Celui-ci demeure essentiellement discrétionnaire, sous réserve de l'obligation générale de motivation récemment consacrée par la jurisprudence⁸⁶⁴ et le législateur⁸⁶⁵.

529. Comme l'illustre ce dernier exemple, **la proportionnalité remet en question la division traditionnelle entre le champ de la légalité, qui serait identique à celui du raisonnement catégorique et de la compétence liée, et le champ de l'opportunité, qui serait celui de la compétence discrétionnaire**⁸⁶⁶. L'application du principe de proportionnalité mène à désigner comme pertinents ou inopérants certains motifs d'opportunité et à les rendre susceptibles de contrôle. La motivation de la décision, dans ce cadre, n'est plus un simple exposé formel d'un raisonnement déductif, mais un enjeu de fond. Pour autant, ce mouvement ne va pas simplement dans le sens d'une avancée du domaine du contrôle de légalité sur celui des motifs d'opportunité. **La proportionnalité se voit reconnaître une valeur élevée au sein de la hiérarchie des normes, ce qui signifie qu'elle peut non seulement intervenir dans le silence des normes catégoriques, mais également entrer en conflit avec elles.** Dans le premier cas, la proportionnalité requiert une motivation subsidiaire en vue d'assurer la rationalité d'une décision à laquelle les règles catégoriques sont indifférentes (1). Dans le second, elle permet de faire primer des considérations d'opportunité sur la solution désignée par la règle normalement applicable, c'est-à-dire de lui apporter une exception (§2).

§1. L'intervention de la proportionnalité dans le silence des règles catégoriques

530. Il n'est pas rare que la loi pénale de fond ou de procédure, pour préserver sa généralité et sa lisibilité, ouvre aux autorités judiciaires certaines facultés sans leur en imposer systématiquement l'usage. Un ensemble de règles catégoriques déterminent alors un champ dans lequel intervient, plutôt qu'une obligation ou une interdiction, une simple autorisation à l'adresse de l'autorité compétente. Tel est le cas, par exemple, des réquisitions policières dans le cadre d'une enquête de flagrance, qui ne sont pas soumises à une exigence de motivation spéciale⁸⁶⁷. La loi peut également

864 V. notamment E. DREYER, « Peines - La motivation des peines : quoi et comment ? », *JCP G.*, 19 mars 2018, n° 12, doctr. 330 ; M. GIACOPELLI, « Vers une généralisation de l'exigence de motivation en droit de la peine ? », *D.*, 2017, p. 931 ; J.-B. PERRIER, « La diffusion de la motivation des peines : de la Constitution aux contraventions », *AJ Pénal*, 2018, p. 407 ; E. DREYER, « La motivation de la peine et le contrôle de proportionnalité », E. LETOUZEY (dir.), *La motivation de la peine*, Ceprisca, coll.« Colloques », 2019, p. 57-81.

865 La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (JORF n° 0071 du 24 mars 2019, texte n° 2) a créé au sein du Code de procédure pénale un nouvel article 485-1 qui dispose : « *En cas de condamnation, sans préjudice des dispositions prévoyant la motivation spéciale de certaines peines, notamment des peines non aménagées d'emprisonnement ferme, la motivation doit également porter sur le choix de la peine au regard des dispositions des articles 132-1 et 132-20 du code pénal, sauf s'il s'agit d'une peine obligatoire ou de la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction. Les obligations particulières du sursis probatoire n'ont pas à être motivées.* »

866 Comme l'observe J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 436 : « L'introduction dans sa jurisprudence de la proportionnalité a permis au Conseil d'État et, à sa suite aux autres juridictions administratives, de contourner de façon ingénieuse une difficulté qu'il s'était lui-même imposée, et qui reste un pilier du droit du contentieux administratif français, à savoir que le juge, gardien de la légalité, ne contrôle pas l'opportunité des décisions de l'administration. » ; V. également G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1996, p. 38 et s. ; J. WALINE, *Droit administratif*, 27^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2018, p. 741-742.

867 Code de procédure pénale, art. 55-1.

permettre ou imposer l'adoption d'une mesure attentatoire aux libertés, tout en laissant au juge une grande liberté de décision quant à ses modalités – le choix de la peine en est l'exemple le plus évident. Dans l'ensemble de ces cas, l'autorité compétente est amenée à orienter sa décision sur la base de considérations d'opportunité, ce qui inclut non seulement des questions d'ordre instrumental, mais également et surtout un jugement de valeur. Elle attribue en effet nécessairement à la faculté qui lui est offerte un ensemble de fonctions et de sens au regard desquels elle appréciera la pertinence des solutions envisageables. Même en l'absence de contrôle, la méthode proportionnaliste peut s'avérer utile pour guider cette appréciation et lui assurer une certaine cohérence. Cette rationalisation peut en outre être imposée au moyen du contrôle de proportionnalité. Le risque, inversement, est celui d'une rigidification du régime des moyens d'action des autorités, là où le législateur peut avoir souhaité leur aménager une marge de manœuvre adaptée. Les conditions d'intervention du contrôle de proportionnalité dépendent par conséquent de la nature de la décision d'opportunité concernée et de ses enjeux. Ceux-ci diffèrent selon qu'il s'agit d'un choix binaire concernant l'usage d'une faculté (I) ou du choix d'une mesure appropriée au sein d'un catalogue ouvert, ce qui est notamment le cas à l'étape du prononcé de la peine (II).

I. La proportionnalité de l'usage d'une faculté

531. Dans un certain nombre de cas, la loi confie aux autorités judiciaires le pouvoir d'user ou non d'une faculté selon leur propre appréciation. Une fois les conditions de fond réunies, l'autorité désignée est libre d'accomplir ou non l'acte concerné, sous réserve du respect par elle des formes prescrites. Le Code de procédure pénale dispose généralement que l'autorité compétente « peut » agir, sans soumettre l'exercice de ce pouvoir à une condition de nécessité. La question de la proportionnalité peut alors se poser, dès lors que les actes ainsi permis sont susceptibles d'atteindre les libertés individuelles.

532. Il en va ainsi, par exemple, du pouvoir dont disposent les officiers de police judiciaire, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une enquête de flagrance, « *[d']appeler et [d']entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis* »⁸⁶⁸. Le juge d'instruction, de même, « *fait citer devant lui [...] toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile* »⁸⁶⁹. La coercition est bien présente, car les personnes convoquées « *sont tenues de comparaître* »⁸⁷⁰, ce à quoi elles peuvent être contraintes par la force publique⁸⁷¹. Dans le seul cadre de l'enquête de flagrance, l'officier de police judiciaire qui se déplace sur les lieux de l'infraction peut en outre « *défendre à toute personne de s'éloigner [...] jusqu'à la clôture de ses opérations* » et contraindre les mêmes personnes à comparaître par la force publique⁸⁷². Si le Code de procédure pénale établit dans chaque cas un lien minimal avec l'objet de

868 Code de procédure pénale, art. 61, al. 2.

869 Code de procédure pénale, art. 101, al. 1.

870 Code de procédure pénale, art. 61, al. 3 ; art. 78.

871 Code de procédure pénale, art. 61, al. 3 ; art. 78 ; art. 109, al. 3.

872 Code de procédure pénale, art. 61, al. 1 et 3.

la procédure, il n'exige pas en revanche que la contrainte relève d'une nécessité particulière ou qu'elle fasse l'objet d'un écrit motivé.

533. En dehors des mesures de contrainte, certains actes d'enquête discrétionnaires sont susceptibles de porter atteinte au droit à la vie privée, à la liberté des correspondances, ou encore à certains secrets protégés. Le procureur de la République ou, dans le cadre d'une enquête de flagrance, l'officier de police judiciaire, « peut » ainsi, « par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces informations, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel »⁸⁷³. Les informations en question peuvent être particulièrement sensibles. Une illustration en est fournie par la pratique qui consiste, pour les enquêteurs, à requérir d'un fournisseur de téléphonie la remise de facturations détaillées en vue d'identifier les correspondants de l'utilisateur de la ligne. Cette technique peut permettre de révéler, par exemple, les sources d'un journaliste contre le gré de celui-ci⁸⁷⁴. De même, au cours d'une perquisition, les officiers de police judiciaire ou, sous leur responsabilité, les agents de police judiciaire, peuvent « accéder par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule la perquisition à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système ou dans un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial »⁸⁷⁵. Un tel accès distant pourrait permettre, par exemple, d'accéder aux données stockées sur l'ordinateur d'un journaliste, d'un magistrat ou d'un avocat, sans que cette consultation soit encadrée par les formes protectrices qui s'appliqueraient pour une perquisition au domicile ou au lieu de travail de ces personnes, dès lors que la machine qui serait utilisée pour accéder à leurs données se trouverait dans un lieu moins protégé. **Or le Code de procédure pénale n'offre dans cette hypothèse aucune protection particulière autre que les conditions de légalité de la perquisition au cours de laquelle se tient l'opération.**

534. La même absence d'organisation légale de la proportionnalité peut être remarquée en ce qui concerne le régime des mandats de justice. Le mandat de comparution, seul à ne pas requérir l'usage de la force publique, n'en est pas moins indirectement coercitif, puisqu'il « a pour objet de mettre en demeure la personne à l'encontre de laquelle il est décerné de se présenter devant le juge à la date et à l'heure indiquées »⁸⁷⁶ – comparution qui, si elle n'est pas volontaire, pourra ensuite être forcée. Pour ce qui concerne les mandats de recherche, d'amener, d'arrêt et de dépôt, en revanche, la coercition est inhérente à leur émission. Or la loi n'exige ni que ces mandats soient spécialement motivés, ni que leur nécessité soit démontrée *in casu*.

535. **Dans les exemples cités, la première garantie de la proportionnalité réside dans les conditions de fond et de forme prévues pour la mesure.** Sans prescrire expressément la finalité

873 Code de procédure pénale, art. 60-1 et 77-1-1.

874 V. Cass. Crim., 14 mai 2013, n° 11-86626 ; *Bull. Crim.*, n° 106 ; *Dalloz actualité*, 12 juin 2013, obs. LAVRIC ; *AJ Pénal* 2013, p. 467, obs. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Procédures* 2013, n° 220, note CHAVENT-LECLÈRE.

875 Code de procédure pénale, art. 57-1.

876 Code de procédure pénale, art. 122, al. 4.

visée, le législateur peut ainsi dessiner un cadre légal qui réduise les risques d'abus – c'est l'esprit même du principe de légalité. Par exemple, le mandat de recherche peut être décerné « à l'égard d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction »⁸⁷⁷, tandis que les mandats de comparution, d'amener et d'arrêt peuvent l'être « à l'égard d'une personne à l'égard de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission d'une infraction »⁸⁷⁸ et que le mandat de dépôt ne peut être décerné qu'à « l'encontre d'une personne mise en examen et ayant fait l'objet d'une ordonnance de placement en détention provisoire »⁸⁷⁹. Le mandat d'arrêt est en outre soumis aux conditions supplémentaires que la personne soit « en fuite » ou « réside en dehors du territoire de la République » et que « le fait comporte une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave »⁸⁸⁰. Le législateur indique ainsi certaines conditions dans le respect desquelles, à ses yeux, l'usage de la coercition n'est jamais dépourvu de tout fondement.

536. Suivant une logique libérale classique, cette garantie légale, assortie à un contrôle juridictionnel effectif, peut être considérée comme suffisante. L'approche proportionnaliste incite toutefois à pousser l'interrogation plus loin. En effet, cette approche abandonne à l'autorité compétente – fût-elle un juge – la charge de déterminer dans quels cas il convient d'employer la coercition et dans lesquels elle est inutile ou excessive. Qui plus est, le législateur est rarement loquace quant à la finalité exacte des mesures ainsi encadrées. Le pouvoir du juge ne consiste alors pas seulement à juger de l'utilité de la coercition, mais aussi à définir tout ou partie des critères au regard desquels cette utilité doit être appréciée. C'est donc, au-delà d'une liberté d'appréciation, un véritable pouvoir de décision qui lui est potentiellement reconnu : celui de fixer une échelle de valeurs et de l'assortir d'effets juridiquement contraignants.

537. Cela ne signifie pas pour autant que le contrôle de proportionnalité soit appelé à intervenir partout et en dépit du silence de la loi. Dans certains cas, le maillage des dispositions d'application catégorique est suffisamment resserré, ou les enjeux suffisamment limités, pour que le contrôle de proportionnalité s'avère superflu. Il en va ainsi du régime des convocations émises par un officier de police judiciaire au cours d'une enquête de flagrance ou par le procureur de la République. D'abord, ces actes visent à recueillir des informations auprès de personnes susceptibles d'en fournir. Dans bien des cas, les autorités d'enquête n'ont, à ce stade, aucune certitude quant aux chances d'aboutissement de leurs démarches. Il serait peu cohérent de faire de ces incertitudes autant d'obstacles à l'avancée d'une procédure qui vise justement à les dissiper. Ensuite, la convocation est, en elle-même, peu attentatoire aux libertés. Les mesures plus coercitives qui sont susceptibles de lui faire suite, telles qu'une audition de témoin sous contrainte ou une garde à vue, sont quant à

877 Code de procédure pénale, art. 123, al. 2.

878 Code de procédure pénale, art. 123, al. 4.

879 Code de procédure pénale, art. 123, al. 8.

880 Code de procédure pénale, art. 131.

elles bien soumises à une condition de proportionnalité⁸⁸¹. Le contrôle portant sur la convocation elle-même devrait donc être, sinon inexistant, au moins très limité.

538. **Dans bien d'autres hypothèses, toutefois, le contrôle s'avère nécessaire. Tel est le cas en premier lieu lorsque la protection offerte par l'encadrement légal de la mesure est simplement insuffisante.** Les garanties contre l'arbitraire peuvent ainsi être illusoire ou le champ d'application inclure des situations manifestement dépourvues de lien avec l'objet de la loi. La proportionnalité offre alors un recours utile pour remédier à ces débordements. Elle permet, en fonction des cas, soit d'adjoindre une condition supplémentaire à la régularité des actes concernés, soit d'écarter simplement l'application du texte qui les fonde. Le domaine des contrôles d'identité régis par le Code de procédure pénale en fournit une série d'exemples. Les conditions de fond dans lesquelles le recours à ces mesures est permis couvrent un champ très étendu, qui a été réduit à plusieurs reprises par voie prétorienne.

539. D'abord, dans une décision du 5 août 1993, le Conseil constitutionnel avait imposé par réserve d'interprétation un seuil minimum de proportionnalité pour les contrôles d'identités réalisés à titre préventif. Pour le Conseil, *« s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle »*⁸⁸². Par après, suite à l'adoption de la loi déferée, l'article 78-2 du Code de procédure pénale prévoyait, dans son quatrième alinéa, la possibilité que soient réalisés des contrôles d'identité *« dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, [...] en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi »*. La Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Melki et Abdeli* du 22 juin 2010, a estimé que l'encadrement de ces contrôles était insuffisant pour garantir qu'ils ne produisent pas d'effet équivalent à celui des vérifications aux frontières⁸⁸³. D'après la Cour, *« une législation nationale conférant une compétence aux autorités de police pour effectuer des contrôles d'identité, compétence qui est, d'une part, limitée à la zone frontalière de l'État membre avec d'autres États membres et, d'autre part, indépendante du comportement de la personne contrôlée et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, doit prévoir l'encadrement nécessaire de la compétence conférée à ces autorités afin, notamment, de guider le pouvoir d'appréciation dont*

881 L'article 62, alinéa 2, du Code de procédure pénale dispose ainsi que les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction *« peuvent être retenues sous contrainte le temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée puisse excéder quatre heures »*, *« si les nécessités de l'enquête le justifient »*. L'article 62-2, alinéa 2, précise quant à lui que la garde à vue ne peut être employée que si elle constitue *« l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs »* énumérés par le texte.

882 Cons. const., décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, §9 : AJDA 1993, p. 815, note WACHSMANN ; LPA 5 janv. 1994, note MATHIEU ; RFDC 1993, p. 835, note FAVOREU.

883 CJUE (Gr. ch.), 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, n° C-188/10 et C-189/10 : D. 2010, p. 1719, note LAVRIC ; D. 2010, p. 1545, édito ROME ; D. 2010, p. 1640, chron. DONNAT ; D. 2010, p. 2524, point de vue ROUX ; AJ pénal 2010, p. 343, obs. PERRIER ; Constitutions 2010, p. 392, obs. LEVADE ; RSC 2010, p. 709, note. IDOT ; RTD civ. 2010, p. 499, obs. DEUMIER ; RTD eur. 2010, p. 577, note. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE ; Dr. pénal 2010, n° 77, note MARON et HAAS.

disposent ces dernières dans l'application pratique de ladite compétence »⁸⁸⁴. En d'autres termes, le champ discrétionnaire laissé aux autorités de police judiciaire pour apprécier l'opportunité de procéder aux contrôles était trop étendu pour garantir que ceux-ci resteraient proportionnés⁸⁸⁵. Enfin et plus récemment, c'est le second alinéa du même article qui a à son tour fait l'objet d'une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans une décision du 24 janvier 2017⁸⁸⁶. Le texte attaqué dispose que « *sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat.* » Pour le Conseil, « *il ressort des dispositions contestées que les réquisitions du procureur de la République ne peuvent viser que des lieux et des périodes de temps déterminés. Ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître la liberté d'aller et de venir, autoriser le procureur de la République à retenir des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées dans ses réquisitions. Elles ne sauraient non plus autoriser, en particulier par un cumul de réquisitions portant sur des lieux ou des périodes différents, la pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps ou dans l'espace.* » Dans ce dernier exemple, l'exigence de proportionnalité était déjà à moitié établie par le texte, qui conférait à la mesure prévue une finalité précise : la recherche et la poursuite des infractions visées. Le texte est ainsi complété par interprétation à la lumière du principe de proportionnalité, plutôt qu'amendé ou mis en échec en raison de son imprécision.

540. Le contrôle peut également intervenir lorsque le risque d'excès découle du degré de coercition qu'implique la mesure. Tel semble être le sens d'un arrêt de la chambre criminelle du 11 janvier 2017⁸⁸⁷, selon lequel une cour d'appel n'a pas justifié sa décision lorsqu'elle a « *valid[é] le mandat d'arrêt délivré à l'encontre d'une personne résidant hors du territoire de la République sans apprécier le caractère nécessaire et proportionné du recours à cette mesure de contrainte en fonction des circonstances de l'espèce* ». La motivation laisse toutefois planer un doute quant à la portée de cette solution. La Cour fait bien de la contrainte un critère de l'application du contrôle de proportionnalité. Le caractère général de ce critère est appuyé par le fait que la cassation est prononcée au seul visa de l'article 593 du Code de procédure pénale. Toutefois la chambre criminelle semble également tenir compte du fondement précis de la mesure. L'arrêt désigne en effet en particulier le cas du mandat d'arrêt délivré à l'encontre d'une personne résidant à l'étranger.

884 *Ibid.*, §74.

885 À la suite de cet arrêt, le législateur est intervenu, sans imposer de vérification de la proportionnalité de mesure, pour en réduire la portée de manière à prévenir les abus. La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure* a ajouté à l'alinéa 4 de l'article 78-2 la mention : « *Pour l'application du présent alinéa, le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones ou lieux mentionnés au même alinéa.* »

886 Cons. const., décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et autre [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République]* : *JCP G.* 2017, p. 270, note TURPIN ; *Dr. pénal* 2017, n° 3, p. 42, obs. MARON et HAAS ; *Gaz. Pal.* 25 avril 2017, p. 56, obs. FOURMENT ; *AJ Pénal* 2017, p. 239, obs. PERRIER ; *RFDC* 2017, p. 730, note CATELAN.

887 Cass. Crim., 11 janv. 2017, n° 16-80.619 : *Bull. Crim.*, n° 16 ; *D. actu.* 23 févr. 2017, obs. PRIOU-ALIBERT ; *AJ pénal* 2017, p. 196, obs. RECOTILLET ; *Dr. pénal* 2017, n° 49, note MARON et HAAS ; *Procédures* 2017, n° 46, note CHAVENT-LECLÈRE.

Il est envisageable qu'elle le fasse pour distinguer ce cas de celui du mandat d'arrêt décerné contre une personne en fuite. La constatation par le juge de l'état de fuite constituerait en ce sens une justification suffisante au soutien de la contrainte, car cette situation implique que la personne résiste, même passivement, aux efforts des autorités qui visent à la faire comparaître. Inversement, le seul fait qu'elle réside hors du territoire de la République ne suffirait pas à démontrer la nécessité d'user de la coercition. Le raisonnement pourrait donc être étendu, de manière analogue, aux autres mandats de justice. Le mandat de recherche et le mandat d'amener, qui impliquent un élément de contrainte mais qui peuvent être décernés sans que la personne soit en fuite, devraient ainsi être soumis au contrôle de proportionnalité. Inversement, le mandat de comparution, non coercitif, ainsi que le mandat de dépôt, qui repose nécessairement sur l'existence préalable d'un titre de détention, ne nécessiteraient pas un tel contrôle.

541. Il y a donc peut-être là le début d'une nouvelle ligne jurisprudentielle qui, comme dans les cas précédemment évoqués, utiliserait le contrôle de proportionnalité à titre subsidiaire ou supplétif. Sa fonction serait en quelque sorte de distinguer les actes coercitifs suffisamment fondés de ceux qui peuvent s'avérer excessifs, voire abusifs, là où le respect du champ matériel délimité par la loi serait insuffisant pour écarter tout doute raisonnable. Cette subsidiarité, toutefois, repose sur un présupposé : la décision en question doit être suffisamment simple, le choix suffisamment limité, pour que son opportunité s'apprécie sans trop de difficulté. Lorsque la décision consiste à appliquer ou non une mesure pré-définie, les enjeux en présence s'appréhendent aisément. D'un point de vue instrumental, les finalités que la mesure permet de viser peuvent se déduire, sinon de la lettre du texte qui la fonde, au moins du contexte dans lequel elle s'insère. L'efficacité qui peut en être espérée se compare d'autant plus facilement avec les alternatives présentes que le régime applicable est prédéfini. Il en va de même de l'équilibre des valeurs qui, *a priori*, a déjà été examiné par le législateur. La situation est très différente lorsqu'il s'agit pour le juge de composer lui-même une mesure *ad hoc* par la sélection ou la combinaison de possibilités multiples.

II. La proportionnalité du choix d'une peine

542. Le domaine des peines a cela de particulier que bien que le juge dispose d'une large liberté de choix en ce qui concerne les modalités de la sanction, il est en principe tenu de la prononcer. Dès lors, en effet, que les conditions sont réunies pour que l'auteur des faits soit déclaré coupable d'une infraction, la loi commande qu'une peine soit prononcée⁸⁸⁸ et les hypothèses particulières de la

888 En matière criminelle, l'article 362 du Code de procédure pénale dispose ainsi qu'en cas « de réponse affirmative sur la culpabilité », la cour et le jury délibèrent « sans déssemparer sur l'application de la peine » et ce « jusqu'à ce qu'une peine soit prononcée ». En matière correctionnelle, l'article 464, alinéa 1^{er} prévoit que « si le tribunal estime que le fait constitue un délit, il prononce la peine. » Enfin, d'après l'article 539, « si le tribunal de police estime que le fait constitue une contravention, il prononce la peine ».

dispense et de l'exemption de peine ne sont elles-mêmes que des exceptions^{889, 890}. La question de la proportionnalité ne se pose donc plus à ce stade qu'en termes de nature et de *quantum* de la mesure. Pour autant, le juge dispose encore d'une marge de manœuvre considérable pour adapter la sanction. En deçà du *maximum* encouru et, en matière criminelle, au-delà du *minimum* légal, il peut ainsi choisir, entre autres : de prononcer à titre principal la peine encourue et d'en fixer le *quantum* ; de l'assortir en tout ou en partie d'un sursis, lequel peut être lui-même assorti de diverses modalités de mise à l'épreuve ; de prononcer, à la place d'un emprisonnement ou d'une amende correctionnelle, une peine de substitution ; d'ajouter à la peine principale une ou plusieurs des peines complémentaires prévues, en déterminant à la fois leur nombre, leur nature et leur *quantum* dans les limites établies par la loi, voire de prononcer l'une de ces peines complémentaires à titre principal. Or jusqu'au début des années 2010, la Cour de cassation défendait farouchement la liberté du juge dans le choix de la sanction en ne donnant qu'une interprétation minimale des textes qui tendaient à la restreindre⁸⁹¹. Selon un *obiter dictum* déjà ancien, les juges du fond disposaient ainsi « d'une faculté discrétionnaire dont ils ne [devaient] aucun compte »⁸⁹². Le principe de l'individualisation de la peine d'une part, celui de l'intime conviction d'autre part, semblaient faire obstacle à toute forme de contrôle de proportionnalité qui irait au-delà du strict respect de la légalité, laquelle laissait ouvert un vaste champ de possibilités.

543. Le choix d'une peine ne peut toutefois pas se résumer à une opération technique, un simple acte de connaissance par lequel le juge déduirait de l'ensemble des textes applicables et des faits présents la sanction objectivement la plus adaptée. En proportionnalité-justification, il s'agit d'évaluer concrètement quelles libertés sont atteintes par la sanction, quels biens peuvent en résulter, de peser ensemble les différentes finalités en concurrence pour, finalement, trancher d'une manière qui paraisse optimale. Ainsi qu'il a été exposé au chapitre précédent, cette optimisation, quel que soit son objet, n'est pas axiologiquement neutre. Elle dépend de la conception qu'a le juge de ce qui constitue l'*optimum*, des valeurs qui sont considérées prioritaires, de celles qui sont jugées intangibles. En proportionnalité-mesure, il s'agit d'exprimer par le mal de la peine celui du délit, ce qui suppose un cadre d'évaluation commun, l'établissement d'un rapport d'analogie et, partant, un véritable jugement moral⁸⁹³. Pour chaque espèce, la peine prononcée est ainsi l'expression *in concreto* de l'ensemble des valeurs qui fondent le droit pénal du système juridique concerné, non

889 Ce n'est que par exception que l'article 469-1 permet au juge correctionnel, « *nonobstant les dispositions de l'alinéa premier de l'article 464, [...] après avoir déclaré le prévenu coupable, [de] le dispenser de peine* ». Ce caractère exceptionnel est confirmé par le libellé de l'article 132-59, alinéa 1^{er}, du Code pénal, qui dispose que « *la dispense de peine peut être accordée lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé.* » A contrario, sauf à justifier de ce que l'ensemble de ces conditions sont réunies, le juge est bien tenu de prononcer une peine.

890 L'exemption de peine est non seulement limitée aux cas de repentis définis par l'article 132-78 du Code pénal, elle n'est en outre, d'après ce même texte, applicable que « *dans les cas prévus par la loi* ».

891 J. LEBLOIS-HAPPE, « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la Chambre criminelle », *Dr. pénal*, 2003, chron. 11 ; J.-H. ROBERT, « La marée montante de la proportionnalité », *JCP G.*, 4 avril 2016, n° 14, p. n° 401.

892 Cass. Crim., 3 nov. 1955 : *Bull. crim.* N° 540. Cass. Crim., 26 déc. 1962, n° 61-94.529. Cass. Crim., 5 oct. 1977, n° 76-93.302. Cass. Crim., 9 févr. 1987, n° 86-92.864. Cass. Crim., 5 sept. 1989, n° 89-80.092. Cette jurisprudence fut maintenue après la réforme du Code pénal : Crim. 7 oct. 1997, n° 96-81.485 : *JCP G.* 1997, IV, n° 2487. Cass. Crim., 29 nov. 2000, n° 00-80.451.

893 V. *supra*, p. 95.

seulement dans leurs identités respectives, mais aussi dans les rapports qu'elles entretiennent entre elles. Il en va de même, *mutatis mutandis*, lorsque le juge est saisi après le prononcé de la peine, pour modifier ses modalités d'exécution ou prononcer son relèvement. Si à cette étape la question de la proportionnalité-mesure n'est en principe plus à l'ordre du jour⁸⁹⁴, il reste que les sens prospectifs de la sanction sont, à cette occasion, ré-évalués au regard de l'évolution de la situation. **La définition de la sanction, l'édiction des règles qui encadrent son prononcé, son prononcé lui-même, sa motivation et son exécution sont donc autant d'actes porteurs de sens, d'un sens qui, s'il n'est pas déterminé par le droit, ne peut être que profondément politique.**

544. Or le législateur, en la matière, fait preuve d'une réserve qui contraste remarquablement avec sa tendance à instrumentaliser la loi pénale à des fins de communication. Le Code pénal est avare en critères pour guider le choix de la peine. Avant l'entrée en vigueur d'une loi du 12 décembre 2005⁸⁹⁵, les seules indications à ce sujet figuraient à l'article 132-24, qui disposait : « *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.* » La loi de 2005 a ajouté un second alinéa, d'après lequel « *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.* » Le texte, légèrement reformulé par les lois des 24 novembre 2009⁸⁹⁶ et 15 août 2014⁸⁹⁷, figure désormais aux articles 130-1⁸⁹⁸ et 132-1, alinéas 2 et 3⁸⁹⁹. La parole du législateur est tout aussi rare en matière d'exécution des sentences. Le sens de la peine n'est abordé à titre général que par l'article 707 du Code de procédure pénale, en deux courts alinéas⁹⁰⁰.

545. Le revirement de jurisprudence sur la question de la motivation de la peine s'est donc opéré très progressivement. La Cour s'est, dans un premier temps, seulement intéressée aux obligations de

894 V. *supra*, p. 129.

895 Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 *relative au traitement de la récidive des infractions pénales* : JORF n° 289 du 13 décembre 2005, p. 19152.

896 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *pénitentiaire*, art. 65 : JORF n° 0273 du 25 novembre 2009, p. 20192, texte n° 1.

897 Loi n° 2014-896 du 15 août 2014, *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* : JORF n° 0189 du 17 août 2014, p. 13647.

898 « *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :*

1° *De sanctionner l'auteur de l'infraction ;*

2° *De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.* »

899 « *Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée.*

Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1. »

900 L'article 707, II, dans sa rédaction issue de la loi du 15 août 2014 précitée, dispose : « *Le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions.*

Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières. »

motivation spéciales prévues pour l'emprisonnement correctionnel sans sursis⁹⁰¹. Elle a, ensuite, marqué une ouverture dans un arrêt du 10 mars 2015, qui déclarait irrecevable le moyen tiré du caractère disproportionné d'une peine de remise en l'état, non sur le fondement de la liberté d'appréciation des juges du fond, mais parce que, faute d'avoir été présenté devant la cour d'appel, le moyen était nouveau et mêlé de fait⁹⁰². Deux autres arrêts de rejet des 15 décembre 2015⁹⁰³ et 16 février 2016⁹⁰⁴ confirmèrent que l'argument de la proportionnalité pouvait être soumis à la Cour de cassation. Entre-temps, la Chambre criminelle rendit le 3 juin 2015 son premier – et dernier – arrêt de cassation pour « *méconnaissance du principe de proportionnalité* », dans le domaine de la peine complémentaire d'interdiction du territoire⁹⁰⁵. Toutefois la réserve était encore de mise. D'abord cette première censure ne concernait pas le prononcé de la peine, mais la réponse négative à une demande de relèvement. Ensuite, le fondement choisi était celui de la Convention européenne des droits de l'homme. À ce moment de la jurisprudence, il était tout à fait envisageable que le principe de proportionnalité s'appliquât aux peines selon les seuls critères du droit conventionnel. La question ne fut pas non plus réglée par les deux arrêts, toujours de rejet, rendus le 7 décembre 2016 en matière de confiscation⁹⁰⁶. L'un, concernant la répression du trafic de stupéfiants, approuvait la motivation des juges du fond sur la proportionnalité de la confiscation de biens immobiliers appartenant au condamné, d'une valeur très réduite au regard du bénéfice engendré par l'infraction⁹⁰⁷. L'autre établissait que « *le principe de proportionnalité ne peut s'appliquer à la confiscation d'un bien qui, dans sa totalité, est le produit ou l'objet des infractions dont le prévenu a été déclaré coupable* »⁹⁰⁸. Les requérants, toutefois, ne s'étaient pas prévalus de l'application des

901 V. *infra* : §2, I. A. et Section 2, §2, I.

902 Cass. Crim., 10 mars 2015, n° 14-83.329 : RSC 2016, p. 290, note ROBERT.

903 Cass. Crim., 15 déc. 2015, n° 14-85.638 : JCP G. 2016, n° 118, note DUQUESNE.

904 Cass. Crim., 16 févr. 2016, n° 15-82.732 : D. 2016, p. 480 ; RDI 2016, p. 283, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; JCP G. 2016, n° 401, note ROBERT.

905 Cass. Crim., 3 juin 2015, n° 14-86.507 : Bull. Crim., n° 138 ; Dr. pénal 2015, comm. 113, note. ROBERT ; Procédures 2015, comm. 275, note CHAVENT-LECLÈRE ; AJ Pénal 2015, p. 487.

906 Cass. Crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879 ; Cass. Crim., 7 déc. 2016, n° 15-85.136 : D. 2017. 245, chron. GUÉHO, ASCENSI, PICHON, LAURENT et BARBIER ; AJ pénal 2017. 141, obs. VIOLEAU ; Dr. pénal 2017, n° 31, obs. PELTIER ; D. actu, 11 janv. 2017, obs. AUBERT.

907 Cass. Crim., 7 déc. 2016, n° 15-85.136, préc.

908 Cass. Crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879, préc. La solution découle probablement de la nécessité de supprimer, autant que possible, tout avantage qui pourrait être tiré du méfait. Dans ce cas, toutefois, la formulation choisie par la Chambre criminelle est inexacte. Certes, il peut être soutenu que l'illégalité de l'acquisition prive le délinquant de tout droit subjectif sur un bien qui constitue, dans son intégralité, le produit de l'infraction. Toutefois le principe de proportionnalité a bien, au contraire, vocation à s'appliquer pour les biens qui, sans avoir été le produit de l'infraction, en ont été l'objet ou le moyen. La confiscation est alors susceptible de porter atteinte à un droit garanti, quand bien même le propriétaire ou détenteur en a abusé, et il importe en principe de s'assurer que cette atteinte n'est pas disproportionnée. En revanche, le lien existant entre l'infraction et le bien en question suffit à établir la justification de la confiscation, sans qu'il soit nécessaire de la motiver autrement. Le principe de proportionnalité demeure donc applicable, c'est simplement le contrôle qui est, par hypothèse, superflu.

Ajoutons que cette inexactitude s'est à nouveau présentée dans certains arrêts plus tardifs. Par exemple, dans un arrêt du 3 mai 2018, était contestée la condamnation d'une société à la confiscation en valeur du produit de l'infraction pour un montant de 500 000 €. La chambre criminelle a déclaré le moyen « *inopérant en ce qu'il invo[quait] une violation du principe de proportionnalité, s'agissant d'une confiscation en valeur de l'objet ou du produit direct ou indirect de l'infraction* ». Toutefois, elle se fondait elle-même sur le fait que « *la valeur de la part du bien confisqué n'exéd[ait] pas le montant du produit des infractions* ». Cela revenait à nier l'application du principe de proportionnalité au motif qu'il était respecté. V. Cass. Crim., 3 mai 2018, n° 17-82098 : D. actualité, 4 juin 2018, obs. PRIOU-ALIBERT. Dans le même sens : Cass. Crim., 15 mai 2019, n° 18-84494 : Gaz. Pal., 3 sept. 2019, n° 358s0, p. 43, note DETRAZ.

articles 130-1 ou 132-1 du Code pénal, tandis que l'absence de visa n'indiquait pas davantage sur quel fondement exact la Cour entendait établir les critères du contrôle.

546. C'est par trois arrêts du 1^{er} février 2017 que le nouveau principe, celui de la motivation de toute peine correctionnelle, a été consacré. Dans les deux premiers, concernant pour l'un la peine d'inéligibilité⁹⁰⁹, pour l'autre la peine d'interdiction de gérer⁹¹⁰, la Cour de cassation s'est référée à « l'exigence résultant des articles 132-1 du code pénal et 485 du code de procédure pénale, selon laquelle, en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle ». Dans le dernier, elle a indiqué, au visa de « l'article 132-20, alinéa 2, du code pénal, ensemble l'article 132-1 du même code et les articles 485, 512 et 593 du code de procédure pénale », « qu'en matière correctionnelle, le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges »⁹¹¹. La Cour, ce faisant, a offert une nouvelle interprétation de la distinction entre les dispositions générales de l'article 132-1 et les dispositions spéciales fixant à certaines peines telles que l'amende des finalités ou des critères de motivation particuliers. Les premières ne font plus l'objet d'un pouvoir souverain des juges du fond, toutes doivent être motivées, mais les secondes doivent en outre l'être au regard de certains caractères désignés par la loi. Il n'y a, en outre, pas lieu de distinguer entre les peines principales et les peines complémentaires ou de substitution, deux arrêts sur les trois concernant précisément des peines complémentaires.

547. Toutefois la motivation des arrêts du 1^{er} février 2017 précisait bien que la solution valait « en matière correctionnelle ». C'est en effet la règle inverse qui fut encore privilégiée, un temps, en matière criminelle. En réaction à la jurisprudence *Taxquet* de la Cour européenne des droits de l'homme⁹¹², le législateur avait fait un premier pas en créant, par une loi du 10 août 2011⁹¹³, l'article 365-1 du Code de procédure pénale. Ce texte prévoit la rédaction d'une « feuille de motivation » par le président de la cour d'assises ou l'un des assesseurs qu'il désigne. En revanche, le deuxième alinéa disposait alors qu'en cas de condamnation, « la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises », sans mention du contenu des délibérations quant à la peine. Les articles 132-19 et

909 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-84.511 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *D. actu.*, 15 févr. 2017, obs. LAVRIC ; *D.* 2017, p. 931, obs. GIACOPELLI ; *ibid.*, p. 961, obs. SAAS ; *Dr. pénal* 2017, Comm. 50, obs. PELTIER ; *ibid.*, Chron. 6, obs. MOUYSET ; *JCP G.* 2017, n° 276, note DREYER ; *ibid.* n° 277, note LEBLOIS-HAPPE ; *Gaz. Pal.*, 25 avr. 2017, p. 51, obs. DETRAZ.

910 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-85.199 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *JCP G.* 2017, n° 276, note DREYER ; *ibid.* n° 277, note LEBLOIS-HAPPE ; *AJ pénal* 2017, p. 175, obs. DREYER ; *D.* 2017, p. 931, obs. GIACOPELLI ; *ibid.*, p. 961, obs. SAAS ; *ibid.*, Pan. 2501, obs. GINESTET.

911 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-83.984 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *D. actu.*, 16 févr. 2017, obs. FONTEIX ; *D.* 2017, Chron. 1557, obs. PICHON ; *ibid.* p. 931, obs. GIACOPELLI ; *ibid.*, p. 961, obs. SAAS ; *ibid.*, Pan. 2501, obs. GINESTET ; *JCP G.* 2017, 277, note LEBLOIS-HAPPE.

912 CEDH (2^e s.), 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, n° 966/05 : *D.* 2009, p. 1058, note RENUCCI ; RSC 2009, p. 657, obs. MARGUÉNAUD ; RFDA 2009, p. 677, obs. BERTHIER et CAIRE. CEDH (Gr. Ch.), 16 nov. 2010, *Taxquet c/ Belgique*, n° 926-05 : *D.* 2010, Actu. 2841, obs. BACHELET ; *D.* 2011, p. 47, note RENUCCI ; *ibid.* p. 48, note PRADEL ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 3424, note BOUGAIN.

913 Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs : *JORF* n° 0185 du 11 août 2011, p. 13744.

132-24 du Code pénal, quant à eux, n'imposaient de motivation spéciale des peines d'emprisonnement qu'en matière correctionnelle. La Chambre criminelle en avait d'abord déduit une absence d'exigence de motivation de la peine prononcée par la cour d'assises et avait refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point⁹¹⁴. À la suite des arrêts du 1^{er} février 2017 s'est produit un mouvement de balancier. La Cour de cassation a commencé, dans quatre arrêts du 8 février 2017, par interpréter le silence de l'article 365-1 du Code de procédure pénale, non plus comme une simple absence d'obligation de motiver la peine en matière criminelle, mais comme une véritable interdiction dont la méconnaissance entraînait la cassation⁹¹⁵. Elle a ensuite transmis au Conseil constitutionnel une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité, qui ne portait plus sur la non-application des articles 132-19 et 132-24 du Code pénal à la matière criminelle, mais sur l'article 365-1 du Code de procédure pénale en ce qu'il interdisait à la cour d'assises de motiver la peine. Le Conseil, enfin, a déclaré le deuxième alinéa de ce texte contraire à la Constitution le 2 mars 2018⁹¹⁶, au motif que « *le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de [la] déclaration [des droits de l'homme et du citoyen de 1789], implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine.* »⁹¹⁷ Le Conseil a par ailleurs organisé les conséquences de sa décision en reportant les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} mars 2019 et en émettant également une réserve d'interprétation qui complétait le texte voué à l'abrogation. Pour les arrêts de cours d'assises rendus à l'issue d'un procès ouvert postérieurement à la publication de la décision, il y aurait lieu d'interpréter « *les dispositions du deuxième alinéa de l'article 365-1 du code de procédure pénale [...] comme imposant également à la cour d'assises d'énoncer, dans la feuille de motivation, les principaux éléments l'ayant convaincue dans le choix de la peine* »⁹¹⁸. Le législateur a finalement adopté une nouvelle rédaction de l'article 365-1, alinéa 2, par la loi du 23 mars 2019⁹¹⁹.

914 Cass. Crim., 29 mai 2013, n° 12-86.630 QPC : *Dr. pénal* 2013, Comm. 139, obs. VÉRON.

915 Cass. Crim. 8 févr. 2017, n° 15-86.914 et n° 16-80.389 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *D. actu.*, 21 févr. 2017, obs. FUCINI ; *D.* 2017., Chron. 1557, obs. PICHON et LAURENT. Cass. Crim., 8 févr. 2017, n° 16-80.391 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *D.* 2017. Chron. 1557, obs. LAURENT. Cass. Crim., 8 févr. 2017, n° 16-81.242.

916 Cons. const., décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]* : *D. actu.*, 6 mars 2018, obs. GOETZ ; *D.* 2018, p. 1191, obs. BOTTON ; *ibid.*, Pan. 2259, obs. GINESTET ; *AJ Pénal* 2018, p. 192, obs. ROBERT ; *Dr. pénal* 2018, Étude 9, note GUÉRIN ; *ibid.*, Comm. 68, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, Comm. 72, obs. BONIS.

917 Cons. const., décision n° 2017-694 QPC, préc., §8.

918 *Ibid.*, §13.

919 Code de procédure pénale, art. 365-1, al. 2, modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, art. 63 (JORF n°0071 du 24 mars 2019, texte n° 2) : « *En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises et qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions. La motivation consiste également dans l'énoncé des principaux éléments ayant convaincu la cour d'assises dans le choix de la peine, au vu des éléments exposés au cours de la délibération prévue à l'article 362. L'application des dispositions du troisième alinéa de l'article 706-53-13 est également motivée. La motivation des peines complémentaires obligatoires, de la peine de confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction ou des obligations particulières du sursis avec mise à l'épreuve n'est pas nécessaire.* » Ce texte est entré en vigueur au 1^{er} mars 2019.

548. La solution a, enfin, été appliquée en matière contraventionnelle par un arrêt du 30 mai 2018⁹²⁰. La Cour de cassation y a notamment estimé « *qu'en application des articles 132-1 et 132-20 du code pénal, 485, 543 et 593 du code de procédure pénale et des principes constitutionnels tels que dégagés dans la décision n°2017-694 QPC du 2 mars 2018, la juridiction qui prononce une peine d'amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges* ». Il importe d'insister sur cette référence aux principes constitutionnels, car elle confirme toute la spécificité du traitement de la motivation des peines. Son sens premier est probablement de marquer la reconnaissance par la chambre criminelle de l'autorité de la chose interprétée par les décisions du Conseil constitutionnel. Toutefois la portée de cette mention est plus étendue : la Cour indique ainsi, au moins pour l'avenir, que l'ensemble de sa jurisprudence en la matière trouve un fondement commun dans le principe de nécessité des peines. Autrement dit, il ne s'agit pas simplement d'appliquer à tout le dispositif le principe formel selon lequel toute décision de justice doit être motivée. **Si l'obligation de motivation est fondée sur le principe de nécessité des peines, elle revêt alors une fonction de garantie au service d'un principe substantiel et spécifique à la matière punitive.**

549. Le choix de la peine est ainsi le lieu d'articulations complexes entre le raisonnement catégorique et le raisonnement en proportionnalité. La loi avait laissé vacant un large espace de discrétion judiciaire dans lequel la proportionnalité est intervenue progressivement. Les critères d'individualisation indiqués par le législateur et l'exigence générale de motivation des décisions de justice sont interprétés conjointement, à la lumière du principe de nécessité des peines. De cette interprétation résultent à la fois, d'une part, une obligation formelle, celle de motiver le choix de la peine et, d'autre part, une valeur substantielle des critères établis pour guider cette motivation. Ces critères relèvent bien, au sens classique, de l'opportunité. Ils ne peuvent être subsumés à un ensemble de règles qui détermineraient, en fonction de situations décrites abstraitement, que l'un devrait l'emporter sur les autres. Pour autant, leur conciliation n'est pas purement discrétionnaire, dès lors que le juge, lorsqu'il prononce la peine, doit désormais la motiver en considération de ces paramètres. L'opportunité est ainsi saisie par la légalité.

550. Cette conclusion devrait également permettre, dans l'idéal, de trancher une ambiguïté. **Fonder l'obligation de motivation des peines sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, c'est dire que cette exigence est intrinsèquement liée à la nature des peines. Cela signifie donc que la peine doit être motivée même lorsqu'elle ne porte atteinte à aucun des droits subjectifs dont la garantie comporte une exigence de proportionnalité tels que le droit au respect de ses biens ou le droit au respect de la vie privée et familiale**⁹²¹.

920 Cass. Crim., 30 mai 2018, n° 16-85.777 : D. actu., 8 juin 2018, obs. GOETZ ; D. 2018. Chron. 1713, obs. GUÉHO ; AJ Pénal 2018, p. 407, obs. PERRIER ; Dr. pénal 2018, n° 144, obs. BONIS.

921 Cette hypothèse est notamment apparue dans un arrêt du 24 juillet 2018, par lequel la Chambre criminelle a indiqué « *qu'il appartient au juge qui prononce des interdictions d'exercer des activités liées à l'infraction et des activités commerciales, de gestion ou de direction d'une entreprise ou d'une société commerciale, de s'assurer qu'elles sont proportionnées et ne sont pas de nature à faire échec au droit d'obtenir un emploi* » (Cass. Crim., 4 avr. 2018, n° 17-85.027 : RDI 2018, p. 337, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; Gaz. Pal. 24 juill. 2018, n° 329m1, p. 39, note DREYER). Or comme le rappelait M. Dreyer (note citée), le droit d'obtenir un emploi n'est protégé par aucune norme directement applicable qui soumette expressément à une condition de proportionnalité les atteintes qui lui

D'abord le principe de nécessité des peines a vocation à s'appliquer à l'ensemble des sanctions ayant les caractères d'une punition. Ensuite les fonctions, objectifs et critères de personnalisation indiqués par le législateur peuvent aisément servir de points de repère pour le contrôle de l'adéquation d'une peine à ses finalités. Pour le contrôle de nécessité, le juge peut *a minima* se référer à l'échelle des peines établie par le Code pénal⁹²². Quant au contrôle de l'équilibre global, qui peut inclure celui de la proportionnalité-mesure⁹²³, il supposera une approche concrète des effets de la peine sur la situation du condamné. L'identification d'un ou plusieurs droits garantis spécifiquement atteints par la peine devrait, en ce sens, peser plus ou moins fortement en faveur de la clémence, sans que leur absence mène à écarter entièrement l'exigence de motivation.

551. **Conclusion du premier paragraphe.** La proportionnalité s'imisce ainsi progressivement dans le champ traditionnel de la discrétion, pour empêcher celle-ci de tourner à l'arbitraire. Elle mène à intégrer dans le champ du juridique des questions qui relèvent, à défaut, d'un micro-pouvoir tacitement reconnu. Elle peut en outre, lorsque ce micro-pouvoir affecte trop directement la garantie des droits, être imposée au juge ou au législateur, ainsi que l'illustre la jurisprudence récente relative à la motivation des peines. Toutefois la proportionnalité peut également intervenir là où une solution précise est déjà établie par la loi. Ce n'est alors plus la prévention de l'arbitraire qui est en jeu, mais celle d'un excès de répression qui découlerait de l'application mécanique de règles inadaptées aux situations.

§2. L'intervention de la proportionnalité comme exception à la règle catégorique

552. Il y a exception, au sens proportionnaliste, lorsqu'une règle juridique qui prescrit une solution précise est, selon ses propres conditions, applicable au litige, mais qu'elle est écartée soit au profit d'une règle qui prescrit une solution différente, soit parce qu'un principe donné subirait une atteinte disproportionnée si la solution prescrite était appliquée. Seule la seconde hypothèse intéresse les présents développements. Du point de vue du juge, l'exception de proportionnalité produit des effets différents en fonction de sa source. Elle peut, d'abord, être prévue à titre spécial par la même source juridique que la règle ordinaire. C'est, dans l'hypothèse la plus commune, une exception légale de proportionnalité, un cas particulier prévu par le législateur dans le même esprit que la règle écartée (I). L'exception peut, ensuite, procéder d'une source hiérarchiquement plus élevée. Elle fait alors obstacle à l'application de la loi (II), mettant en échec la volonté du législateur.

I. L'exception légale de proportionnalité

553. Lorsqu'elle est prévue par la même source juridique que la règle ordinaire, l'exception de proportionnalité permet d'apporter un encadrement à la compétence du juge assorti d'un élément de souplesse. Le législateur se saisit ainsi de questions de mesure ou d'opportunité à une échelle générale, tout en réservant au juge la possibilité de déroger à ses prescriptions lorsqu'un cas

sont portées.

922 V. *supra*, p. 121.

923 V. *supra*, p. 197.

particulier le justifie. Une telle articulation peut être présentée soit sous une forme positive, soit sous une forme négative. Dans le premier cas, le législateur prévoit d'abord expressément la règle qui prescrit ou interdit l'adoption d'une solution donnée, puis établit une exception sous réserve de motivation spéciale. Dans le second cas, l'exception est directement définie, la règle à laquelle elle s'oppose étant implicite. La préférence accordée à une formulation plutôt qu'à l'autre relève surtout d'un choix stylistique, qui permet au rédacteur d'attirer l'attention sur l'aspect du texte qu'il estime le plus important. Il arrive d'ailleurs que les deux présentations soient employées au sein du même texte, sur des questions similaires.

554. La technique de l'exception de proportionnalité est bien connue du droit pénal français. Elle est employée en droit pénal de fond, où elle permet un encadrement souple du choix de la peine par le juge (A). En procédure pénale, elle limite l'usage des mesures attentatoires aux libertés en les réservant aux fins et circonstances envisagées par le législateur (B).

A. L'exception légale de proportionnalité en matière de choix de la peine

555. À l'étape du prononcé de la peine, l'exception de proportionnalité tempère le pouvoir discrétionnaire du juge en lui imposant de justifier spécialement certaines sanctions. Suite à la réforme du Code pénal, le système des peines minimales encourues et des circonstances atténuantes légales a été abandonné. Toutefois, le législateur a, depuis, eu recours de manière régulière à la technique proportionnaliste, pour exprimer le sens de ses grandes orientations de politique criminelle dans le processus de choix de la sanction.

556. La première exception de proportionnalité, au sens où nous l'entendons, relève du droit pénal des mineurs. L'article 2, alinéa 3, de l'ordonnance du 2 février 1945 *relative à l'enfance délinquante*⁹²⁴, disposait dans sa version initiale que le tribunal pour enfants pourrait « *décider à l'égard des mineurs âgés de plus de seize ans, et par une décision spécialement motivée, qu'il n'y a[urait] pas lieu de retenir l'excuse atténuante de minorité* » prévue par l'article 66 du code pénal de 1810. La réforme du code pénal a amené une modernisation de la règle et de l'exception. Une loi du 16 décembre 1992⁹²⁵ a créé au sein de l'ordonnance un article 20-2, qui dispose notamment dans son premier alinéa que « *Le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs ne peuvent prononcer à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue. Si la peine encourue est la réclusion ou la détention criminelle à perpétuité, ils ne peuvent prononcer une peine supérieure à vingt ans de réclusion ou de détention criminelle.* » Cette règle qui interdit au juge de dépasser certains seuils de répression sur un critère catégorique connaît ensuite une exception de proportionnalité. Le second alinéa dispose ainsi : « *Toutefois, si le mineur est âgé de plus de seize ans, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs peuvent, à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ainsi que de sa situation, décider qu'il n'y a pas lieu de faire application du premier alinéa. Cette décision ne peut être prise par le tribunal pour enfants*

924 Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945, *relative à l'enfance délinquante* : JORF du 4 février 1945, p. 530.

925 Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 *relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur*, art. 254 : JORF n° 0298 du 23 décembre 1992, p. 17568.

que par une disposition spécialement motivée. » La même loi a également modifié l'article 2 de l'ordonnance, qui dispose désormais en son troisième alinéa que « *Le tribunal pour enfants ne peut prononcer une peine d'emprisonnement, avec ou sans sursis, qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine.* »⁹²⁶ Observons au passage que sur un même objet, le choix de la peine par le juge correctionnel, l'article 20-2 énonce l'articulation entre syllogisme et proportionnalité sous forme positive, tandis que l'article 2 revêt la forme négative.

557. Dans le domaine des peines encourues par les majeurs, le Code pénal issu de la réforme de 1992 a adopté le principe du libre choix de la peine par le juge, consacré à l'article 132-19 mais assorti d'une exception de proportionnalité. L'alinéa 2 de ce texte disposait à la date de sa promulgation : « *En matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine.* » Comme dans l'ordonnance du 2 février 1945, l'obligation de motivation spéciale allait alors dans le sens de la protection de la personne condamnée. Toutefois, rien n'empêche le législateur, au contraire, de faire de la sévérité la règle et d'exiger la motivation au soutien de la clémence. Les dispositions issues des lois du 10 août 2007⁹²⁷ et du 14 mars 2011⁹²⁸ l'ont, un temps, illustré en ce qui concernait, pour la première, les infractions commises en état de récidive et, pour la seconde, les violences correctionnelles les plus graves. L'article 138-19-1 du Code pénal, créé par la loi du 10 août 2007, établissait en cas de récidive légale des *quanta* minimaux échelonnés en fonction de la durée de la peine d'emprisonnement encourue. Le juge pouvait alors soit s'abstenir de prononcer une peine privative de liberté, soit prononcer une peine d'emprisonnement au moins égale au *minimum* prévu. L'exception de proportionnalité était apportée par l'alinéa 2, qui disposait : « *Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.* » Un second degré de contrainte dans la décision était prévu par les alinéas 3 et 4, en cas de « *nouvelle* » récidive de certains délits énumérés par le texte. Le juge était alors tenu de prononcer la peine d'emprisonnement et la durée de celle-ci ne pouvait être inférieure aux seuils prévus que sur une « *décision spécialement motivée* », « *si le prévenu présent[ait] des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* ». La loi du 14 mars 2011, dans le même esprit, avait inséré dans le Code pénal un article 138-19-2, établissant des seuils de peine minimaux pour les cas de violences correctionnelles les plus graves, en dehors de l'hypothèse de la récidive. L'alinéa 2 de cet article aménageait à nouveau une exception de proportionnalité : « *Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.* »

926 Loi du 16 décembre 1992, préc., art. 251.

927 Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, art. 2 : JORF n° 185 du 11 août 2007, p. 13466.

928 Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, art. 37 : JORF n° 0062 du 15 mars 2011, p. 4582, texte n° 2.

558. Entre-temps la même majorité parlementaire, dans le but de lutter contre la surpopulation carcérale, avait également adopté une loi du 14 novembre 2009⁹²⁹ qui apportait de nouvelles limites au choix de la peine, elles-mêmes associées à leurs exceptions de proportionnalité. Dans un esprit inverse de celui des peines minimales, toutefois, il s'agissait alors de faire obstacle à l'excès de répression plutôt qu'à l'excès de clémence. Le législateur ajouta ainsi un troisième alinéa à l'article 132-24 du Code pénal : « *En matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28.* » Deux règles, l'une principale et l'autre subsidiaire, étaient ainsi établies et assorties chacune d'une exception de proportionnalité. Comparé aux textes précédemment cités, l'article 132-24 précisait davantage les motifs susceptibles de justifier l'exception, mais il ne mentionnait plus expressément l'exigence d'une motivation spéciale. Le sens de ce nouvel alinéa ne faisait toutefois guère de doute à cet égard et la Chambre criminelle confirma rapidement qu'une telle exigence pesait bien sur le juge correctionnel⁹³⁰. En réalité, l'absence de mention expresse concernant la motivation permettait surtout d'éviter toute incohérence dans le cadre de l'activité des cours d'assises, lesquelles étaient, en vertu de leur plénitude de juridiction, susceptibles de connaître de délits, mais rendaient alors, en tout état de cause, des arrêts non motivés.

559. Par la suite, une loi du 15 août 2014⁹³¹ a abrogé les dispositions imposant des peines minimales créées par les lois du 10 août 2007 et du 14 mars 2011. Elle a également transféré le troisième alinéa de l'article 132-24 du Code pénal, créé par la loi du 14 novembre 2009, au deuxième alinéa de l'article 132-19. Elle a, de plus, ajouté à ce dernier texte un troisième alinéa, créant une règle supplémentaire elle-même assortie de son exception de proportionnalité : « *Lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis ou ne faisant pas l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux mêmes sous-sections 1 et 2, il doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale.* »⁹³²

560. Les limites ainsi créées par le législateur s'inscrivent dans le même ensemble fonctionnel que l'élaboration de l'échelle des peines ou que la définition légale des objectifs de la répression

929 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *pénitentiaire*, art. 65 : JORF n° 0273 du 25 novembre 2009, p. 20192, texte n° 1.

930 Cass. crim., 12 oct. 2010, n° 10-81044 : *Bull. Crim.*, n° 156 ; *D.* 2010, p. 275, obs. LÉNA ; *ibid.* 2011., Panorama 2828, obs. POTASZKIN. Cass. crim., 10 nov. 2010, n° 10-80.265 : *Bull. Crim.*, n° 179 ; *Dalloz actualité*, 16 déc. 2010, obs. Léna ; *D.* 2011., Panorama 2828, obs. POTASZKIN ; *RSC* 2011, p. 872, obs. BOCCON-GIBOD.

931 Loi n° 2014-896 du 15 août 2014, *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* : JORF n° 0189 du 17 août 2014, p. 13647.

932 La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale* (JORF n° 0129 du 4 juin 2016, texte n° 1) a légèrement modifié ce texte, qui dispose désormais : « *Lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis et ne faisant pas l'objet d'une des mesures d'aménagement [...]* » (nous soulignons).

pénale. **En déterminant comment les valeurs en présence doivent être appréciées et comparées, le législateur exerce un pouvoir de direction sur l'usage des instruments juridiques qu'il crée, il leur insuffle un sens assorti d'une valeur impérative**⁹³³. Par exemple, l'exigence d'une motivation spéciale au soutien du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme distingue cette sanction des autres peines. Elle n'est pas seulement la peine correctionnelle la plus sévère au sens de l'échelle des peines, elle est une peine dont la nature particulière en fait une solution de dernier recours. Il en va de même de l'interdiction du territoire français qui, selon l'article 131-30-1 du Code pénal, ne peut être prononcée par le juge correctionnel que « *par une décision spécialement motivée au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle et familiale de l'étranger* » lorsque celui-ci se trouve dans l'un des cas énumérés par le texte. Inversement, établir une peine minimale pour réprimer certaines infractions revient, pour le législateur, à dire qu'une peine inférieure ne peut en principe pas être proportionnée : les fonctions de la répression sont présumées n'être réalisables qu'au moyen d'un certain degré de sévérité. **Dans le sens de la répression comme dans celui de la clémence, le législateur se saisit ainsi de la proportionnalité et affirme la primauté de sa propre appréciation sur celle du juge.**

561. L'exception, quant à elle, peut être encadrée d'une manière conforme à l'esprit de la limite qu'elle assortit. Idéalement, les critères de la motivation requise ainsi que son degré de précision correspondent aux situations dans lesquelles, aux yeux du législateur, l'application systématique de la règle établie peut s'avérer disproportionnée⁹³⁴. *A contrario*, le texte peut rester silencieux sur certains critères de proportionnalité. Il en allait ainsi, par exemple, des peines minimales prévues par la loi du 10 août 2007 en cas de « *nouvelle récidive* » de certains délits. Une peine inférieure ne pouvait être prononcée qu'au regard de « *garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* » de la personne condamnée. Cela excluait donc, notamment, que le juge fonde sa clémence sur les circonstances particulières de l'infraction ou sa faible gravité. Le jugement de valeur établi à titre général par le législateur quant à la fonction de rétribution ne tolérait donc en cette matière aucune contradiction, quelles que soient les circonstances de la cause. Seules des considérations relatives aux fonctions prospectives de la peine étaient susceptibles de justifier un écart du juge – et encore fallait-il qu'elles fussent « *exceptionnelles* ».

562. D'une manière analogue, l'articulation des alinéas 2 et 3 de l'article 132-19, dans sa version en vigueur jusqu'au 23 mars 2020, indique un certain ordre de priorités entre les différentes fonctions de la peine. Le texte prévoit dans un premier temps que le juge correctionnel ne peut écarter le sursis en matière d'emprisonnement que si « *la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate* ». Le législateur s'est malheureusement abstenu de définir au regard de quelles

933 V. *supra*, p. 93.

934 Cette précaution est constitutionnellement requise, dès lors qu'est en jeu le principe de personnalisation des peines, dont le Conseil constitutionnel estime qu'il découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil a ainsi par le passé déclaré contraire à la Constitution l'établissement d'amendes fiscales égales ou directement proportionnelles aux montants ayant fait l'objet des fautes sanctionnées, dès lors que ces sanctions automatiques, qui ne pouvaient pas être modulées par le juge, « *pourrai[en]t, dans nombre de cas* », s'avérer manifestement disproportionnées. Cons. const., déc. n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, §16 : *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 174, note AVRIL et GICQUEL ; *RDP* 1989, n° 2, p. 399, chron. FAVOREU. Déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, *Loi de finances pour 1998*, §39 : *RFDC* 1998, n° 33, p.160, note LOÏC.

considérations le juge pourrait estimer que « *toute autre sanction* » serait « *inadéquate* » mais, par hypothèse, ces motifs devraient au moins être cohérents avec ceux qui rendent l'emprisonnement ferme « *nécessaire* ». Dans un second temps, si le sursis est écarté, la peine ne peut être prononcée sans aménagement qu'au regard « *des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale* ». Les critères ne sont donc pas identiques. Même en admettant que les « *faits de l'espèce* » incluent « *la gravité de l'infraction* », ce qui n'est pas certain⁹³⁵, les champs de ces deux notions ne sont pas identiques. Fonder ainsi le refus du sursis sur la gravité de l'infraction revient à le fonder, au moins partiellement, sur la fonction de rétribution et la proportionnalité-mesure de la peine. Inversement les considérations relatives, plus largement, aux faits de l'espèce et à la situation personnelle du détenu (dans un sens social qui va au-delà de sa « *personnalité* ») s'inscrivent dans la logique finaliste des aménagements de peine. Il s'agit alors de garantir que la fonction de rétribution n'aille pas à l'encontre des objectifs d'insertion ou de réinsertion.

563. Ce semblant de cohérence a été quelque peu bousculé par la loi du 23 mars 2019, dont les dispositions sur ce point entrent en vigueur le 24 mars 2020. La nouvelle rédaction de l'article 132-19 conserve les deux premiers alinéas à l'identique. L'alinéa 3, en revanche, dispose désormais que la peine doit être aménagée « *sauf impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné* » si elle est inférieure ou égale à six mois. Si la peine prononcée est d'une durée supérieure à six mois, mais inférieure ou égale à un an, et si soit la partie ferme de la peine est inférieure ou égale à six mois, soit la durée de l'emprisonnement à exécuter au jour de la condamnation est inférieure ou égale à six mois en raison d'une détention provisoire⁹³⁶, l'aménagement est obligatoire « *si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle* ». Le nouvel alinéa 4 renvoie, à titre général, aux dispositions de l'article 464-2 du Code de procédure pénale. Ce dernier texte, créé par la même loi, prévoit dans son I que « *lorsque la durée totale de l'emprisonnement ferme prononcé [...] est inférieure ou égale à un an* » (mais supérieure à six mois), le juge correctionnel doit soit ordonner l'aménagement de la peine ou la convocation du condamné devant le juge de l'application des peines à cette fin, soit « *spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, afin de justifier les raisons pour lesquelles il estime devoir prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis et celles pour lesquelles il considère que cette peine ne peut être aménagée* ». Enfin le II prévoit, pour les peines d'emprisonnement ferme d'une durée supérieure à un an, que le juge motive sa décision au regard des mêmes critères « *afin de justifier les raisons pour lesquelles il estime devoir prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis* ». En dépit de la rédaction fort maladroite, de la

935 Cette interprétation paraît vraisemblable, mais elle n'est pas nécessairement la seule valide, ni même la plus pertinente. Il est tout à fait possible de considérer que la gravité de l'infraction ne constitue pas un élément de fait, mais qu'elle est la conclusion d'une opération de qualification juridique. Évaluer la gravité d'une situation suppose en effet de la comparer avec une échelle du grave et du bénin – donc une échelle de valeurs. Dans le cadre du jugement pénal, cette échelle de valeurs ne peut provenir d'une autre source que du système juridique lui-même, ce sans quoi la morale personnelle du juge se substitue aux valeurs sociales protégées par le droit criminel. En ce sens, le raisonnement sur les « *faits de l'espèce* » n'est pas de même nature que celui qui s'intéresse à la « *gravité de l'infraction* ». V. *infra* : Section 2, §2, II.

936 V. Code pénal, art. 132-25, dans sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2019 précitée, en vigueur au 24 mars 2020.

dispersion entre deux codes et trois articles de dispositions qui tenaient antérieurement dans deux alinéas et de la réduction de moitié des seuils d'aménagement, un certain esprit de subsidiarité demeure. Les motifs spéciaux qui peuvent être exigés du juge correctionnel sont les mêmes, mais ils changent de fonction, car ils ne servent plus exactement à justifier les mêmes mesures. En particulier, un nouvel échelonnement apparaît entre ces obligations de motivation spéciales, qui ne dépend plus seulement des modalités d'exécution choisies par le juge correctionnel, mais aussi du *quantum* de la peine et de sa portion ferme.

564. Dans ces exemples, c'est l'équilibre de l'échelle des peines dans son ensemble qui est ajusté en fonction de la conception générale du droit pénal que se fait le législateur. La même technique peut également être employée dans le cadre de la répression spécifique de certaines infractions ou pour l'application de peines relevant d'un champ d'application spécial.

565. Par exemple, l'article 221-8 du Code pénal prévoit, au second paragraphe du 10° du I, que la peine complémentaire de confiscation du véhicule « *est obligatoire* » à l'égard de l'automobiliste auteur d'un homicide involontaire, si celui-ci conduisait sans permis, si l'infraction a été commise avec plusieurs circonstances aggravantes ou, en présence d'une seule circonstance aggravante, si le conducteur avait déjà fait l'objet d'une condamnation devenue définitive pour l'un des délits routiers énumérés par le texte. Le même paragraphe prévoit toutefois immédiatement que la juridiction peut « *ne pas prononcer cette peine, par une décision spécialement motivée* ». L'article 222-44 prévoit des solutions similaires en cas de blessures involontaires causées par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur. Le législateur impose ainsi que soit prise au sérieux la dangerosité du véhicule mis entre les mains du mauvais conducteur, tout en admettant que cette rigueur trouve des dérogations en fonction des situations particulières. Dans un même ordre d'idées, la détention d'armes fait elle aussi l'objet de peines complémentaires obligatoires. En matière d'atteintes volontaires à la vie, l'article 221-8, II, alinéa 1, impose ainsi le prononcé des peines complémentaires d'interdiction de détenir ou de porter une arme soumise à autorisation pour une durée de cinq ans au plus, de confiscation d'une ou plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition et de retrait du permis de chasser avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus. L'alinéa 2 tempère cette obligation en précisant que « *toutefois, la juridiction peut, par une décision spécialement motivée lorsque la condamnation est prononcée par une juridiction correctionnelle, décider de ne pas prononcer ces peines, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.* » Le Code de la défense prévoit également en son article L. 2353-14 que « *le prononcé de la peine complémentaire d'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de cinq ans au plus, une arme soumise à autorisation est obligatoire* » en cas de condamnation pour l'un des délits prévus par le même code et relatifs aux explosifs. Toutefois, à nouveau, « *la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer cette peine, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.* »

566. Dans le cas des véhicules terrestres à moteur et des armes, le recours à la peine complémentaire obligatoire est l'expression d'une préoccupation sécuritaire. Il s'agit de limiter l'accès de la personne condamnée à certaines choses dangereuses pour la vie et l'intégrité physique

des personnes. Toutefois la même méthode peut également être appliquée en vue de la protection d'intérêts publics plus abstraits ou pour exprimer, dans un sens de rétribution, l'infamie de l'auteur de l'infraction. La peine complémentaire d'inéligibilité constitue un exemple récent de cet usage. Une loi du 9 décembre 2016 avait, dans un premier temps rendu cette peine complémentaire obligatoire, sauf exception de proportionnalité, en matière d'atteintes à la probité⁹³⁷. Dans un second temps, une loi du 15 septembre 2017⁹³⁸ a créé l'article 131-26-2 du Code pénal, qui reprend cette peine complémentaire obligatoire et en étend considérablement le champ d'application, tout en maintenant l'exception déjà prévue. La règle s'applique désormais à toute personne coupable d'un crime ou de l'un des délits énumérés par le texte. La liste est étendue et inclut des infractions de natures très diverses telles que, entre autres, les violences correctionnelles, les agressions sexuelles, les discriminations, les escroqueries et abus de confiance ainsi que leur recel et leur blanchiment, les délits de terrorisme, ou encore les atteintes à la probité ainsi que leur recel et leur blanchiment. Dans toutes ces hypothèses – parmi d'autres –, le I de l'article dispose que « *le prononcé de la peine complémentaire d'inéligibilité mentionnée au 2o de l'article 131-26 et à l'article 131-26-1 est obligatoire* ». Après la longue énumération du II, le III conclut par une exception-entonnoir : « *Toutefois, la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer la peine prévue par le présent article, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.* »

567. **L'exception de proportionnalité est ainsi devenue, en matière de décision sur la peine, un instrument législatif d'usage courant.** Le législateur, en adoptant une règle de ce type, vise à s'assurer que les peines prononcées par les juridictions demeurent cohérentes avec la politique pénale qu'il veut mettre en œuvre. **La méthode est vertueuse lorsqu'elle relève d'une orientation générale, d'un choix de politique criminelle susceptible d'animer l'ensemble d'un domaine du droit pénal.** Tel est le cas des diverses exigences de motivation renforcée en matière d'emprisonnement ferme, qui soulignent à la fois la gravité et le caractère exceptionnel de la privation de liberté. **En revanche, cette technique perd de son sens lorsqu'elle est instrumentalisée au service de la communication politique.** L'exemple fourni par les lois sur les peines minimales est à ce titre frappant, puisqu'elles paraissaient aller dans le sens opposé de l'objectif de lutte contre la surpopulation carcérale visé par la loi *pénitentiaire* adoptée par la même majorité parlementaire.

568. L'incohérence peut aussi se manifester lorsque l'on étudie le champ d'application négatif des limites ainsi apportées au pouvoir du juge. La technique de l'exception de proportionnalité et de la motivation spéciale a en effet pour conséquence de faire de certaines infractions ou de certaines peines des cas à part, de les distinguer de l'ensemble des infractions ou de l'ensemble des peines au regard desquelles le juge n'est soumis qu'à une obligation de motivation de droit commun. Le risque est alors de créer, de fait, une hiérarchie de valeurs artificielle entre les situations concernées. Les peines minimales prévues par la loi du 10 août 2007 désignaient ainsi la récidive légale comme

937 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* : JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2 (spéc. art. 19).

938 Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, *pour la confiance dans la vie politique* : JORF n° 0217 du 16 septembre 2017, texte n° 2 (spéc. art. 1).

un mode de criminalité à part, spécialement infâme, sans que soit interrogée la pertinence criminologique de cette consécration. Dans le cas plus récent de la peine complémentaire d'inéligibilité, la loi pénale semble désormais indiquer qu'il y a plus d'urgence à s'assurer qu'un auteur de violences ne pourra pas exercer de mandat électif public qu'il n'y en aurait à lui retirer, par exemple, son permis de chasse ou les armes dont il aurait la libre disposition. Préserver le sens général de l'échelle des peines supposerait donc soit que l'on s'abstienne d'en isoler certaines de la sorte, soit que l'on systématise l'usage de cette technique. La limite fixe avec exception de proportionnalité devrait ainsi, dans cette matière, demeurer un instrument de portée générale plutôt que spéciale.

569. Ces dernières observations permettent de souligner, à nouveau, combien le jeu de la proportionnalité s'appréhende différemment selon la matière en question. En matière de procédure pénale, en effet, la même technique concerne de nombreuses règles particulières et elle semble favoriser une garantie effective des libertés.

B. L'exception légale de proportionnalité en matière de procédure pénale

570. L'article préliminaire du Code de procédure pénale créé par une loi du 15 juin 2000⁹³⁹ dispose en son III, alinéa 4, que « *les mesures de contraintes [sic] dont [une] personne [suspectée ou poursuivie] peut faire l'objet [...] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne* ». La loi du 23 mars 2019⁹⁴⁰ a ajouté un alinéa 6 qui dispose : « *Au cours de la procédure pénale, les mesures portant atteinte à la vie privée d'une personne ne peuvent être prises [...] que si elles sont, au regard des circonstances de l'espèce, nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction.* » Le législateur a ainsi inscrit au frontispice du code une règle générale de protection des libertés : l'interdiction des mesures de contrainte et des atteintes à la vie privée, sauf lorsqu'elles respectent le principe de proportionnalité. Toutefois, et de manière regrettable, l'article préliminaire est rarement visé à cet objet par la jurisprudence de la Cour de cassation. Le principe est néanmoins aussi garanti par de nombreuses dispositions spéciales distribuées dans le code et qui semblent connaître une application plus heureuse. En dehors de leur grande disparité stylistique, elles composent un véritable maillage proportionnaliste qui se développe avec chaque réforme pénale.

571. L'exemple le plus évident est probablement celui des mesures coercitives avant jugement. Le législateur insiste sur le caractère exceptionnel de ces mesures en soumettant leur usage à des réserves de proportionnalité rigoureuses. L'article 137 du Code de procédure pénale prévoit ainsi, d'abord, le principe selon lequel « *toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre.* » « *Toutefois* », intervient l'exception de proportionnalité de l'alinéa 2, « *en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, [la personne] peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à*

939 Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, art. 1^{er} : *JORF* n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.

940 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, art. 44 : *JORF* n° 0071 du 24 mars 2019, texte n° 2.

résidence avec surveillance électronique ». Enfin le troisième alinéa prévoit qu'à « titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire ». Plus la mesure est exceptionnelle, plus le Code insiste sur l'exigence de motivation, en particulier en termes de nécessité. L'article 144 prévoit ainsi que « la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs » prévus par le texte « et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique ». Le même esprit se retrouve au sein de plusieurs textes concernant la garde à vue. L'article 62-2 n'autorise ainsi le placement d'une personne en garde à vue que si cette mesure « constitu[e] l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs » énumérés. Ces motifs, conformément à l'article 64, doivent être mentionnés au procès-verbal rédigé par l'officier de police judiciaire, ce qui contribue à l'effectivité de cette garantie. L'article 63, II, prévoit que la durée de la garde à vue « ne peut excéder vingt-quatre heures », sauf « si l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an et si la prolongation de la mesure est l'unique moyen de parvenir à l'un au moins » de ses objectifs légaux. Le lien entre proportionnalité et motivation de l'exception est plus apparent encore à l'article 63-4-2, alinéa 4, qui prévoit qu'à « titre exceptionnel, sur demande de l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention [...] peut autoriser, par décision écrite et motivée, le report de présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne. » Ces dispositions présentent une structure logique très similaire à celles étudiées précédemment en matière de prononcé de la peine. Le législateur indique dans un premier temps une règle dont l'application découle automatiquement d'un ensemble de circonstances déterminées, puis il ménage une exception fondée sur des critères de proportionnalité, qui appelle pour sa mise en œuvre une pesée des priorités. En revanche, chacun de ces textes couvre un champ étroit, spécialement défini, et prévoit des conditions de proportionnalité précises. Le législateur ne s'y exprime pas seulement en termes d'objectifs ou de considérations générales (telles que la « personnalité de l'auteur » ou les « circonstances de l'infraction »), mais en désignant des finalités particulières comme étant celles au regard desquelles la décision doit être prise.

572. Des observations similaires peuvent être émises en matière de perquisitions. L'article 56-1 du Code de procédure pénale précise ainsi que « les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci ». La même condition de motivation écrite est prévue à l'article 56-2 en ce qui concerne les perquisitions dans des locaux et véhicules des entreprises de presse ou

aux domiciles de journalistes, ainsi qu'à l'article 56-5 pour les perquisitions effectuées « *dans les locaux d'une juridiction ou au domicile d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles et qui tendent à la saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret du délibéré* ». Ces dispositions ne précisent pas directement quel peut être « l'objet » de la perquisition, mais ce critère est défini par l'article 56. D'après ce texte, la perquisition vise soit à l'acquisition de preuves « *par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés* », soit à la saisie « *des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal* ». À nouveau, l'exigence de motivation est ainsi associée au critère de proportionnalité, ce qui souligne le caractère exceptionnel de telles atteintes à la garantie du secret professionnel, de la liberté de la presse ou du secret du délibéré.

573. **Si bien des atteintes aux libertés sont soumises, dans le cadre de la procédure pénale, à une condition de proportionnalité, le degré d'exigence imposé aux autorités judiciaires à ce titre est variable.** La précision des dispositions qui encadrent le recours à la garde à vue ou à la détention provisoire ne se retrouve pas pour des mesures moins coercitives : le critère plus vague des « *nécessités* » de l'enquête ou de la procédure est fréquemment privilégié par le législateur⁹⁴¹. Toutefois la gravité de l'atteinte causée n'est pas le seul critère de la gradation de ces garanties. L'article 76 du Code de procédure pénale en fournit une illustration. Dans le cadre d'une enquête préliminaire, le premier alinéa de ce texte prévoit que « *les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu.* » L'alinéa 4 établit une exception de proportionnalité : « *Si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent ou si la recherche de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal le justifie, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations prévues au présent article seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu.* » Toutefois l'exigence de motivation est alors plus précise que celles qui encadrent les perquisitions spéciales précédemment évoquées : « *À peine de nullité, la décision du juge des libertés et de la détention précise la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées ; cette décision est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires* » (nous soulignons). Ce renforcement des exigences de motivation ne peut simplement s'expliquer par le caractère intrusif de la mesure. Il est relatif au cadre procédural, celui de l'enquête préliminaire. Dans ce contexte, les mesures d'investigation ne revêtent par hypothèse pas le même caractère d'urgence que dans une enquête de flagrance. Dans le même temps, les droits de la défense ne reçoivent pas une protection juridictionnelle aussi forte que celle dont bénéficie la personne poursuivie dans le cadre d'une information judiciaire. Il en résulte que des atteintes similaires appellent un encadrement renforcé : elles ne sont pas plus intenses, mais il importe davantage d'assurer leur caractère exceptionnel.

941 V. les exemples cités *supra* : Chapitre 1, Section 2, §2, II, A.

574. La garantie de l'équité de la procédure fonde également l'usage de l'exception de proportionnalité lorsque le législateur prévoit que certaines informations soient inaccessibles aux parties en vue de protéger des enquêteurs, des témoins ou des repentis. En matière de criminalité organisée, l'article 230-40 du Code de procédure pénale permet ainsi au juge des libertés et de la détention d'autoriser que certaines informations relatives à une mesure de géolocalisation n'apparaissent pas dans le dossier de la procédure. Le juge des libertés et de la détention doit, à cet effet, être saisi par requête motivée du juge d'instruction. Il autorise cette occultation par une décision motivée, à condition que « *la connaissance de ces informations [soit] susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique d'une personne, des membres de sa famille ou de ses proches et qu'elle [ne soit] ni utile à la manifestation de la vérité, ni indispensable à l'exercice des droits de la défense* ».

575. Certaines dispositions relatives à la protection des témoins revêtent une structure très similaire. L'article 706-58 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que le juge des libertés et de la détention, par une décision motivée prise sur requête motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction, peut autoriser que les déclarations d'un témoin soient recueillies sans que son identité soit mentionnée au dossier de la procédure. Sur le fond, l'infraction concernée doit être un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement. Quant aux finalités, cette décision ne peut être prise que « *lorsque l'audition [...] est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches* ». Lorsqu'un tel risque est présent dans le cadre d'une procédure de criminalité organisée, l'article 706-62-2 prévoit en outre qu'en « *cas de nécessité* », le témoin, les membres de sa famille ou ses proches peuvent être « *autorisé[s], par ordonnance motivée rendue par le président du tribunal de grande instance, à faire usage d'une identité d'emprunt.* » Le même libellé est employé à l'article 706-63-1 pour permettre l'usage d'une identité d'emprunt par les repentis au sens de l'article 132-78 du Code pénal.

576. Dans ces cas, le législateur ne définit pas précisément la cause exacte du risque, ni la nature ou l'intensité du lien de causalité qui fait découler ce risque du déroulement de la procédure. Ces questions relèvent, dans l'esprit de ces textes, de considérations circonstanciées qu'il revient au juge d'apprécier. L'exigence de motivation à deux échelons (de la saisine et de la décision) ou par le président du tribunal de grande instance constitue alors une alternative à l'élaboration d'un texte détaillé, qui pourrait être lacunaire ou excessivement complexe. La motivation constitue ainsi la contrepartie de la confiance accordée aux magistrats pour concilier au mieux deux valeurs fondamentales susceptibles de subir des atteintes considérables.

577. Dans leur globalité, les exceptions de proportionnalité prévues par le législateur en matière de procédure pénale paraissent ainsi reposer sur des conditions plus précises et des exigences de motivation plus poussées que celles qui sont établies en matière de prononcé des peines. Ce contraste ne peut simplement s'expliquer par la nature des principes en conflit, par le fait que l'exception serait protectrice dans un domaine et répressive dans l'autre ou même par l'influence du droit européen des droits de l'homme. Les exemples, d'une part, de la peine d'emprisonnement sans sursis et, d'autre part, de la garde à vue ou de la détention provisoire, font apparaître que la liberté

individuelle est bien protégée différemment en procédure et en droit pénal de fond. La distinction tient en effet à une autre question que celle, évoquée précédemment, de l'identification des principes en conflit⁹⁴². Elle est liée à la nature et aux finalités concrètes des mesures envisagées, à leur sens au sein du système juridique. En matière de procédure pénale, la pertinence de toute mesure coercitive dépend d'un effet utile qu'elle doit permettre de rechercher. Le fondement juridique rétrospectif – les soupçons légitimes de la commission d'une infraction – n'est jamais suffisant à lui seul pour justifier le recours à l'une de ces mesures. À l'inverse, la peine intervient au terme d'un raisonnement qui, sauf cas particulier, est déjà suffisant pour la justifier dans son principe. La déclaration de culpabilité en est une condition nécessaire, mais aussi suffisante. La règle catégorique avec exception de proportionnalité n'a pas pour enjeu, à ce stade, de protéger l'individu contre une atteinte arbitraire à ses droits, mais d'assurer que la sévérité de la mesure soit cohérente avec le sens qui lui est attribué.

578. L'ensemble de ces cas ont néanmoins en commun que le législateur s'y saisit directement de la proportionnalité. Il limite le nombre d'options ouvertes au juge ou lui impose un choix de principe et, ce faisant, il détermine le sens des mesures concernées. En énonçant l'exception de proportionnalité, il conserve la maîtrise de ce sens, des finalités qui peuvent être recherchées et de l'équilibre de valeurs à préserver, tout en prenant acte des limites de la forme générale et abstraite de la loi dans une telle entreprise. Lorsque le juge applique l'exception, il ne justifie pas seulement la mesure qu'il choisit d'appliquer, mais aussi sa décision de s'écarter concrètement de la norme catégorique de principe. Il le fait en évaluant l'opportunité d'appliquer cette norme ou de s'en écarter, à partir des critères fixés par le législateur. Ce dernier conserve ainsi la maîtrise du sens de la décision, tout en assortissant ses prescriptions d'une flexibilité que ne permettrait pas une formulation purement catégorique.

579. **Le contrôle de proportionnalité se présente ainsi comme un véritable instrument de direction à la disposition du législateur.** Celui-ci peut consacrer le principe et imposer le contrôle dans des champs délimités, là où il souhaite contraindre l'action des autorités judiciaires tout en limitant le risque que l'application des règles qu'il édicte aboutisse à des contresens. Le contrôle de proportionnalité constitue, dans cette mesure, une modalité de l'application de la loi, prévue par la loi. Toutefois le principe de proportionnalité procède également de sources juridiques hiérarchiquement plus élevées, notamment de droit constitutionnel ou de droit européen. Le contrôle de proportionnalité peut donc être également intervenir en application de ces normes supérieures à la loi et, le cas échéant, mener au renversement de l'équilibre des valeurs que le législateur souhaitait imposer.

II. L'exception de proportionnalité à l'application de la loi

580. Dans les hypothèses étudiées jusqu'à présent, le contrôle de proportionnalité se faisait soit dans le silence de la loi, soit conformément à ses prescriptions. Il peut toutefois advenir que la loi pénale prévoie l'application d'une mesure qui s'avère disproportionnée au regard d'exigences conventionnelles ou constitutionnelles. Le contrôle de proportionnalité diffère alors des situations

942 V. supra : Chapitre 1, Section 2.

précédemment décrites, car il est susceptible d'être dédoublé. Il s'agit toujours, à un premier degré, de déterminer sur quelles justifications repose la mesure contrôlée et de vérifier la qualité du lien rationnel qui existe entre elles. Toutefois, parmi ces justifications figurent la loi elle-même et, avec elle, les buts visés par le législateur lors de son adoption et le raisonnement qu'il a pu tenir en termes d'efficacité et de conflits de principes. Le juge peut donc être amené, à un second degré, à contrôler la proportionnalité de la *ratio legis*, à la lumière de principes de valeur supérieure. La teneur de ce contrôle, la nature et la portée de sa solution, dépendent alors essentiellement de son contexte contentieux. Elles seront très différentes selon que l'on se place du point de vue du Conseil constitutionnel, du juge européen ou du juge judiciaire. Les premiers, dans leurs positions respectives, tirent leur entière compétence de normes de valeur supérieure à la loi. Ils connaissent du contenu de la loi, mais n'ont pas pour fonction de l'appliquer. Elle fait, pour eux, partie des circonstances (de droit ou de fait) de la cause. Le juge judiciaire, en revanche, est chargé au principal de l'application de la loi, qui fonde en partie sa compétence et sur laquelle il n'exerce donc qu'un contrôle incident. Il est placé dans une position très différente lorsqu'il s'agit d'appliquer une exception de proportionnalité issue d'une autre norme que la loi applicable au litige. La situation, de son point de vue, diffère selon la provenance initiale de cette exception. L'exception de proportionnalité ne représente pas les mêmes enjeux lorsqu'elle est dégagée par le juge constitutionnel ou européen (A) et lorsqu'elle est appliquée par le juge judiciaire (B).

A. L'exception énoncée par le juge constitutionnel ou européen

581. Les exceptions de proportionnalité dégagées par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme diffèrent à la fois dans leur méthodologie et dans les effets qu'elles peuvent produire.

582. L'hypothèse la plus simple est celle où le Conseil constitutionnel estime simplement que le législateur a ou n'a pas établi, entre les principes en conflit, une conciliation « *manifestement déséquilibrée* ». Il raisonne alors en traitant une disposition légale donnée comme un tout indissociable, qui est soit entièrement compatible avec la Constitution, soit entièrement contraire à celle-ci. La sanction n'est pas une exception, qui conserverait l'applicabilité de principe de la disposition examinée, mais son abrogation ou l'impossibilité de la promulguer. Dans le cas de la déclaration d'inconstitutionnalité, le contrôle a pour conclusion soit que l'application de la disposition constitue en elle-même une atteinte disproportionnée aux principes constitutionnels applicables, soit qu'elle crée un risque qu'une telle atteinte se produise sans permettre aux autorités compétentes de le prévenir efficacement. Il en va ainsi, par exemple, d'une loi qui, dans un but de lutte contre le négationnisme, en vient à réprimer « *la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes [que le législateur] aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels* », ce qui constitue « *une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication* »⁹⁴³. Les conséquences pour le juge judiciaire ne sont pas problématiques, les

943 Cons. const., décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, §6 : *D. actu.*, 1er mars 2012, obs. LAVRIC ; *D.* 2012, p. 987, note ROUX ; *JCP G.* 2012, n° 425, note LEVADE et MATHIEU ; *ibid.*, n° 307, Libres propos, note TERRÉ ; *Gaz. Pal.* 2012, 1. 808, note AMSON ; *RSC* 2012, p. 179, obs. FRANCILLON ; *ibid.*, 2013, p. 436, obs. DE LAMY ; *AJDA* 2012, p. 411, obs.

difficultés éventuelles tenant plutôt à des questions de droit transitoire. Inversement, le Conseil peut, au terme d'un contrôle de proportionnalité, déclarer que la disposition contrôlée n'est pas contraire à la Constitution. Cette déclaration signifie soit que le risque que des atteintes disproportionnées se produisent est inexistant ou négligeable, soit que la prévention de ces atteintes relève de la compétence des autorités administratives ou judiciaires. Tel est le cas d'une loi qui, au contraire de la précédente, incrimine « *exclusivement la contestation de l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale, qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale* » et dont les dispositions n'ont « *ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques* »⁹⁴⁴. Dans un tel cas, à nouveau, aucun tempérament ou exception fondé sur la proportionnalité n'intervient. Le juge pénal appliquera la loi sans réserve, sauf à ce que soit invoqué un grief tiré de la violation d'une norme internationale directement applicable, ou de l'existence d'un débat historique auquel la répression pénale porterait atteinte.

583. Toutefois le Conseil envisage également des cas intermédiaires, dans lesquels le risque d'atteintes disproportionnées est présent mais peut être prévenu au moyen d'une réserve d'interprétation. Dans une décision du 7 octobre 2010, concernant l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public, le Conseil estime ainsi que le législateur a « *adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui [n'était] pas manifestement disproportionnée* », mais il indique que l'interdiction « *ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public* »⁹⁴⁵. Le texte peut être promulgué, mais il reçoit une exception qui résulte du contrôle de proportionnalité effectué par le Conseil. La technique est parfois utilisée, comme dans ce cas, pour procéder à un rappel de principe ou souligner l'importance d'un tempérament déjà prévu par la loi déferée. Toutefois la réserve peut également revêtir une portée plus technique, comme l'illustrent plusieurs passages de la décision du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*⁹⁴⁶. La loi déferée aménage par exemple la possibilité, dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate, de regrouper à la même date d'audience le jugement de poursuites multiples intentées contre la même personne. Le Conseil constitutionnel observe que ce regroupement « *peut avoir pour effet de diminuer le temps restant à courir avant la date des audiences initialement prévues pour chacune des poursuites* ». Or « *si le prévenu peut, en vertu de l'article 397-1 du code de procédure pénale, refuser d'être jugé immédiatement et obtenir un renvoi de l'audience [...], en revanche le tribunal peut, sur le fondement de l'article 397-3 du même code, le placer en détention provisoire.* » Comme le relève très justement le Conseil, une application trop rigide de ces dispositions peut mener à ce que le prévenu n'ait plus le choix qu'entre une audience unique à la date prévue pour la comparution immédiate et une audience unique à une date

GRAND ; *ibid.*, p. 1406, note MACAYA et VERPEAUX ; *Dr. pénal* 2012, Chron. 5, obs. MOUYSSET.

944 Cons. const., décision n° 2015-512 QPC du 8 janv. 2016, *M. Vincent R. [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité]*, §8 : *D. actu.*, 1^{er} févr. 2016, obs. LAVRIC ; *D.* 2017, Pan. 1328, obs. JACQUINOT et VAILLANT ; *RSC* 2016, p. 81, obs. FRANCILLON ; *D.* 2016, p. 76, obs. WACHSMANN ; *ibid.*, p. 521, obs. PERRIER et RASCHEL ; *ibid.*, Pan. 2424, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *AJ Pénal* 2016, p. 205, obs. ROUX-DEMARE.

945 Cons. const., décision n° 2010-613 DC du 7 oct. 2010, § : *JCP G.* 2010, n° 1018, note MATHIEU.

946 Cons. const., décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* : *D. actu.*, 25 mars 2019, obs. JANUEL ; *ibid.*, obs. COUSTET.

ultérieure. Son refus d'être jugé à brève échéance pour le tout pourrait donc mener à un placement en détention provisoire qui n'aurait pas été nécessaire en dehors d'un tel regroupement des poursuites. Pour prévenir cet écueil, le Conseil indique que « *les dispositions contestées ne sauraient dès lors, sans méconnaître les droits de la défense, priver le tribunal correctionnel, dans ce cas, de la possibilité de renvoyer les seules affaires pour lesquelles le prévenu ne consent pas à être jugé séance tenante ou qui n'apparaissent pas au tribunal en l'état d'être jugées.* »⁹⁴⁷ Cette technique est doublement proportionnaliste. D'une part, la méthode d'examen consiste à rechercher la part d'excès au sein d'une mesure qui, dans son principe, repose sur un fondement légitime – ici, « *l'intérêt d'une bonne administration de la justice* ». D'autre part, la solution n'est pas la primauté absolue d'un principe sur l'autre, mais une voie intermédiaire, un entre-deux dégagé par le juge de la constitutionnalité. Cela reflète l'idée selon laquelle le raisonnement en proportionnalité s'inscrit, substantiellement mais aussi formellement, dans une logique d'optimisation.

584. L'usage de la réserve d'interprétation par le Conseil constitutionnel, s'il l'amène bien à relever des exceptions de proportionnalité, ne paraît pas susceptible de conduire le juge pénal à en dégager lui-même. En effet, lorsque, comme dans l'exemple tiré de la décision du 21 mars 2019, la loi déferée crée une obligation à l'égard du juge qui, dans certaines situations, peut être contraint à adopter une mesure disproportionnée, le Conseil établit lui-même l'exception qu'il estime adaptée. La réserve d'interprétation ne mène ainsi pas le juge ordinaire à exercer lui-même un contrôle de proportionnalité sur sa propre obligation. Inversement, lorsque la loi n'établit à l'égard du juge pénal qu'une autorisation et que le risque d'atteintes disproportionnées aux libertés relève davantage de la casuistique, la réserve d'interprétation encadre l'exercice de la discrétion judiciaire. Le contrôle de proportionnalité susceptible d'être exercé par le juge ordinaire intervient donc dans un champ que, par hypothèse, la loi confie déjà à son appréciation. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le Conseil précise qu'il appartient « *à la juridiction régionale de la rétention de sûreté de vérifier que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre* », afin de s'assurer que la contrainte postérieure à l'exécution de la peine est bien une solution de dernier recours avant de la mettre en œuvre⁹⁴⁸. Le caractère général et semi-abstrait du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est dans ce domaine un atout, en ce qu'il facilite la distinction entre ce qui relève du contrôle de la loi et ce qui relève de son application.

585. Les exceptions de proportionnalité interviennent également dans le domaine de la Convention européenne des droits de l'homme et dans la jurisprudence de la Cour. La Convention prévoit en effet, pour les droits soumis à limitations, que les restrictions qui peuvent leur être apportées doivent être à la fois légales et nécessaires au regard des buts légitimes envisagés par le texte. **C'est dire que, dans le domaine de ces droits, le constat de l'absence de nécessité**

947 Cons. const., déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, préc., §284.

948 Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, §21 : D. 2008, Pan. 2035, obs. BERNAUD et GAY ; *ibid.* 2009, Pan. 125, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Gaz. Pal.* 2008, 1. 391 ; RSC 2009, p. 166, obs. DE LAMY ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll.« Grands arrêts », 2018, p. 849.

d'une atteinte fera toujours obstacle à l'application de la loi qui la prévoit. La Cour, quant à elle, exerce un contrôle concret et spécial des situations, mais son interprétation de la Convention l'amène fréquemment à exposer des principes généraux, dont elle peut dégager des systèmes de règles et d'exception fondées sur la proportionnalité.

586. L'arrêt *K.A. et A.D. contre Belgique* en fournit un exemple frappant. Était en cause la répression de pratiques sadomasochistes qui avaient dégénéré au-delà des limites fixées par les participants. Les requérants se fondaient sur le consentement initial de la victime des violences pour soutenir que leur condamnation constituait une ingérence disproportionnée dans leur droit à la vie privée. La Cour estime d'abord que « *les poursuites et la condamnation pour coups et blessures visaient la protection “des droits et libertés d'autrui” dans la mesure où les juridictions nationales ont mis en cause, en l'espèce, la question du consentement de la “victime”* », ainsi que la « *“protection de la santé”* »⁹⁴⁹. Elle s'interroge ensuite sur la valeur théorique d'un tel consentement et indique, à titre général, que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »⁹⁵⁰. La problématique est, pour elle, analogue à celle étudiée dans l'affaire *Pretty contre Royaume-Uni* : « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne* »⁹⁵¹. Le parallèle est remarquable en ce que l'arrêt *Pretty* concernait la question du droit au suicide, c'est-à-dire du droit revendiqué par la victime potentielle à subir l'infraction si elle le désire. Dans l'affaire *K.A. et A.D.*, au contraire, la victime des violences n'était partie à la procédure ni devant les juridictions nationales, ni devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour reconnaît ainsi la possibilité que se produise, dans un tel contexte, une atteinte aux droits de la victime du fait des poursuites exercées contre les auteurs des faits. La même mesure doit donc être à la fois analysée comme réglant un conflit de droits entre les différents participants et comme la source d'une possible atteinte interpersonnelle⁹⁵² à ces mêmes droits. La complexité de cette configuration appelle une solution nuancée. En premier lieu, la Cour affirme qu'il résulte de ces considérations « *que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des “raisons particulièrement graves” pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité* »⁹⁵³, ce qui vaut tant à l'égard des auteurs que de la victime des actes perpétrés. En second lieu, « *si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la “victime” de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa*

949 CEDH (1^{ère} s.), 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n^{os} 42758/98 et 45558/99, §81.

950 *Ibid.*, §83.

951 *Ibid.*, §83, citant CEDH (4^e s.), 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n^o 2346/02, §66 : *JCP G.*, 2003, II, 10062, note GIRAULT ; *ibid.*, 2003, I, 132, n^o 23, obs. BYK ; *Gaz. Pal.* 2002, 2, 1407, note PETTITI ; *RSC* 2002, p. 645, obs. MASSIAS ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. HAUSER ; *ibid.*, p. 858, obs. RAYNARD.

952 Sur la notion d'atteinte interpersonnelle et certaines des difficultés qu'elle implique, v. *supra* : Chapitre 1, Section 2, §1, II., C., 1.

953 CEDH, (1^{ère} s.), 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, préc., §84.

sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect »⁹⁵⁴.

587. La Cour conclut, en raison des circonstances de l'espèce, à la non-violation de l'article 8 de la Convention. Sa motivation établit toutefois une série de critères de contrôle qui pourraient être repris par les juges nationaux pour exclure la répression dans des cas moins extrêmes. La règle suivant laquelle les auteurs de violences doivent être condamnés pénalement (sur le fondement, par exemple, de l'article 222-13, 4^o ter du Code pénal) en vue de la protection des libertés d'autrui et de la sauvegarde de la santé publique trouverait ainsi une exception dans les actes librement consentis par la victime. Cette exception ne vaudrait elle-même que sous réserve du respect par l'ensemble des participants des limites de ce consentement et à la condition qu'il constitue bien, pour la victime, un exercice de son droit à l'autonomie. La Cour laisse toutefois à la charge des juges nationaux de déterminer comment ils comptent intégrer ces critères à leur propre raisonnement. Une première approche consisterait à traiter ces éléments comme des exceptions directement applicables en droit interne, par simple syllogisme. Selon une seconde approche, les principes dégagés par la Cour devraient jouer comme des contrepoids, des correctifs pour un contrôle de proportionnalité que tout juge serait invité à mettre en œuvre dans les cas comparables. Le choix opéré entre ces deux options est essentiel, car il tient au point de savoir dans quelle mesure le juge judiciaire peut dégager lui-même des exceptions de proportionnalité à l'application de la loi.

B. L'exception appliquée par le juge judiciaire

588. Placé devant une disposition impérative, le juge judiciaire se trouve dans une position délicate. L'arrêt *K.A. et A.D.*, s'il concerne une situation concrète très marginale, soulève en revanche des questions essentielles du point de vue méthodologique. D'une part, la Convention est d'application directe en droit interne et le juge judiciaire en est, en matière pénale, le juge ordinaire. Il est compétent, le cas échéant pour écarter l'application de la loi qui serait incompatible avec le droit conventionnel. D'autre part, toute condamnation, quelle que soit l'incrimination sur laquelle elle se fonde, peut être considérée comme une atteinte aux libertés et, souvent, comme une atteinte à l'un ou plusieurs des droits protégés par la Convention. Par conséquent rien ne s'oppose *a priori* à ce qu'une personne poursuivie tire argument du caractère disproportionné d'une telle atteinte pour échapper à la répression.

589. La question est déjà ancienne, comme l'est la réponse de la jurisprudence. La Chambre criminelle avait ainsi, dans des arrêts des 16 janvier et 4 septembre 2001, écarté l'application d'incriminations relatives au droit de la presse au terme d'un contrôle de proportionnalité⁹⁵⁵. Toutefois, plutôt que d'apprécier les situations au cas-par-cas, elle préférerait alors emprunter au Conseil constitutionnel la technique du contrôle abstrait. Ce n'était pas l'application de la règle à

954 *Ibid.*, §85.

955 Cass. Crim., 16 janv. 2001, n° 00-83.608 : *Bull. Crim.*, n° 10 ; *D.* 2001, p. 1067, note RENUCCI ; *ibid.*, p. 2346, note DE LAMY. Cass. Crim., 4 sept. 2001, n° 00-85.329 : *Bull. Crim.*, n° 170 ; *D.* 2002, Somm. 1794, obs. DE LAMY ; *JCP G.* 2001, II. 10623, concl. COMMARET et note LEPAGE ; *Gaz. Pal.* 2001, 2. 1874, note MONNET ; *ibid.* 2002, 1. 47, note BARBRY et GROSS ; *Dr. pénal* 2002, n° 31, obs. ROBERT ; *RSC* 2002, p. 95, obs. BOULOC ; *ibid.*, p. 125, obs. FRANCILLON ; *RTD civ.* 2002, p. 181, obs. LIBCHABER.

l'espèce qui causait une atteinte disproportionnée aux libertés du prévenu, c'était la loi qui, en raison de sa trop grande généralité⁹⁵⁶ ou de son absence de nécessité⁹⁵⁷, était « incompatible avec les dispositions conventionnelles » et ne pouvait trouver application. La jurisprudence ultérieure a continué d'user de cette technique⁹⁵⁸, le contrôle de proportionnalité n'étant donc qu'une des modalités de résolution d'un problème abstrait de hiérarchie des normes. Le 5 mars 2013, la Chambre criminelle a ainsi jugé que « si l'article 9 de la Convention [...] garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; que tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage »⁹⁵⁹. Les circonstances de la cause, encore une fois, importaient peu.

590. Par la suite, le mouvement de réforme qui anime depuis 2013 la Cour de cassation a mené à une « concrétisation des contrôles de la loi »⁹⁶⁰, similaire à celle qu'a connue dans le même temps le Conseil d'État⁹⁶¹. Cette évolution a été particulièrement remarquée en matière civile⁹⁶², où la Cour contrôle bien désormais la proportionnalité de la mesure à appliquer concrètement, plutôt que celle de la disposition abstraitement applicable. Dans le domaine du droit pénal, en revanche, la proportionnalité s'est surtout illustrée comme un moyen d'encadrement des compétences

956 Cass. Crim., 16 janv. 2001, préc.

957 Cass. Crim., 4 sept. 2001, préc.

958 V. par exemple Cass. Crim., 8 juin 2004, n° 03-87.584 : *Bull. Crim.*, n° 156 ; *D.* 2004, Inf. Rap., 2011 ; *RSC* 2004, p. 967, obs. RENUCCI ; *JCP G.* 2005, I. 143, obs. DE LAMY ; *ibid.* 2006, II. 10006, note ANDRÉ ; *Gaz. Pal.* 2005, 1. 621, obs. MONNET.

959 Cass. Crim., 5 mars 2013, n° 12-80.891 : *Bull. Crim.*, n° 54 ; *D.* 2013, Actu. 710 ; *AJ pénal* 2013, p. 400, obs. DE COMBLES DE NAYVES ; *Dr. pénal* 2013, n° 70, obs. VÉRON ; *ibid.*, n° 85, obs. BONIS-GARÇON ; *Gaz. Pal.* 2013, 1. 1732, obs. DETRAZ.

960 J. BONNET et A. ROBOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821 ; J. PRÉVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à la jurisprudence Gonzalez-Gomez », *RFDA*, 2017, p. 855 ; P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, p. 578.

961 CE, 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, Lebon, p. 208, concl. BRETONNEAU ; *AJDA* 2016, p. 1092 ; *ibid.*, p. 1398, chron. DUTHEILLET DE LAMOTHE et ODINET ; *D.* 2016, p. 1470, obs. DE MONTECLER ; *ibid.*, p. 1472, note FULCHIRON ; *ibid.*, p. 1477, note HAFTEL ; *ibid.*, 2017, p. 729, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, p. 781, obs. GALLOUX et GAUMONT-PRAT ; *ibid.*, p. 935, obs. RÉGINE ; *ibid.*, p. 1011, obs. GAUDEMET-TALLON et JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2016, p. 439, obs. SIFFREIN-BLANC ; *ibid.*, p. 360, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *RFDA* 2016, p. 740, concl. BRETONNEAU ; *ibid.*, p. 754, note DELVOLVÉ ; *RTD civ.* 2016, p. 578, obs. DEUMIER ; *ibid.*, p. 600, obs. HAUSER ; *ibid.*, p. 802, obs. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 834, obs. HAUSER ; *RTD eur.* 2017, p. 319, obs. RITLÉNG ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 24, note AFROUKH ; *ibid.*, n° 27, p. 16, note LE MAIGAT ; *ibid.*, n° 28, p. 29, note GUYOMAR ; *JCP G.* 2016, n° 864, note VAUTHIER et VIALLA ; *Dr. adm.* 2016, Repère 7, obs. STAHL ; *Dr. fam.* 2016, Étude 15, obs. BINET ; *ibid.*, n° 178, note VESSAUD.

962 Cass. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *Bull. Civ. I*, n° 234 ; *D.* 2014, p. 179, note CHÉNÉDÉ ; *ibid.*, p. 153, note FULCHIRON ; *ibid.*, p. 1342, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. THOURET ; *ibid.*, 2013, p. 663, note CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. HAUSER ; *ibid.*, p. 307, obs. MARGUÉNAUD. Cass. Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 : *D.* 2015, p. 2365, note FULCHIRON ; *RTD civ.* 2015, p. 596, obs. HAUSER ; *ibid.*, p. 825, obs. MARGUÉNAUD. Cass. Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23.612 : *Bull. Civ. III*, n° 293 ; *D.* 2015, p. 2423, note DUBOIS ; *ibid.*, 2016, p. 566, obs. MEKKI ; *ibid.*, p. 1779, obs. NEYRET et REBOUL-MAUPIN ; *RDI* 2016, p. 27, obs. TOMASIN ; *RTD civ.* 2016, p. 107, obs. BARBIER ; *ibid.*, p. 140, obs. GAUTIER ; *RDC* 2016, p. 214, note STOFFEL-MUNCK. Cass. Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095 : *AJDI* 2016, p. 667, note ZITOUNI ; *RDI* 2016, p. 100, obs. SOLER-COUTEAUX ; *AJCT* 2016, p. 283, obs. PÉCHILLON ; *RTD civ.* 2016, p. 398, obs. DROSS ; *ibid.*, p. 449, obs. CAYROL.

discrétionnaires, ainsi qu'il a été exposé au cours des développements précédents. Elle a donc avant tout servi d'instrument d'interprétation conforme, plutôt que de modèle de contrôle du contenu de la loi. Toutefois, il ne fait pas de doute que la Chambre criminelle sera à nouveau amenée à se prononcer sur la nécessité de certaines incriminations ou sur la proportionnalité de peines obligatoires.

591. Or un écueil, déjà présent dans le cadre d'un contrôle abstrait de conventionnalité, réapparaît avec des paramètres différents lorsque le contrôle concret est envisagé. **Si l'on admet que le contrôle de proportionnalité porte sur l'opportunité de la mesure à adopter, alors le contrôle de proportionnalité d'une mesure imposée par la loi porte nécessairement, en partie, sur l'opportunité de la solution adoptée par le législateur.** Le risque est donc présent que, sous couvert de technique juridique, de véritables choix de politique criminelle soient remis en cause par le juge supposé les mettre en œuvre. Certains commentateurs des arrêts de 2001 parlaient déjà « d'affront[s] à la volonté des représentants du peuple »⁹⁶³ ou mentionnaient, même pour mieux la relativiser, la menace d'un « retour de l'arbitraire judiciaire »⁹⁶⁴ ou d'une « grande insécurité juridique »⁹⁶⁵. Ces critiques ont en quelque sorte trouvé un écho dans celles adressées aux chambres civiles de la Cour depuis 2013⁹⁶⁶.

592. Lorsque la Chambre criminelle a développé sa pratique du contrôle abstrait, les craintes ainsi exprimées étaient tempérées par plusieurs arguments. En premier lieu, le contrôle était protecteur. Son objet étant uniquement d'écarter des incriminations, les personnes mises en cause bénéficieraient « d'un double rempart : celui du législateur et celui du juge »⁹⁶⁷. En second lieu, l'insécurité juridique susceptible d'en résulter affecterait les autorités publiques et non les justiciables. Il est possible d'ajouter, rétrospectivement, que le risque était d'autant moins important que le contrôle demeurait abstrait. N'ayant le choix que d'appliquer une disposition ou de l'écarter totalement pour l'avenir, le juge était incité à n'user de cette faculté que pour les incriminations les plus manifestement dépourvues de nécessité.

593. Or la configuration est très différente dès lors que c'est un contrôle concret qui est envisagé. **Si le juge, à partir de considérations d'espèce, peut écarter l'application de la loi dans une situation, tout en conservant la possibilité de l'appliquer à d'autres, son contrôle est voué à devenir à la fois plus précis et plus systématique.** La possibilité s'ouvre à lui de dégager de nouvelles exceptions de proportionnalité en fonction des nécessités des espèces, ce qui devrait permettre d'écarter la répression dans des cas plus nombreux qu'auparavant. Il paraît, par exemple,

963 J.-H. ROBERT, « Et de quatre lois inconvenantes », *Dr. pénal*, 2002, comm. 31.

964 G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pénal*, décembre 2003, chron. 34.

965 J. FRANCILLON, « Publication de sondages d'opinion sur internet dans la semaine précédant le scrutin : encore une loi française abrogée judiciairement », *RSC*, 2002, p. 125.

966 A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137 ; F. CHENEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796 ; P.-Y. GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G.*, 15 février 2016, n° 7, p. n° 189 ; H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 1376 ; J. HAUSER, « Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu », *RTD Civ.*, 2016, p. 831.

967 G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *op. cit.*

incongru d'imaginer un juge correctionnel déclarant l'article 222-13, 4° ter du Code pénal « incompatible avec les dispositions conventionnelles » au motif que ce texte incriminerait, entre autres, les actes sadomasochistes librement consentis. Il semble déjà moins choquant d'admettre que le même juge puisse écarter simplement l'application de ce texte à un cas d'espèce, parce que la condamnation, même assortie d'une dispense de peine et d'inscription au casier judiciaire, constituerait une ingérence disproportionnée dans le droit des participants au respect de leur vie privée. Toutefois, même si le contrôle se fait essentiellement *in favorem*, le problème demeure. Pour l'exercer, le juge doit apprécier à quelles fins l'incrimination ou la peine obligatoire a été établie et dans quelle mesure ces fins en justifient l'application. Il détermine, autrement dit, si les faits dont il a à connaître devraient bien être incriminés, s'il est bien « nécessaire dans une société démocratique » qu'ils mènent à une déclaration de culpabilité ou à une peine. Or non seulement ces questions ont déjà été tranchées par le législateur, mais elles peuvent en outre renvoyer à des considérations d'ordre social, moral et politique, sur lesquelles il n'appartient pas au juge de se prononcer⁹⁶⁸.

594. À cela s'ajoute que le droit criminel repose aussi, pour une partie croissante, sur un arbitrage entre intérêts privés. **Or lorsque le législateur établit un point d'équilibre entre deux droits subjectifs, le contrôle de proportionnalité qui vise à protéger l'un ne peut le faire qu'au détriment de la protection de l'autre. Lorsque, de plus, cet équilibre est fixé par une disposition catégorique, le juge qui en écarte l'application renverse nécessairement l'arbitrage des droits voulu par le législateur, pour y substituer sa propre appréciation.** La situation est d'autant plus problématique que l'une des parties, la victime, est susceptible de faire intervenir le contrôle de proportionnalité en faveur de la répression. Quelle doit être la réponse du juge proportionnaliste lorsque, par exemple, une victime d'infraction sexuelle exige la tenue d'un procès pénal après écoulement du délai de prescription de l'action publique, en indiquant que l'absence de poursuites porterait une atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée ? La première chambre civile a, après tout, déjà admis que l'on combatte la prescription par la proportionnalité au sujet d'une action en reconnaissance de paternité⁹⁶⁹. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît également, sous le versant positif du droit au respect de la vie privée, un droit à une procédure pénale efficace qui concerne non seulement le viol⁹⁷⁰, mais également d'autres atteintes graves à l'intimité⁹⁷¹. Comment donc répondre à la demande qui tendrait au rejet du moyen de défense tiré de l'extinction de l'action publique à raison de la gravité des faits et du préjudice subi par la victime ? Il est possible de supposer que tout juge raisonnable refuserait de faire droit à un tel argumentaire, mais cela revient à ne reconnaître comme limite au contrôle que le *self-restraint* judiciaire. Une pratique proportionnaliste cohérente devrait au contraire offrir aux

968 Rapp. P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754 : le contrôle concret de conventionnalité « substitue le juge au législateur : il se met à sa place pour régler un cas particulier auquel il n'a pas pensé [...]. Mais qui dit que le législateur, s'il y avait pensé, aurait pris la même solution que celle que le juge a cru devoir adopter ? Qui dit que la règle générale n'a pas englobé le cas particulier ? » V. également J. BONNET et A. ROBOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *op. cit.*

969 Cass. Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790, préc.

970 CEDH (1^{ère} s.), 4 déc. 2003, *M. C. c/ Bulgarie*, req. n° 39272/98 : *JCP G.* 2004, I. 107, chron. SUDRE ; *RSC* 2004, p. 441, obs. MASSIAS ; *RTD Civ.* 2004, p. 364, obs. MARGUÉNAUD ; *RDP* 2004, p. 803.

971 CEDH (4^e s.), 2 déc. 2008, *K.U. c/ Finlande*, req. n° 2872/02. V. *supra*, 173.

justiciables comme aux autorités publiques un certain degré de prévisibilité quant au cadre d'intervention du contrôle. Les développements qui suivent viseront à dégager certains critères généraux susceptibles de servir à cette délimitation.

595. Le juge n'a, tout d'abord, pas besoin de s'abstenir si son contrôle ne remet pas en cause l'opportunité de la loi. Certes, le contrôle de la proportionnalité concrète du prononcé d'une mesure légale passe toujours, par définition, par certaines étapes communes. Le juge interroge d'abord la finalité de la mesure considérée, ce qui le renvoie, le cas échéant, aux finalités envisagées par le législateur. Il compare ensuite ces finalités aux circonstances de l'espèce. Il s'interroge, de même, sur l'équilibre de valeurs à préserver, ce qu'éclaire nécessairement celui qu'a entendu établir le législateur. Toutefois, dans la majorité des cas, cette recherche de l'intention du législateur n'implique pas que le juge examine le bien-fondé de la loi, la proportionnalité de la décision de légiférer en un sens plutôt qu'en un autre. Dans les hypothèses, exposées précédemment, où la mesure envisagée est soit permise sans être imposée, soit assortie d'une exception de proportionnalité de même valeur, il n'y a pas de contrôle de proportionnalité de la disposition applicable. L'esprit de la loi est seulement sondé aux fins d'établir si la mesure envisagée est bien proportionnée ou, le cas échéant, si les conditions relatives à l'exception prévue sont réunies. En ce qui concerne la loi, c'est tout au plus une opération d'interprétation téléologique. Il en va de même lorsque la règle catégorique ne constitue qu'une des interprétations raisonnablement envisageables du texte légal, lorsqu'elle trouve sa source première dans une construction jurisprudentielle. La troisième chambre civile, dans un arrêt du 15 octobre 2015⁹⁷², a ainsi usé de la proportionnalité pour tempérer sa propre jurisprudence⁹⁷³ en ce qui concernait les conséquences de l'annulation d'un contrat de construction de maison individuelle partiellement exécuté⁹⁷⁴. L'hypothèse est plus rare en matière pénale, où l'interprétation stricte demeure la règle. Elle pourrait toutefois se présenter dans certains contentieux, par exemple pour un prévenu qui invoquerait le bénéfice de la rétroactivité *in mitius* concernant une infraction pour laquelle la Chambre criminelle l'écarte habituellement⁹⁷⁵.

972 Cass. Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, préc.

973 Cass. Civ. 3^e, 26 juin 2013, n° 12-18.121 : *Bull. Civ. III*, n° 83 ; *D.* 2013, p. 1685 ; *RDI* 2013, p. 474, obs. GARCIA et VENNETIER ; *Constr.-Urb.* 2013, n° 126, comm. SIZAIRE ; *JCP G.* 2013, n° 974, obs. SERINET.

974 En l'espèce les juges du fond avaient, conformément à la règle dégagée dans l'arrêt du 26 juin 2013, condamné le constructeur à la destruction sans indemnité de la partie de l'ouvrage déjà construite et au paiement de dommages et intérêts envers le maître d'ouvrage. La Cour de cassation leur a reproché de ne pas s'être assurés de prononcer « une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités ». Il ne s'agissait là de remettre en question ni les règles tirées du Code de la construction et de l'habitation qui fondaient la nullité, ni celle, plus générale, qui fait découler de cette nullité le retour au *statu quo ante*. La question était plus spécifiquement celle des modalités de cette remise des parties en l'état antérieur à la convention, point qui ne faisait alors l'objet d'aucune disposition légale spécifique. Il n'a d'ailleurs pas été tranché par l'ordonnance du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (*JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26), intervenue postérieurement à l'arrêt.

975 La jurisprudence semble en effet admettre certaines exceptions à l'application immédiate des lois pénales plus douces, lorsque la succession rapide des législations risque d'encourager une délinquance opportuniste comptant sur l'impunité ainsi obtenue. C'est donc un argument de nécessité qui semble justifier cette jurisprudence, et la démonstration de l'absence d'une telle nécessité pourrait mener à l'écartier. X. PIN, *Droit pénal général*, 10^e éd., Dalloz, 2019, p. 124-131 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017, p. 164-167 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 1366-1371.

596. Ensuite, les avancées proportionnalistes récentes s'inscrivent dans une perspective commune : celle de « la construction progressive d'une doctrine de la proportionnalité »⁹⁷⁶, laquelle ne peut être séparée de son contexte européen. Pour M. Marguénaud⁹⁷⁷, l'adoption du contrôle de proportionnalité constitue avant tout une continuation de la jurisprudence d'assemblée plénière du 15 avril 2011⁹⁷⁸, selon laquelle les États parties à la Convention « sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». Les arrêts de la première chambre civile des 4 décembre 2013 et 10 juin 2015 concernaient en effet des espèces très similaires à des cas dans lesquels la Cour de Strasbourg avait déjà rendu des constats de violation⁹⁷⁹. En ce sens, la méthode adoptée par la Cour de cassation viserait avant tout, pour elle, à mieux se conformer à l'autorité de chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Cela paraît cohérent avec les déclarations faites à ce sujet par les hauts magistrats⁹⁸⁰ ou, à l'occasion des audiences de rentrée solennelle de la Cour européenne, par les représentants du gouvernement français⁹⁸¹.

597. Toutefois la Cour européenne des droits de l'homme n'exige pas des autorités internes qu'elles raisonnent en proportionnalité, mais seulement qu'elles apportent aux droits garantis par la Convention une protection substantielle effective⁹⁸². Le contrôle de proportionnalité constitue seulement une méthode qu'elle privilégie, dans le cadre de sa propre activité juridictionnelle, pour apprécier l'effectivité concrète de cette protection⁹⁸³. Or, le succès de l'instrument est en grande

976 *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Cour de cassation, 2017, p. 158 et s.

977 J.-P. MARGUÉNAUD, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD Civ.*, 2014, p. 307.

978 Cass., ass. plén., 15 avr. 2011 (4 arrêts), n° 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 : *D.* 2011, Actu. 1080 ; *ibid.* 2011, p. 1128, note ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1713, obs. BERNAUD et GAY ; *Constitutions* 2011, p. 326, obs. LEVADE ; *RSC* 2011, p. 410, obs. GIUDICELLI ; *RTD civ.* 2011, p. 725, obs. MARGUÉNAUD ; *D. actu.* 19 avr. 2011, obs. LAVRIC ; *AJ Pénal* 2011, p. 311, obs. MAURO ; *Dr. pénal* 2011, n° 72, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, n° 84, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *ibid.* 2012, Chron. 1, obs. GEORGET ; *JCP G.* 2011, n° 214, note LEROY.

979 CEDH (4^e s.), 13 sept. 2005, *B. and L. v. The United Kingdom*, n° 36536/02 : *D.* 2006, Pan. 1418, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *JCP G.* 2006, I. 109, n° 11, obs. SUDRE ; *Dr. fam.* 2005, n° 234, note GOUTTENOIRE et LAMARCHE ; *RTD civ.* 2005, p. 735, obs. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 758, obs. HAUSER ; *JDI* 2006, p. 1155, obs. S. M. CEDH (5^e s.), 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08 : *D.* 2012, p. 1432, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2011, p. 429, obs. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2011, p. 526, obs. HAUSER ; *RJPF* 2012-10/41, note GARÉ.

980 B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326 ; B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 19 octobre 2015, vol. 43, n° 1122, entretien, p. 1906-1912 ; P. CHAUVIN et C. KLEITZ, « Contrôle de proportionnalité : "Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne" », *Gaz. Pal.*, 6 décembre 2016, n° 281w8, p. 10.

981 V. le discours prononcé par Mme Dati, Garde des Sceaux, ministre de la justice à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, le 30 janvier 2009, *Rapport annuel 2009*, Strasbourg, Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, 2010, p. 47 ; ainsi que celui prononcé par Mme Taubira, Garde des Sceaux, ministre de la justice, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire du 25 janvier 2013 : *Rapport annuel 2013*, Strasbourg, Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, 2014, p. 33.

982 V. *supra*, p. 155.

983 V. à ce propos CEDH (Gr. Ch.), 22 avr. 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. n° 48876/08, §108 : « pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, la Cour doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure. La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente. Il y a lieu également de tenir compte du risque d'abus que peut emporter l'assouplissement d'une mesure générale, ce risque étant un facteur qu'il appartient avant tout à l'Etat

partie dû à son contexte d'utilisation. La Cour n'est ni un quatrième degré de juridiction, ni un juge de la conventionnalité du droit interne, lequel ne constitue jamais pour elle qu'un élément du litige, ainsi que le reflète la structure de ses arrêts. Elle ne se prononce pas en termes de conflit de normes nationales et conventionnelles, mais en termes de respect concret des droits à un niveau casuistique. Le contrôle de proportionnalité est adapté à cette activité parce qu'il constitue lui-même une méthode de décision au cas-par-cas qui vise à favoriser un traitement circonstancié des situations. Inversement, il n'est idéalement qu'une forme argumentaire, une structure de raisonnement qui se voudrait axiologiquement neutre⁹⁸⁴. C'est dire que le raisonnement en proportionnalité tenu par la Cour, que ce soit ou non dans un arrêt d'espèce, ne peut être revêtu que d'une autorité de chose interprétée très limitée, dès lors que le général et le particulier s'y confondent nécessairement⁹⁸⁵. En revanche, la mise en œuvre de ce contrôle repose elle-même sur une interprétation préalable de la Convention, qui détermine dans quelle mesure un conflit peut être relevé, quels sont les principes en jeu et dans quelle mesure ils sont impliqués. Symétriquement, le contrôle de proportionnalité débouche sur une solution que la Cour élève parfois elle-même, par induction, à un niveau plus général, sous la forme de critères essentiels ou d'*obiter dicta* qui ne dépendent plus directement des circonstances particulières de la cause. Ce sont ces considérations de principe et ces critères généraux de conformité, avant toute autre partie des arrêts de la Cour, qui sont les plus adéquats pour servir de directives à l'usage des juridictions internes.

598. Par exemple, dans l'arrêt *K.A. et A.D.*, la Cour énonce un certain nombre de critères qui peuvent être détachés des circonstances pour servir au jugement d'affaires similaires. Le droit pénal ne peut ainsi, « *en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus* »⁹⁸⁶. Au titre des « *raisons particulièrement graves* » qui peuvent, par exception, justifier une telle intervention, la Cour relève notamment que « *si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit*

d'apprécier. La Cour a déjà jugé qu'une mesure générale était un moyen plus pratique pour parvenir à l'objectif légitime visé qu'une disposition permettant un examen au cas par cas, pareil système étant de nature à engendrer un risque non négligeable d'incertitude, de litiges, de frais et de retards ou de discrimination et d'arbitraire. Cela étant, il ressort aussi de la jurisprudence de la Cour que la manière dont une mesure générale a été appliquée aux faits d'une cause donnée permet de se rendre compte de ses répercussions pratiques et est donc pertinente pour l'appréciation de sa proportionnalité, de sorte qu'elle demeure un facteur important à prendre en compte ». Outre l'insistance de la Cour sur l'utilité des règles générales (et catégoriques), qu'il ne s'agit pas pour elle de remettre en cause, il importe de relever ici qu'elle décrit uniquement sa propre méthode de contrôle de proportionnalité, et non une hypothétique méthode dont elle prescrirait l'adoption par les juridictions nationales. V. toutefois J.-P. MARGUÉNAUD, « De la juste place européenne de la proportionnalité », *RTD Civ.*, 2016, p. 301.

984 A. BARAK, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, traduit par Doron KALIR, Cambridge University Press., Cambridge, pays multiples, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 489 et s. ; D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004, p. 167 et s. ; contra : B.W. MILLER, « Proportionality's Blind Spot: "Neutrality" and Political Philosophy », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 370-396.

985 V. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit., p. 163 : « Le caractère empirique de l'évaluation que suppose le contrôle de principe de proportionnalité fait obstacle au développement de toute jurisprudence. »

986 CEDH, (1^{ère} s.), 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, préc., §84.

aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect »⁹⁸⁷. Ces éléments sont établis à l'occasion du contrôle de proportionnalité effectué par la Cour, mais ils sont formulés comme des règles catégoriques, qui pourraient être appliquées à des cas voisins sans qu'il soit nécessaire de procéder systématiquement à une nouvelle opération de pesée des intérêts. Ils constituent, autrement dit, une exception susceptible d'application directe, à laquelle un juge interne pourrait se référer pour accepter ou refuser d'écarter l'application de l'incrimination en raison de la primauté du droit conventionnel. Il procéderait ainsi par un raisonnement syllogistique classique, sans pour autant méconnaître l'autorité de chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme ni se prononcer lui-même sur le raisonnement du législateur au fond. Dans l'hypothèse où le même juge conclurait à l'applicabilité de l'incrimination, il serait alors en mesure d'effectuer un véritable contrôle de proportionnalité pour établir l'étendue de la sanction à prononcer dans le champ de sa compétence discrétionnaire. Ce dernier contrôle pourrait lui-même être fondé sur l'article 8 de la Convention et, le cas échéant, sur les critères essentiels dégagés par la Cour.

599. Cette méthode n'est toutefois pas suffisante en présence d'un cas nouveau. Un argument réellement original peut être soulevé devant une juridiction ordinaire, sur un point qui ne fait pas l'objet d'une jurisprudence établie au niveau européen. Dans une telle situation il n'existe pas, au moment du jugement, de solution de référence au fond qui permette d'écarter le contrôle de proportionnalité. En revanche le juge peut parfois avoir recours à une procédure de saisine pour avis. En droit de l'Union, l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit ainsi qu'une juridiction d'un État membre peut demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation des traités, « *si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement* ». Si, comme l'a indiqué la Cour, la première fonction de cette procédure est « *d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union* » pour garantir « *sa cohérence, son plein effet et son autonomie* »⁹⁸⁸, il ne fait pas de doute qu'elle sert également une fonction protectrice à l'égard des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union. Les deux questions transmises ensemble par la Cour de cassation dans l'affaire *Melki*⁹⁸⁹ illustrent parfaitement cette double fonctionnalité. L'une d'entre elles concernait la compatibilité avec le droit de l'Union des dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, qui prévoyaient les contrôles d'identité « Schengen ». Ainsi qu'il a été exposé précédemment⁹⁹⁰, la réponse apportée par la Cour de justice tenait sur un raisonnement proportionnaliste. L'autre question préjudicielle portait sur la technique, alors nouvelle, de la question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de cassation craignait une incompatibilité entre caractère prioritaire de cette procédure et le mécanisme de la question préjudicielle, qui aurait pu être évincé lorsque la même difficulté se présentait simultanément au regard du droit constitutionnel et du droit de l'Union. Elle a, en d'autres termes, saisi la Cour de justice pour résoudre un conflit entre sa compétence liée de droit interne et sa compétence liée de droit européen, en présence d'une

987 *Ibid.*, §85.

988 CJUE (Ass. Plén.), avis n° 2/13 du 18 déc. 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, §176.

989 Cass. QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40.001 : *D.* 2010, p. 1254, note LEVADE ; *ibid.*, p. 1336, note SARGOS ; *AJDA* 2010, p. 1023, note MANIN ; *RSC* 2011, Chron. 466, note AUBERT ; *Dr. pénal* 2010, n° 77, note MARON et HAAS.

990 *V. supra*, p. 260.

incompatibilité qu'elle n'était pas en mesure de trancher elle-même. Elle l'a, en outre, fait pour répondre à une problématique de fond qui devait se résoudre par un contrôle de proportionnalité. Si les deux questions étaient alors séparées, les éléments logiques étaient bien tous présents et rien ne semble s'opposer à ce que la même méthode soit appliquée dans la présente problématique. **Le contrôle de proportionnalité étant présenté comme un instrument de dialogue des juges, il peut sans aucun doute servir cette fonction en complémentarité avec d'autres techniques telles que la saisine pour avis.**

600. Cette complémentarité est manifeste dans l'arrêt d'assemblée plénière du 5 octobre 2018⁹⁹¹, par lequel la Cour de cassation a adressé à la Cour européenne des droits de l'homme la première demande d'avis consultatif en application du Protocole additionnel n° 16 à la Convention. Le protocole, entré en vigueur à l'égard de la France au 1^{er} août 2018 suite à la ratification par dix États parties, prévoit notamment dans son article 1, §1, que « *les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante [...] peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* ». La demande du 5 octobre 2018 concernait la reconnaissance d'actes d'état civil étrangers établis suite à une gestation pour autrui. Comme le rappelait l'assemblée plénière, cette technique est prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, ce qui s'oppose en principe à la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant né d'une gestation pour autrui et ses parents d'intention. Suite à un premier constat de violation prononcé dans la même affaire⁹⁹², la Cour de cassation avait déjà fait évoluer sa jurisprudence sur la question, en admettant la reconnaissance de la paternité du père génétique. Toutefois la règle *Mater semper certa est* s'oppose toujours, selon elle, à ce que la mère d'intention soit également reconnue, ce qui ne lui laisse que l'option d'adopter l'enfant de son époux après reconnaissance de la paternité de celui-ci. Le doute persistait toutefois sur la question de savoir si la Cour européenne des droits de l'homme verrait dans cette solution une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des parents d'intention et des enfants. L'assemblée plénière a donc préféré, plutôt que d'exercer elle-même le contrôle, requérir au préalable l'avis du juge européen. Dans ce cas précis, la mesure soumise au contrôle n'était pas expressément imposée par la loi. Elle résultait de l'appréciation faite par la Cour de cassation de la portée atténuée de l'ordre public international français en matière de filiation et de protection du corps humain. Il ne s'agirait donc pas, le cas échéant, d'écartier l'application d'une disposition légale catégorique, mais de maintenir ou non une règle jurisprudentielle. Toutefois cette règle tire elle-même son autorité des « principes jugés essentiels du droit du for »⁹⁹³ qui, en théorie, seraient violés par la reconnaissance de la situation née

991 Cass. Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053 : *AJ fam.* 2018, p. 613, note SAULIER ; *ibid.*, p. 569, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.*, p. 640 ; *RTD civ.* 2018, p. 847, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP G.* 2018, n° 46, p. 1190, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

992 CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, req. n° 65192/11 : *AJDA* 2014, p. 1763, note BURGORGUE-LARSEN ; *D.* 2014, p. 1797, note CHÉNEDÉ ; *ibid.*, p. 1773, note FULCHIRON et BIDAUD-GARON ; *ibid.*, p. 1787, obs. BONFILS et GOUTTENOIRE ; *ibid.*, p. 1806, note D'AVOUT ; *ibid.*, 2015, p. 1007, obs. A.-D. P. ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. HAFTEL ; *ibid.*, p. 396, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. HAUSER ; *ibid.*, p. 835, obs. MARGUÉNAUD ; *JCP G.* 2014, n° 877, obs. GOUTTENOIRE.

993 P. LAGARDE, « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2018, p. 47 ; V. également Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2013, p. 354.

à l'étranger. Il ne semble donc pas incohérent de considérer l'arrêt du 5 octobre 2018 comme un précédent significatif, favorable à la formation d'autres demandes d'avis, lorsque la loi impose au juge de prononcer une mesure qui peut s'avérer contraire à la Convention.

601. La concrétisation du contrôle de conventionnalité pourrait ainsi être l'occasion d'une redéfinition de ses modalités. Il ne fait pas de doute que le droit conventionnel a vocation à primer tant sur les dispositions légales catégoriques que sur celles qui ouvrent aux autorités publiques un champ de discrétion. Toutefois, dans le premier cas, le juge qui se saisit du problème de la proportionnalité remet nécessairement en question les raisonnements et les choix politiques du législateur. Par conséquent le contrôle de proportionnalité, même s'il est toujours susceptible d'être appliqué, ne devrait constituer qu'une technique subsidiaire pour le juge ordinaire. S'abstenir de contrôler lui-même la proportionnalité de la mesure impérative ne signifie pas qu'il abandonne le contrôle de conventionnalité, ni qu'il méconnaît le principe de proportionnalité. Il peut, sur des questions faisant l'objet d'une jurisprudence européenne établie, interpréter celle-ci de manière à appliquer les critères généraux qui s'en dégagent. Il peut également, devant une question nouvelle, recourir à une procédure de saisine pour avis, renvoyant ainsi la question à une juridiction pour laquelle le contrôle n'est pas susceptible d'entrer en conflit avec les limites de sa compétence. Ce n'est qu'après avoir écarté ces deux alternatives qu'il devrait, en dernier recours et au regard des exigences de la cause, procéder directement au contrôle de proportionnalité.

602. Deux observations peuvent être émises à titre de conclusion sur ce point. En premier lieu, la position de la Cour de cassation diffère de celle des juges du fond. Les décisions de ces derniers étant susceptibles de recours de droit interne, ils ne sont pas tenus de former une question préjudicielle concernant l'interprétation des traités de l'Union européenne, mais disposent simplement de cette faculté. Ils sont, parallèlement, privés de la possibilité d'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme des demandes d'avis consultatifs, lesquelles sont réservées aux « *juridictions suprêmes* », c'est-à-dire, pour la France, au Conseil d'État, à la Cour de cassation et au Conseil constitutionnel⁹⁹⁴. La nécessité de ne pas submerger les juridictions européennes de saisines pour avis se traduit ainsi en une sorte de droit à l'erreur au bénéfice des juges du fond, contrepartie de leur subordination à la juridiction suprême.

603. Néanmoins et en second lieu, les conflits justifiant une telle saisine devraient, en droit pénal, demeurer une hypothèse peu fréquente. Les dispositions légales véritablement impératives qui imposent au juge d'ordonner ou de laisser commettre une atteinte aux libertés sont en effet assez rares, l'essentiel de la matière étant constitué d'autorisations à l'égard des autorités judiciaires dont la mise en œuvre peut être subordonnée aux nécessités de la procédure. Le corps des dispositions impératives compte surtout des incriminations dont la légitimité tombe, pour la plupart, sous le sens. De plus, beaucoup de cas-limites sont déjà couverts par le régime des faits justificatifs⁹⁹⁵, ce

994 Conformément à la déclaration consignée dans l'instrument de ratification déposé le 12 avril 2018. V. https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/declarations?p_auth=tNpjTrj0 [consulté le 7 avril 2019]

995 Il en va ainsi, par exemple, de la fabrication et de l'emploi de stupéfiants à des fins analgésiques strictement personnelles, lorsque aucune alternative légale n'est disponible pour la personne souffrante, laquelle peut alors bénéficier du fait justificatif d'état de nécessité. V. Papeete, 27 juin 2002 : *D.* 2003, p. 584, note GOURDO ; *Dr. pénal* 2003, n° 3, obs. VÉRON.

qui réduit d'autant plus le nombre des hypothèses réellement conflictuelles. Demeurent néanmoins quelques dispositions problématiques et susceptibles d'être combattues ponctuellement sur le plan de la proportionnalité. Il en va ainsi, entre autres, des peines obligatoires qui ne connaissent pas d'exception légale⁹⁹⁶. La peine obligatoire d'annulation du permis de conduire en cas de récidive de conduite en état alcoolique ou sous l'influence de stupéfiants⁹⁹⁷ est déjà écartée *contra legem* par certains juges correctionnels lorsqu'elle risque d'être contre-productive au vu de l'évolution de la situation du condamné. De même, la question pourrait être posée, au cas par cas, de l'opportunité d'appliquer les peines criminelles obligatoires dans des cas d'euthanasie active, lorsque la volonté du patient a été fermement exprimée et allait incontestablement en ce sens. La question reste pour l'instant en suspens de savoir si des sujets sociaux d'une telle complexité pourraient être abordés à titre exceptionnel par le juge judiciaire, qui ferait ainsi primer ponctuellement la défense des libertés sur la sécurité juridique et la responsabilité politique du législateur.

Conclusion de la première section. L'intervention du contrôle de proportionnalité au sein d'un système fondé sur le syllogisme ne constitue pas un simple changement formel. Elle affecte, autant qu'elle les exprime, les rapports de pouvoir entre les institutions concernées. Instrument de rationalisation des décisions d'opportunité, la proportionnalité peut intervenir dans le champ laissé vacant par la raison syllogistique. Elle réduit alors la marge de discrétion dont disposent les autorités publiques, tout en leur permettant de rapprocher leurs modes de prise de décision. Instrument d'encadrement, elle permet à l'auteur d'une norme catégorique de se ménager une marge d'erreur, tout en limitant par avance les exceptions qui pourraient être apportées à ce qu'il commande. Outil de correction, enfin, la proportionnalité représente pour le juge un moyen de relever et de rectifier *in concreto* les contresens et les excès qui peuvent résulter d'une application mécanique de la loi. Ce sont donc, sous une dénomination commune, des fonctions très diverses qui peuvent être servies par ce qui se présente de prime abord comme une méthode unique.

Ces usages sont, dans le même temps, susceptibles de heurter l'équilibre du système juridique autant qu'ils peuvent le renforcer. Prévenir de telles dérives suppose d'assurer une répartition saine des compétences entre autorités, qui garantisse que la proportionnalité ne serve pas de prétexte à un empiétement illégitime de quelque nature qu'il soit. Il s'agit donc non seulement de déterminer sous quelles conditions le contrôle de proportionnalité peut s'articuler avec raisonnement catégorique, mais encore de distribuer ce contrôle de manière cohérente entre les divers juges susceptibles de se le voir confier. C'est pourquoi la section qui suit est consacrée à l'articulation des contrôles de proportionnalité entre eux.

996 V. *mutatis mutandis* CEDH (Gr. ch.), 28 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. et autres c/ Italie*, req. n° 1828/06, 34163/07 et 19029/11, spéc. §301-303 : *JCP G.* 2018, n° 868, note MILANO ; *Dr. pénal* 2019, Chron. 4, chron. DREYER ; *AJDA* 2018, p. 1770, chron. BURGORGUE-LARSEN.

997 Code de la route, art. L. 234-13 et L. 235-4.

Section 2. L'articulation des contrôles de proportionnalité entre eux

604. À la suite d'une seule infraction, les très nombreuses mesures attentatoires aux libertés qui peuvent être mises en œuvre par les autorités publiques varient en nature, en finalité et en gravité. Elles sont susceptibles d'être adoptées par des autorités différentes, dont les champs de compétence et les pouvoirs de contrôle se recouperont fréquemment. Il ne suffit donc pas d'énoncer que ces mesures sont soumises à une condition de proportionnalité dont le contrôle incombe à l'autorité judiciaire. Encore faut-il déterminer quelles sont l'étendue et la fonction des pouvoirs de contrôle de chaque magistrat et de chaque juge en charge de la procédure. Il s'agit ainsi d'établir comment les exigences propres au contrôle de proportionnalité peuvent être réalisées au regard de la répartition des compétences entre autorités répressives.

605. À cet égard, la caractéristique essentielle du contrôle de proportionnalité est son rattachement aux circonstances de fait. D'une part, le poids de ces circonstances, même au cours d'une seule procédure, est fonction du temps. La justification – et même la légalité matérielle – d'une même mesure varie du tout au tout suivant l'état d'avancement des investigations et le cadre procédural. De plus, elle ne s'apprécie pas de la même façon suivant que l'atteinte aux libertés est envisagée pour l'avenir, déjà achevée ou encore en cours. Il en résulte que les contrôles de proportionnalité sont articulés de manière chronologique (§1).

606. D'autre part, parce que ces circonstances tiennent à des questions de fait, la distinction traditionnelle du fait et du droit en ressort nécessairement brouillée. Cette caractéristique peut donc affecter la façon dont se conçoivent les rapports de contrôle entre le juge du fond et le juge de cassation. Le contrôle de proportionnalité interroge ainsi nécessairement l'articulation hiérarchique des compétences fondée sur la distinction du fait et du droit (§2).

§1. L'articulation chronologique

607. La procédure pénale est, étymologiquement, un cheminement. Formellement, elle consiste en une série d'actes, de décisions, trouvant leur cause dans un ensemble de faits communs. Sous un premier aspect, ces actes sont ponctuels. L'autorité compétente prend, à un instant donné, la décision d'adopter une mesure attentatoire aux libertés. L'examen de la proportionnalité se répartit alors entre l'avant et l'après. Une vérification préalable peut être confiée au juge ou un autre magistrat, qui peut être compétent pour autoriser la mesure ou pour l'ordonner. Une seconde vérification peut intervenir *a posteriori*, sous la forme d'un contrôle juridictionnel dont la sanction peut être la nullité de l'acte. Chacun de ces contrôles se réalise en un trait de temps et porte en principe sur la mesure dans son intégralité. Le contrôle de proportionnalité est alors discret (I).

608. Toutefois cette garantie peut s'avérer insuffisante. La proportionnalité tient non seulement à la prise en considération des circonstances, mais aussi à l'adaptation de la mesure à leur changement. Or les mesures préventives comme punitives s'inscrivent souvent dans un temps long, au cours duquel les situations qui les fondent sont susceptibles d'évoluer. Les justifications initiales d'une mesure peuvent ainsi s'estomper, voire disparaître, et il est alors essentiel que l'atteinte aux

libertés prenne également fin. Cela ne peut être le cas que si le juge est en mesure d'effectuer son contrôle non seulement *a priori* et *a posteriori* mais aussi, au fil du temps, par un contrôle continu (II).

I. Le contrôle discret

609. Le contrôle discret constitue la garantie première de la proportionnalité. Il est applicable à l'ensemble des mesures soumises au principe, chaque fois que leur validité au fond est examinée. L'exigence de proportionnalité revêt la même portée quel que soit le moment du contrôle, mais la chronologie affecte nécessairement les conditions d'exercice de celui-ci. L'adoption de critères de proportionnalité au sein du contrôle juridictionnel produit donc des effets différents selon que le contrôle est effectué *a priori* (A) ou *a posteriori* (B).

A. Le contrôle *a priori*

610. Dès lors que le système juridique soumet, pour l'avenir, la légalité d'une mesure donnée à sa proportionnalité, un élément de prévention minimale intervient dans le processus de prise de décision. L'autorité compétente aura, théoriquement, tout intérêt à s'assurer que ses efforts ne sont pas vains. Pour ce faire, elle est menée à apprécier l'opportunité de sa décision au regard des conditions de la proportionnalité. C'est un examen préalable, mais ce n'est pas encore un contrôle. Une seconde fonction de prévention opère lorsque la mesure concernée est soumise à l'autorisation ou à l'ordre d'un juge, qui appréciera à la fois la légalité et l'opportunité de la mesure. Ces deux opérations peuvent, enfin, être combinées, si le juge compétent pour autoriser ou ordonner la mesure doit se prononcer en proportionnalité. Cette procédure, plus protectrice qu'un contrôle *a posteriori*, ne peut toutefois pas intervenir systématiquement. D'une part, elle n'est pas adaptée à toutes les situations. Certains actes de type réactif, tels que l'arrestation de l'auteur en fuite d'une infraction flagrante, perdraient toute effectivité s'ils étaient soumis à autorisation préalable. D'autre part, le contrôle *a posteriori* ou le contrôle continu peuvent constituer des garanties suffisantes au regard de la gravité de la mesure envisagée. En conséquence, le contrôle *a priori* n'est imposé par les normes protectrices des droits fondamentaux que dans le domaine des sanctions où il demeure le principe. Antérieurement à la déclaration de la culpabilité, en revanche, le choix d'imposer ce contrôle demeure entre les mains du législateur.

611. Avant le jugement au fond, le contrôle de proportionnalité *a priori* n'est jamais expressément exigé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Même les mesures privatives de liberté, dont la gravité requiert des contrôles renforcés, peuvent être initiées, voire se dérouler entièrement, avant qu'un juge n'ait eu l'occasion de les autoriser. L'article 5, §3 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit ainsi que « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires », ce qui suppose bien que la privation de liberté peut être antérieure à la présentation de la personne au magistrat. Inversement, seul le chef de détention du paragraphe 1, a), « après condamnation par un tribunal compétent », implique nécessairement que la décision

judiciaire précède la détention. Dans les autres cas, et dans la limite du délai prévu par l'article 5, §3, le choix de soumettre une mesure de détention donnée à l'autorisation ou à l'ordre préalable d'un juge demeure celui du législateur national, sous le contrôle du juge de la constitutionnalité.

612. Il en va de même et à plus forte raison des simples restrictions de liberté telles que celles qui peuvent résulter du contrôle judiciaire. Une décision du Conseil constitutionnel du 31 janvier 2019 en illustre une conséquence. Était en cause l'article 394 du Code de procédure pénale, qui permet au procureur de la République, lorsqu'il exerce les poursuites par voie de citation par procès-verbal, à saisir le juge des libertés et de la détention, aux fins de placer la personne poursuivie sous contrôle judiciaire ou sous surveillance électronique jusqu'à sa comparution. Or aucun texte ne prévoit d'appel par le prévenu contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention le plaçant sous contrôle judiciaire ou sous surveillance électronique, tandis que l'article 185, alinéa 1 du Code de procédure pénale prévoit que « *le procureur de la République a le droit d'interjeter appel [...] de toute ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention* ». Le Conseil, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité alléguant une violation du droit à un recours juridictionnel effectif et du principe de l'égalité des armes, a toutefois estimé que l'article 394 n'était pas contraire à la Constitution. Il a notamment relevé que le prévenu « *peut, à tout moment, saisir le tribunal correctionnel d'une demande de mainlevée ou de modification de ces mesures* », à l'occasion de laquelle « *il peut notamment faire valoir l'irrégularité de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant ordonné la mesure* »⁹⁹⁸. Le tribunal correctionnel doit en outre statuer sur cette demande dans les dix jours, par une décision susceptible d'appel. Le prévenu dispose donc « *d'autres moyens de procédure lui permettant de contester utilement et dans des délais appropriés les dispositions de cette ordonnance* »⁹⁹⁹. Inversement, « *à la différence du prévenu, le ministère public ne peut saisir le tribunal correctionnel lorsque le juge des libertés et de la détention n'a pas fait droit à sa demande* »¹⁰⁰⁰. Il importe donc peu que la décision de placement elle-même ne soit pas susceptible d'un recours, que le contrôle *a priori* ne présente pas toutes les garanties ordinaires du contrôle juridictionnel, dès lors qu'il est suivi d'un contrôle *a posteriori* répondant à ces exigences.

613. **L'instauration d'un contrôle *a priori* relève ainsi du libre choix du législateur.** En revanche, cette garantie peut jouer un rôle lorsqu'il s'agit, pour le juge de la constitutionnalité, d'apprécier si une mesure intrusive est suffisamment encadrée par la loi. Le Conseil constitutionnel associe en effet très fréquemment la notion de garantie juridictionnelle à celle de proportionnalité. En matière procédurale, son contrôle de proportionnalité consiste essentiellement à rechercher si le législateur a entouré la mesure prévue de garanties formelles suffisantes¹⁰⁰¹. À cette occasion, il peut

998 Cons. const., déc. n° 2018-758/759/760 QPC du 31 janvier 2019, *M. Suat A. et autres [Absence d'appel d'une décision de placement sous contrôle judiciaire ou assignation à résidence avec surveillance électronique dans le cadre d'une convocation par procès-verbal]*, §10 : *Procédures* 2019, comm. 99, obs. BUISSON.

999 *Ibid.*, §11.

1000 *Ibid.*, §12.

1001 R. BOUSTA, « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, vol. 4, p. 859 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel », *RFD Const.*, 1997, vol. 30, p. 227-267 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, mai 2012, n° 7.

se fonder non seulement sur l'existence d'un contrôle juridictionnel préalable, mais aussi sur les conditions auxquelles ce contrôle est soumis. Ces critères interviennent dans plusieurs décisions rendues en matière de perquisitions.

614. Dès une décision du 29 décembre 1983, le Conseil a ainsi indiqué que « *si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile ; que l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* »¹⁰⁰². Il a ensuite déclaré contraires à la Constitution les dispositions de la loi déferée qui « *n'assign[ai]ent pas de façon explicite au juge ayant le pouvoir d'autoriser les investigations des agents de l'administration la mission de vérifier de façon concrète le bien-fondé de la demande* », « *pass[ai]ent sous silence les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations autorisées* » et « *n'interdis[ai]ent pas une interprétation selon laquelle seules les visites effectuées dans des locaux servant exclusivement à l'habitation devraient être spécialement autorisées par le juge, de telle sorte que, a contrario, les visites opérées dans d'autres locaux pourraient donner lieu à des autorisations générales* »¹⁰⁰³. Le principe de proportionnalité, non énoncé, se confondait ainsi entièrement dans la garantie judiciaire de la liberté, mais les préoccupations au fond étaient bien présentes. Le Conseil n'indiquait pas si un contrôle préalable était impératif, mais il reprochait au législateur d'en avoir prévu un qui ne présentait pas suffisamment de garanties. De même, dans une décision du 16 juillet 1996¹⁰⁰⁴, il a admis « *qu'eu égard aux exigences de l'ordre public, le législateur peut prévoir la possibilité d'opérer des visites, perquisitions et saisies de nuit dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train de se commettre ou vient de se commettre, à condition que l'autorisation de procéder auxdites opérations émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que le déroulement des mesures autorisées soit assorti de garanties procédurales appropriées* ». À cet objet le Conseil a relevé que « *le législateur a[vait] fait du président du tribunal de grande instance ou de son délégué, magistrats du siège, l'autorité compétente pour autoriser la mesure, en exigeant une décision écrite motivée précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, l'adresse des lieux concernés, les éléments de fait justifiant la nécessité des opérations* »¹⁰⁰⁵. Il a donc porté son attention non seulement sur le fait qu'un magistrat du siège soit saisi pour autoriser la mesure, mais aussi sur le contenu de l'exigence de motivation qui lui était imposée, garantissant

1002 Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, §28 : AJDA 1984, p. 97, note PHILIP.

1003 Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, préc., §29.

1004 Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, §17 : AJDA 1997, p. 86, note TEITGEN-COLLY et LAFERRIÈRE ; D. 1997, p. 69, note MERCUZOT.

1005 *Ibid.*

que le magistrat vérifie la « *nécessité des opérations* ». Les mêmes critères ont été utilisés dans une décision du 2 mars 2004¹⁰⁰⁶.

615. Le contrôle préalable n'est donc qu'une modalité possible, parmi d'autres, du contrôle juridictionnel qu'il incombe au législateur d'aménager. En revanche, dès lors que le choix est établi de faire du contrôle *a priori* la modalité principale d'encadrement de la mesure, il importe qu'il soit effectif. Le Conseil a ainsi estimé à titre général, dans ses décisions des 25 mars 2014 et 21 mars 2019, « *que si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve, d'une part, que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées et, d'autre part, que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire à qui il incombe en particulier de garantir que leur mise en œuvre soit nécessaire à la manifestation de la vérité* »¹⁰⁰⁷.

616. Il en résulte que l'intervention du principe de proportionnalité produit, pour le juge chargé d'un contrôle *a priori*, un effet de contrainte. Saisi pour autoriser ou ordonner une mesure attentatoire aux libertés, il n'est pas pour autant libre de prendre cette décision en toute discrétion. La jurisprudence relative aux obligations du contrôle judiciaire en fournit plusieurs illustrations. Dans un arrêt du 19 mars 2002, la Cour de cassation considère que les juridictions d'instruction apprécient souverainement le bien-fondé des obligations du contrôle judiciaire, mais elle précise que cette appréciation se fait « *au regard des impératifs de sûreté publique et des nécessités de l'instruction, ainsi que du risque de renouvellement de l'infraction* »¹⁰⁰⁸. Les décisions qui imposent ou modifient des obligations doivent donc être motivées à cet égard, ce qui implique que le juge doit justifier de leur nécessité. La Chambre criminelle estime ainsi que « *la juridiction d'instruction qui interdit à la personne mise en examen de se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale, doit constater que l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et qu'il existe un risque de commission d'une nouvelle infraction* »¹⁰⁰⁹. De même, la décision qui interdit à la personne placée sous contrôle judiciaire d'entrer en contact avec certaines personnes doit désigner ces dernières avec une précision suffisante et établir un rapport avec les faits reprochés¹⁰¹⁰. Ces observations rejoignent celles déjà émises en ce qui concerne le principe général de motivation des peines¹⁰¹¹ : plus la proportionnalité avance, plus le pouvoir discrétionnaire est limité par la précision croissante des exigences de motivation. Le juge chargé du contrôle *a priori*, en ce sens, est placé dans une position analogue à celle de toute autorité qui serait

1006 Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, §46 : LPA, 26 juil. 2004, n° 145, p. 9, note SCHOETTL.

1007 Cons. const., déc. n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, §12 : *Dr. pénal* 2014, alerte 26, obs. ROUMIER. Cons. const., déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, préc., §142.

1008 Cass. Crim., 19 mars 2002, n° 01-88.829 : *Bull. Crim.*, n° 64 ; *D.* 2002, IR, p. 1529 ; *Dr. pénal* 2002, Comm. 76, obs. MARON.

1009 Cass. Crim., 5 mars 2003, n° 02-88.089 : *Bull. Crim.*, n° 59 ; *JCP G.* 2003, IV, n° 1803. Cass. Crim., 17 sept. 2014, n° 14-84.282 : *Bull. Crim.*, n° 190 ; *D. actu.*, 1er oct. 2014, obs. FUCINI ; *AJ Pénal* 2014, p. 538, obs. ROYER.

1010 Cass. Crim., 13 juin 2006, n° 06-83.164 : *Bull. Crim.*, n° 175 ; *AJ pénal* 2006. 411, obs. GIRAULT.

1011 *V. supra*, p. 264.

compétente pour adopter la mesure. Pour garantir l'effectivité de son action, il est amené à comprendre son pouvoir de manière restreinte, en soumettant son appréciation d'opportunité au modèle proportionnaliste.

617. L'intervention de la proportionnalité, si elle peut favoriser un recours plus fréquent au contrôle *a priori*, a en revanche pour effet de restreindre le champ de discrétion du juge désigné. La garantie des libertés n'est pas restreinte par cet effet, mais les rapports de pouvoir entre institutions s'en trouvent affectés. L'application du principe par le contrôle *a posteriori* produit à cet égard des effets très différents.

B. Le contrôle *a posteriori*

618. Lorsqu'un juge est saisi, postérieurement à l'accomplissement d'un acte, pour en apprécier la proportionnalité, la question peut se poser de savoir sous quelle approche temporelle son contrôle doit être exercé. La proportionnalité renvoie en effet aux notions de nécessité, d'utilité, d'efficience, qui sont susceptibles d'être appréciées très différemment avant et après les faits. Au cours de la procédure, de nouveaux éléments peuvent apparaître, qui démontrent qu'une mesure attentatoire aux libertés que l'on croyait justifiée était basée sur des soupçons infondés ou sur des informations lacunaires ou erronées. Il importe alors de déterminer si ce changement de circonstances peut produire un effet sur le contrôle exercé. Tel n'est pas le cas en principe. **La proportionnalité, que ce soit sous son versant formel ou substantiel, se présente d'abord comme une condition de validité des actes qui lui sont soumis. Sa violation constitue donc une cause de nullité qui s'apprécie au jour de l'acte.** Le contrôle de proportionnalité *a posteriori* est donc avant tout **synchronique (1)** : il consiste, pour le juge, à **reconstituer la situation telle qu'elle se présentait à un instant donné du passé**. Toutefois, par exception, l'exigence de proportionnalité peut mener à ce que certaines atteintes aux libertés soient privées d'effets pour le passé à raison de l'apparition de nouveaux éléments. L'application du principe produit alors des effets rétroactifs **diachroniques (2)** : **c'est l'évolution de la situation qui mène le juge à porter un regard différent sur des actes passés dont il a à connaître, afin de rétablir la proportionnalité.**

1. Le contrôle synchronique dans le contentieux des nullités de procédure

619. Le domaine de prédilection du contrôle de proportionnalité *a posteriori* est celui des nullités de procédure. Le législateur en fait parfois expressément une cause de nullité. Par exemple, lorsque le juge des libertés et de la détention autorise, dans le cadre d'une enquête préliminaire, une perquisition sans le consentement de la personne, sa décision doit, « *à peine de nullité* », être écrite et « *motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires* »¹⁰¹². En outre, même en l'absence de nullité textuelle, la méconnaissance des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme constitue une cause de nullité substantielle. La Chambre criminelle l'a notamment indiqué par une série d'arrêtés rendus au cours de l'année 2011, sur des sujets aussi variés que la garantie des droits de la défense au cours de la

1012 Code de procédure pénale, art. 76.

garde à vue¹⁰¹³, la protection du secret des sources des journalistes en cas de réquisition des « fadettes » de ces derniers auprès de leurs opérateurs téléphoniques¹⁰¹⁴, ou encore l'atteinte à la vie privée constituée par l'installation sur un véhicule d'un dispositif de géolocalisation¹⁰¹⁵. Dans chacune de ces espèces, elle a rappelé qu'il incombait à la chambre de l'instruction de s'assurer de la proportionnalité d'une mesure d'investigation.

620. **Or, dans ce cadre contentieux au moins, le contrôle de proportionnalité, même s'il est imposé au juge, revient en fait à accroître ses pouvoirs.** En premier lieu, il ne s'agit pas pour lui de se prononcer au regard du moment présent. La question de la nullité concerne le moment de la formation de l'acte juridique et non celui du jugement. Le contrôle de proportionnalité ainsi exercé ne porte donc pas sur le point de savoir s'il importe de poursuivre la mesure qui peut être encore en cours, ou s'il serait pertinent de l'autoriser ou l'ordonner au moment où le juge statue – quand bien même il serait hypothétiquement compétent pour le faire. Pour mener son contrôle, le juge est donc amené à se replacer au moment où la décision a été prise. En second lieu, il ne s'agit pas non plus pour lui d'apprécier ce moment *in abstracto*, au travers des règles de compétence matérielle et des formalités réalisées. La proportionnalité, en ce qu'elle concerne l'accord des moyens aux fins, requiert que le juge examine le rapport qui existe entre la décision soumise à son contrôle et les circonstances de fait portées à sa connaissance. Est-il raisonnablement possible d'admettre que la garde à vue était bien « *l'unique moyen* » d'assurer la présentation de la personne ? La réquisition d'un opérateur téléphonique aux fins de se faire délivrer par lui les factures détaillées adressées à un journaliste était-elle, dans la situation telle qu'elle ressort des pièces de la procédure, « *strictement nécessaire et proportionnée* » au regard d'un « *impératif prépondérant d'intérêt public* »¹⁰¹⁶ ? En s'interrogeant ainsi, le juge est amené à reconstituer un fragment de processus décisionnel : celui qu'est susceptible d'avoir mené l'autorité dont l'acte est contrôlé. Il se voit ainsi conférer un droit de regard sur l'opportunité de la décision. Ce droit de regard est toutefois limité par le cadre procédural de la demande en nullité. Le juge y est seulement habilité à vérifier si l'ensemble des conditions de validité de l'acte sont réunies et, dans le cas contraire, à établir la portée de la nullité constatée. Son intervention ne revêt donc pas une portée aussi étendue que celle d'un juge saisi *a priori* pour autoriser ou ordonner la mesure. Il ne peut substituer purement et simplement son appréciation à celle de l'autorité auteure de l'acte.

621. La question peut se poser, en revanche, de déterminer quelle place occupe l'intention initiale de l'auteur de la mesure au sein du contrôle. Le contrôle de proportionnalité suppose en effet qu'une ou plusieurs fins soient identifiées de manière à établir les termes du conflit à résoudre. Dès lors qu'il est exercé sur une décision déjà adoptée par une autre autorité, cette identification peut se faire soit d'un point de vue subjectif, soit d'un point de vue objectif. Une approche objective

1013 Cass. Crim., 7 juin 2011 (3 arrêts), n° 10-88.293 ; n° 11-80.034 et n° 11-81.412 : *Bull. Crim.*, n° 114, 113 et 116 ; *D. actu.*, 20 juin 2011, obs. GIRAULT ; *D.*, 2011, p. 1563 ; *ibid.*, Pan. 1716, obs. BERNAUD ; *ibid.*, p. 2084, note MATSOPOULOU ; *ibid.*, Pan. 2233, obs. PRADEL ; *AJ Pénal*, 2011, p. 370, obs. MAURO ; *RSC*, 2011, p. 410, obs. GIUDICELLI ; *Dr. pénal*, 2011, Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *ibid.*, 2012, Chron. 1, obs. GEORGET.

1014 Cass. Crim., 6 déc. 2011, n° 11-83.970 : *Bull. Crim.*, n° 248 ; *D.*, 2012, p. 17, obs. LAVRIC ; *ibid.*, p. 765, obs. DREYER ; *RSC*, 2012, p. 191, obs. DANET.

1015 Cass. Crim., 22 nov. 2011, n° 11-84.308 : *Bull. Crim.*, n° 234 ; *D.*, 2011, Actu. 2937 ; *ibid.*, 2012., p. 2118, obs. PRADEL ; *AJ Pénal*, 2012, p. 293, obs. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Dr. pénal*, 2012, n° 12, obs. MARON et HAAS.

1016 Cass. Crim., 6 déc. 2011, préc.

appréhende tous les buts légitimes envisageables sur un pied d'égalité : il suffit d'établir que la mesure contrôlée aurait été un moyen proportionné d'atteindre l'un d'entre eux pour écarter la nullité. Une approche subjective, au contraire, consiste pour le juge à se faire une idée du raisonnement qu'a véritablement tenu l'auteur de la décision contrôlée. Quel but a-t-il souhaité atteindre et de quels instruments s'est-il saisi pour le réaliser ? Ce n'est que si les moyens qu'il a choisis peuvent être approuvés au regard des fins qu'il s'est fixées, que la proportionnalité sera satisfaite.

622. Le recours à cette seconde méthode paraît de loin préférable au regard des exigences de la proportionnalité. D'une part, l'approche objective peut mener à approuver des atteintes aux libertés sur le fondement de justifications virtuelles, simplement potentielles. D'autre part, le contrôle subjectif ne suppose pas que soit reproduit l'entier raisonnement de l'auteur de la mesure, mais simplement que certains buts soient identifiables, soit parce qu'ils ont été explicitement indiqués, soit parce qu'ils peuvent se déduire des circonstances. Si tel n'est pas le cas, c'est la condition de visée d'un but légitime, préalable au contrôle de proportionnalité, qui n'est elle-même pas satisfaite. Enfin cette approche permet de conférer tout leur sens aux obligations de motivation spéciale prévues par le Code de procédure pénale, en particulier lorsqu'elles incombent au procureur de la République, autorité non juridictionnelle et dont les décisions ne sont par conséquent pas susceptibles de recours¹⁰¹⁷. Ce sont les éléments de fait tels qu'ils ont été saisis par l'autorité compétente qui servent de base au contrôle de proportionnalité.

623. Le contrôle est bien, en ce sens, synchronique. **Il consiste en la reconstitution approximative d'une situation antérieure, en un moment précis.** Les changements de circonstance postérieurs à la décision contrôlée sont, en principe, sans effet sur sa validité, même lorsqu'ils sont susceptibles de la rendre rétrospectivement inutile. Supposons ainsi que soit mise en œuvre une technique spéciale d'enquête en vue de recueillir des données telles que, par exemple, le contenu d'une boîte mail. Les informations ainsi obtenues peuvent ensuite mener à d'autres actes d'investigation, qui reposeront nécessairement sur elles. Or, quelques jours plus tard, un lanceur d'alerte met à la disposition du public un très grand nombre d'informations sensibles, y compris celles dont la recherche avait initialement justifié la procédure intrusive. À quelques jours près, l'atteinte aux libertés aurait donc été totalement superflue, mais ce seul fait ne remet pas en cause sa validité, ni celle de l'ensemble des actes qui ont pu être réalisés entre-temps.

2. Le contrôle diachronique dans les dispositifs de rectification, de pardon et d'oubli

624. Les changements de circonstances peuvent, par exception, produire certains effets rétroactifs fondés sur la proportionnalité. Le droit pénal intègre ainsi, en dehors du champ des nullités, des dispositifs qui mènent réellement à revenir sur une décision initialement proportionnée et à en supprimer tout ou partie des effets à raison de nouvelles circonstances. Ces mécanismes tiennent alors soit à la nécessité de rectifier ce qui apparaît rétrospectivement comme une erreur, soit à la primauté de l'oubli et du pardon sur la répression.

¹⁰¹⁷ Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il autorise la prolongation de la garde à vue (Code de procédure pénale, art. 63, II, al. 2).

625. Les procédures visant à la rectification d'une décision passée sont, d'une part, les procédures de révision et de réexamen et, d'autre part, la procédure d'indemnisation pour détention injustifiée. Concernant les procédures de révision et de réexamen, l'article 622 du Code de procédure pénale dispose que « *la révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit lorsque, après une condamnation, vient à se produire un fait nouveau ou à se révéler un élément inconnu de la juridiction au jour du procès de nature à établir l'innocence du condamné ou à faire naître un doute sur sa culpabilité.* » L'article 623 prévoit ensuite que « *le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour le condamné, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la convention précitée ne pourrait mettre un terme.* » Si, au terme de la procédure prévue par les articles suivants, la formation de jugement de la cour de révision et de réexamen estime la demande fondée, elle annule la condamnation prononcée sauf s'il est fait droit à une demande en réexamen du pourvoi du condamné. Elle renvoie le requérant devant une juridiction de même ordre et de même degré, sauf s'il est impossible de procéder à de nouveaux débats au fond ou si le réexamen de son pourvoi est susceptible de remédier à la violation de la Convention constatée par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰¹⁸. C'est donc, le cas échéant, une nouvelle décision qui est susceptible de succéder à la première, annulée. La juridiction de renvoi « dispose d'un entier pouvoir d'appréciation de l'innocence ou de la culpabilité du prévenu ou de l'accusé »¹⁰¹⁹. Si, en fin de compte, elle prononce une nouvelle condamnation, la proportionnalité des sanctions qui l'assortiront sera appréciée à la date de sa décision, sous réserve de la prohibition de la *reformatio in pejus*¹⁰²⁰. Si, au contraire, la décision initiale est annulée sans renvoi, l'innocence du condamné ne faisant plus de doute, ou si la juridiction de renvoi prononce la relaxe ou l'acquiescement, l'abandon définitif des charges produit un effet rétroactif. L'article 626-1 du Code de procédure pénale prévoit au bénéfice de la personne reconnue innocente le droit « *à réparation intégrale du préjudice matériel et moral que lui a causé la condamnation* ». Les faits nouvellement révélés produiront ainsi, dans chaque hypothèse, le même effet que s'ils avaient été connus au jour de la première décision.

1018 Code de procédure pénale, art. 624-7.

1019 H. ANGEVIN et M. LAFOURCADE, « Art. 622 à 626-1 - Fasc. 20 : Demandes en révision », *JurisClasseur Procédure pénale*, LexisNexis, 2018, p. 186.

1020 Cass. Crim., 31 juil. 1909 : *Dr. pénal*, 1912, n° 1, p. 79. Cette règle ne vaut en revanche pas en matière de réexamen faisant suite à un constat de violation prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme : Cass. Crim., 7 déc. 2005, n° 05-80.988 : *Bull. Crim.*, n° 389 ; *D.*, 2006, IR 99 ; *AJ Pénal*, 2006, p. 87, obs. GIRAULT. H. ANGEVIN et M. LAFOURCADE, « Art. 622 à 626-1 - Fasc. 20 : Demandes en révision », *op. cit.* observent toutefois que « la recherche d'une certaine harmonisation entre les procédures de révision [...] et de réexamen [...] au travers du regroupement de ces deux voies de recours extraordinaires [...] pourrait conduire à une convergence des jurisprudences en faveur de l'interdiction de la *reformatio in pejus*. »

626. Une logique similaire anime le régime de la réparation à raison d'une détention. L'article 149 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que « *la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention* ». La solution est peut-être encore plus radicale qu'en matière de révision ou de réexamen, où la décision annulée est un arrêt ou un jugement au fond, qui établit par conséquent la vérité judiciaire quant à la culpabilité. La détention provisoire est, au contraire, une mesure avant jugement qui n'est pas fondée sur la culpabilité et n'en préjuge pas. Son fondement premier est un soupçon fortement étayé, une crainte légitime des autorités judiciaires, au regard des informations objectives mais incomplètes dont elles disposent. C'est une mesure temporaire, fondée sur le doute et qui, comme tout acte réalisé dans le cadre d'une procédure non achevée, implique par nature la possibilité d'une erreur. Le non-lieu, la relaxe ou l'acquittement ne sont donc pas seulement postérieurs à la détention (ou au placement en détention), ils sont aussi fondés sur des considérations de nature différente. Le fait que la même personne soit, plus tard, mise hors de cause, ne signifie pas que, au moment où elle a été détenue, les soupçons qui pesaient contre elle étaient insuffisants pour justifier l'usage de la coercition. En revanche, l'importance de l'atteinte à la liberté individuelle ainsi réalisée appelle, à elle seule, une compensation effective. Il s'agit alors bien de préserver l'équilibre global entre les droits garantis et l'intérêt public en admettant, même en dehors de tout fonctionnement défectueux du service public de la justice, la possibilité d'une erreur des autorités judiciaires dont les conséquences doivent être réparées.

627. Les dispositifs de pardon et d'oubli procèdent d'une logique très différente. La réhabilitation comme l'amnistie ne visent pas à rectifier une erreur, mais à faire disparaître une condamnation qui, initialement légitime, n'a plus de raison d'exister¹⁰²¹. La première tient à l'écoulement du temps et aux nécessités d'achever la réinsertion du condamné, tandis que la seconde résulte de la prise en compte ponctuelle, par le législateur, d'événements particuliers qui rendent souhaitables l'oubli et le pardon. L'amnistie et la réhabilitation légale opèrent de plein droit¹⁰²² : l'opportunité particulière de l'effacement n'a pas besoin d'être démontrée et, inversement, aucune nécessité répressive ne peut y justifier une exception. La réhabilitation judiciaire, en revanche, suppose une véritable appréciation d'opportunité par la chambre de l'instruction, qui examine le parcours du condamné postérieurement à la peine et peut également se fonder, en partie, sur les antécédents judiciaires¹⁰²³. Une chambre de l'instruction a ainsi pu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, relever que le condamné était « *un artiste peintre reconnu* », « *marié, père d'un enfant* », « *qui s'investis[sait] dans des activités humanitaires* » et « *contribu[ait] à des comités de réflexion sur*

1021 M. HERZOG-EVANS, « Réhabilitation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018, p. 4 : « Alors que la révision consiste dans l'effacement total d'une condamnation prononcée à tort, la réhabilitation permet l'effacement d'une condamnation légitime, dont le principe même n'est pas contesté. »

1022 Le Code pénal prévoit ainsi, en ses articles 133-13 pour les personnes physiques et 133-14 pour les personnes morales, que « *la réhabilitation est acquise de plein droit* » à l'écoulement des délais établis par ces textes, sauf nouvelle condamnation. L'effet de plein droit est implicite à l'article 133-11, qui prévoit que « *l'amnistie efface condamnations prononcées* ».

1023 Cass. Crim., 12 févr. 1963, Bull. Crim., n° 72 ; Cass. Crim., 16 oct. 1974, n° 73-91.238, Bull. Crim., n° 295 ; Cass. Crim., 10 déc. 1975, n° 74-91.203, Bull. Crim., n° 275.

l'art et la prison », mais rejeter sa demande en réhabilitation en raison de son « "ancrage [...] dans la grande délinquance et nonobstant les gages de réinsertion fournis par lui" »¹⁰²⁴. C'est donc un véritable examen circonstancié, établi sur la base d'une situation actuelle, qui peut mener à l'effacement de la condamnation ou à son maintien, sans que le bien-fondé de celle-ci en soit pour autant contesté.

628. Toutefois les effets produits par une telle décision, s'ils sont en partie rétroactifs, ne revêtent pas la même portée que ceux d'une annulation pure et simple. Les fiches du casier judiciaire relatives à une condamnation effacée par amnistie sont retirées¹⁰²⁵ et la mention en est portée en marge des jugements de condamnation. En revanche, une condamnation ayant fait l'objet d'une réhabilitation n'est de prime abord retirée que des bulletins n° 2 et 3 du casier judiciaire. La chambre de l'instruction qui prononce la réhabilitation judiciaire peut toutefois ordonner également le retrait du bulletin n° 1¹⁰²⁶. Elle est tenue de le faire sur simple demande de la personne en cas de réhabilitation légale¹⁰²⁷. L'effacement de la condamnation n'est donc que partiel¹⁰²⁸, ce que confirme l'article 133-16 du Code pénal en prévoyant le maintien du suivi socio-judiciaire, de l'interdiction d'accomplir une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact avec les mineurs, ainsi que des interdictions, incapacités ou déchéances définitives. À l'égard de ces dernières, la réhabilitation ne produit ses effets qu'à l'échéance d'un délai de quarante ans¹⁰²⁹. Cet effet relatif de l'effacement est confirmé par le fait que ni la réhabilitation, ni l'amnistie ne donnent lieu à restitution¹⁰³⁰ ou à indemnisation.

629. Qu'il s'agisse de rectifier une erreur ou d'effacer une décision légitime, l'effet diachronique de la proportionnalité demeure un effet ponctuel, qui n'intervient qu'à l'occasion de certains événements déterminés. Toutefois il illustre en ce point la possible faiblesse des contrôles discrets. Le contrôle *a priori* est un filtre effectif contre certains excès, mais il ne porte que sur une autorisation ou un ordre préalable. Celui-ci est toujours susceptible d'être mal interprété ou de se révéler inadapté au vu d'un fait nouveau, ce qui peut remettre en cause l'analyse initiale du juge. Les contrôles *a posteriori*, quant à eux, ne revêtent qu'une vertu curative. Avant qu'ils interviennent, l'excès de rigueur a pu apparaître, se prolonger, s'aggraver sans que le juge ne puisse s'interposer. Le temps long de la procédure comme celui de la peine requièrent donc parfois que soient rendus possibles des contrôles intermédiaires, pour s'assurer que persiste la nécessité des atteintes aux libertés en cours. C'est la fonction du contrôle continu.

II. Le contrôle continu

630. **Le contrôle continu de la proportionnalité a vocation à intervenir chaque fois qu'une mesure attentatoire aux libertés qui ne se réalise pas en un trait de temps est susceptible de perdre tout ou partie de sa justification au cours de son exécution.** Il se distingue ainsi du

1024 Cass. Crim., 23 juin 2004, n° 03-87.6747, inédit. V. M. HERZOG-EVANS, « Réhabilitation », *op. cit.*, p. 106.

1025 Code de procédure pénale, art. 769, al. 3.

1026 Code de procédure pénale, art. 798.

1027 Code de procédure pénale, art. 798-1.

1028 M. HERZOG-EVANS, « Réhabilitation », *op. cit.*, p. 125.

1029 Code pénal, art. 133-16, al. 2 et 3.

1030 Code pénal, art. 133-9 et 133-16 *in fine*.

contrôle *a priori*. Comme celui-ci, le contrôle continu est tourné vers l'avenir, vers ce qui peut encore être exécuté. En revanche, il intervient alors que l'exécution est déjà en cours. La mesure est déjà autorisée, ses fins et ses délimitations sont partiellement ou totalement établies. Il s'agit donc à la fois de contrôler la conformité concrète de l'exécution à l'autorisation ou à l'ordre, et de vérifier la nécessité de la poursuite de cette exécution. Il se distingue en ce sens du contrôle *a posteriori* diachronique, lequel peut soit intervenir après la fin de la mesure dans le cas de la réhabilitation judiciaire, soit en remettre en cause le fondement initial dans les cas de la révision ou du réexamen.

631. **Le contrôle continu est donc une garantie essentielle de la proportionnalité et la manifestation par excellence de son caractère concret.** Il exprime l'idée qu'une mesure prolongée ne peut être simplement autorisée ou ordonnée une fois pour toutes. La notion d'optimisation qui se trouve au cœur de celle de proportionnalité suppose en effet une limite stricte, tant en termes de nécessité d'un point de vue finaliste, que de réalisation des principes d'un point de vue axiologique. Dès lors qu'une atteinte aux libertés se poursuit, là où elle aurait pu prendre fin sans préjudice pour l'intérêt public, la garantie des droits n'est plus satisfaite. Prévenir les excès de ce type suppose que le juge soit en mesure de contrôler effectivement la situation, ce que rappellent régulièrement tant la Cour européenne des droits de l'homme que le Conseil constitutionnel¹⁰³¹. La jurisprudence de la première est très claire quant à cette exigence, notamment dans le domaine des privations de liberté (A). Le second, aux motivations parfois plus ambiguës, semble toutefois exiger un tel contrôle, qu'il fonde sur la fonction de gardienne de la liberté individuelle confiée à l'autorité judiciaire (B).

A. Le contrôle continu exigé par le droit conventionnel

632. En matière de privation de liberté, l'article 5, §3 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que toute personne arrêtée dans les conditions du paragraphe 1 c) – c'est-à-dire dans les cas d'arrestation ou de détention avant jugement – « *doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure* ». La Cour estime qu'en tant qu'il s'inscrit dans le cadre de la garantie contre les détentions arbitraires ou secrètes ou contre les mauvais traitements, ce texte « *visé structurellement deux aspects distincts : les premières heures après une arrestation, moment où une personne se retrouve aux mains des autorités, et la période*

1031 Outre le contrôle continu dont le Conseil impose parfois l'adoption, il exerce lui-même un contrôle de ce type dans le cadre du contentieux de la constitutionnalité des lois. D'une part, la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* permet en effet que le Conseil soit saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution en cas de changement de circonstances. V. notamment Cons. const., déc. n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*. Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue] : D.*, 2010, Entretien 1928, obs. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; *ibid.*, Actu. 1876 ; *ibid.*, p. 1949, obs. CASSIA ; *ibid.*, Pan. 2259, obs. PRADEL ; *ibid.*, Entretien 2696, obs. MAYAUD ; *ibid.*, Chron. 2783, obs. PRADEL ; *ibid.*, p. 165, obs. DE LAMY ; *RSC*, 2011, Chron. 139, obs. GIUDICELLI ; *AJ Pénal*, 2010, p. 470, obs. PERRIER ; *Dr. pénal*, 2010, n° 113, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, 2012, Chron. 1, obs. GEORGET ; *ibid.*, 2011, Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Constitutions*, 2010, p. 571, obs. DAOUD et MERCINIER ; *ibid.*, 2011, p. 58, obs. DE LA ROSA ; *RTD civ.*, 2010, p. 513, obs. PUIG ; *ibid.*, p. 517, obs. PUIG. V. également M. CHARITÉ, « Les déclarations d'inconstitutionnalité "de date à date" en contentieux constitutionnel français », *RFDA*, 2018, p. 775.

avant le procès éventuel devant une juridiction pénale, pendant laquelle le suspect peut être détenu ou libéré, avec ou sans condition »¹⁰³². Ces deux volets emportent chacun l'exigence d'un contrôle judiciaire de proportionnalité, sous des conditions différentes. Toutefois « dans chaque cas, la période à prendre en compte commence à partir du moment de l'arrestation », ce dont il résulte qu'en pratique « l'application des garanties du second volet chevauche souvent dans une certaine mesure celle des garanties du premier [...]. En pareil cas, la première comparution du suspect devant le juge constitue le “carrefour” où les deux séries de garanties se rencontrent, et où la seconde succède à la première. »¹⁰³³

633. Concernant les premières heures de la détention, la Cour indique, depuis son arrêt *Schiesser c/ Suisse*, que l'article 5, §3, met à la charge du magistrat « une exigence de procédure et une de fond » : « La première comporte l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui ; la seconde, celle d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement »¹⁰³⁴. La compétence du magistrat, ainsi décrite, porte bien sur la nécessité et la proportionnalité de la mesure : il est appelé à peser le pour et le contre. Tout comme le juge de la proportionnalité *a posteriori*, il intervient après que la mesure a été initiée. Toutefois sa compétence est tournée vers l'avenir et, en ce sens, elle se rapproche de celle d'un juge qui serait saisi *a priori* pour autoriser la détention. Il peut ainsi constater l'illégalité de la détention ou lui donner son approbation, mais également estimer que, légale au moment où elle a commencé, elle n'a désormais plus de justification suffisante. Son contrôle s'inscrit ainsi dans un rapport de continuité avec la mesure en cours.

634. Ce rapport de continuité est plus prononcé encore pour la période de la détention provisoire et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou libéré pendant la procédure. La Cour a indiqué, dès son arrêt *Neumeister* du 27 juin 1968, que l'article 5, §3 ne peut s'interpréter « comme offrant aux autorités judiciaires une option entre la mise en jugement dans un délai raisonnable et une mise en liberté provisoire, fût-elle subordonnée à des garanties ». Au contraire, « jusqu'à condamnation, [la personne accusée] doit être réputée innocente et l'objet de la disposition analysée est essentiellement d'imposer la mise en liberté provisoire du moment où le maintien en détention cesse d'être raisonnable »¹⁰³⁵. L'effectivité de ce droit suppose donc, logiquement, un examen au moins périodique des raisons qui justifient le maintien en détention en cours de procédure. Quant à ces raisons, l'article 5, §3 doit se lire comme un tout avec le §1, c), qui autorise la détention sur la base de « raisons plausibles de soupçonner » que la personne a « commis une

1032 CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03, §119 : *D.*, 2010, p. 898, note LAVRIC ; *ibid.*, 2010, p. 1386, note RENUCCI ; *ibid.*, 1390, note HENNION-JACQUET ; *RSC*, 2010, Chron. 685, obs. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 2010, 648, note BRONDEL ; *Dr. pénal*, 2010, Étude 12, note THIERRY.

1033 CEDH (Gr. ch.), 5 juil. 2016, *Buzadji c. République de Moldova*, req. n° 23755/07, §100 : *JCP G.* 2016, n° 895, note BLAY-GRABARCZYK ; *ibid.*, 2017, n° 32, chron. SUDRE ; *Revue Juridique Personnes et Famille* 2016, n° 11, p. 20, obs. PUTMAN ; *Dr. pénal* 2017, Chron. 4, obs. Dreyer ; *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2017, chron. 28, obs. MILANO.

1034 CEDH (ch.), 4 déc. 1979, *Schiesser c/ Suisse*, req. n° 7710/76, §31 : *Cah. dr. eur.*, 1980, p. 467, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.*, 1980, p. 325, obs. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 195, obs. ROLLAND.

1035 CEDH (ch.) 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, req. n° 1963/63, « En droit », §4.

infraction »¹⁰³⁶. La Cour juge donc que « *la persistance de tels soupçons est une condition sine qua non de la régularité du maintien de l'intéressé en détention* »¹⁰³⁷, « *mais au bout d'un certain temps elle ne suffit plus* » et il faut alors vérifier que « *les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté* »¹⁰³⁸. L'arrêt *Tomasi* du 27 août 1992 apporte une précision importante quant à l'office des autorités nationales, auxquelles il incombe « *[d']examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement* »¹⁰³⁹. Cela signifie qu'à l'inverse, les juges nationaux ne sont pas nécessairement tenus de contrôler de la nécessité de la détention de leur propre initiative, dès lors que la personne détenue est en mesure d'exercer un recours effectif devant eux. L'article 5, §3, ne met donc vraisemblablement pas à leur charge un devoir de vigilance constante. En revanche, dès lors qu'ils sont saisis d'une demande d'élargissement, la jurisprudence de la Cour les incite très fortement à contrôler de manière concrète l'état actuel de justification de la détention. Il ne fait pas de doute que la légitimité de la privation de liberté est susceptible d'évoluer avec l'écoulement du temps.

635. En l'absence de nouvelles circonstances, la valeur justificatrice d'un même motif de détention va en réalité en décroissant. C'est cette idée d'atténuation progressive qui a permis à la Cour d'étendre la logique du contrôle continu aux détentions après jugement. L'article 5, §1 a) prévoit bien, en effet, qu'une personne peut être privée de sa liberté si elle est « *détenu[e] régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* ». En revanche il n'existe pas, pour ce motif de détention, de dispositions analogues à celles l'article 5, §3 qui imposeraient un contrôle de proportionnalité au cours de la privation de liberté. L'article 5, §4 dispose bien que « *toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.* » Toutefois, la Cour a estimé, dès l'arrêt *Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, que « *lorsque la décision privative de liberté est rendue par un tribunal statuant à l'issue d'une procédure judiciaire* », notamment « *dans le cas d'une "condamnation" à l'emprisonnement*

1036 La jurisprudence de la Cour a évolué sur ce point à l'occasion d'un récent arrêt (CEDH, 22 oct. 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12 : *Gaz. Pal.* 27 nov. 2018, n° 335m2, p. 31, note ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *AJ pénal* 2018, p. 572, note GALLOIS ; *JCP G.* 2019, n° 32, chron. SUDRE). La Cour a estimé qu'il convenait de retenir une interprétation qui distingue deux volets au sein de l'article 5, §1 c). Une personne peut donc être privée de sa liberté parce « *qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction* », même en l'absence d'accusation pénale. Il n'est pas nécessaire que le but de la mesure ait été spécifiquement de conduire cette personne devant l'autorité judiciaire compétente. Il peut notamment s'être agi « *de relâcher [cette personne] rapidement, dès que le risque aurait été écarté* » (arrêt cité, §121). Dans ce cas, les garanties de l'article 5, §3 sont écartées, tandis que celles de l'article 5, §5 sont maintenues (*ibid.*, §§135-136).

1037 CEDH (ch.), 10 nov. 1969, *Stögmüller c. Autriche*, req. n° 1602/62, « En droit », §4.

1038 CEDH (ch.), 26 juin 1991, *Letellier c. France*, req. n° 12369/86, §35 : *Ann. fr. dr. int.*, 1991, p. 592, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI*, 1992, p. 788, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RSC*, 1991, p. 806, obs. PETTITI ; *D.*, 1992, Somm. 328, obs. RENUCCI ; *RUDH*, 1992, 1, obs. SUDRE.

1039 CEDH (ch.), 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n° 12850/87, §84 : *Ann. fr. dr. int.*, 1992, p. 629, obs. Coussirat-Coustère ; *JDI*, 1993, p. 740, obs. Decaux et Tavernier ; *RSC*, 1993, p. 142, obs. Pettiti ; *RUDH*, 1993, p. 1, obs. Sudre et a. ; *Gaz. Pal.*, 4/6 oct. 1992, p. 28, note Vorms ; *D.*, 1993, Somm. 383, obs. Renucci.

prononcée “par un tribunal compétent” », alors « le contrôle voulu à l'article 5 par. 4 se trouve incorporé à la décision »¹⁰⁴⁰. C'est par un contournement progressif de ce principe que s'est formée la jurisprudence favorable au contrôle de proportionnalité au cours de l'exécution de la peine, d'abord sur le fondement de l'article 5, puis sur celui de l'article 3.

636. L'arrêt séminal est celui rendu dans l'affaire *Van Droogenbroeck*, qui concernait une mesure de sûreté de droit pénal belge appelée mise à la disposition du gouvernement. Cette sanction, prononcée au moment de la condamnation, s'appliquait au condamné « récidiviste » ou « délinquant d'habitude » et se présentait comme une mesure de protection et de réinsertion. Elle permettait au ministre de la Justice, après l'exécution de la peine, soit d'interner le condamné, soit de le soumettre à diverses mesures restrictives de liberté, soit encore de l'élargir, en fonction de sa dangerosité et de ses perspectives de réinsertion. Par conséquent, la décision administrative portant sur les modalités d'exécution de la mesure de sûreté trouvait bien son fondement dans la condamnation au sens de l'article 5, §1 a) de la Convention. La Cour avait alors admis qu'au « moment où il statue, le juge ne saurait, par la force des choses, que supputer l'évolution future de l'intéressé. Le ministre de la Justice, lui, peut la suivre de plus près et à intervalles rapprochés, par l'intermédiaire et avec l'aide de ses services, mais par là même le lien entre ses décisions de non-élargissement ou de réinternement et le jugement ou arrêt initial se distend peu à peu avec l'écoulement du temps. Il risquerait de se rompre à la longue si lesdites décisions en arrivaient à se fonder sur des motifs étrangers aux objectifs du législateur et du juge ou sur une appréciation déraisonnable au regard de ces objectifs. En pareil cas, un internement régulier à l'origine se muerait en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l'article 5 »¹⁰⁴¹. La particularité de l'espèce permettait ainsi à la Cour de se prononcer sur une question de proportionnalité post-sentencielle, sans pour autant s'immiscer dans le domaine réservé de la proportionnalité du choix de la peine. Il reste qu'elle reconnaissait alors un effet d'atténuation progressive du sens de la condamnation, susceptible, à terme, d'en affecter la continuité.

637. Par la suite, plusieurs requérants britanniques, condamnés à des peines perpétuelles, tirèrent argument des similitudes entre le régime des sanctions prononcées contre eux et celle en cause dans l'affaire *Van Droogenbroeck*. Leurs peines étaient en effet assorties d'un *tariff*, une durée minimale, fixée en fonction de la gravité des faits et correspondant à la valeur de la rétribution. Une fois cette période écoulée, ils pouvaient être maintenus en détention pour des raisons sécuritaires, ou libérés sous réserve de bonne conduite (sous le régime de la détention « *at Her Majesty's pleasure* »)¹⁰⁴². La peine était donc composée d'une période incompressible et d'une période variable, répondant à des finalités différentes et définies à l'avance. La Cour en vint donc à reporter cette distinction dans l'application de l'article 5. Pour ce qui concernait le *tariff*, le contrôle judiciaire prévu par l'article 5, §4 de la Convention était bien « incorporé » à la condamnation. En revanche, cette incorporation ne concernait « que la décision initiale de privation de liberté » et non « la détention ultérieure

1040 CEDH (plén.), 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("Vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66 2835/66 2899/66, §76.

1041 CEDH (plén.), 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, req. n° 7906/77, §40 : RUDH, 1990, p. 327, obs. CALLEWAERT, DÉJEANT-PONS et SANSONETIS ; JDI, 1985, p. 199, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

1042 Ce système de peine en trois temps est toujours applicable aux condamnations pour meurtre : v. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 5^e éd., Cambridge University Press, 2010, p. 117 et s.228 et .

dans la mesure où des questions nouvelles de légalité la concernaient surgiraient après coup »¹⁰⁴³. Pour cette seconde période, en effet, les raisons de la détention pouvaient « par leur nature même, évoluer avec le temps »¹⁰⁴⁴. Par conséquent et comme dans l'arrêt *Van Droogenbroeck*, « si les décisions de non-élargissement ou de réintégration se fondaient sur des motifs inconciliables avec les objectifs du tribunal ayant prononcé la sentence, la détention [...] perdrait son caractère "régulier" aux fins de l'article 5 par. 1 a) »¹⁰⁴⁵. De cette éventualité découlait l'applicabilité du droit de saisir un tribunal prévu au paragraphe 4, aux fins précises d'un contrôle de proportionnalité continu : « L'article 5 par. 4 (art. 5-4) ne garantit pas le droit à un examen judiciaire d'une portée telle qu'il habiliterait le "tribunal" à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations d'opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en veut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables, selon la Convention, à la régularité de la détention »¹⁰⁴⁶.

638. Cette solution, qui fut reprise dans plusieurs affaires similaires¹⁰⁴⁷, reposait ainsi sur le fait que le Royaume-Uni avait intégré une dimension de théorie de la peine à son droit positif. La délimitation n'était pas seulement établie, comme en droit français, entre une part de peine qui serait incompressible et une autre qui serait susceptible de réductions et d'aménagement. Elle séparait également le rétrospectif, qui pouvait être jugé définitivement, du prospectif, toujours susceptible d'être ré-évalué. Toutefois la distinction avait quelque chose d'artificiel et de bien éloigné de la jurisprudence habituelle de la Cour, fondée sur des notions autonomes et ayant pour vocation la garantie de droits « non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs ». Ici, au contraire, l'effectivité des droits dépendait directement des constructions du droit interne. Le bénéfice de l'article 5, §4 pouvait être entièrement perdu, dès lors que le système juridique national considérait la peine comme un tout mêlé de proportionnalité-mesure et de proportionnalité-justification¹⁰⁴⁸. **La Convention était ainsi, paradoxalement, plus protectrice envers les personnes condamnées à des peines perpétuelles susceptibles d'aménagements, qu'envers celles qui subissaient des peines incompressibles.**

639. La Cour a partiellement dépassé cet obstacle en se fondant sur l'article 3 de la Convention¹⁰⁴⁹. Elle avait d'abord indiqué, dans une décision *Einhorn c. France* du 16 octobre

1043 CEDH (plén.), 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, req. n° 9787/82, §56 : *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 443, obs. COHEN-JONATHAN ; RSC, 1987, p. 750, obs. PETTITI et TEITGEN ; *JDI*, 1988, p. 852, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

1044 *Ibid.*, §58.

1045 *Ibid.*

1046 *Ibid.*, §59.

1047 CEDH (plén.), 25 oct. 1990, *Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni*, req. n° 11787/85, 11978/86 et 12009/86. CEDH (ch.), 18 juil. 1994, *Wynne c. Royaume-Uni*, req. n° 15484/89. CEDH (ch.), 21 févr. 1996, *Hussain c. Royaume-Uni*, req. n° 21928/93. CEDH (Gr. ch.), 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99 : RSC, 2004, p. 165, obs. MASSIAS. CEDH (4^e s.), 10 déc. 2002, *Waite v. The United Kingdom*, req. n° 53236/99 (en anglais uniquement).

1048 CEDH (5^e s.), 2 sept. 2010, *Iorgov (III) c. Bulgarie*, n° 36295/02, §73 *in fine* : *Dr. pénal*, 2011, Chron. 3, obs. DREYER. CEDH (1^{ère} s.), déc. du 21 juin 2011, *Kafkaris v. Cyprus*, n° 9644/09, §58 (en anglais uniquement). CEDH (4^e s.), 17 janv. 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, §103.

1049 CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *D.*, 2013, p. 1748, obs. LÉNA ; *ibid.*, p. 2081, note RENUCCI ; *ibid.*, 2014, Pan. 1235, obs. CÉRÉ ; *AJ Pénal*, 2013, p. 494, obs. VAN ZYL SMIT ; RSC, 2013, p. 625, note PONCELA ; *ibid.*, p. 649, obs. ROETS ; *JCP G.*, 2013, n° 918, obs. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2013, n° 165, obs. BONIS-GARÇON. CEDH (4^e s.), 17 janv. 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, préc.

2001, ne pas exclure « que la condamnation d'une personne à une peine perpétuelle incompressible » ou son extradition vers un État où elle risquerait d'être condamnée à une telle peine « puisse poser une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention »¹⁰⁵⁰. Cette affirmation, déjà très réservée, était précisée et tempérée par l'arrêt *Kafkaris* du 12 février 2008 : « Là où le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous condition, il est satisfait aux exigences de l'article 3 »¹⁰⁵¹. La Cour concluait alors que « la Convention ne confère pas de manière générale un droit à être libéré sous condition ni celui de voir réexaminer sa peine par les autorités internes, judiciaires ou administratives en vue d'une remise ou d'une interruption définitive de celle-ci »¹⁰⁵².

640. C'est sur cette dernière considération qu'est revenu l'arrêt *Vinter c. Royaume-Uni* du 9 juillet 2013, d'après lequel « pour demeurer compatible avec l'article 3, une peine perpétuelle doit offrir à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen »¹⁰⁵³. Le raisonnement, quoique fondé sur l'article 3, se rapproche très fortement de l'esprit de celui précédemment élaboré sur l'article 5, §4. La prémisse est « que nul ne peut être détenu si aucun motif d'ordre pénologique ne le justifie »¹⁰⁵⁴, ce qui place d'emblée la discussion sur le terrain de la proportionnalité ou de l'arbitraire. La Cour admet que « les impératifs de châtement, de dissuasion, de protection du public et de réinsertion figurent au nombre des motifs propres à justifier une détention » et que, pour une peine perpétuelle, « un grand nombre d'entre eux seront réunis au moment où la peine est prononcée »¹⁰⁵⁵. « Cependant, l'équilibre entre eux n'est pas forcément immuable, il pourra évoluer au cours de l'exécution de la peine. Ce qui était la justification première de la détention au début de la peine ne le sera peut-être plus une fois accomplie une bonne partie de celle-ci. C'est seulement par un réexamen de la justification du maintien en détention à un stade approprié de l'exécution de la peine que ces facteurs ou évolutions peuvent être correctement appréciés. »¹⁰⁵⁶

641. On retrouve ainsi l'effet d'atténuation du lien de justification par l'écoulement du temps, qui inspirait déjà l'arrêt *Van Droogenbroeck*. Cette interprétation est confirmée par l'ajout d'une considération typiquement proportionnaliste, une sorte d'application pénologique du principe de diminution des bénéfices marginaux¹⁰⁵⁷ : « Une personne mise en détention à vie sans aucune perspective d'élargissement ni possibilité de faire réexaminer sa peine perpétuelle risque de ne jamais pouvoir se racheter : quoi qu'elle fasse en prison, aussi exceptionnels que puissent être ses progrès sur la voie de l'amendement, son châtement demeure immuable et insusceptible de contrôle. Le châtement, d'ailleurs, risque de s'alourdir encore davantage avec le temps : plus longtemps le détenu vivra, plus longue sera sa peine. Ainsi, même lorsque la perpétuité est un châtement mérité à

1050 CEDH (3^e s.), déc. du 16 oct. 2001, *Einhorn c. France*, n° 71555/01, §27.

1051 CEDH (Gr. ch.), 12 févr. 2008, *Kafkaris c. Chypre*, req. n° 21906/04, §98 : RSC, 2008, p. 692, chron. MARGUÉNAUD et ROETS ; *ibid.*, 2009, p. 431, chron. PONCELA ; *ibid.*, p. 700, obs. ROETS ; RDP, 2009, n° 901, obs. SUDRE.

1052 *Ibid.*, §99.

1053 CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, préc., §110.

1054 *Ibid.*, §111.

1055 *Ibid.*

1056 *Ibid.*

1057 V. *supra*, p. 163 ; *supra*, p. 176.

la date de son imposition, avec l'écoulement du temps, elle ne garantit plus guère une sanction juste et proportionnée »¹⁰⁵⁸.

642. Au travers de ce que M^{me} la juge Power-Forde appelait « droit à l'espoir » dans son opinion concordante, c'est bien de nécessité de la détention qu'il est question. Il s'agit de vérifier la valeur justificatrice des « motifs d'ordre pénologique » dans la continuité et, partant, de contrôler dans la durée la légalité au sens large de la privation de liberté. **La Cour n'accorde donc sur le fondement de l'article 3 ni plus ni moins que ce qu'elle refusait précédemment sur celui de l'article 5,** lorsqu'elle conclut que la Convention exige que les peines perpétuelles « soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention »¹⁰⁵⁹. En réalité, il découle des prémisses mêmes de son raisonnement que ce droit au contrôle continu devrait théoriquement s'étendre aux peines à temps. Elles aussi répondent à des « motifs d'ordre pénologique » qui sont susceptibles de s'atténuer du fait de l'écoulement du temps ou des efforts des condamnés ; elles aussi peuvent perdre leur sens avant d'avoir atteint leur terme ; elles aussi peuvent, dans certains cas, équivaloir à une condamnation à finir ses jours en détention. Toutefois, dans l'arrêt *Vinter*, la Cour observe une convergence « des éléments de droit comparé et de droit international produits devant elle » en faveur de l'instauration d'un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine¹⁰⁶⁰. Ce délai lui sert ensuite de référence, dans l'arrêt *Bodein c. France*, pour vérifier si la peine est compressible *de facto*¹⁰⁶¹. Un tel critère semble donc exclure l'application du même raisonnement aux peines à temps, bien que cette exclusion ne découle pas directement des principes généraux initialement dégagés. Il s'agit davantage pour la Cour de respecter la subsidiarité de son intervention et la marge d'appréciation des États parties à la Convention, aussi étrange que puisse paraître un tel argument dans le domaine de l'article 3.

643. La jurisprudence *Vinter* manifeste, en tout état de cause, la vocation de la proportionnalité à intervenir dans la continuité des privations de liberté. L'exigence d'un contrôle juridictionnel effectif sur la légalité de la détention, combinée à l'encadrement des motifs légitimes permettant de la justifier, a entraîné progressivement la reconnaissance de ce principe, fût-ce par un lent contournement de la jurisprudence antérieure. Assurer l'effectivité de la protection des droits suppose en effet un contrôle qui s'inscrive dans la durée, ce qu'a également reconnu le Conseil constitutionnel.

1058 CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, préc., §112.

1059 *Ibid.*, §119.

1060 *Ibid.*, §§117-118, 120-121.

1061 CEDH (5^e s.), 13 nov. 2014, *Bodein c. France*, req. n° 40014/10, §61 : *D. actu.* 17 nov. 2014, obs. LÉNA ; *D.* 2014, Actu. 2303 ; *AJ pénal* 2015, p. 105, obs. CÉRÉ ; *RSC* 2015, p. 158, note ROETS ; *Dr. pénal* 2015, n° 15, note BONIS-GARÇON ; *ibid.*, Chron. 4, obs. DREYER.

B. Le contrôle continu appréhendé par le Conseil constitutionnel

644. Contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, le bloc de constitutionnalité n'exige pas expressément un contrôle judiciaire au cours de l'exécution des privations ou restrictions apportées aux libertés. Ce n'est qu'au moyen d'une interprétation constructive de l'article 66 de la Constitution qu'une telle exigence a pu être dégagée. L'autorité judiciaire étant gardienne de la liberté individuelle, elle ne peut en effet exécuter cette fonction, concernant une atteinte qui s'étend dans la durée, que par un contrôle au moins périodique. Si le Conseil constitutionnel n'a jamais énoncé le principe, il en fait régulièrement application.

645. Les premières apparitions du principe, dans les années 1980, tiennent surtout de l'allusion. La première se présente dans la décision *Sécurité et liberté* des 19 et 20 janvier 1981, lorsque le Conseil indique que « *si l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction* »¹⁰⁶². La méthode de motivation, malheureusement habituelle, consiste à constater la conformité en se fondant directement les qualités de la loi contrôlée : la loi exige l'intervention du magistrat, donc elle ne méconnaît pas la Constitution. Le sens exact des principes appliqués demeure vague, ce qui évite au Conseil, pour l'avenir, de s'engager dans la voie de la fermeté. Il s'avance davantage, mais en faisant encore montre de grandes précautions, en matière de perquisitions fiscales dans sa décision du 1983. Il énonce d'abord un principe général : « *L'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile* », ce dont il découle que « *l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* »¹⁰⁶³. Ensuite, toutefois, il s'abstient de préciser un sens impératif trop particulier dans son examen de la loi déférée. Les dispositions de la loi ne satisfont pas aux exigences de l'article 66 parce « *qu'elles n'assignent pas de façon explicite au juge ayant le pouvoir d'autoriser les investigations des agents de l'administration la mission de vérifier de façon concrète le bien-fondé de la demande qui lui est soumise* » et « *qu'elles passent sous silence les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations autorisées* »¹⁰⁶⁴. Le législateur est sanctionné non pas pour ne pas avoir prévu de contrôle judiciaire des mesures en question, mais pour être resté trop silencieux quant à leur encadrement. Le cas d'inconstitutionnalité est à la limite du fond et de l'incompétence négative.

646. Le même problème perdure dans la décision du 11 octobre 1984. La loi déférée crée une commission pour la transparence et le pluralisme de la presse, dont les agents sont habilités à procéder à des visites d'entreprises de presse sous le contrôle d'un magistrat du siège. Le Conseil observe que celui-ci ne peut autoriser la visite « *que par une ordonnance spécialement rendue, doit*

1062 Cons. cons., déc. n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, §25 : *D.* 1981, p. 101, note PRADEL ; *ibid.*, 1982, p. 441, note DEKEUWER ; *AJDA* 1981, p. 275, note RIVERO ; *ibid.*, p. 278, note DE GOURNAY ; *RDP* 1981, n° 1, note PHILIP.

1063 Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 déc. 1983, préc., §28.

1064 *Ibid.*, §29.

contrôler la nature des vérifications requises et leur adaptation aux objectifs de transparence et de pluralisme de la presse » et qu'il « peut à tout moment mettre fin à la visite d'entreprise, ce qui implique qu'il en garde le contrôle » (nous soulignons), d'où il découle qu'il « est satisfait aux exigences de l'article 66 de la Constitution »¹⁰⁶⁵. Encore une fois, la motivation est trop ambiguë pour que même une interprétation *a contrario* soit fiable. La décision confirme néanmoins l'attachement du Conseil à la question du contrôle continu, auquel il semble porter un intérêt systématique, sans pour autant qu'il soit clairement défini si cette exigence revêt ou non une valeur déterminante dans les décisions adoptées.

647. Cette valeur commence d'être précisée au début de la décennie suivante. Trois décisions permettent de distinguer trois grands ensembles de mesures pour lesquelles le contrôle de proportionnalité continu occupe une place différente. Chacune est à l'origine d'une ligne jurisprudentielle qui se poursuit jusqu'au temps présent. Il s'agit, respectivement, des privations de liberté avant jugement, de l'exécution des sanctions pénales et des mesures d'enquête attentatoires au droit au respect de la vie privée. Ces trois ensembles seront abordés successivement.

648. La première décision qui semble exiger un contrôle continu de proportionnalité est celle du 25 février 1992. Le Conseil y estime que « le maintien d'un étranger en zone de transit » a « pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution », ce dont il découle que « le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent »¹⁰⁶⁶. Or, « quelles que soient les garanties dont les dispositions de [la loi déferée] entourent le maintien en zone de transit des étrangers, ces dispositions ne prévoient pas l'intervention de l'autorité judiciaire en vue d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien, et en lui permettant ainsi d'apprécier, de façon concrète, la nécessité d'une telle mesure »¹⁰⁶⁷, et la déclaration d'inconstitutionnalité s'ensuit. La mesure relevant de la compétence des autorités administratives, les modalités exigées par le Conseil correspondent en quelque sorte à un *minimum* pour assurer le contrôle judiciaire. Il reste que, dans cette décision, il exige expressément un contrôle en cours de mesure, en vue d'autoriser la prolongation, plutôt qu'un contrôle *a posteriori* qui ne porterait que sur la légalité initiale de la privation de liberté.

649. Cette exigence est ensuite rappelée, parfois moins fermement, dans le domaine des privations de liberté avant jugement. Dans la décision du 2 mars 2004, les prolongations possibles de la garde à vue sont ainsi admises en raison du contrôle qu'exerce sur elles un magistrat du siège. Dans le cadre des enquêtes portant sur des infractions commises en bande organisée, notamment, le Conseil observe que « la durée prévisible des investigations restant à réaliser, qui peut justifier que

1065 Cons. const., déc. n° 84-181 DC du 11 oct. 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, §89 : LPA 25 janv. 1985, n° 11, note FOURRE ; *Pouvoirs* 1985, n° 33, p. 163, note AVRIL et GICQUEL ; RDP 1986, p. 395, chron. FAVOREU ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, et M. WALINE, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Paris, France, Dalloz, 2016, p. 506.

1066 Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, §15 : RFDC 1992, p. 311, note GAÏA ; *Pouvoirs* 1992, n° 62, p.173 ; *ibid.*, p. 189, note AVRIL et GICQUEL.

1067 *Ibid.*, §16

la garde à vue d'une personne fasse l'objet d'une seule prolongation supplémentaire de quarante-huit heures, sera appréciée, dans chaque cas, par le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction »¹⁰⁶⁸. Cette motivation lapidaire est légèrement approfondie dans la décision QPC du 30 juillet 2010. Le Conseil estime que les exigences de l'article 66 de la Constitution sont satisfaites pendant les premières quarante-huit heures, car « le déroulement de la garde à vue est placé sous le contrôle du procureur de la République » et qu'il « lui appartient d'apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis »¹⁰⁶⁹. Ce qui importe, c'est donc que la mesure soit contrôlée dans la continuité, que le magistrat s'assure de la nécessité de maintenir la contrainte ou de la prolonger. Des considérations similaires orientent la décision du 24 juin 2011, concernant le délai de quatre à six jours prévu pour conduire devant le juge mandant la personne arrêtée en exécution d'un mandat d'amener ou d'un mandat d'arrêt, lorsqu'il n'est pas possible de la conduire devant ce magistrat sous vingt-quatre heures. Après avoir vérifié que ce délai était strictement nécessaire et proportionné au regard des circonstances qui pouvaient le justifier, le Conseil observe que « le mandat est ordonné par le juge d'instruction et exécuté sous son contrôle ; qu'il peut à tout moment ordonner la remise en liberté de cette personne notamment au vu des déclarations qu'elle a faites devant le procureur de la République ; que, par suite, le juge d'instruction qui a décerné un mandat d'amener ou un mandat d'arrêt conserve la maîtrise de son exécution pendant tout le temps nécessaire à la présentation devant lui de la personne arrêtée » et que « dès lors, le grief tiré de ce que la privation de liberté nécessaire à l'exécution du mandat échapperait à l'intervention d'un magistrat du siège doit être écarté »¹⁰⁷⁰. L'adéquation du contrôle prévu se déduit non seulement de ce que l'ordre provient d'un magistrat du siège, mais encore de ce que celui-ci conserve la maîtrise de l'exécution de la mesure et qu'il peut décider de mettre fin à la coercition dès qu'elle n'est plus nécessaire.

650. Le deuxième domaine du contrôle continu de proportionnalité est celui des sanctions pénales de longue durée. Dans une décision du 20 janvier 1994, le Conseil constitutionnel déduit du principe de nécessité des peines l'exigence d'un contrôle sur la sanction en cours d'exécution. La loi soumise au contrôle de constitutionnalité crée une peine dite « incompressible ». Elle constitue une modalité particulière de la peine de réclusion criminelle à perpétuité, prononcée par la cour d'assises, qui écarte la possibilité d'appliquer toute mesure d'aménagement de peine. Le Conseil

1068 Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, §26 : *JCP G.* 2004, n° 619, note ZARKA ; *D.* 2004, p. 956, note DOBKINE ; *ibid.*, p. 1387, note SCHOETTL ; *LPA* 26 juill. 2004, note SCHOETTL ; *RFDC* 2004, p. 347, note NICOT ; *Gaz. Pal.* 11-15 avr. 2004, p. 3, note SCHOETTL.

1069 Cons. const., déc. 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, §26 : *D.* 2010, Entretien 1928, obs. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; *ibid.*, Actu. 1876 ; *ibid.*, p. 1949, obs. CASSIA ; *ibid.*, Pan. 2259, obs. PRADEL ; *ibid.*, Entretien 2696, obs. MAYAUD ; *ibid.*, Chron. 2783, obs. PRADEL ; *ibid.*, p. 165, obs. DE LAMY ; *RSC* 2011, Chron. 139, obs. GIUDICELLI ; *AJ Pénal* 2010, p. 470, obs. PERRIER ; *Dr. pénal* 2010, n° 113, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, 2012, Chron. 1, obs. GEORGET ; *ibid.*, 2011, Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Constitutions* 2010, p. 571, obs. DAOUD et MERCINIER ; *ibid.*, 2011, p. 58, obs. DE LA ROSA ; *RTD civ.* 2010, p. 513, obs. PUIG ; *ibid.*, p. 517, obs. PUIG.

1070 Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, *M. Kiril Z. [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener]*, §12 : *D. actu.* 28 juin 2011, obs. ALLAIN ; *D.* 2011, Actu. 1764, obs. ALLAIN ; *ibid.* 2012, Pan. 1638, obs. BERNAUD et JACQUINOT ; *AJ Pénal* 2011, p. 602, obs. PERRIER ; *RSC* 2011, p. 417, obs. DANET ; *Procédures* 2011, n° 276, obs. CHAVENT-LECLÈRE.

affirme d'abord que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* »¹⁰⁷¹. Il relève ensuite que d'après les dispositions de la loi, le juge d'application des peines peut, au terme d'une période de sûreté de trente ans, « *déclencher la procédure pouvant conduire à mettre fin à ce régime particulier, au regard du comportement du condamné et de l'évolution de sa personnalité* »¹⁰⁷². « *Cette disposition doit être entendue comme ouvrant au ministère public et au condamné le droit de saisir le juge de l'application des peines* » et « *une telle procédure peut être renouvelée le cas échéant* »¹⁰⁷³. C'est « *au regard de ces prescriptions* » (qui relèvent d'ailleurs plutôt de la réserve d'interprétation) que le Conseil conclut à l'absence de disproportion manifeste. L'intervention du juge en cours d'exécution de la peine et la possibilité pour lui de mettre fin à la privation de liberté sont des conditions de sa proportionnalité. La portée de la décision reste toutefois limitée par le fait qu'elle concerne le cas très particulier d'une peine perpétuelle. Elle ne dit rien des peines à temps et, au contraire, la barre de la disproportion manifeste est placée très haut.

651. Cette incertitude semble toutefois trouver une réponse dans une décision du 6 septembre 2019. Le Conseil y relève qu'en application de l'article 730-2-1 du Code de procédure pénale soumis à son examen, les personnes condamnées à une peine privative de liberté pour certains faits de terrorisme ne peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle qu'après exécution d'une mesure probatoire en milieu ouvert. Or lesdites mesures ne peuvent en principe pas être accordées aux personnes qui sont sous le coup d'une décision d'éloignement du territoire français. Il en résulte selon le Conseil que « *dès lors que les dispositions contestées ont pour conséquence de priver les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, elles sont manifestement contraires au principe de proportionnalité des peines* »¹⁰⁷⁴ (nous soulignons). La mention « *en particulier* » indique vraisemblablement que la solution ne concerne pas seulement les peines perpétuelles, même si elles constituent l'aspect le plus crucial de la question. Le Conseil semble bien avoir entendu reconnaître, à titre général, une application du principe de proportionnalité qui exige que soit possible, à terme, l'examen de la situation des personnes condamnées à des peines privatives de liberté en vue de les faire bénéficier d'aménagements de peine, y compris en ce qui concerne les peines à temps.

652. Peut-être est-ce également le risque d'une privation de liberté perpétuelle qui amène le Conseil à adopter des considérations similaires dans sa décision du 21 février 2008, concernant la rétention de sûreté. Dans la dernière partie de ses développements concernant la proportionnalité de la mesure, il répond au grief tiré de la possibilité que la mesure soit renouvelée sans limite de durée

1071 Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, §12 : D. 1995. Somm. 340, obs. RENOUX.

1072 *Ibid.*, §13.

1073 *Ibid.*

1074 Cons. const., déc. n° 2019-799/800 QPC du 6 sept. 2019, *Mme Alaitz A. et autre [Conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme]*, §8 : D. actu., 6 sept. 2018, obs. FUCINI ; *AJ Pénal* 2019, p. 622.

ou d'itérations. Son argument se tient en deux temps. En premier lieu, quant à la procédure, « l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de la personne retenue, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient », ce dont il se déduit que « le législateur a assorti la procédure de placement en rétention de sûreté de garanties propres à assurer la conciliation qui lui incombe entre, d'une part, la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire et, d'autre part, l'objectif de prévention de la récidive poursuivi »¹⁰⁷⁵. En second lieu, quant au fond, « le renouvellement de la mesure ne pourra être décidé que si, à la date du renouvellement, et au vu, selon le cas, de l'évaluation pluridisciplinaire ou de l'expertise médicale réalisée en vue d'une éventuelle prolongation de la mesure, celle-ci constitue l'unique moyen de prévenir la commission des crimes visés à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale ». Le législateur a donc « entendu qu'il soit régulièrement tenu compte de l'évolution de la personne et du fait qu'elle se soumet durablement aux soins qui lui sont proposés », ce qui permet d'écarter « le grief tiré de ce que le renouvellement de la mesure sans limitation de durée est disproportionné »¹⁰⁷⁶. La proportionnalité se conçoit donc dans la durée, dans la façon dont sont conditionnés les renouvellements ou les interruptions. Sa garantie passe par un contrôle de l'autorité judiciaire, dont l'effectivité tient à ce que le juge peut « interrompre à tout moment » la coercition.

653. Les mesures d'enquête comportant une intrusion dans la vie privée ont peut-être été le lieu d'une évolution récente. L'exigence d'un contrôle judiciaire sur le déroulement de la mesure était presque écartée par la jurisprudence concernant les perquisitions. Dans la décision du 16 juillet 1997, le Conseil avait indiqué que « le législateur peut prévoir la possibilité d'opérer des visites, perquisitions et saisies de nuit dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train de se commettre ou vient de se commettre, à condition que l'autorisation de procéder auxdites opérations émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que le déroulement des mesures autorisées soit assorti de garanties procédurales appropriées »¹⁰⁷⁷. Le contrôle judiciaire des opérations consistait donc en une « autorisation » et il était formellement distinct des « garanties procédurales appropriées ». Le Conseil avait bien relevé que « le législateur a[vait] fait du président du tribunal de grande instance ou de son délégué, magistrats du siège, l'autorité compétente pour autoriser la mesure, en exigeant une décision écrite motivée », mais – la liaison est importante – « qu'en outre il a[vait] placé les opérations sous le contrôle du magistrat qui les a[vait] autorisées, lequel p[ouvait] se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales » (nous soulignons). Le contrôle au cours de la mesure était donc considéré comme un supplément, un effort de garantie louable, mais non essentiel. Cette

1075 Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, §22 : *Gaz. Pal.* 2008, 1. 391, note ; *RSC* 2009, p. 166, obs. DE LAMY ; *D.* 2008., Pan. 2035, obs. BERNAUD et GAY ; *ibid.* 2009, Pan. 125, obs. ROUJOU de BOUBÉE.

1076 *Ibid.*, §23.

1077 Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juil. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes depositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, §17 : *D.* 1997, p. 69, note MERCUZOT ; *JCP G.* 1996, II. 22709, note NGUYEN VAN TUONG ; *AJDA* 1997, p. 86, note TEITGEN-COLLY et JULIEN-LAFERRIÈRE.

formule fut reprise en deux points de la décision du 2 mars 2004¹⁰⁷⁸, concernant d'une part les visites domiciliaires et saisies de nuit, d'autre part les sonorisations de locaux et fixations d'images. Les mesures d'intrusion et les mesures de surveillances étaient ainsi vraisemblablement soumises au même régime du point de vue de la constitutionnalité.

654. Or cette approche semble avoir évolué depuis, à l'occasion des décisions des 25 mars 2014 et 21 mars 2019. Le Conseil y indique « *que si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve, d'une part, que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées et, d'autre part, que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire à qui il incombe en particulier de garantir que leur mise en œuvre soit nécessaire à la manifestation de la vérité* »¹⁰⁷⁹. Dans la seconde décision, ce considérant de principe ouvre d'importants développements concernant les techniques de surveillance numérique.

655. Deux ensembles de mesure y étaient soumis au contrôle du Conseil, au sujet desquels il a mené le même raisonnement. Le premier ensemble concernait le régime des interceptions, enregistrements et transcriptions de correspondances par Internet, c'est-à-dire l'équivalent numérique des écoutes téléphoniques. Le second ensemble, celui des « *techniques spéciales d'enquête* », désigne les techniques de surveillance informatique qui peuvent reposer sur le piratage ou dépasser le champ des seules correspondances¹⁰⁸⁰. Dans sa décision, le Conseil critique d'abord le législateur pour avoir conféré à ces mesures un champ d'application trop étendu. Les interceptions de communications peuvent être réalisées « *dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire, en vue de constater toute infraction punie d'au moins trois ans d'emprisonnement, quelle que soit la nature de l'atteinte résultant de cette infraction et quelle que soit la complexité de l'infraction* »¹⁰⁸¹ ; tandis que les techniques spéciales d'enquête, qui « *présentent un caractère particulièrement intrusif* »¹⁰⁸², sont autorisées « *dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire, pour tout crime, et non pour les seules infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées* »¹⁰⁸³. Dans les deux cas, le Conseil considère que « *si une infraction d'une particulière gravité et complexité est de nature à justifier le recours à de telles mesures, tel n'est pas nécessairement le cas d'infractions ne présentant pas ces caractères* »¹⁰⁸⁴. Ensuite, il juge les garanties formelles insuffisantes. En ce qui concerne les interceptions de correspondance, l'autorisation « *est délivrée, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention. Toutefois, alors que son autorisation est donnée pour une durée d'un mois, les*

1078 Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, préc., §46, 64.

1079 Cons. const., déc. n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, §12 : *Dr. pénal* 2014, alerte 26, obs. ROUMIER. Cons. const., déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, préc., §142.

1080 P. DOURNEAU-JOSETTE, « Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications électroniques », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018, p. 151-168.

1081 Cons. const., déc. n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, préc., §143.

1082 *Ibid.*, §161.

1083 *Ibid.*, §162.

1084 *Ibid.*, §143 et 162.

dispositions légales ne prévoient pas l'accès du juge des libertés et de la détention à l'ensemble des éléments de la procédure. Ainsi, il n'a pas accès aux procès-verbaux dressés dans le cadre de l'enquête en cours autres que ceux pris en application des articles 100-3 à 100-8 du code de procédure pénale et n'est pas informé du déroulé de l'enquête en ce qui concerne les investigations autres que la mesure d'interception de correspondances. Enfin, les dispositions législatives ne prévoient pas que le juge peut ordonner la cessation de la mesure d'interception, notamment s'il estime que celle-ci n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité. »¹⁰⁸⁵ Quant aux techniques spéciales d'enquête, elles sont soumises à une autorisation « *délivrée, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention. Toutefois, si le juge des libertés et de la détention peut ordonner à tout moment l'interruption des techniques spéciales d'enquête, les dispositions légales ne prévoient pas qu'il peut accéder à l'ensemble des éléments de la procédure. Ainsi, alors que son autorisation est donnée pour une durée d'un mois, il n'a pas accès aux procès-verbaux réalisés dans le cadre de l'enquête en cours autres que ceux dressés en exécution de sa décision et n'est pas informé du déroulé de l'enquête en ce qui concerne les investigations autres que les actes accomplis en exécution de sa décision.* »¹⁰⁸⁶ Les dispositions sont donc déclarées contraires à la Constitution dans les deux cas. Le Conseil manifeste ainsi une attention nouvelle à l'effectivité du contrôle juridictionnel des mesures concernées. Il s'agit d'assurer à la fois la qualité de l'information adressée au magistrat et la possibilité pour lui d'ordonner la cessation de la mesure en cours. Le contrôle continu est bien exigé ici, ce qui ne peut qu'être approuvé au vu de la capacité de surveillance que représentent les techniques en question.

656. Le Conseil semble bien considérer qu'il existe un seuil au-delà duquel un contrôle préalable de proportionnalité est requis. Ce seuil est toutefois plurifactoriel : il dépend à la fois de l'importance de l'intrusion réalisée, de la gravité et de la complexité des faits à l'origine des investigations, et du caractère plus ou moins dérogatoire du régime applicable. Le Conseil rapproche ainsi ses exigences de celles depuis longtemps inscrites dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans des matières voisines¹⁰⁸⁷. Toutefois, cette diversité des critères, et le silence gardé par le Conseil sur leurs poids respectifs, rendent l'analyse de la décision délicate et sa portée encore incertaine.

Conclusion du premier paragraphe. Prise comme une condition supplémentaire au sein du contrôle juridictionnel, la proportionnalité en affecte la portée non seulement matérielle, mais aussi temporelle. Contrainte argumentaire, elle restreint la marge de discrétion du juge de l'autorisation

1085 *Ibid.*, §144.

1086 *Ibid.*, §163.

1087 L'encadrement légal minimal des mesures d'écoute judiciaires exigé par la Cour comprend de très nombreux critères : V. CEDH (ch.), 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85, §§34-35 ; *Huvig c. France*, req. n° 11105/84, §§33-34 ; RUDH 1990, p. 185, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1991, p. 606, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; D. 1990, p. 353, note PRADEL. Quant au contrôle de la mesure d'écoute, la Cour a indiqué dans un arrêt *Roman Zakharov* qu'il « *est en principe souhaitable* » qu'il soit confié « *à un juge* », mais que « *le contrôle par un organe non judiciaire peut passer pour compatible avec la Convention dès lors que cet organe est indépendant des autorités qui procèdent à la surveillance et est investi de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent* » (nous soulignons). La formulation reste toutefois légèrement ambiguë quant au point de savoir si la condition de permanence du contrôle s'applique également au « *juge* », ou seulement à l'autorité de contrôle non judiciaire. V. CEDH (Gr. ch.), 4 déc. 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06 : D. actu. 23 déc. 2015, obs. SOUDAIN.

préalable. Notion concrète liée à l'opportunité, elle renforce au contraire le pouvoir de contrôle du juge de l'annulation. En outre, si le législateur demeure en principe libre de privilégier l'une ou l'autre modalité pour ce qui concerne les contrôles discrets, la proportionnalité exige la mise en place d'un contrôle continu effectif, dès lors que la mesure concernée consiste en une privation de liberté. Elle s'inscrit, enfin, dans l'esprit d'un renforcement progressif et permanent de l'ensemble des contrôles juridictionnels. Les évolutions de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme ici exposées montrent que ce renforcement suppose des interventions juridictionnelles plus fréquentes, plus systématiques et à la sensibilité plus fine. Or la saisine d'un juge ne se conçoit pas isolément. Celui-ci agit dans le cadre d'un système institutionnel et procédural qui peut, la plupart du temps, mener à l'exercice de voies de recours. Envisager un contrôle plus systématique en premier ressort mène donc à s'interroger quant aux effets que peut produire la proportionnalité sur les contrôles hiérarchiques et, plus spécifiquement, sur l'office du juge de cassation.

§2. L'articulation hiérarchique

657. Si l'on considère le contrôle de proportionnalité comme un mode de raisonnement différent de la logique catégorique classique, force est alors d'admettre qu'il suppose une appréciation concrète des situations et une interprétation casuistique. Sous leur conception proportionnaliste, les notions d'optimisation de la jouissance des droits, d'équilibre des intérêts, appellent toujours une prise en considération de l'ensemble des données de la cause. Les sous-principes qui structurent le raisonnement décrivent une méthode pour appréhender les faits, dont l'application est toujours empirique. Le contrôle est donc majoritairement, sinon entièrement, factuel¹⁰⁸⁸.

658. Une autre conception, plus orthodoxe mais moins conforme à l'esprit de la proportionnalité, traite ses sous-principes comme des qualifications juridiques susceptibles d'être interprétées pour l'avenir¹⁰⁸⁹. L'adéquat, le nécessaire, l'équilibré, le rapport de mesure entre infraction et sanction, peuvent faire l'objet, de la part du juge, d'un effort de définition, puis de comparaison, qui s'apparente à un syllogisme. La proportionnalité n'est alors qu'un principe substantiel parmi d'autres, même si c'est un principe fondamental¹⁰⁹⁰.

1088 T. MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance". Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD Civ.*, 2017, p. 789 ; E. GEORGITSI, « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *RIDC*, 2011, vol. 63, n° 3, p. 570 et s. ; G. SARTOR, « The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes », *German Law Journal*, 1 août 2013, vol. 14, n° 8, p. 1419-1456, qui soutient que le raisonnement en proportionnalité est quantitatif par nature, même lorsque aucune valeur chiffrée n'est en jeu.

1089 M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, et J. BUK LAMENT, *La technique de cassation*, 9^e éd., Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2018, p. 97-98 : « Le contrôle de proportionnalité peut être aisément rapproché de celui qu'exerce la Cour de cassation en matière de qualification juridique qui lui permet, en certains domaines, de vérifier que lui sont bien fournies par les juges du fond toutes les précisions de fait qui conditionnent une qualification nécessaire à l'application d'un texte ; cette fonction ne lui a jamais été contestée. » KELLER R., concl. ss. CE (Ass.), 30 déc. 2014, *Bonnemaison*, n° 381245, *Lebon*, 2014 : « Le choix de la sanction, ce n'est pas une question de fait : c'est un exercice intellectuel qui, à partir de considérations de fait, s'apparente à une opération de qualification pour laquelle le juge du fond dispose d'une grande marge d'appréciation. » Rapp. J.-H. ROBERT, « La marée montante de la proportionnalité », *op. cit.*

659. **Pour le juge de cassation, cette alternative détermine en grande partie le champ et la nature du contrôle qu'il peut être appelé à exercer.** Cela s'entend à plus forte raison pour la Cour de cassation qui, contrairement au Conseil d'État, ne contrôle ni la matérialité des faits ni leur dénaturation, et qui est plus rarement saisie pour statuer au fond que ne l'est son homologue de l'ordre administratif. **Plus la proportionnalité est comprise comme une règle formelle et casuistique, plus le champ d'intervention du juge de cassation est réduit, sauf à ce qu'il s'engage dans un contrôle au fond. Inversement, le contrôle de cassation peut être développé sur le fondement d'une conception substantielle et syllogistique du principe, mais cela revient à en nier les spécificités méthodologiques.** Entre ces deux bornes se présente un large spectre de possibilités, au sein duquel le juge de cassation est amené à choisir, selon qu'il entend contrôler l'application effective de la proportionnalité par le juge du fond (I) ou exercer lui-même, en tout ou en partie, le contrôle de proportionnalité (II). Le contentieux du choix de la peine fournit une jurisprudence à la fois récente et abondante sur ces points, qui sera donc étudiée au cours des développements suivants.

I. Le contrôle de cassation sur le contrôle de proportionnalité

660. Sous une approche minimale, le principe de proportionnalité n'exige pas du juge de cassation qu'il réalise lui-même un contrôle de proportionnalité. Le principe est purement formel et la garantie des droits est supposée résulter, au fond, de l'application correcte de la méthode qu'il prescrit. Dans ce cas, le juge de cassation peut se contenter de vérifier que les juges du fond se sont bien conformés à cette méthode de raisonnement, sans qu'il soit nécessaire d'examiner leurs conclusions. Il s'agira de déterminer si le juge du fond a bien procédé par identification d'un conflit de principes et par mise en relation des moyens, des fins et des intérêts atteints, conformément aux standards imposés par les normes qui fondent le contrôle. La sévérité du contrôle des motifs sera donc à la mesure du degré d'intervention dont le juge de cassation souhaite user. Son attention peut se porter sur la nature des critères pris en considération, sur la précision de leur appréciation, ainsi que sur la qualité de l'effort de démonstration fourni par le juge du fond, laquelle peut reposer pour une part variable sur l'implicite. Ces facteurs sont tous intervenus dans l'évolution générale du contrôle de la motivation des peines opéré par la chambre criminelle (A). Ils ont également mené à la formation d'une jurisprudence très remarquable concernant la peine de confiscation et les saisies spéciales, domaine dont la chambre criminelle semble vouloir souligner la particularité (B).

A. Le contrôle fondé sur l'obligation générale de motivation des peines

661. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 novembre 2009, la seule obligation de motivation prévue à titre général portait sur les peines d'emprisonnement ferme prononcées par les juridictions correctionnelles. Le contrôle en était minimal, la Cour de cassation exigeant simplement la présence de raisons légitimes en faveur de la répression, sans que le juge du fond ait à en démontrer la force justificatrice. Les critères d'individualisation alors énoncés par l'article 131-24 du Code pénal, déjà vagues dans leur définition (les « *circonstances de l'infraction* » et la « *personnalité de son*

1090 Pour un exposé et une réfutation de cette conception, v. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit., p. 130 et s.

auteur »), étaient interprétés largement. Pouvaient ainsi servir de fondements potentiels au prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, entre autres : le fait que le prévenu avait « été condamné à plusieurs reprises » pour des faits similaires¹⁰⁹¹ ou à « de lourdes peines d'emprisonnement ferme et de réclusion criminelle »¹⁰⁹² ; « la nécessaire répression d'une délinquance organisée qui, par son ampleur et sa durée, [avait] causé un important préjudice »¹⁰⁹³ ; « l'importance et la gravité » d'une fraude fiscale « proche de l'escroquerie »¹⁰⁹⁴ ; la place « d'acteur central » occupée par le prévenu dans un système de versements occultes¹⁰⁹⁵ ; ou encore, pour des faits d'agression sexuelle, « le risque de les voir se reproduire, – le prévenu étant décrit par les experts comme ayant de la difficulté à apprécier avec les nuances qui conviennent, les situations interpersonnelles notamment dans le domaine des relations intimes entre hommes et femmes »¹⁰⁹⁶.

662. Les motifs de répression, extrêmement diversifiés, n'offraient aucune garantie de cohérence entre eux. La gravité de l'infraction s'entendait aussi bien en termes objectifs (le préjudice causé) que subjectifs (la gravité des fautes). La gravité de la faute, fondée sur l'autonomie de la volonté, pouvait justifier l'emprisonnement, mais tel était aussi le cas de troubles comportementaux légers susceptibles d'affecter le libre-arbitre, tels que les « difficultés » du prévenu « à appréhender avec les nuances qui conviennent, les situations interpersonnelles ». Quant à sa personnalité, elle se comprenait tant en termes d'antécédents judiciaires et de persévérance blâmable dans la voie du crime qu'en termes de dangerosité. En outre, ces causes d'aggravation étaient alternatives, la présence d'une seule suffisant à justifier la sévérité répressive. Les juges du fond motivaient ainsi suffisamment leur décision en établissant « que la gravité des faits justifie le prononcé d'une peine ferme d'emprisonnement », même s'ils ne se prononçaient pas sur la personnalité du prévenu¹⁰⁹⁷.

663. À ces incohérences s'ajoutait l'admission occasionnelle de motifs redondants ou proches de la violation des droits procéduraux. Avait ainsi été approuvée une cour d'appel qui, pour prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'un quantum double de celle déjà prononcée en première instance, s'était fondée sur « la nature et la gravité des faits, s'agissant d'une dénonciation calomnieuse d'actes parfaitement justifiés et effectués par des fonctionnaires de police dans le cadre de leur mission » et sur « le comportement fourbe et la personnalité du prévenu, qui [n'avait] même pas [daigné] se présenter à l'audience de la cour et présenter la moindre excuse »¹⁰⁹⁸. N'est-ce pas, d'abord, le propre d'une dénonciation calomnieuse que de porter sur un

1091 Cass. Crim., 19 avr. 1995, n° 94-84.903 : *Dr. pénal*, 1995, n° 194, obs. VÉRON. Cass. Crim., 8 sept. 1998, n° 97-86.285. Cass. Crim., 8 févr. 2000, n° 99-86.820 : *Bull. Crim.*, n° 58 ; *JCP G.*, 2000, IV. 1994. La plupart des arrêts font référence à plusieurs condamnations antérieures, mais une seule pouvait suffire : Cass. Crim. 3 avr. 1995, n° 94-81.851 : *Bull. Crim.*, n° 141 ; *JCP G.*, 1995, IV. 1690 ; *Gaz. Pal.*, 1995, 2. Somm. 364 (v. les sommaires de jurisprudence, les motifs qui intéressent les présents développements ayant malheureusement été considérés « sans intérêt » pour la publication institutionnelle de l'arrêt).

1092 Cass. Crim., 19 janv. 1999, n° 97-86.121 : *Bull. Crim.*, n° 7 ; *Dr. pénal*, 1999, p. 99, obs. VÉRON.

1093 Cass. Crim., 5 mars 1998, n° 97-80.920 : *Gaz. Pal.*, 1998, 2, Chron. crim. 127.

1094 Cass. Crim., 4 sept. 1995, n° 94-83.344 : *Gaz. Pal.*, 1996, 1, Chron. crim. 9.

1095 Cass. Crim., 22 oct. 2008, n° 07-88.111 : *Dr. pénal*, 2009, n° 4 (2e esp.), obs. VÉRON.

1096 Cass. Crim., 3 mai 1995, n° 94-84.308 : *Gaz. Pal.*, 1995, 2. Somm. 444 ; *Dr. pénal*, 1995, n° 194, note VÉRON.

1097 Cass. Crim., 6 janv. 2004, n° 03-80.245 : *Bull. Crim.*, n° 3 ; *AJ Pénal*, 2004, p. 111, obs. LEBLOIS-HAPPE ; *Dr. pénal*, 2004, n° 46 et 47, obs. VÉRON.

1098 Cass. Crim., 20 juin 2006, n° 05-85.750 : *D.* 2007, Pan. 402, obs. ROUJOU DE BOUBÉE.

acte qui est soit imaginaire, soit « *parfaitement* » légitime ? N'est-il pas, ensuite, curieux d'aggraver la peine à raison d'un acte de résistance passive à la répression qui ne fait pas obstacle à un jugement contradictoire, qui peut fonder d'autres actes répressifs tels que l'émission d'un mandat d'amener ou d'un mandat d'arrêt, et qui peut même être légitime s'il est accompli dans le respect des règles procédurales¹⁰⁹⁹ ? Cela ne revient-il pas, en fait, à sanctionner pénalement une atteinte à l'autorité de la justice qui échappe à toute incrimination ?

664. Le silence conservé par la Cour de cassation sur de telles questions confirme le minimalisme de son contrôle d'alors. L'existence des motifs suffisait et, en particulier, leur rationalité interne n'importait pas. La Cour n'exigeait jamais des juridictions du fond qu'elles explicitent quels liens unissaient, à leurs yeux, les éléments de fait rapportés aux peines prononcées. La notion de gravité, ou les causes qui pouvaient faire d'un trait de personnalité une raison favorable à la sévérité, étaient laissées à leur appréciation souveraine. La motivation qui leur était demandée, exposé des raisons de leur décision, ne portait donc que sur une mineure de syllogisme. La majeure, la définition des sens de la peine et de la façon dont ils devaient ou pouvaient en guider le choix, était laissée sous silence. Or la motivation, ainsi conçue, est un exposé des raisons, mais pas du raisonnement. Elle ne permet d'établir aucune méthode commune, aucun standard de jugement commun, sinon ceux nés de l'usage. Elle n'est d'aucun secours pour garantir la proportionnalité des peines prononcées, car elle occulte le lien de justification que la proportionnalité vise précisément à évaluer.

665. Les lois des 24 novembre 2009 et 15 août 2014 et la jurisprudence à laquelle elles ont donné naissance ont permis un renforcement du contrôle de cassation et, avec lui, l'atténuation partielle de ces incertitudes. Les critères de répression ont été précisés. Surtout, ils doivent désormais être relevés de manière cumulative, suivant une règle combinatoire qui dépend de la peine prononcée. En revanche la Chambre criminelle rechigne toujours à s'engager sur le terrain du sens de la peine et de la proportionnalité substantielle. Cette réticence peut se comprendre au vu de l'imprécision du Code pénal concernant ces questions, mais elle réduit considérablement la portée des avancées réalisées.

666. À partir d'octobre 2010, une première série d'arrêts a mis en application la nouvelle exception de proportionnalité créée par la loi du 24 novembre 2009, qui faisait de l'emprisonnement sans sursis une peine de dernier recours et de l'absence d'aménagement une hypothèse encore plus exceptionnelle¹¹⁰⁰. Une légère ambiguïté aurait pu apparaître. Le texte de l'article 132-24, dans sa rédaction issue de cette loi (et désormais transférée à l'article 132-19), ne faisait aucune référence expresse à la motivation de la peine. Il était possible de l'interpréter comme une disposition substantielle, sur laquelle le juge de cassation aurait pu se fonder pour contrôler l'absence effective d'alternative raisonnable à la privation de liberté. Les notions de « *dernier recours* », de « *peine*

1099 L'article 410, alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que « *le prévenu non comparant et non excusé est jugé par jugement contradictoire à signifier, sauf s'il est fait application des dispositions de l'article 411.* » L'article 410-1 permet au tribunal d'ordonner le renvoi de l'affaire et, par décision spéciale et motivée, de décerner mandat d'amener ou mandat d'arrêt. Enfin l'article 411 permet au prévenu de « *demande à être jugé en son absence en étant représenté au cours de l'audience par son avocat ou par un avocat commis d'office* » par lettre adressée au président du tribunal. Le tribunal peut ensuite agréer à cette demande ou renvoyer l'affaire à une audience ultérieure en ordonnant la comparution.

1100 V. *supra*, p. 272.

nécessaire », le fait que toute autre sanction soit « *manifestement inadéquate* », « *l'impossibilité matérielle* » de tout aménagement, auraient pu être considérés comme autant de qualifications juridiques dont la Cour de cassation pourrait contrôler l'application. La motivation des premiers arrêts de 2010 et 2011 permettait le doute. La plupart de ces décisions, dont les premières, étaient rendues au visa du seul article 132-24 et en reprochaient la méconnaissance aux juges du fond¹¹⁰¹. Quelques autres visaient ensemble l'article 132-24 du Code pénal et l'article 593 du Code de procédure pénale et prononçaient la cassation tantôt pour méconnaissance de la loi¹¹⁰², tantôt pour insuffisance de motifs¹¹⁰³. Ces hésitations formelles passées, la Cour opta finalement pour le visa du seul article 132-24¹¹⁰⁴. L'abondance et la brièveté de ses arrêts de cassation confirmèrent qu'elle n'interprétait ce texte que comme établissant des obligations spéciales de motivation. Parce que ces obligations spéciales constituaient l'entièreté du contenu normatif de l'article, ses prescriptions étaient « *méconnues* » du fait des défauts dans la motivation. Dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 593 du Code de procédure pénale était redondant, ce qui peut expliquer son abandon. Les notions substantielles en jeu, en revanche, demeuraient du domaine réservé des juges du fond. Cette interprétation a été explicitement confirmée après que ces dispositions ont été transférées à l'article 132-19 par la loi du 15 août 2014. Jusqu'alors, l'attendu de principe employé par la Chambre criminelle reproduisait simplement le libellé du texte. Depuis la réforme de 2014, elle préfère énoncer « *qu'il résulte de ce texte que le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit en justifier la nécessité au regard* » des critères légaux et « *que, s'il décide de ne pas aménager la peine, le juge doit, en outre, motiver spécialement cette décision* »¹¹⁰⁵.

667. Une évolution similaire peut être observée dans la jurisprudence fondée sur l'article 132-1 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 15 août 2014. Ce texte établit certains principes généraux de l'individualisation de la peine, mais ne prévoit expressément aucune obligation de motivation. De plus, contrairement à l'article 132-19, il est d'application générale et ne pose aucune

1101 Cass. Crim., 12 oct. 2010, n° 10-81.044 : *Bull. Crim.*, n° 156 ; *D.*, 2010, Actu. 2775, obs. LÉNA ; *ibid.*, 2011, Pan. 2828, obs. POTASZKIN. Cass. Crim., 20 oct. 2010, n° 10-81.800 : *Gaz. Pal.*, 2011, 1, p. 259, note DREYER. Cass. Crim., 27 sept. 2011, n° 11-80.252 : *Bull. Crim.* n° 185 ; *D. actu.*, 7 nov. 2011, obs. PRIOU-ALIBERT ; *AJ Pénal*, 2012, p. 289, obs. PRIOU-ALIBERT.

1102 Cass. Crim., 18 mai 2011, n° 10-81.045 : *Bull. Crim.*, n° 101 ; *D. actu.*, 11 juill. 2011, obs. LÉNA.

1103 Cass. Crim., 10 nov. 2010, n° 10-80.265 : *Bull. Crim.*, n° 179 ; *D. actu.*, 16 déc. 2010, obs. LÉNA ; *D.*, 2011, Pan. 2828, obs. POTASZKIN ; *RSC*, 2011, p. 872, obs. BOCCON-GIBOD. Cass. Crim., 6 avr. 2011, n° 10-85.457 : *Gaz. Pal.*, 2011, 2. 3008, note ROBACZEWSKI.

1104 Cass. Crim., 3 nov. 2011, n° 10-88.104 : *Gaz. Pal.*, 2012, 1. 1085, obs. ROBACZEWSKI. Cass. Crim., 8 févr. 2012, n° 11-81.162. Cass. Crim., 30 oct. 2012, n° 11-87.244 : *Bull. Crim.*, n° 228 ; *D. actu.*, 17 déc. 2012, obs. WINCKELMULLER. Cass. Crim., 30 janv. 2013, n° 11-89.224 : *Bull. Crim.*, n° 33 ; *D. actu.*, 13 mars 2013, obs. LE DREVO ; *AJ Pénal* 2013, p. 613, obs. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Gaz. Pal.*, 2013, 1, p. 1605, note MÉSA ; *ibid.*, p. 1731, obs. DREYER. Cass. Crim., 17 avr. 2013, n° 12-86.054 : *Bull. Crim.*, n° 91 ; *Dr. pénal*, 2013, comm. 118, obs. BONIS-GARÇON. Cass. Crim., 8 oct. 2014, n° 14-80.633 : *D. actu.*, 5 nov. 2014, obs. LÉNA ; *AJ Pénal*, 2015, p. 200, obs. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Gaz. Pal.*, 2014, 2. 3707, note LARREGUE. Cass. Crim., 12 mai 2015, n° 14-83.310 : *Bull. Crim.*, n° 105. Cass. Crim., 16 déc. 2015, n° 14-85.900 : *Bull. Crim.*, n° 575 ; *D. actu.*, 19 janv. 2016, obs. FONTEIX.

1105 Cass. Crim., 30 mars 2016, n° 15-81.550 : *Bull. Crim.*, n° 104 ; *D. actu.*, 2 mai 2016, obs. GOETZ. Cass. Crim., 4 mai 2016, n° 15-80.770 : *D. actu.*, 26 mai, obs. GALLOIS ; *Dr. pénal*, 2016, Com. 119, obs. BONIS-GARÇON. Cass. Crim., 29 nov. 2016, n° 15-86.712 : *D. actu.*, 12 déc. 2016, obs. FUCINI ; *D.*, 2017, Pan. 2501, obs. GINESTET ; *AJ Pénal*, 2017, p. 96, obs. ROBERT. Cass. Crim., 30 nov. 2016, n° 15-86.718 : *D. actu.*, 12 déc. 2016, obs. FUCINI. Cass. Crim., 20 juin 2018, n° 17-84.128 : *Bull. Crim.*, n° 127 ; *D. actu.*, 18 juill. 2018, obs. RÉCOTILLET ; *D.*, 2018, Pan. 1672, obs. BONFILS ; *ibid.*, p. 2259, obs. GINESTET ; *RSC*, 2018, p. 678, obs. MAYAUD ; *AJ Pénal*, 2018, p. 524, obs. GALLARDO ; *Dr. pénal*, 2018, n° 192, obs. CONTE.

exception dont la mise en œuvre requerrait une motivation particulière. Son interprétation en ce sens ne va donc pas nécessairement de soi. C'est pourquoi, dans les arrêts du 1^{er} février 2017, la Chambre criminelle fondait l'obligation générale de motivation qu'elle consacrait, non seulement sur cet article, mais également sur l'article 485 du Code de procédure pénale, qui dispose que « *tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif* »¹¹⁰⁶. La seule de ces décisions à prononcer une cassation le fait, en outre, au visa cumulé des articles 130-20, alinéa 2 et 132-1 du Code pénal et des articles 485, 512 et 593, du Code de procédure pénale¹¹⁰⁷. Ce cumul de fondements, qui permet à la Cour d'insister sur la part formelle du principe dégagé, a encore été employé dans un arrêt du 15 mars 2017¹¹⁰⁸, avant d'être abandonné au profit d'un visa des seuls textes issus du Code pénal¹¹⁰⁹. La même évolution se produira sans nul doute à l'avenir dans les matières criminelle et contraventionnelle¹¹¹⁰.

668. Il semble donc que la Cour de cassation souhaite se limiter, autant que faire se peut, à un contrôle de la motivation. Ce contrôle n'en a pas moins progressé du fait de cette nouvelle jurisprudence. Les arrêts de cassation, qui en composent la majeure partie, renseignent en particulier sur les types de motivation qui sont désormais à exclure. La Cour accorde désormais une grande attention aux critères d'individualisation posés par chacun des textes applicables, lesquels diffèrent en fonction de la peine prononcée. En outre, ces critères sont la plupart du temps cumulatifs et les juges du fond ne peuvent donc plus se contenter d'en relever un seul pour justifier une répression accrue. Le juge correctionnel qui prononce une peine d'emprisonnement ferme ne peut pas se contenter d'établir que les faits sont graves ou d'affirmer que la sanction est choisie en tenant compte de la personnalité du prévenu¹¹¹¹. Il doit, en outre, préciser ce pourquoi il juge que l'emprisonnement sans sursis est nécessaire¹¹¹² et s'expliquer « *sur le caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction* »¹¹¹³. Il ne peut, par ailleurs, justifier de cette nécessité en ne se fondant que sur la gravité des faits : elle doit également être liée à la personnalité du prévenu¹¹¹⁴. Le refus d'aménagement de la peine est associé à un second échelon de motivation, fondé soit sur la personnalité et la situation du prévenu, soit sur l'impossibilité matérielle de mettre en place une telle mesure¹¹¹⁵. Outre l'emprisonnement ferme, la peine d'amende est elle aussi associée à des critères spéciaux d'individualisation, ceux des ressources et des charges du prévenu, que le juge est tenu

1106 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, 3 esp., n° 15-84.511, 15-85.199 et 15-83.984, préc.

1107 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, 15-83.984, préc.

1108 Cass. Crim., 15 mars 2017, n° 16-83.838 : *D. actu.*, 7 avr. 2017, obs. BENELLI-DE BÉNAZÉ ; *D.*, 2017, Pan. 2501, obs. GINESTET.

1109 Cass. Crim., 9 janv. 2018, n° 17-80.200 : *Bull. Crim.*, n° 5 ; *D. actu.*, 29 janv. 2018, obs. LEFORT ; *D.*, 2018, Pan. 2259, obs. GINESTET ; *AJ Pénal*, 2018, 144, obs. CHOPIN. Cass. Crim., 27 juin 2018, n° 16-87.009 : *Bull. Crim.*, n° 128 ; *D. actu.*, 18 juill. 2018, obs. RÉCOTILLET ; *D.*, 2018, Pan. 2259, obs. GINESTET.

1110 Dans chacune de ces matières, un seul arrêt a été structuré par un visa suivi d'un attendu interprétatif général. L'un comme l'autre visent à la fois les textes généraux du Code pénal et les articles du Code de procédure pénale qui posent le principe de la motivation. V. Cass. Crim., 30 mai 2018, n° 16-85.777, préc. Cass. Crim., 26 juin 2018, n° 18-82.351 : *D. actu.*, 12 avr. 2019, obs. FUCINI ; *JCP G.* 2019, n° 394, obs. GIACOPELLI ; *D.* 2019, p. 644. Il peut être postulé que, de la même manière qu'en matière correctionnelle, la jurisprudence ultérieure abandonnera la référence au Code de procédure pénale, une fois la nouvelle interprétation entérinée.

1111 Cass. Crim., 12 oct. 2010, n° 10-81.044, préc. Cass. Crim., 18 mai 2011, n° 10-81.045, préc.

1112 Cass. Crim., 10 nov. 2010, n° 10-80.265, préc. Cass. Crim., 30 oct. 2012, n° 11-87.244, préc.

1113 Cass. Crim., 30 janv. 2013, n° 11-89.224, préc.

1114 Cass. Crim., 27 sept. 2011, n° 11-80.252, préc.

1115 Cass. Crim., 3 nov. 2011, n° 10-87.502, préc.

d'établir¹¹¹⁶. Enfin, même dans les cas où aucune disposition spéciale ne prévoit de facteurs particuliers à prendre en compte, l'article 132-1 du Code pénal exige, *a minima*, que toute peine soit « *motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de [l']auteur et de sa situation personnelle* », y compris si elle est prononcée contre une personne morale¹¹¹⁷.

669. **La plupart de ces arrêts censurent toutefois l'omission pure et simple d'un élément de motivation mentionné par la lettre du Code pénal. Ils ne disent rien de la précision requise dans l'appréhension de ces critères répressifs, ni du degré de détail avec lequel le raisonnement qui mène à la sanction choisie doit être présenté.** Les arrêts de rejet montrent que, sur chacun de ces points, la Chambre criminelle demeure tolérante envers les juges du fond. En matière criminelle, elle n'exige pas que la peine soit motivée suivant les critères de l'article 132-1 du Code pénal, mais simplement que la feuille de motivation expose « *les principaux éléments ayant convaincu [la cour d'assises] dans le choix de la peine* »¹¹¹⁸, y compris si ces éléments n'incluent aucune considération pour la personnalité ou la situation personnelle du condamné¹¹¹⁹. L'essentiel de son contrôle semble donc voué à être exercé en matière correctionnelle, dans laquelle il n'est pas exempt d'ambiguïtés, tant en ce qui concerne les obligations de motivation spéciales de l'article 132-19 du Code pénal que l'obligation générale de l'article 132-1.

670. Dans le domaine de l'article 132-19, tout d'abord, le 27 février 2013, la Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait prononcé, pour la détention et l'offre de trois grammes de résine cannabis, une peine de dix-huit mois d'emprisonnement sans sursis, avec mandat de dépôt à l'audience¹¹²⁰. La motivation de cette décision tenait en partie à la personnalité du prévenu, « *déjà condamné à 5 reprises, ayant enfreint les obligations du contrôle judiciaire imposées par le tribunal ce qui démonstr[ait] un profond mépris des décisions de justice* ». Néanmoins, pour établir la « *particulière gravité des faits* », les juges du fond avaient simplement énoncé que « *le trafic de stupéfiants [génère] une économie parallèle et souterraine et causant une atteinte durable à la santé publique* ». Cette considération, de portée générale, ne semblait éclairer aucune particularité du comportement reproché au requérant. La Cour de cassation l'a toutefois jugée suffisante.

671. Les trois arrêts du 1^{er} février 2017 montrent une tolérance similaire, voire plus importante encore, dans l'application de l'obligation générale de motivation des peines. Dans l'une de ces décisions, la Chambre criminelle a approuvé les juges du fond d'avoir condamné un maire à une amende de 10 000 € et à une peine d'inéligibilité d'un an, pour des faits de provocation à la haine ou à la violence raciale¹¹²¹. Si la motivation était abondante en ce qui concernait la gravité des faits, elle ne consistait, quant à la personnalité du prévenu, qu'au rappel du mandat qu'il exerçait et, pour

1116 Cass. Crim., 15 mars 2017, n° 16-83.838, préc. Cass. Crim. 22 mars 2017, n° 16-80.050 : Bull. Crim., n° 81 ; Gaz. Pal., 18 juill. 2017, p. 51, obs. DREYER ; D., 2017, Pan. 2501, obs. GINESTET. Cass. Crim. 27 juin 2018, n° 16-87.009, préc. Cass. Crim., 30 mai 2018, n° 16-85.777, préc.

1117 Cass. Crim., 9 janv. 2018, n° 17-80.200, préc.

1118 Cass. Crim., 27 mars 2019, n° 18-82.351, préc.

1119 Cass. Crim., 10 avr. 2019, n° 18-83.053 : Bull. Crim. (à paraître) ; LexisNexis actu., 23 avr. 2019, obs. ; D. 2019, p. 764.

1120 Cass. Crim., 27 févr. 2013, n° 11-88.698 : Bull. Crim., n° 49 ; D. actu., 21 mars 2013, obs. WINCKELMULLER ; AJ Pénal, 2013, p. 406, obs. PERRIER ; Gaz. Pal., 2013, 1. 1605, note MÉSA.

1121 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-84.511, préc.

la part rapportée par l'arrêt de cassation, elle était tout simplement inexistante à l'égard de ses ressources et de ses charges. Les juges du fond avaient d'ailleurs expressément choisi la sanction « *eu égard à la personnalité du prévenu et à la gravité des faits reprochés* ». Or c'était précisément à raison d'une omission de ce type que la Cour a prononcé une cassation, dans un deuxième arrêt du même jour rendu sur les mêmes fondements¹¹²². Moins contradictoire, la troisième décision confirme toutefois que certaines lacunes demeurent tolérables dans la motivation des peines, en particulier en ce qui concerne le déroulement argumentaire qui mène des faits à la sanction¹¹²³. La cour d'appel avait condamné le prévenu, pour abus de biens sociaux, à six mois d'emprisonnement avec sursis et 30 000€ d'amende, ainsi qu'à une peine complémentaire d'interdiction d'exercice d'une durée de cinq ans et portant sur diverses activités commerciales et industrielles. Les motifs liés à la peine relevaient notamment que le requérant avait « *suivi une école de commerce* » et était « *gérant de sociétés depuis 1978* », qu'il « *bénéficiait de revenus fonciers de l'ordre de 10 000€ par mois* » et, quant à la gravité des faits, qu'il avait repris la gérance d'une société placée en redressement judiciaire et l'avait renflouée au moyen d'apports non remboursés effectués par une seconde société, « *entraînant la déconfiture de cette dernière* » et la sacrifiant délibérément au profit de la première. Il semble manquer, entre ces éléments, un certain lien argumentaire qui expliquerait, par exemple, que ses études menées en école de commerce et sa longue expérience de gérant de sociétés justifiaient que l'on considérât le requérant comme un expert de ces domaines ; qu'il devait donc être traité avec d'autant plus de sévérité qu'il avait manifestement usé de ce savoir-faire à mauvais escient. Ces éléments auraient pu mener au choix de chacune des peines, en particulier de l'interdiction de gérer, les compétences particulières du prévenu ayant constitué un moyen de l'infraction dont il importait de lui retirer temporairement la jouissance. Ce type de raisonnement se lit entre les lignes de l'arrêt, mais il demeure implicite et il appartient toujours au lecteur – y compris au condamné lui-même – de le reconstituer.

672. À cette importante marge de tolérance s'ajoutent un certain nombre de facilités accordées aux juges du fond. Certaines se comprennent aisément au regard de l'économie des textes. Lorsqu'elle prononce une peine d'emprisonnement sans sursis à l'encontre d'un prévenu régulièrement cité mais absent à l'audience, une juridiction correctionnelle peut ainsi s'abstenir d'ordonner un aménagement de peine en établissant qu'elle ne dispose pas d'éléments suffisants pour en apprécier l'opportunité¹¹²⁴. La semi-liberté et le placement sous surveillance électronique mobile ne peuvent en effet être accordés qu'au condamné « *qui justifie* » des raisons particulières prévues par les articles 132-25 et 132-26-1 du Code pénal, tandis que l'article 132-27 prévoit que le fractionnement de la peine repose sur un motif « *d'ordre médical, familial, professionnel ou social* »¹¹²⁵. Le manque d'informations pertinentes sur ces points et l'absence du prévenu pour y remédier justifient alors que la solution répressive soit maintenue par défaut, étant entendu que par la suite, ces mesures pourront à tout moment faire l'objet d'une requête adressée au juge de l'application des peines¹¹²⁶. Il n'en va pas de même de la simple mention selon laquelle « *il n'y aura*

1122 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-83.984, préc.

1123 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-85.199, préc.

1124 Cass. Crim., 28 nov. 2012, n° 12-81.140 : *Bull. Crim.*, n° 266 ; *Dr. pénal* 2013, comm. 20, obs. VÉRON.

1125 Code pénal, art. 132-27

1126 V. Code de procédure pénale, art. 720-1, 732-1 et 723-7, ensemble l'art. 712-4.

pas lieu » d'ordonner un aménagement « en l'espèce, la cour ne disposant pas, en l'état, de renseignements suffisamment précis pour évaluer la situation personnelle et professionnelle » du condamné. Or cette motivation, qui paraît très lacunaire, a également été approuvée¹¹²⁷.

673. De même et postérieurement, la Chambre criminelle a indiqué que « l'exigence selon laquelle, en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle s'applique au prononcé de cette peine, et non au choix de ses modalités que sont les obligations prévues à l'article 132-45 du code pénal, lesquelles sont susceptibles d'être modifiées par le juge de l'application des peines »¹¹²⁸. Le Conseil constitutionnel avait déjà distingué, auparavant, entre les peines prononcées et leurs « modalités d'exécution », qui n'étaient pas soumises aux exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹¹²⁹. Toutefois cette dichotomie semble mal fondée en ce qui concerne la motivation exigée par l'article 132-1 du Code pénal. D'abord, l'existence même de l'article 132-19 et de ses dispositions spéciales concernant la motivation du refus d'aménager la peine démontre qu'une mesure peut faire l'objet d'une telle exigence devant la juridiction de jugement, même si le juge de l'application des peines est compétent par après pour connaître à nouveau de sa proportionnalité. Ensuite l'article 132-1 sert de préliminaire à l'ensemble d'un chapitre consacré au « régime des peines », dans lequel est inscrit l'article 132-45 qui énonce les différentes obligations susceptibles d'être « spécialement » imposées au condamné ans le cadre de la mise à l'épreuve. En outre l'article 132-1 dispose bien que le juge détermine « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées » en fonction des critères qu'il énonce, tandis que l'article 132-45 est situé dans un paragraphe consacré au « régime de la mise à l'épreuve ». Enfin certaines des obligations prévues par ce texte sont très fortement analogues dans leurs effets aux peines d'interdiction alternatives à l'emprisonnement¹¹³⁰, théoriquement moins répressives et dont la motivation est bien exigée¹¹³¹. L'on conçoit donc difficilement, sur le plan textuel, ce qui ferait obstacle à l'application de l'exigence de motivation au choix des modalités de la mise à l'épreuve¹¹³², la raison en étant vraisemblablement un souhait d'alléger la charge des juridictions du fond¹¹³³.

1127 Cass. Crim., 22 févr. 2012, n° 11-82.975 : *Bull. Crim.*, n° 53 ; RSC 2012, p. 389, obs. BOCCON-GIBOD.

1128 Cass. Crim., 22 nov. 2017, n° 16-83.549 : *Bull. Crim.*, n° 267 ; *Dr. pénal* 2017, n° 20, obs. BONIS-GARÇON.

1129 Cons. const., déc. n° 78-98 DC du 22 nov. 1978, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, §7 : RDP 1979, p. 1686, note FAVOREU ; JCP G. 1980 n° 19309, note NGUYEN QUOC DINH.

1130 Tel est le cas, entre autres exemples : de l'obligation de « s'abstenir de conduire certains véhicules » (art. 132-45, 7°) et de « l'interdiction » de les conduire pendant cinq ans au plus (art. 131-6, 2°) ; de l'obligation de « ne pas se livrer à l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise » (art. 132-45, 8°) et de l'interdiction « d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction » (art. 131-6, 11°) ; ou encore de l'obligation de « s'abstenir de paraître en tout lieu ou toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés » (art. 132-45, 9°) et de l'interdiction « de paraître dans certains lieux ou catégories de lieux déterminés par la juridiction et dans lesquels l'infraction a été commise » (art. 131-6, 12°).

1131 Cass. Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-85.199, préc. Cass. Crim., 27 mars 2018, n° 16-87.585, préc.

1132 *Contra* : É. BONIS-GARÇON, « Motivation du sursis avec mise à l'épreuve - Champ d'application de l'obligation de motivation en matière correctionnelle », *Dr. pénal*, 2018, p. comm. 20, qui estime que « si factuellement cette solution peut surprendre, elle est juridiquement conforme à la lettre de l'article 132-1 du Code pénal qui ne pose l'exigence d'individualisation qu'à l'endroit de la peine. »

1133 *Ibid.*

674. Il existe toutefois un domaine particulier dans lequel la Cour de cassation a pu paraître s'écarter de cette orientation générale. Elle exige en effet expressément que les juges du fond s'assurent que certaines peines de confiscation et certaines saisies spéciales ne soient pas disproportionnées. Aussi il importe de soulever à présent la question de la spécificité de ces solutions.

B. L'hypothèse d'un contrôle spécifique au domaine de la confiscation et des saisies

675. Parallèlement à la reconnaissance d'une obligation générale de motivation des peines, la Cour de cassation a également adopté un ensemble de solutions graduées dans le domaine particulier de la peine de confiscation et des saisies spéciales qui visent à garantir l'exécution de cette sanction. Une série d'arrêtés très remarquée en doctrine¹¹³⁴ a établi ce qui semble être un véritable échelonnement de l'intensité du contrôle de proportionnalité en fonction de la nature et de la portée de la mesure considérée. Le contrôle peut ainsi être purement et simplement exclu¹¹³⁵, les juges peuvent être tenus de l'effectuer à la demande des parties¹¹³⁶ ou il peut même leur incomber de contrôler d'office la proportionnalité de la confiscation ou de la saisie qu'ils prononcent¹¹³⁷. Outre cette gradation apparente du contrôle, une autre particularité remarquable de cette ligne jurisprudentielle est que la chambre criminelle y mentionne expressément la proportionnalité, ce qu'elle s'abstient de faire dans le domaine de l'obligation générale de motivation des peines. Aussi l'articulation de ces différentes solutions doit être exposée avant que soit abordé le point de savoir si les contrôles exercés, tant par les juges du fond que par le juge de cassation, sont réellement différents dans cette matière.

676. Les critères de l'intensité du contrôle de proportionnalité tiennent à la fois à la nature de la mesure concernée, à sa finalité principale et aux biens qui en font l'objet. En matière de confiscation, la jurisprudence semble s'être arrêtée sur une formule adoptée le 27 juin 2018 : « *Hormis le cas où la confiscation, qu'elle soit en nature ou en valeur, porte sur un bien qui, dans sa totalité, constitue le produit de l'infraction, le juge, en ordonnant une telle mesure, doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé lorsqu'une telle garantie est invoquée ou procéder à cet examen d'office lorsqu'il s'agit d'une confiscation de tout ou partie du patrimoine* ». Le principe est complété par un second attendu qui peut se lire comme une consigne méthodologique : « *Il incombe en conséquence au juge qui décide de confisquer un bien, après s'être assuré de son caractère confiscable en application des conditions légales, de préciser la nature et l'origine de ce bien ainsi que le fondement de la mesure* ».

1134 V. notamment les études de A. DADOUN, « L'intensité variable de la proportionnalité de la peine de confiscation », *Dr. pénal*, 2017, n° 7-8, dossier 6 ; E. DREYER, « Confiscation et proportionnalité », *Gaz. Pal.*, 6 novembre 2018, n° 38, p. 73 ; A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Halo sur la jurisprudence de la Chambre criminelle en matière de confiscations et saisies », *AJ Pénal*, 2019, p. 8 ; E. CAMOUS, « Le contrôle de proportionnalité des saisies pénales », *JCP G.*, 2019, n° 6, doctrine 150 ; E. CAMOUS, « Le droit de propriété et la peine de confiscation », *Dr. pénal*, 2019, n° 3, étude 8.

1135 V. notamment Cass. Crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879, préc. ; Cass. Crim., 7 déc. 2016, n° 15-85.136, préc. ; Cass. Crim., 3 mai 2018, n° 17-82098, préc. ; Cass. Crim., 15 mai 2019, n° 18-84494, préc.

1136 Par ex. Cass. Crim., 15 mars 2017, n° 16-80801 : *Bull. Crim.*, n° 74 ; *D. actu.*, 3 avr. 2017, obs. AZOULAY ; *AJ pénal* 2017, p. 299, obs. VIOLEAU. Cass. Crim., 12 juin 2019, n° 18-83396 : *Bull. Crim.* (à paraître).

1137 Par ex. Cass. Crim., 8 mars 2017, n° 15-87422 : *Bull. Crim.*, n° 66 ; *D. actu.*, 1^{er} avr. 2017, obs. FONTEIX. Cass. Crim., 27 juin 2018, préc.

et, le cas échéant, de s'expliquer sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété du prévenu »¹¹³⁸. Cette solution appelle plusieurs observations.

677. D'abord, si la proportionnalité est évoquée, ce n'est pas de proportionnalité-mesure ou de motivation de la peine qu'il s'agit en premier lieu, mais de proportionnalité « de l'atteinte portée au droit de propriété ». Autrement dit, si la confiscation appelle un contrôle particulier, c'est avant tout parce qu'elle constitue spécifiquement une atteinte à ce droit¹¹³⁹ et qu'en tant que telle, elle est soumise à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁴⁰. Cette interprétation est encouragée par le fait que l'article 130-1 du Code pénal, qui définit les fonctions et finalités de la peine, n'est pas visé par ces arrêts, tandis que le Protocole additionnel n° 1 l'est bien¹¹⁴¹, tout comme l'est l'article 131-21 du Code pénal relatif aux conditions d'application de la peine de confiscation. La confiscation est donc à première vue soumise à un régime d'exception, distinct des conditions générales de prononcé et de motivation des peines.

678. Ensuite, les critères choisis par la Cour pour l'intervention du contrôle illustrent ce qui constitue à ses yeux la spécificité de cette sanction et de sa proportionnalité. Cela tient à la « nature hybride, à la fois personnelle et réelle »¹¹⁴² de la peine de confiscation. Celle-ci ne peut en effet porter que sur certains biens ou ensembles de biens, énumérés par l'article 131-21 du Code pénal. De plus les biens confiscables le sont en raison du rapport qu'ils entretiennent avec la commission de l'infraction sanctionnée. La sanction repose donc à la fois sur la culpabilité du condamné et sur une qualité particulière du bien confisqué – notamment lorsque celui-ci provient d'une origine délictueuse ou s'il est destiné à servir à une fin illicite. Toutefois cette qualité peut être plus ou moins certaine et elle peut affecter soit le bien dans sa totalité, soit une simple portion de celui-ci. Dans le cas de la peine de confiscation générale, qui peut porter sur l'ensemble du patrimoine du condamné¹¹⁴³, il n'est pas requis que soit démontré, bien par bien, un lien particulier avec l'activité criminelle. Ce lien est plus certain dans le cas de la confiscation spéciale de biens dont le condamné n'a pu justifier l'origine¹¹⁴⁴. Quant aux autres confiscations spéciales, leur application requiert que le caractère confiscable soit établi séparément pour chaque élément de patrimoine affecté – par exemple parce que ce bien en particulier a servi à la commission de l'infraction ou était destiné à la commettre¹¹⁴⁵. Le lien à établir entre le bien et le délit doit alors être certain et très précis.

1138 Cass. Crim., 27 juin 2018, n° 16-87009, préc. ; Cass. Crim., 16 janv. 2019, n° 17-86581 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *AJ Pénal* 2019, p. 218, note HENNEBOIS. ; Cass. Crim., 12 juin 2019, n° 18-83396, préc.

1139 V. en ce sens E. CAMOUS, « Le droit de propriété et la peine de confiscation », *op. cit.*

1140 Sur l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les solutions retenues par la Cour de cassation en matière de confiscation, v. V. PELTIER, « Proportionnalité et confiscation d'un bien produit d'une infraction », *Dr. pénal*, 2017, n° 2, comm. 31.

1141 Excepté dans l'arrêt du 16 janvier 2019, qui ne vise que les articles 131-21 du Code pénal et 591 et 593 du Code de procédure pénale.

1142 A. DADOUN, « L'intensité variable de la proportionnalité de la peine de confiscation », *op. cit.* V. aussi, distinguant entre les confiscations et saisies *in rem* et *in personam*, G. COTELLE, « Consécration implicite de la procédure de confiscation sans condamnation préalable », *AJ Pénal*, 2016, p. 463.

1143 Code pénal, art. 131-21, al. 6.

1144 Code pénal, art. 131-21, al. 5.

1145 Code pénal, art. 131-21, al. 2.

679. S'ajoute à cette gradation le fait que la confiscation répond en partie à la rationalité d'une mesure de sûreté¹¹⁴⁶. Il s'agit, dans un sens essentiellement préventif, de retirer les biens concernés des mains illégitimes qui les détiennent, pour éviter qu'ils servent à la commission d'autres infractions ou que leurs détenteurs en tirent un bénéfice illicite. Cela fonde la distinction entre le bien qui constitue le produit d'une infraction « *dans sa totalité* » et celui qui ne revêt cette qualité que partiellement. L'immeuble dont le prix d'achat a intégralement été payé avec des fonds d'origine criminelle peut être confisqué de ce simple fait pour deux raisons. D'une part, du point de vue de la dimension réelle de la confiscation, il peut être soutenu que le possesseur actuel ne détient aucun droit sur le bien, puisqu'il l'a acquis par des moyens illégaux. D'autre part, en ce qui concerne la proportionnalité de la confiscation en tant que sanction, elle peut être admise par le jeu d'une présomption irréfragable. Le bien étant, dans sa totalité, en lien direct avec l'activité criminelle réprimée, la seule manière d'empêcher réellement que l'auteur de l'infraction en tire un bénéfice indu est de le lui retirer. Cette décision est en outre nécessairement dépourvue d'excès, dès lors qu'elle porte sur un bien dont la possession est totalement illicite.

680. En revanche un tel raisonnement ne permet pas de fonder automatiquement la confiscation d'un bien qui a pour partie été acquis au moyen de fonds licites¹¹⁴⁷, qui n'a été que l'objet ou l'instrument de l'infraction ou dont le condamné n'a pas pu justifier l'origine. Dans ces cas, la sanction ne peut être comprise qu'en associant à sa dimension réelle et sécuritaire son aspect personnel et punitif. Si la confiscation peut être étendue à la part licite de la jouissance du bien, c'est parce qu'elle vise à sanctionner l'auteur de l'infraction et à l'empêcher ou le dissuader de commettre de nouveaux délits dont il espérerait tirer un nouveau profit. Il existe encore un lien certain entre le bien confisqué et la commission du délit, ce qui permet toujours de présumer, en droit, que la sanction est proportionnée. Toutefois, un contrôle de proportionnalité approfondi peut mener à contredire cette présomption – par exemple, parce que la part illicite ne représente qu'une portion minime de la valeur du bien, ou parce qu'il constitue un moyen de subsistance dont il serait excessif de priver totalement le condamné. De même et *a fortiori*, en matière de confiscation du patrimoine, le lien entre le bien confisqué et l'infraction devient très incertain. La dimension personnelle et punitive de la sanction prend presque entièrement le pas sur sa dimension réelle et sécuritaire et seul un contrôle systématique permet d'assurer que la confiscation est bien proportionnée. L'articulation des cas d'intervention du contrôle de proportionnalité établie par la chambre criminelle peut être comprise en ce sens.

681. Les solutions retenues quant aux saisies spéciales prévues par les articles 706-141 et suivants du Code de procédure pénale s'inscrivent dans la même logique. Ces mesures, créées par une loi du 9 juillet 2010¹¹⁴⁸, visent, selon l'article 706-141, à « *garantir* » par avance « *l'exécution de la peine complémentaire de confiscation selon les conditions définies à l'article 131-21 du Code pénal* ». Aussi une telle saisie ne peut être envisagée que si le bien concerné est confiscable au sens de ce dernier texte. La jurisprudence en matière de proportionnalité des saisies spéciales est donc,

1146 V. en ce sens E. DREYER, « Confiscation et proportionnalité », *op. cit.*

1147 *Ibid.*

1148 Loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 *visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale* : JORF n° 0158 du 10 juil. 2010, p. 12753.

pour l'essentiel, soumise aux mêmes principes que celle qui régit la confiscation. Toutefois, contrairement à la confiscation, qui fait suite à une déclaration de culpabilité, la saisie spéciale est décidée avant le jugement au fond. Le principe de la présomption d'innocence impose par conséquent qu'elle soit soumise à un régime plus strict. La nuance principale est apportée par un arrêt du 24 octobre 2018 : « *si le moyen pris de la violation du principe de proportionnalité au regard du droit de propriété est inopérant lorsque la saisie a porté sur la valeur du produit direct ou indirect de l'infraction (Crim., 5 janvier 2017, n° 16-80.275, Bull. Crim. 2017, n° 7), le juge qui ordonne la saisie en valeur d'un bien appartenant ou étant à la libre disposition d'une personne, alors qu'il ne résulte pas des pièces de la procédure de présomptions qu'elle a bénéficié de la totalité du produit de l'infraction, doit cependant apprécier, lorsque cette garantie est invoquée, le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé s'agissant de la partie du produit de l'infraction dont elle n'aurait pas tiré profit* »¹¹⁴⁹. Or, en l'état actuel de la jurisprudence, un tel contrôle n'est pas exigé lorsqu'il s'agit, non de saisir, mais de confisquer le bien qui constitue en totalité le produit direct ou indirect de l'infraction. La culpabilité et, avec elle, la fonction punitive de la sanction, permettent en quelque sorte de combler l'incertitude quant à la proportionnalité.

682. Il importe de relever que l'objet principal de ces distinctions complexes est de définir le champ et l'objet du contrôle de proportionnalité. En revanche, pour l'essentiel, la Cour reste à nouveau fort discrète quant aux critères de ce contrôle¹¹⁵⁰. Certes, les juges du fond doivent « *s'expliquer sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété du prévenu* »¹¹⁵¹ ou « *apprécier, lorsque cette garantie est invoquée, le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé* »¹¹⁵² mais comment, concrètement, cette appréciation et cette explication doivent-elles être réalisées ? Quel contrôle le juge de cassation entend-il exercer à cet égard ? En réalité, les arrêts publiés dans cette matière révèlent une articulation des contrôles très semblables, sinon identique, à celle observée dans le domaine plus général de la motivation des peines. Le meilleur exemple en est fourni par un arrêt du 8 mars 2017. La chambre criminelle y indique d'abord, en un seul attendu, que « *le juge qui prononce une mesure de confiscation de tout ou partie d'un patrimoine doit motiver sa décision au regard de la gravité des faits, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle, et apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé* ». Elle casse ensuite sur ce fondement commun un arrêt qui, pour fonder le prononcé de la confiscation, indiquait simplement « *que cette peine est adaptée à la nature des faits délictueux commis* »¹¹⁵³. Il n'y a pas, d'une part, méconnaissance de l'article 131-21 du Code pénal, ensemble le principe de proportionnalité et, d'autre part, défaut ou insuffisance des motifs au regard des articles 130-1 et

1149 Cass. Crim., 24 oct. 2018, n° 18-80834 : *Bull. Crim.*, n° 178 ; *D. actu.* 6 déc. 2018, obs. FONTEIX ; *D.* 2018, p. 2093 ; *ibid.*, p. 2263, obs. TRICOIRE ; *ibid.*, 2019, p. 53, note PETITPREZ ; *ibid.*, p. 344, obs. ASCENSI ; *AJ pénal* 2019, p. 46, obs. VIOLEAU ; *JCP G.* 2018, n° 1209 ; *ibid.*, 2019, n° 18, note ROBERT ; *Gaz. Pal.* 2018, p. 3120, note MÉSA ; *Dr. pénal* 2018, n° 217, obs. CAMOUS.

1150 E. CAMOUS, « Le contrôle de proportionnalité des saisies pénales », *op. cit.* parle ainsi de contrôle « aléatoire » dont « les règles de principe » restent « à préciser ».

1151 Cass. Crim., 27 juin 2018, n° 16-87009, préc.

1152 Cass. Crim., 24 oct. 2018, n° 18-80834, préc.

1153 Cass. Crim., 8 mars 2017, n° 15-87422, préc.

132-1, mais un seul cas d'ouverture à cassation au sein duquel la motivation de la peine et la proportionnalité de la confiscation sont confondues.

683. Il convient donc de conclure que si la peine de confiscation présente une particularité, cela ne tient pas au fait que cette sanction soit soumise au principe de proportionnalité mais, au contraire, qu'elle échappe au contrôle de proportionnalité lorsque certaines conditions de fond sont réunies. Lorsque la chambre criminelle admet l'intervention de ce contrôle, ses modalités méthodologiques n'ont rien de spécifique à cette matière, que ce soit devant les juges du fond ou en cassation. L'objet du contrôle est simplement plus aisé à définir que pour d'autres sanctions pénales, parce que la confiscation constitue un moyen bien défini d'arriver à des fins déterminées et que ses effets, étant avant tout patrimoniaux, sont relativement aisés à évaluer.

684. En réalité cette conclusion paraît inévitable, car « proportionnalité, gravité, motivation et individualisation constituent un quatuor indissociable »¹¹⁵⁴. Exiger une motivation sur des critères d'opportunité qui tiennent à la correspondance entre une décision et ses justifications revient à exiger un contrôle de proportionnalité, et *vice-versa*. Ajoutons que l'on comprendrait mal, inversement, que le juge de cassation adopte une solution réellement spéciale en matière de confiscation, d'une façon qui distinguerait cette peine de toutes les autres en l'encadrant de mécanismes de contrôle réellement renforcés. En effet, la sévérité du contrôle de proportionnalité et, partant, celle du contrôle de cassation qui l'assortit, devraient en principe croître avec la gravité des atteintes aux libertés qu'il s'agit de contrôler. Il paraîtrait donc incompréhensible qu'une peine complémentaire ne portant atteinte qu'aux biens du condamné fasse l'objet d'un contrôle de proportionnalité approfondi, tandis que les peines privatives de liberté seraient simplement soumises à une exigence de motivation renforcée supposément distincte de la proportionnalité.

685. **Ces observations incitent toutefois à relativiser la portée véritable de l'évolution de la jurisprudence, qu'il s'agisse de la reconnaissance d'un principe général de motivation des peines ou de l'exigence d'un contrôle de proportionnalité des confiscations et saisies.** En matière de proportionnalité, en effet, un contrôle restreint de la motivation représente une garantie très limitée, car l'identification des termes du conflit, aussi indispensable soit-elle, n'est qu'un préalable à la mise en œuvre effective du principe. L'opération de pesée, de mise en relation des moyens et des fins, d'analogie entre le crime et la peine, forme un système logique distinct, dont le maniement peut faire l'objet d'un travail d'harmonisation méthodologique. Sans cela, le contrôle des motifs assure que les juges se fondent sur des faits similaires, mais il leur laisse le choix de la grille de lecture à appliquer à ces faits, en fonction de leur appréhension propre des questions de politique criminelle et de théorie de la peine qu'implique nécessairement leur décision. La réticence de la Cour de cassation peut toutefois se comprendre, au moins en partie, en ce que s'engager davantage la mènerait nécessairement à se saisir directement du contrôle de proportionnalité et, partant, de ce qu'elle considère être des questions de fait.

1154 J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.*, 2019, p. 490. L'auteur relève aussi que « le contrôle de proportionnalité est effectué à partir du contrôle de motivation : une sanction disproportionnée est, par hypothèse, mal motivée. »

II. Le contrôle de proportionnalité en cassation

686. Lorsqu'il raisonne à partir d'une espèce, le juge de cassation peut être amené à se prononcer sur l'application substantielle de la proportionnalité sous trois modalités. La première et la plus évidente est celle du contrôle de la qualification des faits. Les notions d'adéquation, de nécessité, d'équilibre global ou de proportionnalité-mesure constituent alors à ses yeux des qualifications juridiques dont il lui appartient de vérifier la bonne application. La deuxième modalité envisageable est moins explicite. Elle consiste à présenter son activité comme un contrôle des motifs, mais à l'exercer avec suffisamment de précision pour restreindre effectivement le champ des solutions substantielles qui restent accessibles aux juges du fond lorsqu'ils souhaitent se conformer à ses exigences formelles. La Chambre criminelle semble avoir envisagé de faire usage de la seconde technique dans un arrêt isolé du 3 juin 2015¹¹⁵⁵, avant de renoncer à tout contrôle de proportionnalité des peines en cassation. Or, dans la matière voisine du contentieux disciplinaire, le Conseil d'État a accepté d'exercer ce contrôle. **La solution qu'il a dégagée suit une troisième voie, celle d'un véritable contrôle de l'absence de disproportion de la sanction prononcée au fond.** Cette solution est remarquable tant par les possibilités qu'elle ouvre que par les difficultés qui l'accompagnent.

687. Le Conseil d'État avait d'abord admis un contrôle du juge administratif sur le choix de la sanction prononcée par l'autorité disciplinaire dans un arrêt *Lebon* du 9 juin 1978¹¹⁵⁶. Le contrôle se limitait alors à l'erreur manifeste d'appréciation de l'administration. Il s'agissait alors, non pas « de vérifier si la sanction prononcée [était] celle qui correspond[ait] le mieux aux faits reprochés à l'agent mais seulement de s'assurer qu'elle n'[était] pas inadaptée et que son degré de sévérité présent[ait] un caractère raisonnable au regard des circonstances de l'espèce »¹¹⁵⁷. Le contrôle jouait alors un rôle essentiellement « dissuasif à l'égard de l'autorité administrative répressive », puisqu'il ne menait à censurer que les « abus scandaleux »¹¹⁵⁸. Le juge de cassation, lorsqu'il était saisi, n'exerçait sur la décision des juges du fond qu'un contrôle de la dénaturation des faits¹¹⁵⁹. Toutefois ce contrôle restreint parut à la longue insuffisant au regard des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel. La première avait en effet admis en 2007 que la procédure disciplinaire portait sur des « *droits et obligations à caractère civil* » au sens de l'article 6, §1 de la Convention, même lorsqu'étaient en question les conditions de travail de fonctionnaires¹¹⁶⁰. Le second assimilait, de longue date, les sanctions administratives aux « *sanctions ayant les caractères d'une punition* », soumises aux mêmes principes constitutionnels

1155 Cass. Crim., 3 juin 2015, n° 14-86.507, préc.

1156 CE (sect.), 9 juin 1978, n° 05911, *Lebon* : *Rec. CE*, p. 245 ; *JCP G.* 1979, II, 19159, note RIALS ; *AJDA* 1978, p. 573, concl. GENEVOIS ; *Rev. adm.* 1978, p. 634, note MODERNE ; *D.* 1979, jurispr. 30, note PACTEAU ; *RDP* 1979, p. 227, note AUBY.

1157 D. JEAN-PIERRE, « Les trente ans de la jurisprudence *Lebon* », *JCP A.*, 2008, n° 2147.

1158 *Ibid.*

1159 CE, 30 janv. 1980, *Valéry*, n° 11675 : *Lebon*, t. 854.

1160 CEDH (Plén.), 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, req. n° 6232/73. CEDH (Gr. ch.), 19 avr. 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, req. n° 63235/00, §62 : *JCP G.* 2007, I, 182, n° 3, obs. SUDRE ; *AJFP* 2007, p. 406, note FITTE-DUVAL ; *AJDA* 2007, p. 1360, note ROLIN ; *ibid.*, p. 1921, obs. FLAUSS ; *RFDA* 2007, p. 1031, note GONZALEZ ; *JDI* 2008, p. 784, obs. DE LA HOUGUE.

que les peines¹¹⁶¹. Il paraissait donc opportun de renforcer le contrôle juridictionnel exercé quant à ces sanctions.

688. Le revirement, d'abord opéré à l'égard des professionnels réglementés¹¹⁶², puis des magistrats du parquet¹¹⁶³, a ensuite été généralisé par les arrêts *Dahan* du 13 novembre 2013¹¹⁶⁴ et *Bonnemaison* du 30 décembre 2014¹¹⁶⁵. Le premier arrêt a consacré le passage du contrôle de l'erreur manifeste au contrôle entier, en énonçant « *qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes.* » Toutefois, en l'espèce, le juge de l'excès de pouvoir était le Conseil d'État lui-même, qui connaissait directement de la légalité d'une décision de l'administration. La solution adoptée était éclairante quant à l'office des juges du fond saisis d'un recours en excès de pouvoir dirigé contre une sanction disciplinaire, mais elle n'indiquait en rien comment le Conseil d'État entendait, à l'avenir, exercer son contrôle de cassation sur les décisions de ces juges. L'arrêt *Bonnemaison* a précisé cette articulation : « *Si le choix de la sanction relève de l'appréciation des juges du fond au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, il appartient au juge de cassation de vérifier que la sanction retenue n'est pas hors de proportion avec la faute commise et qu'elle a pu dès lors être légalement prise.* » Un contrôle substantiel de proportionnalité de la sanction a ainsi été adopté au niveau du juge de cassation. Il ne s'agit, toutefois, que d'un contrôle négatif, de portée réduite, ainsi que le Conseil d'État a tenu à le réaffirmer dans l'arrêt *La Poste* du 27 février 2015, selon lequel « *l'appréciation du caractère proportionné de la sanction au regard de la gravité des fautes commises relève [...] de l'appréciation des juges du fond et n'est susceptible d'être remise en cause par le juge de cassation que dans le cas où la solution qu'ils ont retenue quant au choix, par l'administration, de la sanction est hors de proportion avec les fautes commises* »¹¹⁶⁶.

689. En établissant ce nouveau niveau de contrôle, celui de la sanction « *hors de proportion avec la faute* », le Conseil d'État n'a pas entièrement suivi les conclusions de ses rapporteurs publics. Dans l'affaire *Bonnemaison*, M. Keller avait invité le Conseil à exercer un contrôle de la qualification des faits par les juges du fond. Le contrôle de la dénaturation, privilégié par la jurisprudence antérieure, était selon lui inadapté à ce contentieux : « *Le contrôle de dénaturation ne consiste pas à censurer une disproportion, même manifeste, entre la faute et la sanction, sinon la notion d' "appréciation souveraine des juges du fond" n'aurait aucun sens. La dénaturation, c'est une véritable incongruité, un "écart inexplicable" [...] entre la faute et la sanction.* »¹¹⁶⁷

1161 Cons. const., déc. n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, §15 : *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 174, note AVRIL et GICQUEL ; *RDP* 1989, p. 399, note FAVOREU ; *RFDA* 1988, note GENEVOIS.

1162 CE (sect.) 22 juin 2007, *Arfi* : *Rec. CE* 2007, p. 263, concl. M. GUYOMAR.

1163 CE (sect.), 27 mai 2009, *Hontang*, n° 310493 : *AJDA* 2009, p. 1070 ; *Dr. adm.* 2009, n° 7, comm. MELLERAY.

1164 CE (Ass.), 13 nov. 2013, *Dahan*, n° 347704 : *Lebon* ; *RFDA* 2013, p. 1175, concl. KELLER ; *AJDA* 2013, p. 2228 ; *D.* 2013, p. 2699, obs. M.-C. DE MONTECLER.

1165 CE (Ass.), 30 déc. 2014, *Bonnemaison*, n° 381245 : *Lebon* 2015, n° 5, concl. KELLER ; *AJDA* 2015, p. 5 ; *D.* 2015, p. 81, obs. VIALLA ; *RFDA* 2015, p. 67, concl. KELLER ; *AJDA* 2015, p. 769, chron. LESSI et DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *Dr. adm.* 2015, n° 29, note ÉVEILLARD.

1166 CE (sect.), 27 févr. 2015, *La Poste*, n° 376598 et 381828 : *Lebon* 2015, n° 1 ; *AJDA* 2015., p. 421 ; *ibid.* p. 1047, concl. DOMINO ; *AJFP* 2015, p. 230 ; *AJCT* 2015, p. 353, obs. ROUQUET.

1167 KELLER R., concl. ss. CE (Ass.), 30 déc. 2014, *Bonnemaison*, n° 381245, *Lebon*, 2014.

Inversement, il arguait que le choix de la sanction n'était « pas une question de fait : c'est un exercice intellectuel qui, à partir de considérations de fait, s'apparente à une opération de qualification pour laquelle le juge du fond dispose d'une grande marge d'appréciation. »¹¹⁶⁸ Par la suite, M. Domino, dans l'affaire *La Poste*, suggéra de substituer au vocable « *sanction hors de proportion* » une nouvelle dénomination « d'erreur manifeste de qualification »¹¹⁶⁹, qui soulignerait « les similitudes [...] nombreuses, et les cousinages inévitables » existant entre le contrôle de l'excès de pouvoir et le contrôle de cassation¹¹⁷⁰. L'expression, originale, aurait ainsi exprimé le caractère intermédiaire du contrôle exercé par le juge de cassation, tout en le plaçant dans la continuité de la dichotomie traditionnelle entre dénaturation, appréciation et qualification.

690. **Le Conseil d'État, même s'il a refusé de suivre ces recommandations, a toutefois souligné l'exceptionnalisme lié à la question de la proportionnalité et, en particulier, à celle de la proportionnalité-mesure des sanctions.** Ainsi qu'il a été précédemment soutenu¹¹⁷¹, la proportionnalité d'une sanction à la faute qu'elle réprime relève d'une opération intellectuelle particulière, un rapprochement analogique fondé sur des associations symboliques et morales complexes. Évaluer la proportionnalité d'une sanction à une faute ne peut, par définition, se faire qu'au moyen d'un travail de conversion d'une échelle de valeurs à une autre. Il y a bien, si l'on souhaite conserver le vocabulaire classique, une activité de qualification juridique, mais elle n'est qu'une étape du raisonnement. Elle consiste à rapporter les faits réprimés à l'échelle que désigne la notion juridique de gravité. Une fois cette gravité déterminée, il reste encore à en faire découler une peine, c'est-à-dire à la convertir vers l'échelle de sévérité des sanctions, en modulant le cas échéant cette opération au regard des finalités de la répression, c'est-à-dire de la proportionnalité-justification.

691. D'une part cette opération ne se prête pas au découpage théorique entre appréciation des faits et qualification en droit, car elle suppose de tenir compte simultanément des évaluations morales intégrées au système juridique et de la réalité concrète de la situation, tant pour le passé que pour l'avenir. D'autre part cela signifie que **toute autorité qui envisage la question de la proportionnalité d'une peine le fait en procédant à son tour à la même opération de conversion, toute implicite et approximative qu'elle puisse être.** Évaluer la proportionnalité d'une sanction suppose nécessairement de la comparer à la gravité des faits. Cette comparaison suppose, à son tour, de déterminer cette gravité et de la transposer mentalement sur l'échelle des sanctions. Autrement dit, le juge ne compare jamais directement la sanction prononcée par l'autorité contrôlée à la faute qu'elle a souhaité sanctionner. Il la compare toujours à l'idée qu'il se fait de ce qu'aurait été la sanction proportionnée à cette faute. La différence entre le contrôle de « l'écart inexplicable », celui de la sanction hors de proportion, ou celui de la proportionnalité exacte ne tient donc pas à la distinction entre l'appréciation et la qualification ou entre les moyens de fait et les moyens de droit. Elle tient à la marge de divergence que le juge souhaite accorder à l'autorité qui a

1168 *Ibid.*

1169 DOMINO X., concl. ss. CE (sect.), 27 févr. 2015, *La Poste*, n° 376598 et 381828, *AJDA* 2015, p.1047.

1170 *Ibid.*

1171 *V. supra*, p. 93.

adopté la mesure, qu'elle soit une autorité administrative ou un juge du fond dont les décisions sont soumises au contrôle de cassation.

692. En ce sens, le choix du Conseil d'État de parler de « *sanction hors de proportion avec la faute* » met en lumière le fait que la classification classique des degrés de contrôle repose uniquement sur « une distinction *fonctionnelle*, destinée à marquer une opposition entre ce qui fait l'objet d'un contrôle de la part du juge de cassation et ce qui n'en fait pas l'objet. La perspective n'est pas une différence de nature juridique. [...] C'est la logique du contrôle de cassation, ou plutôt son économie [...] qui gouverne la distinction. »¹¹⁷²

693. **Le juge de cassation qui souhaite s'engager sur la voie du contrôle de proportionnalité ne peut donc le faire qu'en reconnaissant qu'il juge également, en partie, le fait.** Cela ne revient pas pour autant à faire de lui un troisième degré de juridiction, car il ne se prononce, en tout état de cause, que sur les prémisses factuelles de son contrôle de proportionnalité. Mais cette appréciation du fond est bien indispensable, si le contrôle de cassation doit avoir un sens. Elle est, du reste, peut-être déjà en acte dans la jurisprudence formaliste de la Cour de cassation précédemment étudiée. Comment, en réalité, la Cour pourrait-elle établir que la motivation d'un arrêt suffit bien à justifier la peine choisie, si ses magistrats s'interdisaient toute réflexion quant à la peine raisonnable en l'espèce ? Comment pourrait-elle apprécier la justification donnée par une chambre de l'instruction à un placement en détention provisoire, sans se représenter l'efficacité à attendre de cette mesure ? « Le fait ? Il est le résultat d'une certaine décomposition du monde par un observateur engagé dans la recherche du rapport entre le fait et sa valeur [...]. Qualifier de "fait", c'est déjà mettre en valeur un état du monde en le mesurant sur l'échelle mobile du droit »¹¹⁷³.

1172 J. MASSOT, H. FOUQUET, J.-H. STAHL, M. GUYOMAR, et A. BRETONNEAU, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, op. cit., p. 152, italiques dans le texte. Rappr. COMBARNOUS et GALABERT, chron. ss. CE, 9 mars 1960, *Jourdan*, AJDA 1960, I. 98 : « Il semble que, plutôt qu'ils expriment la distinction nette de deux opérations intellectuelles successives, que l'on pourrait retrouver par analogie dans toute décision juridictionnelle, les termes d'appréciation et de qualification servent à classer les hypothèses où le juge de cassation désire s'en remettre entièrement au juge du fond et celles où il désire au contraire se réserver un contrôle. » V. également, dans le même sens : WACHSMANN, « Qualification », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, France, Lamy : Presses universitaires de France, 2003, p. 1277-1283.

1173 C. XAVIER, « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *La création du droit jurisprudentiel - Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 531.

694. **Conclusion du second chapitre.** Intégrée à l'activité juridictionnelle, la proportionnalité remplit une double fonction. Elle est, en premier lieu, un mode de direction de cette activité, qui permet de l'orienter vers des solutions partiellement déterminées. Le législateur s'en saisit lorsque, tout en accordant à une autorité publique un pouvoir discrétionnaire, il le limite en soumettant son exercice à un ensemble de finalités données. La Cour de cassation adopte une logique similaire lorsqu'elle impose aux juges du fond de motiver les peines qu'ils prononcent. Le principe de proportionnalité pèse alors comme une contrainte supplémentaire dans le temps du processus décisionnel. Toutefois l'effet de direction peut aussi se produire à l'issue du contrôle de proportionnalité, dans la formulation de ses conclusions, plutôt que du seul fait de son exercice. Le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme ont ainsi recours à la technique proportionnaliste pour produire des décisions nuancées, qui ne subissent pas les aspérités de la logique du tout-ou-rien. Le large éventail de possibilités offertes au juge pénal au moment du choix de la peine vise, de la même manière, à lui permettre de sanctionner justement les faits dont il a à connaître.

695. Mais la proportionnalité sert aussi, en second lieu, une fonction de transformation de la pratique du droit. Méthode de décision, elle ouvre la voie vers des solutions nouvelles, intermédiaires, qui seraient inaccessibles au moyen d'un syllogisme. Ce faisant, elle constitue non seulement un complément au raisonnement catégorique, mais souvent aussi une contre-proposition. Principe général de protection des libertés, elle requiert et produit d'importantes adaptations du système juridique. Elle exige de nouveaux contrôles, qui tiennent compte des modalités concrètes des atteintes aux libertés, comme l'illustre la diffusion du contrôle continu à l'ensemble des privations de liberté prolongées et, récemment, aux investigations intrusives. Elle bouscule les *criteria* traditionnels de répartition des compétences, ainsi qu'en témoignent les difficultés conceptuelles qui entourent son articulation avec le contrôle de cassation. Ces bouleversements sont aussi anciens que le contrôle de proportionnalité lui-même ou que les incertitudes qui entourent inévitablement la construction abstraite de tout ordonnancement institutionnel. Ils interpellent toutefois, aujourd'hui, par leur visibilité. Il paraît raisonnable de supposer que les inquiétudes les plus récentes, au sujet de la reconnaissance et de la délimitation du pouvoir de contrôle des juges nationaux ordinaires sur l'application de la loi, se révéleront infondées par le jeu du cercle vertueux, déjà en place, du dialogue des juges parisiens et strasbourgeois. Il reste que ces questions sont bien soulevées, spécifiquement, à l'occasion de l'intervention de la proportionnalité, et qu'elles mettent indéniablement en lumière toute l'originalité et la puissance de cet instrument.

696. **Conclusion du second titre.** Derrière l'apparente simplicité du principe de proportionnalité se révèle ainsi une profonde complexité technique. Il s'agit bien de s'éloigner du confort rassurant de la syllogistique et, avec elle, de certaines abstractions trompeuses et autres généralisations abusives. Toutefois, dès lors qu'il raisonne en termes de conflit de valeurs, d'efficience ou de mérite, le juge doit redoubler de prudence pour ne pas effectuer un contrôle biaisé, arbitraire ou aléatoire. L'enjeu méthodologique du contrôle de proportionnalité tient ainsi à la nécessité d'en garantir la cohérence et la rationalité. Il est d'autant plus important que, suivant la façon dont une situation concrète est abordée, la proportionnalité est susceptible d'intervenir en faveur de la répression comme elle peut aller à son encontre. Non seulement les principes justificateurs généraux, tels que la protection de l'ordre public, connaissent une portée étendue, mais les droits subjectifs des victimes d'infractions, pris sous leur versant positif, sont eux aussi susceptibles de justifier un renforcement de l'action répressive. À cela s'ajoute le fait que l'abandon, même partiel, de la logique catégorique, peut atténuer la valeur impérative des règles qui s'imposent ordinairement au juge. La brouille des champs de compétence susceptible d'en résulter peut être salvatrice pour les libertés comme elle peut mettre en péril leur garantie si elle entraîne un affaiblissement de la sécurité juridique.

697. Si le raisonnement proportionnaliste peut contribuer à produire une critique éclairée de la répression, il doit donc être soumis lui-même à un examen critique, à un travail réflexif. Il s'agit d'assurer que soient exposés, autant que possible, non seulement le contenu du raisonnement proprement dit, mais également ses prémisses, le cadre de réflexion dans lequel il s'insère. Cela vaut tant pour l'identification des principes en conflit et la détermination de leur contenu normatif que pour la délimitation du champ d'intervention du contrôle lui-même. Il s'agit, d'une part, d'assurer que le problème juridique en présence peut trouver une réponse au moyen d'une opération de pesée mais aussi, d'autre part, de vérifier s'il revient bien au juge, dans les limites de sa saisine, d'effectuer cette opération.

698. Ces éléments illustrent, une fois de plus, la force des liens qui unissent la proportionnalité à la motivation des décisions de justice. Les obligations de motivation renforcées constituent une forme particulièrement privilégiée pour l'intégration de la proportionnalité au tissu institutionnel existant. Certes la motivation, rédigée *a posteriori*, n'exprime pas nécessairement la justification de la décision telle qu'elle a été pensée au moment de son adoption. Elle offre en revanche une assurance concrète qu'un travail réflexif est bien mené, que l'auteur de la décision s'interroge bien, à un moment du processus, sur la compatibilité de ses conclusions avec les exigences de la proportionnalité.

699. Il se confirme donc que le contrôle de proportionnalité implique un alourdissement de la charge du juge, tenu de contrôler davantage, de motiver davantage, et de contrôler et motiver, en un sens, l'orientation de sa propre motivation. Cette pesanteur peut représenter un obstacle de taille à l'adoption réelle de la méthode proportionnaliste et renvoie à la problématique générale de la qualité de la justice, toujours partagée entre sécurité, célérité et efficacité. Observons toutefois, à titre de tempérament, que certaines questions ici abordées, telles que le champ de tel principe ou les limites infrangibles de la compétence judiciaire, peuvent trouver des solutions générales, dégagées

par le juge de cassation. La jurisprudence est, en ce sens, appelée à jouer pleinement son rôle normatif pour encadrer et organiser le contrôle de proportionnalité de la répression.

700. **Conclusion de la première partie.** La proportionnalité se présente ainsi, en bilan, comme un instrument versatile au service d'une fonction perfectionniste.

701. Instrument versatile, car la notion procède d'inspirations multiples et semble s'adapter à tous les cadres, à toutes les situations. La même idée générale de refus de l'excès ou du déséquilibre, formulée par Aristote dans le cadre d'une éthique de la vertu, synonyme de justice et voisine de la tempérance platonicienne, trouve ainsi des répercussions dans l'ensemble des théories modernes, même lorsque, telles la déontologie et le conséquentialisme, elles relèvent de postulats opposés entre eux et mènent à des conclusions contraires. Or il ne paraît pas impossible de rapprocher ces conceptions contradictoires sous une méthode commune. La proportionnalité, en effet, se présente le plus souvent comme une technique de conciliation, de recherche du raisonnable, des fins suffisamment universelles pour que l'adoption du principe n'en soit que plus aisée. En proposant, qui plus est, un modèle de raisonnement concret et débarrassé des catégories juridiques spécifiques à chaque système, elle rappelle l'idéal d'une *lingua franca* de la décision juridique. Elle s'est donc très aisément transmise d'une matière à l'autre, de cadre institutionnel en cadre institutionnel, et s'avère particulièrement adaptée au modèle des interactions normatives en réseau, où chacun communique avec tous. Le fait que les magistrats de la Cour de cassation aient associé si fortement l'adoption d'une doctrine de la proportionnalité à l'amélioration du dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme en offre une illustration récente et manifeste. Instrument versatile, enfin, parce que la proportionnalité peut aussi intervenir là où la syllogistique est déjà appliquée et y jouer un rôle complémentaire, soit par subsidiarité, soit par prévision expresse. Les solutions qu'elle préconise peuvent en outre être intégrées par étapes progressives, ainsi qu'en atteste l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la proportionnalité des peines perpétuelles. La proportionnalité est donc partout, d'une part, parce que ses caractéristiques le lui permettent, mais elle l'est aussi, d'autre part, parce que telle est sa vocation.

702. Le principe et le contrôle de proportionnalité servent en effet une fonction perfectionniste. Il s'agit de ne pas commettre la moindre atteinte aux libertés qui ne soit entièrement justifiée, d'éviter l'excès de protection, l'excès de sanction, l'erreur dans le choix des priorités. La logique de l'optimisation, au fondement de la proportionnalité-justification, a pour pendant en proportionnalité-mesure le refus des peines injustes, l'idée selon laquelle toute portion du mal de la peine qui dépasse la valeur du crime revient à punir un innocent. Il s'agit donc non seulement d'écarter les solutions les plus déraisonnables mais, si possible, de dégager celles qui sont objectivement les meilleures, quitte à ce qu'elles servent d'ultime recours. Le rejet de la logique catégorique a en outre pour conséquence qu'aucune conclusion n'est acquise définitivement. L'*optimum* est circonstanciel, les garanties offertes sont toujours susceptibles d'être encore améliorées à l'avenir. Cette tendance au renforcement et à l'extension constants constitue à la fois un atout de la notion et l'un de ses dangers, car son intervention peut aller jusqu'à perturber le fonctionnement ordinaire des systèmes juridiques. La délimitation de son champ représente en ce sens un enjeu crucial.

703. Mais ce perfectionnisme révèle en outre un autre écueil. Comment doit être établie la marge de tolérance avec laquelle s'apprécie l'excès prohibé ? Un contrôle trop restreint prive le principe de portée, lorsqu'il n'en fait pas un mécanisme de légitimation au service de l'arbitraire. Ne tolérer aucune erreur, c'est au contraire exposer l'action des autorités publiques à la paralysie. Peut-il y avoir un excès, de zèle ou de clémence, de la part du juge de la proportionnalité, et devrait-il alors soumettre les critères de son contrôle à une condition de proportionnalité ? Mais quels en seraient les critères ? Si l'exigence de proportionnalité ne peut jamais être véritablement satisfaite, que reste-t-il de sa valeur juridique ? Il s'agit à présent d'aborder les questionnements que soulève ainsi le caractère inaccessible de la proportionnalité.

Partie II. La proportionnalité inaccessible

« La seule décision possible, c'est la décision impossible. C'est quand il n'est pas possible de savoir ce qu'il faut faire, quand le savoir n'est pas déterminant et n'a pas à l'être, qu'une décision est possible comme telle. Autrement la décision est une application ; on sait ce qu'il faut faire, c'est clair, il n'y a plus de décision possible ; il y a là un effet, une application, une programmation. »*

704. En tant que norme juridique, la proportionnalité produit un effet de contrainte. Elle limite la liberté d'action des autorités publiques en soumettant la licéité de leurs actes à des conditions particulières. En substance, ces exigences portent sur l'acte juridique moins en tant que disposition ou stipulation qu'en tant que décision. Le principe de proportionnalité appelle un raisonnement en termes de motivation, d'opportunité, d'efficience, d'équilibre. Il interroge la consistance logique des justifications envisageables et les rapports qu'elles peuvent entretenir avec la mesure concrètement adoptée. Il ne suffit pas qu'un acte ait été pris par l'autorité matériellement compétente et dans le respect de l'ensemble des conditions prévues par la loi. Encore faut-il qu'il l'ait été pour les bonnes raisons, conformément à ces raisons, et dans la limite de ce qu'elles permettent.

705. Le contrôle de proportionnalité fait de ces considérations une composante supplémentaire du contrôle juridictionnel. Il les soumet à la vérification du juge. Cela suppose donc que ces éléments soient suffisamment vérifiables pour que leur examen puisse fonder une décision juridictionnelle. Autrement dit, le juge doit être en mesure de connaître, de manière suffisamment précise et objective, les justifications de la mesure contrôlée et les effets qu'elle est susceptible d'emporter. Il doit en outre pouvoir déterminer sa décision, à partir de cette connaissance, en suivant un raisonnement rationnel.

706. Or dans le même temps la proportionnalité s'oppose à la logique juridique catégorique. Il ne s'agit pas d'identifier les éléments-clés d'une situation au regard d'une classification abstraite pré-établie, mais d'en apprécier l'ensemble des circonstances pour déterminer si la solution choisie est bien adaptée *in concreto*. La conclusion est supposée être atteinte par mesure, par évaluation, par comparaison des différents *scenarii* envisageables, donc au moyen d'une logique quantitative visant à établir des rapports d'égalité ou d'inégalité. Se présente ainsi un écueil épistémologique majeur. Pour qu'une telle opération intellectuelle puisse passer pour rationnelle, il est indispensable qu'elle porte sur des objets qui soient quantifiables et comparables entre eux. Les termes du raisonnement doivent être commensurables. Or le contrôle de proportionnalité porte sur des conflits qui opposent soit plusieurs droits fondamentaux les uns aux autres, soit un ou plusieurs de ces droits à des principes généraux d'intérêt public. S'il s'agit d'apprécier les effets concrets de la mesure contrôlée sur la mise en œuvre ces droits et principes, alors **les critères du contrôle sont justement en**

* J. DERRIDA, « Dialangues », *Points de suspension*, éd. Galilée, 1992, p. 157

grande partie incommensurables (Titre I). Peut-être peuvent-ils être mis en rapport, mais il paraît inconcevable d'exprimer ces rapports quantitativement. Il est possible de dire qu'un certain équilibre doit être préservé, par exemple, entre la liberté et la sécurité, mais cette affirmation n'est en rien opérante pour établir, par exemple, quel gain en sécurité pourrait « valoir » un jour de privation de liberté. En outre ces évaluations portent sur des pronostics, sur des effets potentiels de la mesure tels qu'ils peuvent être prévus au moment de la décision litigieuse, plutôt que sur des événements certains, ce qui complexifie encore l'opération. Le problème est même aggravé en ce qui concerne la proportionnalité des peines, la question des sens de la sanction étant encore aujourd'hui le lieu de graves incertitudes.

707. Le contrôle de proportionnalité ne peut donc pas être entièrement exercé conformément à ce que préconisent ses fondements théoriques. Cela ne signifie pas pour autant que l'incommensurabilité soit toujours insurmontable ou qu'elle affecte de la même manière l'ensemble des composantes du raisonnement. Sans empêcher totalement toute mise en œuvre du contrôle, elle y impose néanmoins des concessions. Les limites de ce qui peut être apprécié ou démontré suivant un standard satisfaisant de rationalité **rendent indispensable l'adoption de tempéraments**, par rapport au perfectionnisme que semble impliquer la notion (**Titre II**).

Titre I. Des critères incommensurables

Titre II. Des tempéraments indispensables

Titre I. Des critères incommensurables

708. Le problème de l'incommensurabilité constitue depuis plusieurs décennies un point de controverse essentiel dans la théorie proportionnaliste. Les débats se concentrent essentiellement sur l'opération de pesée des intérêts, qui se trouve au cœur du *balancing* à l'américaine et constitue la dernière étape du modèle de contrôle européen. Il s'agit de comparer les effets de la mesure adoptée sur l'ensemble des intérêts juridiques qu'elle affecte en vue d'assurer, en définitive, qu'elle produise plus de bien que de mal. Or cette vérification suppose à titre préliminaire que ces intérêts, les principes juridiques qui les reconnaissent et les valeurs qui les fondent, puissent être placés objectivement sur une échelle commune. À défaut « la décision est soit arbitraire, soit prise de façon irréfléchie en fonction de critères et de hiérarchies usuelles »¹¹⁷⁴. Le mot « incommensurabilité » est généralement utilisé, dans ce contexte, pour désigner l'impossibilité d'établir des rapports quantitatifs entre valeurs disparates, l'idée que l'on ne peut pas « juger qu'une ligne est plus longue qu'un caillou est lourd »¹¹⁷⁵.

709. Cette formulation du problème paraît toutefois devoir être dépassée. D'une part, elle cantonne la discussion au domaine de la théorie des valeurs et au *balancing*. Or le champ du principe de proportionnalité est plus étendu. Il intègre également des éléments de logique instrumentale, des critères d'efficacité et d'efficience qui ne se résument pas à une pesée d'intérêts. Dans la théorie proportionnaliste, ces composantes sont distinctes, mais indissociables : elles forment un tout méthodologique cohérent qui découle de la conception des droits comme des « exigences d'optimisation »¹¹⁷⁶. Optimiser, c'est encore quantifier. Assurer l'efficacité et la nécessité d'un acte suppose d'en apprécier les effets et, partant, que ces effets puissent être déterminés avec suffisamment de précision. Il faut, en d'autres termes, qu'ils soient mesurables. D'autre part, toutes les mesures ainsi requises par le contrôle de proportionnalité ne nécessitent pas la même précision, et toutes ne rencontrent pas les mêmes limites épistémologiques. Il est possible que l'écueil se révèle plus ou moins insurmontable, concerne une part plus ou moins étendue du contrôle, en fonction des droits impliqués et des circonstances de la cause. C'est pourquoi il convient d'appréhender l'incommensurabilité au sens large, comme une notion qui désigne l'ensemble des obstacles susceptibles d'empêcher une mesure satisfaisante des critères de la proportionnalité. Ces obstacles constituent **les formes générales de l'incommensurabilité (Chapitre 1)**.

710. À cet égard, c'est un second exceptionnalisme de la peine qui apparaît, voisin de sa soumission à la proportionnalité-mesure. L'ensemble des atteintes légales aux libertés réalisées par des actes répressifs peuvent en effet, au moins théoriquement, être soumises à une condition de proportionnalité-justification. Les règles générales de l'incommensurabilité s'appliquent donc à

1174 J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit par Christian BOUCHINDHOMME et traduit par Rainer ROCHLITZ, Gallimard, coll.« NRF Essais », 1997, p. 282.

1175 A. SCALIA, opinion concordante sous SCOTUS, 17 juin 1988, *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.*, n° 87-367, *United States Reports* vol. 486, p. 888 et s., spéc. p. 897 : « *The scale analogy is not really appropriate, since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy.* »

1176 V. *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, I. A.

elles et la peine ne fait pas exception sur ce point. En revanche, la peine et les sanctions voisines se distinguent des autres atteintes envisageables dès lors qu'elles revêtent un aspect punitif. Or la notion de punition elle-même emporte d'importants questionnements. Elle est à la source **d'une forme spéciale d'incommensurabilité qui ne se présente que dans ce domaine particulier (Chapitre 2)**. Pour déterminer si une peine est proportionnée, il faut pouvoir lui attribuer une ou plusieurs finalités suffisamment définies et déterminer ce qui rend l'acte de punir indispensable au regard de ces fins. Or la question des sens de la peine, qui relève plus, à certains égards, de la philosophie que du raisonnement de droit positif, est encore aujourd'hui l'objet d'importantes incertitudes. En outre, même si l'on désignait une fin ou un sens précis comme constituant l'objectif à viser pour les besoins du contrôle de proportionnalité, il resterait encore à établir comment lier rationnellement le choix de la peine à la réalisation de ce but. Or ce lien paraît impossible à évaluer si l'on admet que, par définition, l'acte de punir implique de causer intentionnellement une souffrance. Il faudrait alors, pour apprécier la proportionnalité de la peine, mesurer la valeur instrumentale de la souffrance causée par elle, ce qui semble profondément incompatible avec le principe de la dignité humaine.

Chapitre 1. Les formes générales de l'incommensurabilité

Chapitre 2. L'incommensurabilité spéciale dans la proportionnalité des peines

Chapitre 1. Les formes générales de l'incommensurabilité

711. Définie comme un obstacle, surmontable ou non, à une opération de mesure, l'incommensurabilité concerne tout autant le domaine des normes que celui des faits. L'expression d'incommensurabilité des valeurs domine le débat sur la proportionnalité, mais la métaphore de la ligne et de la pierre renvoie à des données factuelles. L'incommensurabilité peut produire des effets différents dans ces deux domaines, mais elle n'est pas *a priori* exclusive à l'un ou à l'autre. En outre, dans ces exemples, la mesure impossible ou limitée concerne le rapport entre deux termes. Toutefois l'incommensurabilité peut également concerner la mesure d'un seul objet. L'étendue réelle de l'univers est incommensurable, tout comme l'est la beauté d'une œuvre d'art. L'ensemble de ces cas ont pour point commun qu'une caractéristique nécessaire à l'opération est absente, qui empêche d'évaluer quantitativement les données qualitativement définies¹¹⁷⁷.

712. En revanche, cette absence – la source de l'incommensurabilité – ne concerne pas toujours le même point de l'opération. Lorsque ce sont les données elles-mêmes qui échappent à la connaissance, l'incommensurabilité est ontologique. C'est le cas de l'étendue de l'univers, mais aussi du lien manquant entre la longueur d'une ligne et le poids d'une pierre. Lorsque les données peuvent être appréhendées, mais qu'il n'existe pas de concept approprié pour les quantifier objectivement, l'incommensurabilité est épistémologique. Tel est le cas de la beauté ou des rapports entre des valeurs concurrentes. Il est ainsi aisé de donner une valeur chiffrée à la durée d'une privation de liberté – en heures, en jours, en années. En revanche, il est impossible de dire objectivement, par exemple, si elle est plus ou moins importante que la valeur du gain en sécurité publique qui est supposé en résulter.

713. Cette dernière distinction permet de souligner le fait que l'incommensurabilité ne peut se comprendre que dans le rapport entre l'objet à mesurer et la mesure à effectuer. Elle dépend de la nature de l'interrogation posée et de la manière dont elle est formulée. Dans le cadre d'un raisonnement plus étendu, constitué d'autres étapes, elle est donc susceptible de constituer un empêchement total ou une simple limitation, potentiellement contournable. L'incommensurabilité elle-même est absolue mais ses effets sont relatifs à la question posée. En cela, elle peut être rapprochée de la notion voisine d'incertitude, qui désigne le cas où l'objet est bien susceptible de mesure, mais où celle-ci ne peut pas être effectuée ou ne peut produire qu'un résultat imprécis. Ce n'est alors plus la nature de la question mais le degré de précision requis qui est en cause.

714. C'est en raison de ce lien profond entre l'incommensurabilité et les termes du contrôle qu'il convient de revenir à la distinction classique du fait et du droit. Le contrôle de proportionnalité, même concret et pragmatique, peut y être soumis dès lors qu'il vise bien, d'une part, à apprécier les données d'une situation et, d'autre part, à en tirer une conclusion normative. En revanche les trois sous-principes de l'adéquation, de la nécessité et de l'équilibre global ne constituent pas des points d'articulation pertinents, chacun d'entre eux revêtant à la fois une dimension factuelle et une dimension normative. L'étude de leurs caractères communs permet ainsi de mettre en évidence que le contrôle de proportionnalité est, dans son ensemble, soumis à une incertitude

1177 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2010, p. 610, V° « Mesure ».

empirique (Section 1) qui ne va pas jusqu'à constituer une pleine incommensurabilité. Cette incertitude ne fait toutefois qu'aggraver le problème de l'incommensurabilité normative des valeurs (Section 2).

Section 1. L'incertitude empirique

Section 2. L'incommensurabilité normative

Section 1. L'incertitude empirique

715. L'incertitude quant aux faits s'impose, de prime abord, dans tous les domaines de l'activité juridictionnelle. En droit criminel, le principe français de l'intime conviction comme, en *common law*, celui de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, admettent que l'erreur n'est jamais totalement exclue. La matière est d'ailleurs ouverte au raisonnement par faisceau d'indices comme aux présomptions de fait, à la condition que ces dernières, lorsqu'elles sont à charge, ne soient pas irréfragables et qu'elles se limitent à des suppositions raisonnables¹¹⁷⁸. Le juge est ainsi amené à raisonner à partir d'un nombre limité de facteurs inconnus, qu'il ne peut compléter que par déduction ou « implication »¹¹⁷⁹.

716. Toutefois le contrôle de proportionnalité-justification a cela de particulier qu'il est tourné vers l'avenir. Il ne s'agit pas d'établir la réalité d'un fait passé ou présent au moment du jugement, mais de déterminer quels effets peuvent être attendus d'un acte donné. L'incertitude concerne donc non seulement la vraisemblance des données déjà acquises, mais aussi les chances ou les risques que se produisent les divers *scenarii* qu'elles permettent d'envisager. Elle procède donc, du point de vue de la logique empirique, de sources spécifiques au contrôle de proportionnalité (§1). Dans le même temps, l'ensemble du contrôle n'en est pas affecté dans les mêmes conditions, car ses trois composantes – l'adéquation, la nécessité et l'équilibre global – reposent chacune sur une appréciation différente des faits rapportés. Par conséquent, l'incertitude connaît également une portée variable (§2), qui dépend de la part du contrôle qu'il s'agit d'effectuer.

§1. Les sources de l'incertitude

717. La solution dégagée par le contrôle de proportionnalité ne découle directement ni des fondements de l'acte contrôlé ni, dans le cas d'un contrôle *a posteriori*, de ses conséquences déjà advenues, mais de ses conséquences prévisibles. Il est, en ce sens, fondé sur un raisonnement probabiliste (I). L'établissement des faits antérieurs ne suffit donc pas pour dégager une solution : il n'existe pas en principe de faits déterminants au sein du contrôle de proportionnalité (II).

1178 V. notamment CEDH (Ch.), 7 oct. 1988, *Salabiaku c. France*, req. n° 10519/83, §28 : RSC 1989, p. 167, obs. PETTITI et TEITGEN ; JDI 1989, p. 829, obs. ROLLAND et TAVERNIER ; RTD eur. 1989, p. 167, obs. COHEN-JONATHAN. Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, §5 : D. 2000, p. 113-114, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; même revue, p. 197-198, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; Procédures 1999, n° 12, p. 3-4, obs. J. BUISSON ; RDP 1999, n° 5, p. 1287-1292, note F. LUCHAIRE ; RFDC 1999, n° 39, p. 587-594, note S. SCIORTINO-BAYART ; LPA 1999, p. 12-16, note B. MATHIEU ; AJDA 1999, p. 694-700, note J.-E. SCHOETTL.

1179 Le raisonnement par implication consiste à identifier une hypothèse comme la seule valide parce que les faits, sans la démontrer directement, excluent toute autre explication raisonnable. C'est autrement dit un raisonnement par élimination en une seule étape. V. Y. MAYAUD, « La preuve des diligences normales dans les infractions d'imprudence : preuve par implication », RSC, 1997, p. 837 ; Y. MAYAUD, « De la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales : la thèse de « l'implication » confirmée... », RSC, 2013, p. 807.

I. **Un raisonnement probabiliste**

718. Dans sa conception majoritaire, le contrôle de proportionnalité obéit à une logique conséquentialiste inspirée des sciences économiques¹¹⁸⁰. Il est présenté comme une méthode d'optimisation de la garantie des droits par la mise en relation des moyens et des fins et par la pesée des intérêts en présence. En tant que tel, il vise idéalement à mettre en œuvre l'équivalent juridique d'une norme technique générale¹¹⁸¹ : la validité d'un acte en droit dépend de sa valeur instrumentale en fait¹¹⁸², l'acte inutile ou excessif devant être écarté.

719. Toutefois l'efficacité factuelle d'une mesure peut être évaluée *a posteriori*, au regard de ses conséquences telles qu'elles se sont réalisées. Une approche conséquentialiste pourrait donc consister à n'évaluer définitivement la légalité d'un acte qu'après qu'il eut produit tous les effets juridiquement pertinents. Au contraire, **le contrôle de proportionnalité appréhende les effets des décisions comme des possibilités, des chances ou des risques non encore réalisés**. Il repose donc sur la notion d'espérance de gain¹¹⁸³, éventuellement entendue dans un sens non-monnaire. Le droit pénal s'intéresse bien, ponctuellement, aux conséquences déjà advenues de certains actes, mais elles ne font alors pas l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

720. La prise en compte des effets réels peut, d'abord, porter sur les faits reprochés à la personne poursuivie. Les qualifications pénales applicables à un comportement prohibé dépendent ainsi en grande partie de son résultat, tout comme les modalités de sa répression. L'article 227-15, alinéa 1, du Code pénal punit par exemple « *le fait, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé* » « *de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende* ». L'article 227-16 prévoit que cette privation

1180 V. *supra*, p. 159.

1181 Une norme technique consiste en une ou plusieurs instructions dont le respect permet de mener à bien un processus matériel, à la manière d'une recette de cuisine ou du manuel de montage d'un appareil. « Tandis qu'au non-respect d'une norme juridique est attachée une sanction, le non-respect de la norme technique compromettra la poursuite du résultat visé. » A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, France, Institut universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », 2014, p. 239 ; rappr. É. DURKHEIM, *De la division du travail social. Thèse présentée à la faculté des lettres de Paris*, Félix Alcan, 1893, p. 23 : « Si je ne conduis pas mes affaires dans les règles de l'art, je risque de ne pas réussir ; mais la société ne s'oppose pas à ce que j'agisse ainsi. » Comp. É. CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, vol. 28, p. 83, qui appelle « normes techniques » des normes juridiquement contraignantes, mais établies à titre spécial et sur la base d'un savoir scientifique pour encadrer une activité technique, par exemple en réglementant l'exercice de certaines activités industrielles ou agricoles.

Parce que, dans l'idéal, le principe de proportionnalité vise à assurer l'optimalité des actes qui lui sont soumis, il peut être appréhendé comme une projection juridique de l'ensemble des normes techniques susceptibles de s'appliquer à ces actes. V. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 244 et s.

1182 « L'État qui est condamné pour avoir adopté une mesure disproportionnée l'est du fait de son *incompétence technique*, puisqu'il aura voulu poursuivre un objectif par un biais inapproprié. » : A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 248.

1183 B. BOLAÑOS, *Attentes normatives et proportionnalité : éléments d'une théorie de la décision juridique*, Thèse de doctorat, Paris I, 2006, p. 298 : « Calculer la proportionnalité des attentes normatives est l'équivalent en théorie de la décision juridique, du principe d'espérance en théorie de la décision tout court. Ce dernier principe ordonne d'accomplir l'acte dont l'espérance est maximale. Le principe équivalent en théorie de la décision juridique ordonne de satisfaire l'attente normative qui est, proportionnellement, maximale, ou bien d'effectuer un partage proportionnel. »

délictuelle d'aliments ou de soins devient un crime, puni aussi sévèrement que le meurtre simple, « lorsqu'elle a entraîné la mort de la victime ». À l'exception du résultat, l'ensemble des éléments constitutifs de ces deux infractions sont identiques, le second texte d'incrimination renvoyant au premier. Les conséquences de l'acte peuvent donc en aggraver la répression et la soumettre au régime juridique applicable en matière criminelle. Toutefois dans ce cas ce sont les effets de l'acte réprimé qui entrent en ligne de compte, et non ceux de la répression. En outre, le juge pénal ne conduit alors pas un contrôle de proportionnalité, il qualifie juridiquement les faits par syllogisme.

721. Ensuite, la proportionnalité n'est pas non plus examinée lorsque ce sont les conséquences réelles d'une décision répressive qui produisent un effet juridique. Par exemple, l'action publique est éteinte par l'exécution, dans les délais impartis, de l'ensemble des obligations acceptées dans le cadre d'une convention judiciaire d'intérêt public¹¹⁸⁴, d'une composition pénale¹¹⁸⁵ ou d'une transaction pénale¹¹⁸⁶. Dans le cas contraire, pour les deux premières procédures, le procureur de la République met en mouvement l'action publique¹¹⁸⁷. Le succès de l'une de ces procédures consensuelles évite donc le recours à des mesures plus coercitives, tandis que l'échec de l'une des premières justifie, voire impose, la mise en œuvre des secondes. Cette articulation s'inscrit dans un esprit de modération et d'adaptation de la répression qui évoque indéniablement la proportionnalité.

722. Néanmoins, aucun contrôle de proportionnalité n'intervient pour établir *a posteriori* la validité de la mesure consensuelle au regard de ses effets avérés. Aucune juridiction n'est d'ailleurs susceptible d'être saisie aux seules fins de constater l'exécution des obligations acceptées par la personne mise en cause. Dans l'hypothèse où les poursuites sont exercées, cette exécution pourrait être soulevée comme moyen de défense, mais cet argument visera alors à obtenir du juge qu'il constate l'extinction de l'action publique, et non qu'il se prononce sur la validité de la procédure d'accord. Concernant celle-ci, au contraire, le contrôle du juge ou, dans le cas d'une transaction pénale proposée par le maire de la commune¹¹⁸⁸, du procureur de la République, intervient *a priori*. La convention judiciaire d'intérêt public comme la composition pénale ne peuvent être mises à exécution qu'après avoir été validées par le président du tribunal de grande instance. À cet objet, l'article 41-1-2, II, alinéa 2, du Code de procédure pénale prévoit que le président « prend la décision de valider ou non la proposition de convention [judiciaire d'intérêt public], en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues [...] et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements ». L'article 41-2, alinéa 6 dispose, dans un sens voisin, que le président « valide la composition lorsque les conditions prévues [par le texte] sont remplies et qu'il estime les mesures justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité d son auteur. » Le même texte ajoute que ce magistrat « refuse de valider la composition pénale s'il estime que la gravité des faits, au regard des circonstances de l'espèce, ou que la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient le recours à une autre

1184 Code de procédure pénale, art. 41-1-2, IV, al. 2.

1185 Code de procédure pénale, art. 41-2, al. 9.

1186 Code de procédure pénale, art. 44-1, al. 4.

1187 Code de procédure pénale, respectivement art. 41-1-2, III, al. 1 ; art. 41-2, al. 7 ; art. 44-1, al.

1188 Code de procédure pénale, art. 44-1, al. 1.

procédure ». Dans un cas comme dans l'autre, le contrôle juridictionnel qui inclut le contrôle de proportionnalité est exercé à titre préalable, sur une proposition qui ne revêt à ce stade pas d'effet obligatoire. Quant à la transaction « *proposée par le maire et acceptée par le contrevenant* » en matière contraventionnelle, l'article 44-1, alinéa 2 prévoit qu'elle « *doit être homologuée par le procureur de la République* ». L'alinéa 5 confie cette homologation au juge compétent du tribunal de police lorsque la transaction consiste en l'exécution d'un travail non rémunéré au profit de la commune. La décision qui accorde ou refuse l'homologation est toutefois discrétionnaire¹¹⁸⁹. L'efficacité réelle de la mesure consensuelle n'est donc en aucune hypothèse une condition de sa validité.

723. Au contraire, **les applications du principe de proportionnalité reposent toujours sur l'évaluation de conséquences à l'état de prévisions**. Le raisonnement ne porte pas sur des préjudices et pertes déjà constitués mais sur leurs potentialités, sur l'espérance de gain que représente l'acte contrôlé. Cette observation tombe sous le sens lorsque le contrôle est exercé *a priori*, mais elle conserve également sa validité lorsqu'il intervient au cours de l'exécution de la mesure ou après son achèvement.

724. Le contrôle de proportionnalité continu¹¹⁹⁰ porte ainsi sur la poursuite de l'exécution d'une mesure, mais non sur son fondement initial. S'il peut être admis que, saisi pour prolonger ou mettre fin à une mesure donnée, le juge puisse en examiner la régularité d'origine à titre incident, ces deux questions demeurent nécessairement distinctes. Si le juge de la continuité contrôle la décision initiale, il exerce en réalité un contrôle de proportionnalité *a posteriori*. Si la solution qu'il adopte est déterminée exclusivement par ce contrôle *a posteriori*, alors il n'y a plus de contrôle continu mais un simple contrôle différé, quand bien même il serait effectué à plusieurs reprises au cours de la procédure. Autrement dit, il n'y a de véritable contrôle continu que dans deux hypothèses : soit le juge saisi au cours de l'exécution de la mesure n'est pas compétent pour se prononcer sur sa régularité initiale ; soit il lui est possible, en fonction de l'objet de sa saisine, de mettre fin à l'exécution de la mesure, de refuser de la prolonger ou d'en modifier la durée et les conditions de mise en œuvre, même s'il en constate la régularité.

725. Le régime de la détention provisoire connaît des articulations de ce type. L'article 144 du Code de procédure pénale dispose que cette mesure « *ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs* » prévus par le texte et « *et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique* ». L'article 148 permet à la personne placée en détention provisoire ou à son avocat de demander sa mise en liberté « *à tout moment* », par une demande adressée au juge d'instruction. Celui-ci, s'il ne donne pas une suite favorable à cette demande, doit la transmettre avec son avis motivé au juge des libertés et de la détention, lequel « *statue dans un délai de trois jours ouvrables, par une ordonnance comportant l'énoncé des considérations de droit*

1189 L'article R. 15-33-63, al. 3 du Code de procédure pénale indique seulement : « *L'autorité judiciaire adresse au maire dans les meilleurs délais sa décision indiquant si elle homologue ou non la transaction.* »

1190 V. *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, II.

et de fait qui constituent le fondement de cette décision par référence aux dispositions de l'article 144. »¹¹⁹¹

726. Or, bien que ces textes ne le précisent pas expressément, il ne fait pas de doute que **la proportionnalité des décisions de prolongation ou de refus de mise en liberté s'apprécie au jour de leur adoption et au vu de leur utilité pour l'avenir uniquement**. D'une part il ne s'agit pas de remettre en question la nécessité initiale de la détention. La Cour de cassation a ainsi approuvé une chambre de l'instruction qui, en l'absence d'une cause « *de nature à rendre inexistant le titre initial de détention* », avait retenu que « *la régularité de l'ordonnance de placement en détention ne peut être examinée qu'à l'occasion de l'appel interjeté contre cette ordonnance* »¹¹⁹². Elle a, pour les mêmes raisons, énoncé plus spécifiquement « *qu'à l'occasion de l'appel d'une ordonnance de rejet de demande de mise en liberté, la personne mise en examen n'est pas recevable à invoquer l'irrégularité de la décision initiale de placement en détention* »¹¹⁹³. Le contentieux du maintien en détention est donc bien autonome de celui du placement en détention. D'autre part ni la légalité de la décision initiale, ni le constat *a posteriori* de ce que la privation de liberté a effectivement rempli ses fonctions jusqu'à l'audience de prolongation ou de mise en liberté, ne constituent des arguments suffisants pour fonder le maintien de la coercition. C'est ce que semblent impliquer les dispositions qui prévoient des conditions supplémentaires pour certaines prolongations de la détention. Les articles 145-1, alinéa 3 et 145-2, alinéa 3, permettent ainsi, respectivement en matières délictuelle et criminelle, des prolongations « *à titre exceptionnel* » « *lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité* ». L'article 145-3 prévoit de plus, à titre général, que « *lorsque la durée de la détention provisoire excède un an en matière criminelle ou huit mois en matière délictuelle, les décisions ordonnant sa prolongation ou rejetant les demandes de mise en liberté doivent aussi comporter les indications particulières qui justifient en l'espèce la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure* ». Il n'est pas exclu que l'efficacité passée de la mesure serve d'argument en faveur de son maintien, mais les considérations déterminantes pour la décision concernent son efficacité future.

727. Le contrôle de proportionnalité *a posteriori* obéit à la même rationalité, qu'il soit synchronique ou diachronique¹¹⁹⁴. Ainsi qu'il a précédemment été exposé, le contrôle synchronique s'intègre au contrôle des nullités de la procédure. Il porte donc sur la validité d'un acte au moment de son adoption, nonobstant les changements de circonstances postérieurs¹¹⁹⁵. Pour autant le juge pourrait prendre en compte les résultats effectivement produits par la mesure concernée, les traitant comme des informations complémentaires quant aux chances réelles de succès que revêtait

1191 L'article 147 permet également au juge d'instruction d'ordonner d'office la mise en liberté de la personne après avis du procureur de la République. Ce dernier peut également la requérir « *à tout moment* ». Dans ce dernier cas de figure, le refus du juge d'instruction mène également à une saisine du juge des libertés et de la détention. Toutefois ce dernier

1192 Cass. Crim., 7 déc. 2004, n° 04-85.807 : *Bull. Crim.*, n° 44 ; D. 2005, IR 795 ; *JCP G.* 2005, IV, n° 1312.

1193 Cass. Crim., 10 mai 2012, n° 12-81.427 : *Bull. Crim.*, n° 113 ; D. 2012, Actu. 1550.

1194 V. *supra*, p. 302.

1195 *Ibid.*

l'opération soumise à son contrôle. Toutefois la garantie des libertés en serait gravement atteinte. Elle pourrait être mise en échec à chaque fois qu'un acte contesté produirait des résultats positifs, quelle qu'en ait été la rationalité initiale. Seules les mesures inefficaces pourraient être contestées, ce qui, par hypothèse, aurait peu de sens du point de vue des personnes les ayant subies, puisque la nullité de la décision serait tirée de son manque d'intérêt pour la procédure. La proportionnalité se muerait ainsi en principe d'approbation managériale au service d'un système répressif arbitraire. C'est pourquoi, lorsque le contrôle de proportionnalité intervient *a posteriori* pour déterminer si la mesure était ou non régulière et, le cas échéant, apprécier la portée de la nullité, il importe que le juge se garde de toute considération fataliste de ce type. Le contrôle *a posteriori* synchronique revêt donc un caractère probabiliste, au même titre que le contrôle préalable ou que le contrôle continu. Comme eux, son objet principal est une espérance de gain, un ensemble de conséquences conçues en termes de prévisions, de projections vers l'avenir. Que l'avenir en question constitue, dans ce cas précis, un futur antérieur, n'affecte pas la logique interne du raisonnement.

728. Ces observations éclairent également le cas très particulier du contrôle diachronique par lequel, à titre exceptionnel, une application *a posteriori* du principe de proportionnalité peut tenir compte d'un changement de circonstances¹¹⁹⁶. En premier lieu, un tel contrôle ne représente pas de danger particulier pour la protection des libertés lorsqu'il ne peut intervenir qu'*in favorem*. Cela s'entend comme une évidence concernant la réparation à raison d'une détention¹¹⁹⁷ ou la réhabilitation judiciaire¹¹⁹⁸, qui ne produisent par définition que des effets favorables à la personne concernée. Le domaine légal des demandes en révision et en réexamen offre une garantie similaire. L'article 622 du Code de procédure pénale dispose ainsi que « *la révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit* » en cas de fait nouveau « *de nature à établir l'innocence du condamné ou à faire naître un doute sur sa culpabilité* ». L'article 622-1 permet de même le réexamen d'une décision pénale définitive « *au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation* » des droits garantis par la Convention ou ses protocoles additionnels. Ces procédures ne peuvent donc être mises en œuvre que pour remettre en cause une condamnation. Une incertitude demeure toutefois quant à la possibilité d'une *reformatio in pejus*. Si la jurisprudence de la Cour de cassation interdit à la juridiction de renvoi qui confirme la condamnation d'aggraver la répression dans le cadre d'une procédure en révision, cette règle ne s'impose pas en matière de réexamen à la suite d'un constat de violation émis par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁹⁹.

729. En second lieu, la prise en compte de l'évolution des circonstances dans ces procédures ne mène pas à écarter le caractère probabiliste du contrôle de proportionnalité. La réhabilitation judiciaire, d'abord, ne remet pas en cause la validité de la condamnation initiale. L'évolution de la

1196 *Ibid.*

1197 Code de procédure pénale, art. 149 et s.

1198 Code pénal, art. 133-12 et s., spéc. art. 133-16 ; Code de procédure pénale, art. 782 et s.

1199 V. H. ANGEVIN et M. LAFOURCADE, « Art. 622 à 626-1 - Fasc. 20 : Demandes en révision », *JurisClasseur Procédure pénale*, LexisNexis, 2018, p. 187.

situation du condamné est appréciée par la juridiction de manière à déterminer s'il convient de maintenir à son égard le souvenir public de l'infraction et de sa répression. En ce sens, **même si les effets de la réhabilitation sont partiellement rétroactifs, le raisonnement qui mène à son prononcé est bien, pour partie, tourné vers l'avenir.** Il s'agit de déterminer si une portion de rationalité répressive s'oppose encore à l'oubli ou impose encore le maintien des incapacités et déchéances qui résultent de la condamnation ; si la réinsertion est acquise ou si elle risque encore d'échouer. La part de la décision qui relève de la proportionnalité-justification correspond à une décision de confiance ou de défiance.

730. La réparation à raison d'une détention, la révision et le réexamen¹²⁰⁰, ensuite, ne reposent pas réellement sur des faits nouveaux dans le sens où ceux-ci seraient postérieurs à la décision initiale, mais sur des faits antérieurs, nouvellement révélés. La détention ou la condamnation ne sont donc pas remises en cause à raison d'une incohérence entre les fins visées et les effets réellement produits, mais à raison du caractère lacunaire des informations sur la base desquelles elles ont été prononcées. **L'hypothèse est que les faits nouvellement découverts, s'ils avaient été connus à la date de la décision répressive, auraient été de nature à la déterminer autrement.** Le doute sur la culpabilité aurait été suffisant, ou l'innocence suffisamment certaine, soit pour écarter la nécessité d'une détention provisoire, soit pour mener à une relaxe, un acquittement ou une condamnation plus clémente.

731. Cette nuance peut s'observer, en matière de révision, lorsqu'une décision postérieure à la condamnation a pour effet de mettre en doute l'existence de l'élément légal de l'infraction. La Cour de cassation retient ainsi que la relaxe de l'auteur principal, postérieure à la condamnation du complice ou de l'auteur d'une infraction accessoire, constitue un fait nouveau de nature établir l'innocence de ce dernier¹²⁰¹. Il en va de même si l'infraction consiste en la violation d'une obligation particulière dont la source est annulée postérieurement à la condamnation. Par exemple, la désertion n'est constituée qu'en présence d'un « lien régulier d'incorporation ». Constitue donc un fait nouveau justifiant la révision (ou, en l'espèce, la cassation sans renvoi) la déclaration de nullité de l'engagement du condamné, postérieure au jugement du conseil de guerre¹²⁰². Inversement, lorsque la décision postérieure à la condamnation ne fait pas rétroactivement disparaître l'élément légal de l'infraction, elle ne constitue pas un fait nouveau. Il en va ainsi de l'annulation d'un arrêté qui, au moment des faits, était exécutoire et dont l'illégalité n'a pas été invoquée devant les juges du fond¹²⁰³. La régularité *in abstracto* des actes concernés importe donc moins que le caractère déterminant ou non, *in concreto*, de cette régularité au vu des éléments qui

1200 Nous assimilons ici le réexamen à la révision, le constat de violation prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme pouvant être considéré comme un cas particulier de « fait nouveau » au sens des développements qui vont suivre.

1201 Cass. Crim., 29 mars 1995, n° 94-84.944 : *Bull. Crim.*, n° 138. Cass. Crim., 17 juin 1998, n° 97-85.568 : *Bull. Crim.*, n° 197. Cass. Comm. révis., 16 nov. 1998 : *Bull. Crim.*, n° 299. Cette hypothèse peut notamment se présenter si l'auteur principal est le seul à exercer la voie de recours qui mène à sa relaxe.

1202 Cass. Crim., 26 déc. 1960 : *Bull. Crim.*, n° 620. V. également, concernant deux condamnations pour soustraction à une interdiction définitive du territoire, suivies d'un arrêt rectificatif supprimant cette interdiction de la décision qui la mentionnait en raison d'une erreur matérielle : Cass. Crim., 22 juin 1994, n° 93-85.664 : *Bull. Crim.*, n° 253.

1203 Cass. Crim., 28 avr. 1997, n° 96-81.192 : *Bull. Crim.*, n° 150 ; *Gaz. Pal.* 1998, 2. 230, note PETIT. Cass. Crim., 30 oct. 2000, n° 00-80.828, *Bull. Crim.*, n° 321. Cass. Crim., 20 déc. 2000, n° 00-84.615, *Bull. Crim.*, n° 387.

ont fondé la condamnation. *A fortiori*, un fait réellement postérieur à la condamnation, tel qu'une décision déclaratoire, dépourvue d'effet rétroactif, n'ouvre pas la voie de la révision¹²⁰⁴. Autrement dit, celle-ci est admise parce qu'au jour de la condamnation, une autre solution était possible. **Lorsque, le doute existant, la Cour de révision et de réexamen renvoie l'affaire devant une juridiction du fond, elle reconnaît un état d'incertitude du dossier, la pertinence d'une espérance d'amélioration de la situation juridique de la personne condamnée.**

732. En ce sens, la procédure de réexamen peut être rapprochée de la procédure de révision. **Le constat de violation prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme révèle un vice qui, bien qu'il ait d'abord échappé au juge national, était déjà présent au moment de la condamnation.** La possibilité que ce vice affecte la solution retenue au fond justifie le réexamen. Dans un cadre procédural comme dans l'autre, si la juridiction de renvoi est amenée à se prononcer en proportionnalité, elle ne le fera pas en traitant le « fait nouveau » ou le constat de violation comme une preuve *a posteriori* de l'échec de la solution adoptée par les premiers juges. Il s'agira plutôt d'un élément d'information supplémentaire dans l'identification de la solution ayant les meilleures chances de prospérer, celle qui revêt la meilleure espérance de gain en termes de garantie des droits et d'accomplissement des finalités de l'action répressive.

733. Le caractère probabiliste du contrôle de proportionnalité ne dépend ainsi pas de sa temporalité. Même lorsqu'il porte sur une décision passée ou sur une mesure en cours, ou lorsque sa mise en œuvre est due à un changement de circonstances, il repose toujours sur un calcul d'espérance établi au moment de l'acte contrôlé. Il en découle, inversement, qu'aucun fait antérieur n'est directement déterminant pour établir la solution du contrôle.

II. L'inapplicabilité de la notion de fait déterminant

734. Dans un raisonnement juridique de type syllogistique, fondé sur l'interprétation de définitions catégoriques, la solution du litige est supposée découler de la subsomption de la règle de droit aux faits de l'espèce. « Un argumentaire déductif est valide si, quel que soit le contenu de ses prémisses et de sa conclusion, il est formé de manière à ce que les prémisses impliquent (ou entraînent) effectivement la conclusion. Cela signifie qu'il serait contradictoire, pour quiconque, d'affirmer les prémisses tout en niant la conclusion. »¹²⁰⁵ Dans la théorie proportionnaliste majoritaire, cela correspond au mode d'application de normes de type « règle », qui ne consiste pas en un examen de proportionnalité. D'une part l'application de la (bonne) règle suffit à établir la validité de la solution retenue. « Le fait qu'une règle est valide et applicable à un certain ensemble de faits signifie que la conséquence juridique [de son application] est valide. »¹²⁰⁶ D'autre part

1204 Par exemple, pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, postérieure à une condamnation pour entrée ou séjour irrégulier sur le territoire de la République : Cass. Crim., 28 avr. 1997, n° 96-81.427 : *Bull. Crim.*, n° 151.

1205 N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 21-22. : « A deductive argument is valid if, whatever may be the content of the premisses and the conclusion, its form is such that its premisses do in fact imply (or entail) the conclusion. By that is meant that it would be self-contradictory for anyone to assert the premisses and at the same time to deny the conclusion. »

1206 R. ALEXI, *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2002, p. 49. : « The fact that a rule is valid and applicable to a certain set of facts means that the legal consequence is valid. »

l'applicabilité d'une règle à la situation suffit à déterminer la solution. « Si une règle constitue une raison pour l'établissement d'un jugement normatif concret, ce qui est le cas lorsqu'elle est valide, applicable et sans exception pertinente, alors cette raison est *définitive*. »¹²⁰⁷ Autrement dit, les prémisses du syllogisme sont les conditions nécessaires et suffisantes de sa conclusion : le raisonnement est « réputé à conclusion certaine »¹²⁰⁸. D'un point de vue interne à ce mode de justification, les incertitudes qui peuvent peser sur le processus décisionnel sont donc une affaire de preuve ou d'interprétation. Elles ne remettent en cause ni l'existence des prémisses ni leur exhaustivité logique, mais seulement les conditions dans lesquelles elles peuvent être connues.

735. Le raisonnement proportionnaliste s'oppose à ce modèle par l'intervention d'une étape supplémentaire, postérieure à la mise en relation de la norme avec les faits présents, mais antérieure à la formation de la solution. Cette étape est généralement présentée en termes de rapports de normes. Certains droits revêtent une nature principielle. Ils ne prescrivent pas, dans chaque situation, une solution donnée qui ne peut que s'appliquer entièrement ou être écartée par une exception. Au lieu de cela, ils exigent l'élaboration d'une solution optimale, qui permette de garantir chaque principe au mieux. Chaque droit pèse dans cette opération d'optimisation, en fonction de son importance et de la gravité de l'atteinte qui peut lui être portée. La reconnaissance l'existence d'une atteinte à un droit ne constitue donc qu'une étape du raisonnement, qui n'est complet qu'une fois qu'il a été établi si cette atteinte est ou non proportionnée. **L'applicabilité de la norme aux faits ne constitue donc plus un ensemble de prémisses suffisantes pour déduire la solution** : préalablement au contrôle de proportionnalité, il n'y a que des « droits *a priori* »¹²⁰⁹.

736. Or dire que la seule applicabilité de la norme aux faits ne permet plus d'établir avec certitude la solution revient à dire, réciproquement, qu'**il ne suffit pas pour trancher d'établir la seule conformité des faits établis à une norme donnée**. Dans un raisonnement syllogistique, certains faits peuvent être rhétoriquement déterminants, dans le sens où leur présence suffit à faire tomber la situation dans une catégorie juridique dont le régime s'applique alors. D'autres, non inclus dans la définition de cette catégorie, sont formellement indifférents. En l'absence de fait justificatif, la réunion des éléments constitutifs d'une infraction suffit à ce que s'applique la qualification pénale adéquate. De même le seul achèvement du délai de prescription de l'action publique entraîne son extinction de plein droit. Des considérations telles que les mobiles de l'infraction, la situation sociale, professionnelle et familiale de son auteur ou celle de la victime n'importent que dans la mesure où la « règle » catégorique y fait spécifiquement référence. Cette dichotomie opposant les faits déterminants aux faits indifférents est absente du contrôle de proportionnalité, de la même manière que l'est la dichotomie qui oppose les normes applicables aux normes écartées. **Si, en effet, la présence de certains faits impose automatiquement une solution donnée, alors le contrôle de proportionnalité est sans objet, car il ne reste rien à décider.**

1207 *Ibid.*, p. 60. : « *If a rule is a reason for making a concrete ought-judgment, which is the case when it is valid, applicable, and without relevant exception, then it is a **definitive reason*** » (emphasis dans le texte).

1208 V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2016, p. 363.

1209 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 60, 198 ; A. BARAK, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, traduit par Doron KALIR, Cambridge University Press., Cambridge, pays multiples, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 37. V. *supra*, p. 71.

Inversement, lorsqu'une norme d'inspiration proportionnaliste prévoit que certains faits peuvent être déterminants pour la solution, elle établit en fait une règle catégorique et un rapport principe-exception. Soit la règle catégorique fait exception à l'application du contrôle de proportionnalité en invalidant certaines solutions qui paraîtraient proportionnées¹²¹⁰, soit c'est le contrôle de proportionnalité qui fait exception à la règle catégorique en l'écartant à raison de circonstances particulières¹²¹¹.

737. Les faits que le jugement reconnaît comme établis revêtent donc dans le cadre du contrôle de proportionnalité une portée différente de celle qui leur est attribuée par un raisonnement syllogistique. Cette différence ne découle pas seulement d'un changement de logique normative, elle procède aussi du caractère conséquentialiste du contrôle. Dès lors que celui-ci vise à fonder le jugement sur les effets prévisibles de la décision contrôlée, alors les faits antérieurs ou contemporains à cette décision ne peuvent constituer que des indices au service de cette opération de prévision. Considérons temporairement les événements ainsi prévus comme des « faits » futurs qui, dans un cadre proportionnaliste, seraient qualifiés sous la norme « principe de proportionnalité ». Ces « faits » ne relèvent pas de la même ontologie que les faits déjà advenus, sur la réalité desquels le juge est initialement appelé à se prononcer et à fonder sa décision. La prévision la plus vraisemblable n'est qu'une hypothèse jusqu'à ce qu'elle soit réalisée. Les effets futurs sur lesquels porte le contrôle de proportionnalité sont, au moment de la décision contrôlée, imaginaires. Ils ne peuvent donc être déduits des faits réels dans le même sens que ces derniers seraient déduits d'indices réels. Le raisonnement implique un passage du domaine de l'actuel à celui du potentiel. Ce n'est qu'après cela qu'intervient la qualification juridique proprement dite.

738. Cette articulation entre les faits certains, les effets prévisibles et la conclusion normative peut être observée dans l'arrêt *Handyside*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 7 décembre 1976 et fondateur au sein de sa jurisprudence concernant le droit à la liberté d'expression¹²¹². Le requérant, éditeur, avait souhaité publier une traduction anglaise du *Petit livre rouge des écoliers et lycéens*, un ouvrage danois destiné à la jeunesse qui aborde, sur un ton banalisant, des sujets tels que l'usage de stupéfiants, la sexualité, la contraception ou encore l'avortement¹²¹³. Les autorités anglaises, en application de la loi sur les publications obscènes, avaient saisi et détruit un millier d'exemplaires du livre, ainsi que les matrices ayant servi à son impression, et condamné le requérant à deux peines d'amende. La Cour a rapidement constaté que ces actes répressifs constituaient bien une ingérence dans le droit à la liberté d'expression prévu par l'article 10 de la Convention et que cette ingérence était bien « prévue par la loi »¹²¹⁴, avant de s'intéresser plus particulièrement aux critères de visée d'un but légitime et de nécessité dans une société démocratique. À cet égard, elle déclare dans un premier temps attacher « une importance particulière » à la « destination » de l'ouvrage, qui « s'adressait en priorité à des enfants et

1210 V. *supra*, p. 175.

1211 V. *supra* : p. 269.

1212 CEDH (Plén.), 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72 : *Cah. dr. eur.* 1978, p. 350, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, p. 494, obs. PELLOUX ; *JDI* 1978, p. 706, obs. ROLLAND.

1213 B.D. ANDERSEN, S. HANSEN, et J. JENSEN, *Le petit livre rouge des écoliers et lycéens*, traduit par Lonni BOLO et traduit par Etienne BOLO, Lausanne, CEDIPS, 1970.

1214 CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §43-44.

adolescents de douze à dix-huit ans environ » et visait une diffusion à grande échelle. Or, notamment en matière de sexualité, il « renfermait [...] des phrases ou paragraphes que des jeunes traversant une phase critique de leur développement pouvaient interpréter comme un encouragement à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire à commettre certaines infractions pénales »¹²¹⁵. Sur la base de ces constatations de fait, les décisions répressives sont abordées dans un second temps en termes de prévisions raisonnables : « Dans ces conditions [...] les magistrats anglais compétents étaient en droit de croire à l'époque [...] que le *Schoolbook* aurait des répercussions néfastes sur la moralité de beaucoup des enfants et adolescents qui le liraient. »¹²¹⁶ C'est sur cette éventualité qu'est fondée, normativement, la conclusion selon laquelle l'action des autorités anglaises « avait pour but essentiel de protéger la morale des jeunes, finalité légitime selon l'article 10 par. 2 »¹²¹⁷. Le même raisonnement permet d'établir que « la police avait de bonnes raisons d'essayer de s'emparer de tout le stock pour prémunir la jeunesse, à titre provisoire, contre un danger moral sur l'existence duquel il appartenait à la juridiction de jugement de statuer »¹²¹⁸. C'est bien un risque à prévenir, la vraisemblance de faits futurs, qui permettent de reconnaître la validité de la décision contrôlée, plutôt que la correspondance entre des faits certains tels que le contenu du livre et une catégorie définie telle que celle des publications obscènes.

739. Il convient de souligner qu'en toute hypothèse, le passage du fait à la prévision suppose d'opérer une interprétation probabiliste du premier. Cette interprétation repose nécessairement sur une règle de probabilité, généralement implicite. Dans l'exemple de l'arrêt *Handyside*, la Cour tire ainsi argument du caractère subversif de l'ouvrage, de la façon dont il est manifestement adressé à un lectorat de mineurs, ainsi qu'aux intentions déclarées de son éditeur. Pour en déduire la vraisemblance d'un danger pour la jeunesse, encore faut-il ajouter deux éléments. D'une part, il faut affirmer ou démontrer qu'un ouvrage vendu à un prix modique, rédigé dans un style accessible, présenté sous des formes qui imitent celles d'un manuel scolaire et tiré à un grand nombre d'exemplaires a de fortes chances d'être lu par des enfants et adolescents. La Cour relève que le *Petit livre rouge* présente l'ensemble de ces caractéristiques, sans expliciter le lien avec sa conclusion¹²¹⁹. D'autre part, il faut établir ou postuler que la connaissance d'informations subversives est susceptible de porter préjudice à la moralité ou à la sécurité des mineurs, ce que la Cour fait plus expressément¹²²⁰. Dans l'exemple présent, cette étape d'interprétation des faits en termes de probabilités semble relever de l'impensé, ce qui peut se comprendre dans la mesure où les liens de causalité concernés paraissent évidents. Elle constitue néanmoins un moment crucial du raisonnement, susceptible de reposer sur des stéréotypes ou des confusions d'ordre statistique, notamment (mais non exclusivement) lorsqu'il s'agit d'anticiper sur le comportement des personnes.

740. Or l'application d'une logique probabiliste à l'appréhension des comportements humains peut mener à concevoir ces derniers sous un jour déterministe. Le postulat de l'autonomie du sujet

1215 *Ibid.*, §52.

1216 *Ibid.*

1217 *Ibid.*

1218 *Ibid.*, §53.

1219 *Ibid.*, §52.

1220 *Ibid.*

impose de différencier les prévisions qui concernent des attitudes subjectives de celles qui portent sur des événements objectifs. Le risque d'effondrement d'un bâtiment, de déclenchement d'une avalanche, voire la possibilité qu'un animal attaque l'homme, peuvent s'exprimer en termes de probabilités au sens strict. Les prévisions peuvent être fondées sur des lois causales objectives, appliquées à des informations incomplètes telles que l'état exact des tensions internes aux matériaux, les changements météorologiques à venir pouvant altérer le manteau neigeux, ou certains facteurs neurologiques et environnementaux affectant le comportement de l'animal. Dans l'ensemble de ces cas, la prévision consiste à dire que l'événement futur est déjà présent en puissance dans l'objet étudié : la probabilité exprime l'étendue des connaissances disponibles sur les paramètres déterminants pour le fait futur. Si ces paramètres étaient intégralement connus, il serait possible de prédire catégoriquement plutôt que de prévoir en termes incertains. Autrement dit, l'état du savoir quant à ces phénomènes décrit une véritable causalité, dont l'énoncé comporte une marge d'erreur. Inversement, **dès lors que les actes humains sont compris comme procédant, même pour partie, d'une volonté autonome qui échappe (ou doit échapper) au domaine de la connaissance, une prédiction certaine est conceptuellement impossible**, car elle est incompatible avec ce postulat¹²²¹.

741. Cette incompatibilité est présente dès lors que l'action répressive vise à anticiper sur la commission d'une infraction ou, plus largement, un comportement jugé dommageable. Le contrôle de proportionnalité suppose alors de mesurer le risque que représente ce comportement et la probabilité de sa réalisation, de manière à pouvoir évaluer la nécessité réelle de la mesure proposée. Une méthode peut consister à comparer la situation aux données des sciences humaines, pour identifier quels facteurs peuvent justifier ou remettre en cause les craintes présentes. La rétention de sûreté, par exemple, repose sur une évaluation de ce type. D'abord, cette mesure ne peut être appliquée qu'à des personnes « *dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* »¹²²². Ensuite, elle ne peut être proposée que si, d'une part, « *les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, ainsi que les obligations résultant d'une injonction de soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile, susceptibles d'être prononcés dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire, apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes* » ; et si, d'autre part, la rétention constitue « *l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions* »¹²²³. Le cas échéant, la décision de rétention de sûreté est prise par la juridiction régionale de la rétention de sûreté, qui doit la motiver spécialement au regard de ces critères¹²²⁴. Elle procède donc en deux étapes. La première

1221 Rappr. R. GASSIN, P. BONFILS, et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, 7^e éd., Dalloz, 2011, p. 115 : « Dans le domaine des sciences de la nature, la prévision est relativement facile à faire grâce à la formulation de lois conditionnelles, c'est-à-dire de lois du type : si A, alors B. En matière de sciences de l'homme et en particulier de criminologie, en revanche, la complexité de la causalité est telle que la prévision en devient encore plus incertaine » [Italiques dans le texte].

1222 Code de procédure pénale, art. 706-53-13.

1223 Code de procédure pénale, art. 706-53-14, al. 3, respectivement 1^o et 2^o.

1224 Code de procédure pénale, art. 706-53-15.

étape consiste à évaluer la probabilité que la personne commette une infraction grave au regard de caractères personnels rapportés à un savoir psychiatrique et criminologique ; la seconde vise à apprécier la probabilité comparée que chacune des mesures envisageables pallie efficacement cette « *dangerosité* ». Pour autant, d'une part, la rétention de sûreté n'exclut pas entièrement le libre arbitre de la personne retenue. Elle est fondée sur une condamnation pénale passée¹²²⁵ ou sur la violation des obligations assortissant une surveillance de sûreté¹²²⁶ et n'équivaut pas à une hospitalisation forcée. D'autre part, les savoirs sur lesquels peut s'appuyer l'évaluation de la dangerosité ne revêtent pas la forme d'énoncés de causalité pondérée, mais de corrélations. Il ne s'agit pas, comme pour un phénomène naturel, d'établir un bilan des forces qui s'exerceraient sur la volonté de l'individu et détermineraient son action¹²²⁷. L'expertise ne peut consister qu'à comparer sa situation à celles d'autres individus singuliers (dans le cas d'une étude clinique) ou à celles de cohortes (lorsqu'il est fait usage d'outils actuariels). En tant qu'élément de preuve, elle ne peut donc servir de fondement qu'à un rapprochement analogique vis-à-vis de faits passés. Ce rapprochement pourrait, dans certains cas, être considéré comme suffisant dans la perspective d'un classement de type catégorique. En revanche, s'il faut se prononcer pour l'avenir, la similarité du cas présent avec d'autres cas connus, aussi nombreux qu'ils puissent être, n'est éclairante que si l'on ajoute la présomption que cette donnée statistique représente effectivement une probabilité. Ce raccourci logique contribue à renforcer l'incertitude déjà présente en éloignant encore la conclusion du raisonnement de ses prémisses.

742. **Conclusion du premier paragraphe.** Fondée sur l'idée d'optimisation, la méthode proportionnaliste exige des autorités publiques qu'elles anticipent correctement les résultats de leur action. Par conséquent, les éléments de fait susceptibles d'éclairer le contrôle sont ceux qui permettent d'établir une prévision quant aux conséquences envisageables et aux probabilités qu'à chacune d'entre elles de se réaliser. C'est pourquoi, d'une part, les faits postérieurs à la décision ne permettent de remettre en cause sa proportionnalité que si, au moment de sa formation, ces événements pouvaient faire l'objet d'une prévision, même incertaine. D'autre part et pour les mêmes raisons, les faits antérieurs à la décision, même certains, ne peuvent suffire à la déterminer entièrement. Leur portée juridique est limitée à la mesure de ce qu'ils permettent d'anticiper.

743. Dès lors, l'incertitude empirique apparaît comme un caractère intrinsèque du contrôle de proportionnalité. Comme l'observe M. Bolaños, « les critères non déductifs de résolution de controverses juridiques » sont « des critères de décision en situation d'information incomplète. [...] Ces stratégies sont probabilistes dans la mesure où [...] toutes les conclusions (mises à part les tautologies logiques) sont seulement probables. »¹²²⁸ Il en découle toutefois que l'incertitude ne pèse pas sur le contrôle de proportionnalité de manière abstraite et uniforme. Son impact dépend de la nature des prévisions à établir, de la quantité et de la qualité des informations disponibles et du

1225 Code de procédure pénale, art. 706-53-13.

1226 Code de procédure pénale, art. 706-53-19, al. 3.

1227 Telle pourrait, à la rigueur, être une fonction des neurosciences, mais un tel usage prédictif relève à l'heure actuelle de la pure science-fiction.

1228 B. BOLAÑOS, *Attentes normatives et proportionnalité*, *op. cit.*, p. 295.

degré de précision requis pour que le contrôle soit mené à bien. C'est pourquoi il convient à présent d'étudier la portée de l'incertitude.

§2. La portée de l'incertitude

744. Dès lors que le contrôle de proportionnalité repose sur une appréciation probabiliste des situations, il en découle que les conditions qu'il vise à vérifier – adéquation, nécessité et équilibre global – ne peuvent elles-mêmes être énoncées qu'en termes de probabilités. Une mesure est proportionnée, non pas s'il est catégoriquement démontré qu'elle satisfait à ces conditions, mais si cette satisfaction est suffisamment probable par rapport aux autres hypothèses envisageables. En outre, il importe également de tenir compte du degré de fiabilité du calcul probabiliste : plus les inconnues sont nombreuses, plus l'évaluation des effets probables de la mesure risque d'être erronée ou approximative. C'est donc un double seuil qui doit être atteint : une probabilité suffisante établie avec une fiabilité suffisante. La combinaison de ces deux paramètres rend, dans un langage moins formel, l'efficacité de la mesure vraisemblable et sa proportionnalité crédible. Ce seuil n'est toutefois pas fixe. Il dépend du degré de précision requis par la question posée. Les différentes étapes du contrôle de proportionnalité supposent toutes trois que le juge appréhende les conséquences de la mesure contrôlée, mais elles correspondent également à des approches distinctes de ces mêmes conséquences. Les effets de l'incertitude sur le contrôle effectué varient ainsi selon qu'est en cause l'adéquation de la mesure (I), sa nécessité (II) ou son équilibre global (III).

I. La probabilité de l'adéquation

745. Lorsque le juge s'assure, préalablement au contrôle de proportionnalité, que la mesure contrôlée vise bien un but légitime, il établit dans le même temps l'existence d'un lien de causalité minimal entre le moyen et la fin. Le contrôle d'adéquation ne porte donc généralement pas sur l'existence de ce lien, mais sur sa qualité. Il faut que la mesure choisie contribue réellement aux fins visées, qu'elle soit suffisante pour en assurer la réalisation, pour le tout ou pour une part significative. La marge d'erreur admise en jurisprudence est toutefois très importante à ce stade, dans le sens de l'adéquation comme dans celui de l'inadéquation. D'une part, le juge admet l'adéquation lorsque l'efficacité de la mesure paraît globalement vraisemblable, plutôt que lorsqu'elle est démontrée. D'autre part, le constat de son inadéquation peut résulter d'une insuffisance partielle, même lorsqu'il est envisageable que la mesure produise un effet positif marginal. Dans le domaine pénal, ces tendances s'expliquent partiellement par le fait que le contrôle d'adéquation concerne surtout la définition des incriminations, mise en rapport avec le trouble social auquel elles visent à répondre.

746. En premier lieu, ainsi, une incrimination semble pouvoir être considérée comme adéquate à ses fins dès lors qu'elle trouve application dans l'ensemble des situations où le trouble allégué apparaît. Il n'est pas requis, *a contrario*, que l'efficacité concrète de la répression pénale pour mettre fin à de tels troubles soit démontrée à ce stade. Par exemple, dans l'arrêt *S.A.S. c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme indique qu'il « *entre assurément dans les fonctions de l'État de garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité* » et

qu'elle peut donc « *accepter qu'un État juge essentiel d'accorder dans ce cadre une importance particulière à l'interaction entre les individus et qu'il considère qu'elle se trouve altérée par le fait que certains dissimulent leur visage dans l'espace public* »¹²²⁹. Elle en déduit que l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public peut « *être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du "vivre ensemble"* »¹²³⁰. La Cour vérifie donc l'existence d'un lien qualitatif, mais n'estime pas nécessaire de l'apprécier causalement. Elle raisonne en principe, sur un plan abstrait où il paraît admissible d'espérer un effet positif. *A contrario*, les arguments tendant à démontrer que la mesure serait concrètement inefficace ne sont pas étudiés, ou ils ne le sont qu'à l'occasion des étapes ultérieures du contrôle. En particulier, l'allégation selon laquelle l'interdiction ne s'appliquerait qu'à un nombre très réduit de personnes et qu'elle s'avérerait donc superflue n'est abordée qu'au moment de la pesée des intérêts¹²³¹.

747. Le même attachement à une simple vraisemblance abstraite peut être observé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci s'abstient généralement de se prononcer sur la question de l'efficacité concrète des mesures soumises à son contrôle, y compris lorsque l'argument tiré de leur inutilité est expressément soulevé par la saisine¹²³². Il n'importe pas davantage que la loi déférée soit potentiellement contre-productive. Dans la décision *Association Médecins du monde* du 1^{er} février 2019, le Conseil établit d'abord que « *le législateur a entendu, en privant le proxénétisme de sources de profits, lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle* » et qu'il a ainsi « *entendu assurer la sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » et visé « *l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions* »¹²³³. Le doute est alors possible quant à la fin à laquelle l'adéquation de l'incrimination doit être évaluée. S'agit-il, abstraitement, de lutter contre le proxénétisme en tant qu'il constitue une infraction, ou la fin est-elle, concrètement, de protéger la dignité des personnes prostituées ? Les auteurs de la saisine arguaient, d'un point de vue concret, que l'incrimination était non seulement inefficace, mais qu'elle avait même contribué à aggraver la situation des personnes prostituées que le texte visait à protéger. Pour le Conseil, en revanche, la réalisation de la fin concrète semble découler de celle de la fin abstraite. Il indique ainsi que le législateur « *a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées.* » Il en déduit « *qu'en prohibant cette demande par l'incrimination contestée, le législateur a retenu un moyen qui n'est pas manifestement inapproprié à l'objectif de politique publique poursuivi* »¹²³⁴.

1229 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juil. 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11, §141 : *D.* 2014, p. 1451 ; *ibid.* p. 1701, chron. CHASSANG ; *JCP G.* 2014, n° 826, obs. SURREL ; *ibid.* n° 974, note LEVADE ; *RSC* 2014, p. 626, obs. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2014, p. 620, obs. HAUSER.

1230 *Ibid.*, §142.

1231 *Ibid.*, §145.

1232 V. les exemples cités par GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, mai 2012, n° 7.

1233 Cons. Const., déc. n° 2018-761 QPC du 1^{er} févr. 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, §11 : *Gaz. Pal.* 2019, n° 10, p. 30, note RICHAUD ; *ibid.*, n° 11, p. 23, note LE MAIGAT.

1234 *Ibid.*, §12.

748. Le Conseil s'appuie ainsi sur trois suppositions, dont il n'exige pas d'autre preuve que la vraisemblance du bon sens commun. D'abord, la prohibition du fait d'avoir recours aux services d'une personne qui se prostitue doit effectivement avoir pour effet de réduire la demande d'une manière non-négligeable. Ensuite, cette réduction de la demande doit être subie par les proxénètes, plutôt que par les personnes prostituées. Enfin, cet impact subi par les proxénètes doit avoir pour effet d'émanciper les personnes prostituées, plutôt que d'aggraver leur sort. Le Conseil ne s'intéresse pas vraiment au point de savoir si ces suppositions sont fondées. Il les postule ou les associe au pouvoir d'appréciation et de décision propre au législateur. L'ensemble de son raisonnement semble découler, au contraire, d'une hypothèse idéalisée : s'il n'y a pas de clientèle, il n'y a pas de prostitution et s'il n'y a pas de prostitution, il n'y a ni traite ni proxénétisme. Le fait que la législation antérieure, qui prohibait le racolage même passif, n'ait pas produit l'effet recherché ne semble pas être pris en compte, pas plus que les données empiriques qui tendent à démontrer que l'incrimination attaquée a contribué à aggraver la situation des personnes supposément protégées. Le Conseil semble au contraire se satisfaire de ce que le législateur a désigné une situation comme nuisible et a édicté une incrimination qui s'applique bien à cette situation.¹²³⁵

749. Dans ces exemples, **l'adéquation n'est pas retenue parce que les effets attendus sont certains, ou même très probables, mais parce qu'il semble globalement plausible qu'ils se produisent au moins partiellement.** Il paraît en effet évident que la simple adoption d'une législation répressive ne peut empêcher totalement la commission des comportements auxquels elle s'applique. De plus, dès lors que ces comportements ne correspondent qu'en partie aux causes du mal qu'il s'agit de prévenir, ce mal continuera nécessairement d'exister. L'efficacité préventive d'une incrimination dépend en outre de facteurs politiques et sociaux, tels que les moyens dont disposent concrètement les autorités judiciaires en vue de son application, ou le degré d'adhésion communément exprimé par l'opinion publique¹²³⁶. En résumé, le succès instrumental de la répression ne peut jamais être que partiel par rapport au but idéalisé du « zéro délinquance » qui semble servir de référence dans les décisions présentées ci-dessus. Dès lors, l'adéquation ne peut elle-même s'entendre qu'en termes relatifs. Inversement, toutefois, il n'est pas nécessaire de prouver que la mesure n'aura aucun effet positif pour que le juge conclue à l'absence d'adéquation. Il suffit pour cela que ces effets soient négligeables ou trop improbables.

750. Le Conseil constitutionnel a raisonné de la sorte dans une décision du 16 juillet 1996. Le législateur avait souhaité soumettre le délit d'aide au séjour ou à l'entrée irréguliers d'un étranger en France au régime des infractions terroristes. Le Conseil a jugé cette mesure disproportionnée, aux motifs que l'incrimination en question concernait « *non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière ; que ce comportement [n'était] pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ; qu'au demeurant lorsque cette relation apparaî[t], ce comportement [pourrait] entrer dans le champ de la répression de la complicité*

1235 V. *infra*, p. 583.

1236 Le cuisant échec politique de l'abaissement de certaines limites de vitesse porté par le décret n° 2018-487 du 15 juin 2018 *relatif aux vitesses maximales autorisées des véhicules* en constitue un exemple récent.

des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs »¹²³⁷. Deux critères sont donc intervenus. D'une part le lien de causalité entre le comportement réprimé et le mal à prévenir était trop distendu. Les effets positifs réellement envisageables ne résulteraient donc de l'application de ce régime dérogatoire que dans une partie réduite des cas prévus. D'autre part la législation en place permettait déjà d'arriver, pour une grande partie, aux mêmes résultats, ce qui rendait la mesure envisagée redondante. Ces deux éléments faisaient apparaître comme dérisoire l'efficacité réelle à attendre des dispositions contrôlées. En revanche, cela ne signifiait pas que ces dispositions étaient absolument dépourvues d'effet utile. Il était toujours possible d'envisager que la nouvelle législation s'appliquât à quelques situations antérieurement soumises au droit commun et dans lesquelles elle aurait effectivement permis de prévenir la commission d'un acte terroriste¹²³⁸. Une telle éventualité n'était pas absolument exclue, mais elle ne représentait qu'une part extrêmement réduite des cas prévisibles. Elle était donc trop improbable pour justifier l'adoption de ces dispositions.

751. Le contrôle d'adéquation présente ainsi une grande tolérance à l'imprécision. D'une part une simple contribution effective au but visé permet de satisfaire à la condition d'adéquation. D'autre part, une conclusion négative peut être atteinte dès lors que les effets positifs prévisibles sont trop réduits ou trop improbables. Ces possibilités d'approximation peuvent en partie s'expliquer par les caractères de l'adéquation, qui porte sur les effets positifs de la mesure prise isolément, sans qu'il soit nécessaire de les comparer à ces répercussions négatives ou à des solutions alternatives. Il en découle *a contrario* que le contrôle de nécessité, qui est quant à lui un contrôle par comparaison, requiert une plus grande précision.

II. La probabilité de la nécessité

752. Définie comme l'absence d'alternative moins coûteuse pour les libertés, la notion de nécessité pose immédiatement un problème de preuve. *Stricto sensu*, il s'agirait en effet d'apporter non seulement une preuve négative, mais même une preuve négative pour l'avenir, qui vaille au regard de tous les événements susceptibles de se produire dans le temps de réalisation de la fin visée. Il faudrait ainsi se représenter tous les *scenarii* de mise en œuvre de la mesure contrôlée en fonction de l'évolution possible des circonstances, évaluer son efficacité dans chacun d'entre eux, puis assurer dans chacune de ces hypothèses qu'aucune autre méthode envisageable ne permettrait de parvenir au même résultat à moindre coût. Une telle méthode paraît inapplicable en pratique. La technique privilégiée consiste au contraire pour le juge à comparer la mesure contrôlée à une

1237 Cons. Const., décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, §8 : AJDA 1997, p. 86, note TEITGEN-COLLY et LAFERRIÈRE ; D. 1997, p. 69, note MERCUZOT.

1238 Par exemple, les cas cités par le Conseil de la complicité, du recel de criminel et de l'association de malfaiteurs supposent tous, de la part de la personne qui commet l'infraction accessoire, la connaissance du projet criminel auquel elle contribue. En revanche le fait d'assister volontairement un étranger en situation irrégulière n'implique pas nécessairement que la personne qui prête cette assistance connaisse les intentions exactes – terroristes ou non – de cet étranger. La procédure antiterroriste aurait ainsi pu être appliquée à des cas appartenant à cet ensemble résiduel, où l'étranger en situation irrégulière s'apprête à commettre un acte de terrorisme sans que son hôte en ait connaissance.

alternative considérée à titre particulier et qui paraît *a priori* raisonnable¹²³⁹. L'opération représente une difficulté et un degré d'incertitude variables, selon que la contre-proposition est de même nature que la mesure contrôlée (A) ou d'une nature différente (B).

A. La comparaison de la mesure avec une alternative de même nature

753. Une mesure peut être dépourvue de nécessité à raison de son *quantum* ou de l'étendue de son champ d'application, lorsqu'une part de sa mise en œuvre permet effectivement de réaliser ses fins, mais qu'elle dépasse ce cadre pour s'appliquer en partie inutilement. Elle manque alors en nécessité dans le sens où elle quantitativement excessive. Tel peut être le cas d'une incrimination qui concerne, en plus des comportements nuisibles spécifiquement visés, des actes ou abstentions légitimes. De même, une procédure coercitive peut mener à des applications qui entrent bien dans son champ d'application mais s'avèrent injustifiées, ou sa durée peut dépasser celle du trouble à prévenir. Ces cas, comparés à celui d'une mesure inadéquate, ne s'en différencient pas en nature, mais en degré. La mesure inadéquate peut produire des effets positifs, mais ceux-ci sont si minimes et marginaux qu'ils ne permettent pas de la justifier et que l'autorité publique n'a d'autre choix que de renoncer à la mettre en œuvre. Dans le cas de la mesure excessive, ces effets positifs ne sont plus négligeables, mais ils sont insuffisants pour la justifier en totalité et l'autorité publique doit alors soit y renoncer, soit en réduire le champ.

754. Cela ne signifie pas toutefois que toute mesure partiellement inefficace est dépourvue de nécessité. La mesure demeure nécessaire si elle comporte une part inefficace, mais que cette inefficacité est inévitable¹²⁴⁰. La Cour européenne des droits de l'homme admet ainsi l'existence d'un « *niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* »¹²⁴¹, qui ne suffit pas à faire tomber une mesure privative de liberté sous le coup de l'article 3 de la Convention. Dans le cas d'une détention avant jugement, qui ne revêt qu'une finalité préventive, cette souffrance ne constitue ni la finalité de l'action des autorités publiques, ni un moyen de cette action. Ce moyen, du point de vue de la Convention, est la privation de liberté, dont la proportionnalité s'apprécie sur le fondement de l'article 5. La souffrance est alors un effet secondaire, collatéral, de la mesure, qui doit nécessairement entrer en ligne de compte du point de vue de la proportionnalité, mais qui n'y revêt aucun rôle instrumental propre¹²⁴². Cette souffrance est inefficace en tant que telle mais, parce qu'elle est inévitable, elle n'exclut pas la nécessité du régime de détention qui la cause. De même, toute incrimination qui définit une infraction obstacle produit inévitablement un effet de « faux positif ». Elle s'appliquera nécessairement à certaines situations bénignes ou marginales dans lesquelles le résultat redouté par le législateur ne se serait de toute façon pas produit. Il en va ainsi,

1239 Si plusieurs contre-propositions sont présentées, elles peuvent être appréhendées successivement. D'une part, elles seront par définition alternatives entre elles, en plus d'être alternatives à la mesure contrôlée. D'autre part, il suffit de démontrer qu'une seule d'entre elles produit de meilleurs effets pour que la nécessité de la mesure contrôlée soit écartée. Ce n'est pas alors un seul, mais plusieurs contrôles de nécessité qui peuvent être opérés, en suivant la même structure argumentaire.

1240 A. BARAK, *Proportionality*, *op. cit.*, p. 335 et s.

1241 CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudła c. Pologne*, req. n° 30210/96, §94 : *JCP* 2001, I, n° 291, obs. SUDRE ; *RTD civ.* 2001, p. 442, obs. MARGUÉNAUD ; *RFDA* 2003, p. 85, note ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *RFDA* 2001, p. 1250, obs. LABAYLE et SUDRE ; *RTDH* 2002, p. 169, obs. FLAUSS.

1242 *Comp. Infra*, 408.

par exemple, des infractions dont la définition repose sur le franchissement d'un seuil quantitatif. Le seul respect des seuils prescrits ne peut suffire à garantir entièrement l'innocuité du comportement concerné et, réciproquement, leur seul dépassement n'entraîne pas, sauf cas exceptionnels, une augmentation considérable et soudaine du risque associé. Il pourrait être avancé qu'en élevant un tel seuil répressif, l'on autorise davantage de comportements et on réduit corrélativement, en valeur absolue, le nombre de ces « faux positifs ». Toutefois, cette élévation a également pour effet de faire échapper à la répression un certain nombre de comportements réellement nuisibles. Résoudre une telle problématique suppose donc d'opérer un bilan coût-avantages. Si tant est que la question puisse être tranchée par le juge, elle échappe au moins au domaine du contrôle de nécessité pour tomber dans celui du contrôle de l'équilibre global de la mesure.

755. Il y a, en revanche, bien un défaut de nécessité dès lors que l'étendue de la mesure répressive peut être réduite sans en affecter l'efficacité. Le problème tient le plus souvent à un champ d'application trop général et le juge peut alors relever la possibilité de le préciser davantage. Le Conseil constitutionnel a par exemple estimé, concernant l'autorisation des perquisitions de nuit dans le cadre d'une enquête de flagrance sur une infraction terroriste, « *que la notion de "nécessités de l'enquête" doit s'entendre comme ne permettant d'autoriser une perquisition, visite ou saisie, que si celle-ci ne peut pas être réalisée dans les circonstances de temps définies par l'article 59 du code de procédure pénale* »¹²⁴³. Plus récemment, dans une décision du 10 mars 2011, il a relevé « *qu'en interdisant la revente, sans accord préalable des organisateurs, de billets d'entrée ou de titres d'accès, le législateur a entendu prévenir et réprimer les éventuels troubles résultant de la mise en échec des dispositions mises en œuvre pour certaines manifestations sportives et préserver les droits des producteurs, organisateurs ou propriétaires des droits d'exploitation d'une telle manifestation* » mais « *que, toutefois, en réprimant pour l'ensemble des manifestations culturelles, sportives ou commerciales la revente proposée ou réalisée sur un réseau de communication au public en ligne pour en tirer un bénéfice, le législateur s'est fondé sur des critères manifestement inappropriés à l'objet poursuivi* »¹²⁴⁴. L'incrimination ainsi établie aurait en effet pu s'appliquer non seulement aux commerçants ou sociétés qui faisaient de la revente de billets une source habituelle de revenus, mais également à tout particulier de bonne foi qui, ayant renoncé à assister lui-même à l'événement, aurait souhaité compenser cette annulation par un menu bénéfice monétaire.

756. Il pourrait sembler, dans les cas cités, que le contrôle de nécessité est effectué au regard de la mesure contrôlée, prise isolément. En réalité, **il suppose toujours un point de comparaison externe**. Dans les décisions citées, le Conseil constitutionnel estime bien que les dispositions concernées ne perdraient pas en efficacité si leur champ d'application était plus précisément défini. Il conclut donc qu'une autre rédaction de la loi, plus restreinte, pourrait produire les effets recherchés tout en causant une atteinte moindre aux libertés. Du point de vue de l'appréhension des

1243 Cons. Const., décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, §17 : AJDA 1997, p. 86, note TEITGEN-COLLY et LAFERRIÈRE ; D. 1997, p. 69, note MERCUZOT.

1244 Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, §43 : RSC 2011, p. 227, obs. DE LAMY ; *ibid.*, p. 789, étude GRANGER ; AJCT 2011. 182, étude DREYFUS.

probabilités, un tel raisonnement paraît fiable mais limité, dès lors que l'on ne compare que des délimitations de la même mesure. Il ne s'agit alors que de relever la possibilité d'une correction ou d'une amélioration dans l'usage de la répression, plutôt que d'en contester le principe ou les modalités. Cette remise en cause ne peut s'opérer que si la mesure contrôlée est comparée à une alternative de nature différente.

B. La comparaison de la mesure avec une alternative de nature différente

757. La mesure contrôlée peut être dépourvue de nécessité s'il existe une méthode alternative, moins attentatoire aux libertés, pour parvenir aux mêmes fins. Pour s'en assurer, le juge devra comparer, d'une part, les chances de succès de chacune et, d'autre part, les risques qu'elles représentent respectivement pour les droits garantis. Il importe tout d'abord que la contre-proposition étudiée présente une efficacité semblable à celle de la mesure contrôlée. Une contre-proposition moins répressive, mais sensiblement moins efficace ne peut être imposée par le juge au titre de la nécessité, sans que cela revienne pour lui à s'immiscer dans un choix de priorités opéré par le premier décideur. Il faut ensuite que l'alternative proposée soit effectivement moins répressive car, inversement, il n'appartient pas non plus au juge d'imposer l'adoption d'une mesure plus lourde, même si elle présente une chance plus importante d'atteindre les fins visées.

758. L'opération peut s'avérer très complexe. La différence de nature entre les deux termes à comparer signifie que leurs effets seront très rarement identiques, ce qui rend fréquent le recours à l'approximation et à la présomption. Le problème se pose par exemple lorsqu'il est question de prononcer un placement en détention provisoire, une prolongation de cette mesure ou de rejeter une demande de mise en liberté. La détention ne peut en effet intervenir que si elle est « *l'unique moyen* » de parvenir à au moins l'un des buts prévus par l'article 144 du Code de procédure pénale, et si ces buts « *ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique* ». La Cour de cassation contrôle à cet égard que les juges du fond ont bien motivé à la fois la nécessité de la détention provisoire et l'insuffisance des mesures moins coercitives¹²⁴⁵, tout en admettant une motivation commune à ces deux conditions qui, il est vrai, se distinguent difficilement au fond¹²⁴⁶.

759. Lorsqu'il envisage de placer ou de maintenir une personne en détention provisoire, le juge doit donc, d'une part, s'assurer que cette privation de liberté est bien adéquate aux fins qu'il vise et, d'autre part, comparer son efficacité aux autres mesures de sûreté prévues par la loi. Or, en premier lieu, cette comparaison ne peut s'effectuer sur un plan abstrait. La détention provisoire, le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence sont conçues aux mêmes fins et il ne fait pas doute que les deux dernières devraient, en théorie, permettre d'atteindre les mêmes objectifs que la première¹²⁴⁷. L'article 141-2 du Code de procédure pénale, permet bien de placer en détention provisoire la

1245 Cass. Crim., 16 févr. 2010, n° 09-87.912 : *Bull. Crim.*, n° 28 ; *D.* 2010, AJ 711, note LÉNA ; *AJ Pénal* 2010, p. 248, obs. ASCENSI ; *Procédures* 2010, n° 148, obs. BUISSON.

1246 Cass. Crim., 29 févr. 2012, n° 11-88.441 : *Bull. Crim.*, n° 58 ; *D. actu.*, 19 mars 2012, obs. LÉNA ; *AJ pénal* 2012, p. 471, note SENNA ; *RSC* 2012, p. 879, obs. X. SALVAT.

1247 L'article 137 du Code de procédure pénale, qui ouvre la section consacrée à ces trois mesures, les fonde bien comme des moyens d'atteindre les mêmes buts organisés par subsidiarité. *V. supra*, p. 277.

personne mise en examen qui « se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence avec surveillance électronique », sans que le juge soit tenu de vérifier que les conditions de l'article 144 sont réunies¹²⁴⁸, mais le recours à la détention demeure subsidiaire. Il n'existe donc pas dans ce contexte de cas où la privation de liberté s'impose comme premier choix au terme d'un raisonnement purement catégorique, ou de finalité pour laquelle les mesures seulement restrictives de liberté soient exclues *ab initio*. La distinction ne peut être que circonstancielle et elle ne peut reposer que sur une différence de probabilité.

760. En second lieu, en revanche, il ne fait pas de doute que l'assignation à résidence comme le contrôle judiciaire peuvent être mis en échec plus aisément que la détention. Les mesures restrictives de liberté laissent une plus grande part d'autonomie à la personne mise en examen et reposent donc sur un certain degré de confiance en son respect futur des obligations qui lui sont imposées. Dans la plupart des cas, par conséquent, ces mesures présentent bien une chance d'atteindre les mêmes fins que la détention provisoire, mais elles ne peuvent offrir la même certitude d'y parvenir¹²⁴⁹. Le contrôle de nécessité ne peut consister pour le juge qu'à établir une différence entre deux probabilités, puis à déterminer si cette différence est suffisamment importante pour justifier la privation de liberté. Chacune de ces probabilités est en outre affectée d'une inévitable marge d'erreur, qui dépend de la qualité des informations déjà disponibles. Le contrôle requiert ainsi, pour être effectif, une précision importante dans le travail empirique de prévision sur lequel il est fondé. Notons que dans ce cas précis, l'incertitude est d'autant plus grande que la personne mise en examen, présumée innocente, n'est soumise à la coercition que sur la base de soupçons futurs (quant aux risques qu'elle ne se réponde pas à ses convocations, qu'elle tente d'influencer les témoins, qu'elle réitère l'infraction...), eux-mêmes exclusivement fondés sur des soupçons concernant un fait passé¹²⁵⁰. La Chambre criminelle a indiqué dans un arrêt du 11 décembre 2018 qu'il appartient aux juges du fond, « pour motiver concrètement la nécessité de la détention et l'insuffisance d'autres mesures de sûreté, de se référer aux indices, éléments de preuve et faits constants relevés dans la procédure à l'égard de la personne concernée, sans contrevenir au principe de la présomption d'innocence »¹²⁵¹. Ce sont donc, sur le plan empirique, trois degrés d'approximation qui sont imbriqués. La vraisemblance, à ce stade des investigations, des soupçons quant à la commission de l'infraction conditionne la vraisemblance des risques à prévenir au vu des circonstances de la procédure, laquelle influe sur la vraisemblance que chacune des mesures coercitives soit efficace.

761. Ces observations peuvent être généralisées. **Si l'on admet que des mesures de nature différentes produisent des effets différents – ne serait-ce que parce qu'elles ne reposent pas**

1248 Cass. Crim., 13 oct. 1998, n° 98-84.260 : *Bull. Crim.*, n° 258 ; *Dr. Pénal* 1999, Chron. 11, obs. MARSAT. Cass. Crim., 25 nov. 2003, n° 03-85.386 : *Bull. Crim.*, n° 220 ; *D.* 2004, IR 734 ; *JCP* 2004, IV, 1094 ; *AJ pénal* 2004, p. 74.

1249 M. Guéry et Pierre Chambon relèvent ainsi que plusieurs obligations du contrôle judiciaire sont conçues en « miroir » des finalités de la détention provisoire, mais soulignent qu'il « appartient alors au juge d'apprécier les "risques" qu'il prend en se "contentant" d'un contrôle judiciaire ». C. GUÉRY et P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, coll.« Dalloz action », 2018, p. 432.71, 432.72, 432.61.

1250 R. PARIZOT, « Présomption d'innocence versus marqueurs de culpabilité : quel équilibre ? », *RSC*, 2019, p. 127.

1251 Cass. Crim., 11 déc. 2018, n° 18-85.460 : *Bull. Crim.* (à paraître) ; *D. actu.* 10 janv. 2019, note GOETZ ; *Gaz. Pal.* 29 janv. 2019, n° 341k2, p. 43 ; *RSC* 2019, p. 127, note PARIZOT ; *JCP G.* 2019, n° 137, note PERRIER.

sur le même type de restriction dans l'exercice des droits atteints – alors leur efficacité pour réaliser un but donné n'est jamais réellement la même. Le lien causal lui-même est modifié et ce ne sont pas seulement les probabilités d'atteindre la fin visée qui en sont affectées, mais les circonstances de sa réalisation. **La part instrumentale du contrôle de nécessité, en présence d'une alternative de nature différente de la mesure contrôlée, implique donc nécessairement un jugement de type axiologique.** Celui-ci est requis pour déterminer à partir de quel point des effets distincts, affectés de probabilités différentes, peuvent passer pour suffisamment semblables. Cette marge d'erreur acceptable devrait également varier suivant les enjeux concrets de la cause. D'une part, plus une mesure est répressive, plus il importe de considérer avec soin les autres solutions disponibles. D'autre part, l'importance des fins visées influe également, car plus le risque pour l'ordre public est grave, plus il importe d'en assurer la prévention avec certitude et plus les écarts, aussi minimes soient-ils, peuvent paraître intolérables. L'article préliminaire du Code de procédure pénale rappelle à ce titre que les mesures de contrainte doivent être « *proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée* ». Cela signifie que, toutes choses étant égales par ailleurs, le même risque d'échec de la procédure, de probabilité égale, revêt une portée différente suivant la gravité de l'infraction poursuivie. Le contrôle de nécessité se rapproche ainsi structurellement de celui de l'équilibre global, qui consiste à vérifier que les effets bénéfiques attendus de la mesure dépassent ses effets néfastes pour les libertés qu'elle atteint.

III. La probabilité de l'équilibre global

762. Le contrôle d'équilibre global, généralement appelé contrôle de proportionnalité au sens strict, a pour objet principal « la relation entre le but de la norme limitatrice et le droit fondamental » qu'elle atteint¹²⁵². Le droit atteint et le but légitime visé constituent, dans la théorie proportionnaliste majoritaire, des « principes », des exigences d'optimisation de même valeur qui se trouvent en état de compétition¹²⁵³. La solution du conflit équivaut au placement d'un curseur en un point intermédiaire entre les exigences de ces deux principes. La mesure choisie n'est équilibrée que si ce qui est perdu du fait de l'insatisfaction d'un principe est inférieur à ce qui est obtenu grâce à la satisfaction de l'autre. Là où les deux premières phases du test de proportionnalité s'intéressent essentiellement à l'efficacité de la mesure contrôlée, le contrôle de l'équilibre global vise à en apprécier l'efficience, l'espérance de gain nette.

763. La méthode à appliquer est généralement présentée et discutée en doctrine sous l'angle du *balancing* ou pondération des intérêts : chaque principe en présence se voit attribuer un « poids » qui, rapporté à l'intensité de l'atteinte subie ou de la promotion reçue, détermine sa force décisive en l'espèce¹²⁵⁴. Le point de controverse, à cette étape, concerne essentiellement la façon dont peuvent être ainsi pondérés des intérêts de natures différentes : c'est le problème de l'incommensurabilité normative qui sera abordé au cours de la prochaine section. Toutefois cette pesée, quelles que soient les difficultés théoriques qu'elle représente par ailleurs, suppose, en amont

1252 A. BARAK, *Proportionality*, op. cit., p. 344. : « *The test of proportionality stricto sensu [...] examines the relation between the limiting law's purpose and the constitutional right* » (texte souligné en italiques dans le texte).

1253 V. *supra* : p. 61.

1254 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 405-410.

du raisonnement, que les effets de la mesure contrôlée soient suffisamment connus pour pouvoir être traités comme des atteintes ou des gains quantifiables rattachés à des principes juridiques. M. Alexy cite l'exemple de l'incrimination du commerce des produits du cannabis, à l'égard de laquelle le législateur dispose selon lui d'une marge de « discrétion pour connaître des faits les plus pertinents, en d'autres termes une discrétion épistémique empirique » : l'incertitude qui entoure les effets à attendre d'une telle prohibition fait en quelque sorte obstacle au contrôle de proportionnalité¹²⁵⁵.

764. Néanmoins, les effets de l'incertitude ne se limitent pas aux cas extrêmes dans lesquels le contrôle est entièrement empêché. Dès lors que l'on raisonne sur la base de simples prévisions, la pesée des intérêts devrait intégrer l'ensemble des conséquences possibles, affectées de leurs coefficients de probabilité respectifs. La présentation classique du *balancing* par les proportionnalistes semble se désintéresser de cette question et considérer les pertes et gains à comparer comme des valeurs définitives – des faits certains dans un sens ontologique ou assortis d'une incertitude négligeable¹²⁵⁶. M. Barak aborde cette méthode de manière légèrement plus pragmatique. Il reprend la métaphore de la pesée et suggère de placer d'un côté de la balance l'objectif visé, le bénéfice susceptible d'en découler et la probabilité que ce bénéfice se réalise effectivement. Dans l'autre plateau seraient placés le droit fondamental atteint, le dommage qu'il subit et la probabilité que ce dommage se produise¹²⁵⁷. Cette conception présente l'avantage d'attirer l'attention sur le fait que l'action des autorités peut toujours échouer et que, dans certaines hypothèses, elle peut être sans conséquence concrète sur les droits des personnes¹²⁵⁸. Toutefois elle est encore trop schématique.

765. **Pour un acte donné, les conséquences possibles peuvent se nuancer et se ramifier en réseau de sous-hypothèses.** D'un scénario à l'autre, l'échec ou le succès peuvent être partiels, le bien ou le mal causés peuvent varier en intensité. Un contrôle d'équilibre correctement effectué devrait donc se saisir de l'ensemble des pronostics plausibles, chacun se voyant affecter un poids propre en fonction de sa probabilité et de l'importance des effets qu'il prédit. Une telle approche mène notamment à traiter très différemment la proportionnalité d'un acte collectif, tel que l'adoption d'une loi ou d'une ligne jurisprudentielle, et celle d'un acte individuel, tel qu'un acte d'enquête ou une mesure de sûreté.

1255 *Ibid.*, p. 415 : « This is the result of giving the legislature a discretion as regards the knowledge of relevant facts, in other words an empirical epistemic discretion, and locating the legislature's empirical assumptions underlying the ban on cannabis within this discretion. »

1256 *Ibid.*, p. 408 ; D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004, p. 170 ; J. RIVERS, « Proportionality and variable intensity of review », *The Cambridge Law Journal*, 12 mars 2006, vol. 65, n° 1, p. 200. V. toutefois *infra*, p. 544.

1257 A. BARAK, *Proportionality*, *op. cit.*, p. 348. : « The balancing rule asks us to place on one end of the scales the purpose that the sub-constitutional law attempts to advance, the probability that the benefit that would be gained from fulfilling this proper purpose would actually be realized, and the benefit that is gained by fulfilling the proper purpose, in accordance with its urgency [...]. On the other end of the scale should be the limited constitutional right, the harm it incurs and the probability that such harm would actually occur [...]. »

1258 Tel peut être le cas, par exemple, si l'acte contrôlé est une autorisation préalable à la mise en œuvre d'une procédure coercitive, à laquelle la personne concernée consent en fait pleinement.

766. En ce qui concerne les actes de portée collective, une illustration est fournie par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de présomptions de culpabilité. Dans l'affaire *Salabiaku c. France*, la Cour avait d'abord indiqué : « *Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit ; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil.* »¹²⁵⁹ Par la suite, dans un arrêt *Radio France et autres*, elle a été amenée à définir ce seuil pour le cas d'un requérant qui, en sa qualité de directeur de publication, avait été condamné pour diffamation en application du principe de la responsabilité en cascade en matière de presse¹²⁶⁰. La Cour observe dans cet arrêt que « *dans le domaine de l'audiovisuel, le directeur de la publication est pénalement responsable – en tant qu'auteur principal – de tout propos diffamatoire tenu à l'antenne, lorsque ledit propos a "fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public" ; dans un tel cas de figure, dès lors que le caractère diffamatoire est retenu, le délit est constitué à l'égard du directeur de la publication [...] sans qu'il soit nécessaire d'établir une intention coupable de sa part.* »¹²⁶¹ De plus, cette présomption peut « *se combine[r] en la matière avec une autre, les imputations diffamatoires étant présumées faites de mauvaise foi.* »¹²⁶² À ce sujet, la Cour note que « *si les prévenus ne peuvent chercher à établir la réalité des faits diffamatoires lorsque, comme en l'espèce, ils remontent à plus de dix ans [...], ils peuvent renverser cette présomption en établissant leur bonne foi* »¹²⁶³, c'est-à-dire celle de l'auteur des propos. L'ensemble de ces remarques ne suffit pas tout à fait à la Cour pour clore son raisonnement. Elle conclut qu'à titre général, « *eu égard à l'importance de l'enjeu – il s'agit de prévenir efficacement la diffusion dans les médias d'allégations ou imputations diffamatoires ou injurieuses en obligeant le directeur de la publication à exercer un contrôle préalable – la Cour estime que la présomption de responsabilité [...] reste dans des "limites raisonnables" requises* »¹²⁶⁴ [nous soulignons]. Elle relève ensuite, à titre particulier « *que les juridictions internes ont examiné avec la plus grande attention les moyens des requérants relatifs à la bonne foi du troisième d'entre eux et à l'absence de "fixation préalable" du message litigieux* » et estime donc qu'elles n'ont pas « *en l'espèce* » appliqué cette loi « *d'une manière portant atteinte à la présomption d'innocence* »¹²⁶⁵.

767. La Cour procède ainsi à un contrôle d'équilibre global, en prenant en considération « *l'importance des enjeux* » – c'est-à-dire non seulement la légitimité du but visé, mais aussi son « poids » normatif – pour apprécier le caractère raisonnable d'une norme permettant une atteinte à

1259 CEDH (Ch.), 7 oct. 1988, *Salabiaku c. France*, req. n° 10519/83, §28.

1260 CEDH (2^e s.), 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, req. n° 53984/00 : D. 2004, p. 2756, obs. DE LAMY ; *ibid.*, p. 1060, obs. BÎRSAN ; RSC 2005, p. 630, obs. MASSIAS ; RTD civ. 2004, p. 801, obs. MARGUÉNAUD. Sur le régime de responsabilité applicable en l'espèce, v. P. GUERDER, « Presse : procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019, p. 317 et s.

1261 CEDH, (2^e s.), 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, préc., §24.

1262 *Ibid.*

1263 *Ibid.* Cette limite à l'*exceptio veritatis* a toutefois été déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]* : Dr. Pénal 2011, comm. 90, note VÉRON ; *Gaz. Pal.* 12 juin 2011, n° 163-167, p. 12 ; RFD const. 2012, n° 89, p. 163, obs. PERRIER ; D. 2011, p. 2823, chron. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.* 2012, p. 765, chron. DREYER ; *Constitutions* 2011, p. 537, chon. DARSONVILLE ; *ibid.*, p. 388, note de BELLESCIZE ; RSC 2011, p. 401, note MAYAUD.

1264 CEDH, (2^e s.), 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, préc., §24.

1265 *Ibid.*

la présomption d'innocence. « *L'enjeu* » à prendre en compte est un bénéfice futur, la prévention de la « *publication d'allégations ou imputations diffamatoires* ». Dire que c'est l'importance de cet enjeu – et non sa simple qualité de but légitime – qui rend acceptable un tel système de présomptions, revient à dire que les atteintes à la présomption d'innocence ainsi réalisées sont admissibles parce qu'elles sont moins importantes que l'effet préventif obtenu. Toutefois cela ne signifie pas que la valeur « prévention de la diffamation » est plus importante que la valeur « respect de la présomption d'innocence » quelle que soit la situation. L'affirmation ne vaut pas à titre général et abstrait. Elle dépend à la fois de la réalité de l'effet préventif au niveau individuel, de sa fréquence à l'échelle de la population concernée et, inversement, de la réalité et de l'intensité du risque que la présomption fait subir aux personnes poursuivies pour diffamation. Pour parvenir à une conclusion en proportionnalité qui corresponde à l'énonciation de l'arrêt, il faut donc que chacun de ces éléments soit démontré, soit au moyen de preuves empiriques, soit au moyen de présomptions, à l'échelle générale de la loi.

768. À ces fins, le travail de prévision est idéalement réalisé à deux degrés distincts. Le premier degré correspond à l'identification de l'ensemble des applications possibles de la responsabilité en cascade à l'égard des directeurs de publication, dans toute leur variété. Loi des grands nombres oblige, ces applications possibles ont toutes les chances de se réaliser, chacune dans un ensemble d'espèces propre. Certains directeurs de publication s'abstiendront ainsi de diffuser les propos potentiellement litigieux ; d'autres les diffuseront, mais parviendront à prouver la réalité des faits allégués ; d'autres encore, empêchés par la règle décennale, auront recours à l'exception de bonne foi ; d'autres enfin seront condamnés, certains peut-être à tort. Parmi l'ensemble des discours ainsi diffusés ou arrêtés, certains concerneront des scandales d'ampleur nationale, d'autres les affaires privées de personnalités à la mode, d'autres encore des querelles locales, avec dans chaque cas le risque d'une diffamation dont la gravité peut varier considérablement d'une espèce à l'autre. Dans certains cas, un directeur de publication s'abstiendra de publier une information légitime et intéressant réellement le public, et la présomption de culpabilité fera alors obstacle à l'exercice légitime de la liberté d'expression et d'information. Le travail de prévision, à cette étape, n'a pas pour but d'établir si ces hypothèses peuvent se produire, mais plutôt de décrire leur répartition statistique la plus probable. Il faut que le juge puisse vérifier si les cas visés par l'auteur de la norme ont suffisamment de chance d'être majoritaires parmi ses applications potentielles, et qu'il puisse apprécier le nombre et la gravité des cas problématiques. L'incertitude, en d'autres termes, ne concerne pas réellement le risque d'échec ou de dérive, car une partie de la loi ou de la décision collective sera nécessairement mise en échec ou détournée au niveau particulier. Elle concerne plutôt l'étendue possible de cet échec ou de cette dérive, le risque qu'ils soient trop importants pour permettre de maintenir la justification envisagée. Les raccourcis logiques et les informations manquantes ne privent pas nécessairement la prévision de sens, mais ils en diminuent inévitablement la précision et, par conséquent, la portée.

769. Cette imprécision se répercute ensuite sur le second degré de l'opération, qui consiste à amalgamer l'ensemble de ces prévisions statistiques sous des expressions plus générales susceptibles d'être mises en balance. La probabilité d'obtenir le bien recherché et la probabilité que

le droit atteint subisse un dommage, au sens où M. Barak entend ces expressions, ou « *l'importance de l'enjeu* » pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme, correspondent au résultat de cette seconde opération : le passage des hypothèses particulières en grand nombre à une expression générale unique qui en fait la synthèse. Cette expression générale est elle-même affectée par l'incertitude, non seulement parce qu'elle s'exprime en termes de probabilités (il est plus ou moins probable que la présomption de culpabilité permette effectivement de prévenir la diffamation dans un nombre satisfaisant de cas, il est plus ou moins probable qu'elle mène à un nombre excessif de condamnations indues ou d'actes d'auto-censure par les organes de presse), mais aussi parce que sa précision et sa crédibilité dépendent directement de la qualité des données sur lesquelles elle se fonde et de la façon dont ces données sont interprétées.

770. La fonction de la prévision empirique est fondamentalement différente lorsqu'il s'agit de justifier un acte individuel. La prévision vise alors bien à établir dans quelle mesure un ou plusieurs événements futurs peuvent se produire, sur le mode du tiers exclu. Par exemple l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale prévoit que, « *sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction* », la suspension de l'exécution d'une peine privative de liberté peut être ordonnée « *pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention* ». Il appartient donc au juge, qui apprécie souverainement le risque de renouvellement de l'infraction¹²⁶⁶, de déterminer si ce risque est suffisamment grave pour justifier le refus de la suspension médicale de peine. À nouveau, plusieurs résultats sont possibles, mais ils sont alors mutuellement exclusifs. Si la personne détenue bénéficie de la suspension de peine, elle ne va pas récidiver tout en s'abstenant. Si son pronostic vital est engagé, le maintien en détention ne peut pas à la fois contribuer à causer son décès et s'avérer compatible avec sa survie. Les probabilités en présence n'expriment pas une distribution statistique au sein d'un échantillon de population, mais la vraisemblance d'un ou plusieurs événements uniques, à l'égard desquels l'erreur de prévision est soit complète, soit inexistante.

771. Cela ne signifie pas que la proportionnalité de tout acte coercitif individuel doive être pensée exclusivement en termes d'échec ou de succès, de violation d'un droit ou de retenue vertueuse de l'autorité. Bien des actes d'investigation produisent des succès partiels : une perquisition peut mener à la découverte de quelques éléments matériels qui s'ajoutent à un faisceau d'indices en construction ; une mise sur écoute téléphonique ou une mesure de surveillance numérique peut, sans permettre d'établir la preuve de l'infraction recherchée, révéler l'existence d'un complice ou d'un coauteur insoupçonné. Mais ces événements demeurent des faits particuliers qui, isolément, ne peuvent que se produire ou ne pas se produire. L'incertitude, à leur égard, signifie qu'il est toujours envisageable qu'ils ne se produisent pas du tout, et que la mesure coercitive s'avère dépourvue de tout effet utile.

772. La distinction ici proposée entre la proportionnalité des mesures générales et des mesures particulières ne décrit que les modalités par lesquelles l'incertitude affecte le contrôle. Il n'en

¹²⁶⁶ Cass. Crim., 2 mars 2011, n° 10-81.070 : *AJ pénal* 2011, p. 531, obs. HERZOG-EVANS. Cass. Crim., 9 janv. 2019, n° 18-81.910 : *Dr. pénal* 2019, n° 58, note PELTIER.

découle pas qu'un type de décision soit plus aisé à contrôler qu'un autre, mais seulement que les contrôles porteront sur des questions différentes. La prévision objective des faits sociaux comme celle des comportements individuels représentent des difficultés considérables¹²⁶⁷ et les données empiriques qui les fondent peuvent mener à d'importantes erreurs d'évaluation¹²⁶⁸. L'établissement de jugements de valeur fondés sur ces prévisions devrait donc, en toute rigueur, être toujours abordé avec la plus grande circonspection.

773. **Conclusion de la première section.** Il apparaît ainsi que l'incertitude empirique affecte le contrôle de proportionnalité-justification d'une manière qui est à la fois générale par sa portée, spécifique à ce type de contrôle dans ses modalités et variée dans ses conséquences. Elle revêt d'abord une portée générale, car établir la proportionnalité d'une mesure suppose toujours au préalable de déterminer quels sont les effets qui peuvent en être attendus ou, *a posteriori*, qui pouvaient en être attendus au moment de son adoption. Ces effets constituent alors, dans la rationalité de la décision contrôlée, des faits futurs qui ne peuvent être établis que sous la forme de probabilités, elles-mêmes assorties d'une inévitable marge d'erreur. L'incertitude opère ensuite suivant des modalités spécifiques à la proportionnalité parce que, dans ce domaine particulier, elle ne peut jamais être écartée par la preuve d'un fait déterminant. Le passé peut être prouvé, mais l'avenir est toujours incertain et la seule confirmation ou infirmation définitive d'une prévision ne peut intervenir qu'après que cette prévision a été émise. Enfin, ses conséquences varient en fonction de l'objet du contrôle, de la question à laquelle le juge tâche de répondre. Les composantes du contrôle de proportionnalité, les sous-principes qui y sont appliqués, n'abordent pas les faits sous la même perspective et ne requièrent par conséquent pas la même précision dans les prévisions opérées. Tandis que le contrôle d'adéquation tolère un haut degré d'approximation, les contrôles de nécessité et d'équilibre global reposent sur l'établissement de comparaisons complexes. Celles-ci sont susceptibles de perdre de leur sens si elles ne sont pas fondées sur des prévisions précises et rigoureusement établies.

774. Intrinsèque au contrôle de proportionnalité, l'incertitude en constitue ainsi une limite dont il convient de mesurer l'importance. Elle affecte l'appréciation empirique des faits, élément nécessaire au contrôle de constitutionnalité, mais auquel ce contrôle ne se résume pas. Pour chaque composante du contrôle, les prévisions ainsi établies doivent en effet recevoir une interprétation normative : le juge doit déterminer si les effets prévus correspondent ou non à ce que requièrent les principes juridiques en conflit. Cette opération est rendue d'autant plus délicate que les prévisions initiales sont imprécises, car chaque hypothèse raisonnable devrait être prise en compte et se voir attribuer sa juste valeur. En ce sens, l'incertitude quant aux faits participe de la difficulté à atteindre une décision juridiquement pertinente.

775. Réduire ou reconnaître l'incertitude ne suffit toutefois pas à régler tout écueil épistémologique dans la théorie de la proportionnalité. Encore faut-il que les prévisions, même

1267 R. GASSIN, P. BONFILS, et S. CIMAMONTI, *Criminologie, op. cit.*, p. 115-116, 514-517 ; B.E. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II) », *Déviance et Société*, 2011, vol. 35, n° 2, p. 163-194.

1268 S. RAOULT, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *RSC*, 2014, p. 655.

parfaites, puissent effectivement être traduites normativement. Or cela suppose d'adopter une logique quantitative, où les principes juridiques et les valeurs dont ils sont l'expression peuvent être confrontés et mesurés selon des critères communs. Cette question est au cœur du problème de l'incommensurabilité normative qu'il convient à présent d'aborder.

Section 2. *L'incommensurabilité normative*

776. Dire que le principe de proportionnalité relève d'une logique conséquentialiste ne revient pas à dire qu'il suffit de prévoir empiriquement les conséquences d'une action pour arriver à une conclusion opérante. Encore faut-il rapporter ces conséquences au contenu substantiel des droits et principes en présence, de manière à établir si leurs prescriptions sont respectées. Cette étape est en quelque sorte analogue à celle, dans un raisonnement syllogistique, de la qualification juridique des faits¹²⁶⁹. Elle s'en distingue par le fait qu'elle ne vise pas à classer la situation dans une catégorie pré-définie. Un droit ou principe, au sens proportionnaliste, ne commande pas une solution unique qui, si un fait déterminant est relevé, sera impérative quelles que soient les autres circonstances de l'espèce. Il exige en revanche une optimisation : les autorités publiques doivent garantir que le contenu normatif de ce droit ou de ce principe recevra la plus grande « réalisation » possible, toutes choses étant considérées¹²⁷⁰. Autrement dit, le droit ou le principe est un ensemble d'applications potentielles qui doivent être mises en œuvre aussi fréquemment que possible. Les limitations apportées à cette « réalisation » ne sont donc pas licites ou illicites de manière intrinsèque, mais suivant la façon dont elles se rapportent à l'ensemble des circonstances factuelles et juridiques. Cela inclut notamment la prise en compte des droits et principes concurrents et de leurs propres exigences.

777. Dans un raisonnement catégorique, il est possible d'exprimer la gravité de l'atteinte subie par un droit ou la nécessité de promouvoir un principe par une règle de conflit de normes. L'atteinte est grave parce qu'elle correspond à une catégorie définie de situations, à un sous-ensemble des prérogatives individuelles que protège le droit, et elle obtient ou cède la primauté par rapport au principe concurrent dans un ensemble de cas déterminés. La libération conditionnelle ne peut ainsi être accordée que « *lorsque la durée de peine accomplie par le condamné est au moins égale à la durée de la peine lui restant à subir* », sous réserve des exceptions liées à la durée de la période de sûreté¹²⁷¹. Ses efforts de réinsertion, quels qu'ils soient, ne pourront suffire à justifier la libération conditionnelle tant que ce délai ne sera pas écoulé. Inversement, quelle que soit la dangerosité supposée du condamné, elle ne suffira jamais à justifier son maintien en détention au-delà de la durée de la peine prononcée, excepté dans le cas où la juridiction de jugement a prévu la possibilité qu'il soit placé en rétention de sûreté.

778. Lorsque la proportionnalité intervient, elle n'emploie pas cette méthode de classement. Elle s'applique dans le silence de la règle catégorique ou opère comme une exception à son égard¹²⁷². Par conséquent, **pour apprécier l'importance de l'atteinte qu'une mesure impose dans l'exercice d'un droit ou de la contribution qu'elle lui apporte, les autorités publiques doivent avoir recours à une évaluation concrète et quantitative**. C'est cette évaluation qui est désignée par la

1269 R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, décembre 2003, vol. 16, n° 4, p. 433-449 ; contra : F. SCHAUER, « Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 1, p. 34-45.

1270 V. *supra*, p. 71.

1271 V. Code de procédure pénale, art. 729, ensemble Code pénal, art. 132-23.

1272 V. *supra*, p. 256.

métaphore de la pesée : il s'agit d'établir la force avec laquelle chaque norme en présence doit influencer sur la solution à dégager.

779. Une telle opération nécessite d'avoir recours à au moins deux échelles de valeurs qui permettent de déterminer, en fonction des faits connus et prévus, l'ampleur des enjeux en présence. La première de ces échelles est relative à chaque principe : elle permet de déterminer ce qui fait, à son égard, la gravité d'une atteinte ou l'importance d'une avancée, de discriminer le trivial du notable ou du crucial. La seconde échelle représente quant à elle la hiérarchie existant entre ces principes, l'idée que certains d'entre eux, tels que le droit à la vie, relèvent d'un ordre de priorités plus élevé que d'autres, tels que le droit au respect de la vie privée. Le fondateur de la théorie de la proportionnalité, M. Alexy, appelle respectivement ces échelles « intensité » concrète de l'atteinte et « poids abstrait » du principe¹²⁷³. Ces deux gradations sont bien quantitatives, mais elles ne sont pas numériques. Elles ne permettent *a priori* d'effectuer que des comparaisons ordinales, de terme à terme, pour établir par exemple laquelle de deux atteintes au même droit est la plus lourde. En revanche il n'est à première vue pas possible de combiner ou de convertir leurs évaluations de manière à attribuer une mesure cardinale, absolue, à un acte donné. Tel est le sens de l'incommensurabilité des valeurs : les valeurs sociales qui fondent les principes juridiques à confronter ne peuvent ni être mesurées les unes aux autres, ni rapportées à une échelle commune¹²⁷⁴.

780. Les conséquences pour la théorie de la proportionnalité sont considérables, car le contrôle de l'équilibre global, « le plus important des tests de la proportionnalité »¹²⁷⁵, repose en très grande partie sur une pondération entre intérêts qui ne peut se tenir qu'en présence de valeurs commensurables, qui connaissent une échelle cardinale commune. Plusieurs solutions ont été par conséquent proposées pour remédier à cette impossibilité apparente de la pondération (§2), sans réellement parvenir à convaincre. Pour autant, l'incommensurabilité n'empêche le contrôle que si une telle pondération est requise. L'évaluation ordinale des intérêts demeure possible (§1) et, dans certains cas, elle suffit à emporter la solution.

§1. La possibilité d'évaluations ordinales

781. L'expression d'évaluation ordinale désigne ici l'attribution d'une valeur non-chiffrée à un objet, par rapport à une échelle donnée. L'exemple le plus simple est celui de la comparaison, par laquelle on énonce « qu'un tel sujet possède tel ou tel caractère à un plus haut ou à un moindre

1273 R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption », *op. cit.*, p. 440 et s. (« *intensity* », « *abstract weight* »). Ainsi qu'il sera développé au cours du §2, des alternatives à ce modèle ont été présentées par d'autres auteurs, mais elles semblent en réalité ne pas parvenir à le dépasser. Pour une version antérieure, v. également R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 405 et s.

1274 P.-E.N. VEEL, « Incommensurability, Proportionality, and Rational Decision-Making », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 2, p. 182. : « *Incomparability between goods A and B occurs when there is no ordinal ranking of the goods along the particular value by reference to which the comparison is sought to be made [...], while incommensurability occurs when there is no common cardinal metric along which the goods can be measured.* » L'auteur attribue la parenté de la distinction à R. CHANG, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, 1998 ; rappr. V.A. DA SILVA, « Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 juin 2011, vol. 31, n° 2, p. 282-283. Comp. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 154, V° « Comparative (Proposition) » ; *Ibid.*, p. 610, V° « Mesure ».

1275 A. BARAK, *Proportionality*, *op. cit.*, p. 340 : « *This is the most important of proportionality's tests.* »

degré qu'un autre sujet »¹²⁷⁶. Il est ainsi aisé d'affirmer qu'à durées égales, la détention d'une personne dans une maison d'arrêts porte une atteinte plus sévère à sa liberté de mouvement qu'une assignation à résidence sous surveillance électronique, même sans attribuer à ces deux modes de contrainte des valeurs numériques. Une évaluation ordinale peut également se tenir sans comparaison. L'affirmation selon laquelle une mesure atteint un droit – et qu'elle a sur lui un effet qui n'est pas nul ou négligeable – ou qu'elle l'atteint de manière légère ou grave, constitue ainsi une évaluation ordinale, mais non-comparative. De telles évaluations, comparatives ou non, permettent de répondre à une partie des critères du contrôle de proportionnalité et, parfois, de le mener à son terme sans se heurter à l'obstacle de l'incommensurabilité. Il est ainsi possible d'évaluer une ou plusieurs mesures à la lumière d'un seul principe (I) et, parfois, de comparer les effets de ces mesures sur des principes distincts (II) sans avoir recours à une échelle cardinale commune.

I. L'évaluation à la lumière d'un principe unique

782. Supposons que le juge dispose d'un pronostic empirique précis des conséquences que peut emporter une mesure dont il contrôle la proportionnalité. Il lui incombe alors d'apprécier ces conséquences du point de vue des principes en jeu, d'établir ce que chacun de ces principes « perd » ou « reçoit » dans l'opération en question. Il cherche donc à évaluer, par rapport à ce qui constituerait la pleine satisfaction d'un principe, soit un manque à gagner ou à compenser, soit un progrès à reconnaître. Il s'agit de déterminer la nature et l'ampleur des enjeux que représente le pronostic établi, du point de vue du degré de satisfaction ou d'insatisfaction des exigences d'optimisation.

783. Cette opération est apparente dans une partie de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la liberté d'expression. Dès l'arrêt *Handyside*, la Cour indique qu'il lui « incombe [...] de déterminer, sur la base des divers éléments en sa possession, si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d'“ingérence” qu'elles adoptent sont pertinents et suffisants au regard de l'article 10 par. 2 » de la Convention (nous soulignons)¹²⁷⁷. Dans l'arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007¹²⁷⁸, elle procède à cette vérification au moyen d'un plein contrôle de proportionnalité, qui passe par l'énumération des différents intérêts en présence et par l'appréciation des enjeux concrets de l'affaire pour chacun d'entre eux.

784. Le requérant était un journaliste condamné pénalement pour avoir partiellement divulgué le contenu d'un document confidentiel. Dans le document en question, adressé à des diplomates et à des membres du gouvernement et de l'administration fédérale suisses, l'ambassadeur de Suisse aux États-Unis prenait position, sur un ton virulent, au sujet de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses. La Cour aborde la question de la nécessité par des considérations de principe : « *La liberté de la presse s'avère d'autant plus importante dans des circonstances dans lesquelles les activités et les décisions étatiques, en raison de leur nature confidentielle ou secrète, échappent au contrôle démocratique*

1276 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit. V° « Comparative (Proposition) ».

1277 CEDH (Plén.), 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, préc., §50.

1278 CEDH (Gr. ch.), 10 déc. 2007, *Stoll c. Suisse*, req. n° 69698/01 : AJDA 2008, p. 978, chron. FLAUSS ; JCP G. 2008, I. 110, chron. SUDRE.

ou judiciaire. Or la condamnation d'un journaliste pour divulgation d'informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut dissuader les professionnels des médias d'informer le public sur des questions d'intérêt général. En pareil cas, la presse pourrait ne plus être à même de jouer son rôle indispensable de "chien de garde" »¹²⁷⁹. Elle indique, dans un point introductif α , que « pour déterminer si la mesure litigieuse était néanmoins nécessaire en l'espèce, plusieurs aspects distincts sont à examiner : (β) les intérêts en présence ; (γ) le contrôle exercé par les juridictions internes ; (δ) le comportement du requérant ainsi que (ϵ) la proportionnalité de la sanction prononcée. »¹²⁸⁰ **Pour chacun de ces éléments, la Cour analyse directement les faits et rend une sous-conclusion qui n'est pas binaire. Elle n'établit pas seulement si les faits sont conformes ou non-conformes à chaque standard, mais elle décrit approximativement quelle est la mesure de leur conformité ou de leur non-conformité.** L'analyse qui suit portera sur les développements concernant la détermination des intérêts en présence.

785. Concernant en premier lieu les intérêts en jeu, la Cour indique qu'en l'espèce « la mise en balance [...] s'est faite entre deux intérêts de caractère public : celui des lecteurs à recevoir des informations sur un sujet d'actualité et celui des autorités à assurer une issue favorable et satisfaisante à des négociations diplomatiques en cours. »¹²⁸¹ Au sujet de l'intérêt des lecteurs, elle observe que « les publications intervenaient dans le contexte d'un débat public sur une question largement évoquée par les médias et qui divisait profondément l'opinion publique suisse », « les débats » ayant été « très animés » et revêtus d'une « dimension internationale »¹²⁸², ce dont il se déduit que l'on « ne saurait douter de l'intérêt public que soulevait la question des fonds en déshérence »¹²⁸³. La Grande chambre partage l'avis de la chambre, qui a « reconnu comme légitime l'intérêt du public à recevoir des informations sur les agents chargés de ce dossier délicat et sur leurs style et stratégie de négociation »¹²⁸⁴. Elle apporte toutefois un tempérament lié au fait que « le requérant a décidé de se concentrer presque exclusivement sur la personnalité de l'ambassadeur et son style personnel », ce qui « ne prive pas ses articles de toute pertinence en vue du débat public »¹²⁸⁵. La conclusion normative est donc positive, mais très modérée : « Les articles litigieux étaient susceptibles de contribuer au débat public sur la question des fonds en déshérence »¹²⁸⁶.

786. En ce qui concerne le fond, le contraste est remarquable entre cet argumentaire et celui qui est présenté quant aux intérêts protégés par les autorités nationales. La Cour estime en principe que « l'exclusion absolue du débat public des questions relevant des affaires étrangères en raison de la protection due à la correspondance diplomatique n'est pas acceptable » et que par conséquent « plus encore que la nature et la forme du rapport diplomatique en question, ce qui importe dans la mise en balance des intérêts, ce sont le contenu et le danger potentiel que représente sa

1279 *Ibid.*, §110.

1280 *Ibid.*, §112.

1281 *Ibid.*, §116.

1282 *Ibid.*, §118.

1283 *Ibid.*, §120.

1284 *Ibid.*, §122.

1285 *Ibid.*, §123 (nous soulignons).

1286 *Ibid.*, §124 (nous soulignons).

publication »¹²⁸⁷. Elle confirme ainsi expressément préférer une approche conséquentialiste et probabiliste à un raisonnement de type catégorique. À cet égard, « le contenu du document rédigé par l'ambassadeur présentait une certaine importance, dans la mesure où il exposait une appréciation de la situation délicate que la Suisse devait affronter à la fin de l'année 1997. »¹²⁸⁸ En outre, « les expressions utilisées – considérées comme belliqueuses [...] – étaient manifestement susceptibles de provoquer chez les autres parties aux négociations [...] une réaction négative et, par conséquent, de compromettre les chances de succès de négociations considérées comme difficiles et portant sur un sujet particulièrement sensible. »¹²⁸⁹ La Cour en conclut que « les publications du requérant, compte tenu du moment particulièrement délicat auquel elles sont intervenues, étaient-elles de nature à causer un préjudice considérable aux intérêts de la partie défenderesse en l'espèce. »¹²⁹⁰

787. Ces motifs appellent trois observations. D'abord, dans un cas comme dans l'autre, la conclusion normative – l'enjeu en ce qui concerne l'intérêt juridiquement reconnu – est exprimée en termes quantitatifs et pronostiques. Les articles étaient ainsi « susceptibles de contribuer » au débat public, autrement dit leur non-publication aurait pu causer un manque à gagner pour l'intérêt du public, mais un manque à gagner de relativement faible importance. Ils étaient aussi « de nature à causer un préjudice considérable à la partie défenderesse » : leur publication pouvait porter une atteinte grave aux intérêts de la Suisse. Ensuite la Cour n'opère pas – ou pas expressément – de comparaison entre l'importance de la contribution au débat public et la gravité du préjudice susceptible d'être causé. Chacune est appréciée relativement à l'intérêt qu'elle concerne. Enfin ces conclusions sur le plan normatif sont bien distinctes des appréciations empiriques qui les précèdent, même si elles n'en sont pas totalement indépendantes. Dire que les articles n'étaient pas privés « de toute pertinence » concernant le sujet du débat public permet de conclure qu'ils étaient « susceptibles » d'y contribuer, mais une transition s'opère bien du domaine des faits empiriques (le style, le choix de se focaliser sur la personnalité de l'ambassadeur) au domaine des valeurs (ce que représente la publication pour l'intérêt public). De même, l'ensemble des circonstances dans lesquelles se tenaient les négociations dévoilées permet de conclure quant à l'ampleur du préjudice que risquait de causer leur divulgation. Dans les deux cas, **la conclusion intervient sur la base non seulement d'une prévision empirique, mais aussi de sa comparaison avec le contenu des intérêts juridiquement protégés** : intérêt du public à connaître l'état des négociations menées par les représentants de l'État concernant un sujet controversé ; intérêt des autorités nationales à ce que ces négociations puissent se tenir dans des conditions propices à une entente paisible.

788. Cette dernière observation, qui peut paraître tomber sous le sens, importe dans la mesure où elle implique que les contrôles d'adéquation et de nécessité incluent une forme de pesée des intérêts même si celle-ci est plus apparente dans le cadre du contrôle de l'équilibre global. Le contrôle de nécessité « ne requiert pas seulement un jugement qui détermine si une mesure est plus ou moins restrictive à l'égard d'un droit individuel spécifique. Il présuppose aussi une évaluation qui établisse

1287 *Ibid.*, §§128-129 (nous soulignons).

1288 *Ibid.*, §133.

1289 *Ibid.*, §135.

1290 *Ibid.*, §136 (nous soulignons).

si la mesure alternative est aussi efficace. Cela implique nécessairement un pronostic empirique et, souvent, un jugement de valeur aussi. »¹²⁹¹ L'exemple de l'alternative entre la détention provisoire et une mesure de sûreté plus légère a été évoqué au cours de la section précédente¹²⁹². Une autre illustration est fournie par l'arrêt *Bédât c. Suisse* du 29 mars 2016¹²⁹³, concernant le cas d'un requérant condamné pour avoir divulgué des informations couvertes par le secret de l'instruction. La Cour observe que « *le droit du requérant d'informer le public et le droit du public de recevoir des informations se heurtent à des intérêts publics et privés de même importance* », qui incluent « *le droit du prévenu à la présomption d'innocence et à la protection de sa vie privée* »¹²⁹⁴. À cet égard, la deuxième section avait précédemment estimé dans la même affaire que le prévenu « *disposait de recours en droit helvétique pour faire réparer l'atteinte à sa réputation dont il n'a cependant pas fait usage* », alors que c'était à lui « *qu'il incombait au premier chef de faire respecter sa vie privée* »¹²⁹⁵. La Grande chambre juge au contraire, à titre général, que « *l'existence en droit interne de telles voies de recours civiles pour la protection de la vie privée ne dispense pas l'État de son obligation positive, telle qu'elle découle, dans chaque cas, de l'article 8 de la Convention envers tout accusé dans un procès pénal* »¹²⁹⁶. Son désaccord avec les conclusions de l'arrêt de chambre va plus loin, car elle reprend également, à titre particulier, l'argument tiré de la passivité du prévenu. Le contrôle de nécessité qui s'ensuit est remarquable : « *Au moment de la publication de l'article litigieux, le prévenu se trouvait en détention, et donc dans une situation de vulnérabilité. Par ailleurs, rien dans le dossier n'indique qu'il était informé de la parution de l'article et de la nature des informations qui y figuraient. Au surplus, il souffrait vraisemblablement de troubles psychiques, ce qui accentuait sa vulnérabilité. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher aux autorités cantonales d'avoir considéré que, pour remplir leur obligation positive de protéger le droit de M. B. au respect de sa vie privée, elles ne pouvaient se contenter d'attendre que M. B. eût pris lui-même l'initiative d'intenter une action civile contre le requérant et d'avoir par conséquent opté pour une démarche active, fût-elle de nature pénale.* »¹²⁹⁷ La Cour n'affirme pas que le recours civil ouvert à la personne poursuivie n'aurait pas permis de faire valoir ses droits ou qu'il n'aurait jamais pu être exercé. La voie civile n'était pas forcément inadéquate¹²⁹⁸. Elle estime en revanche que la différence d'efficacité entre ce moyen de protection et celui choisi par les

1291 N. PETERSEN, « How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones : Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 8, p. 1395 : « *The least restrictive means test not only requires a judgment as to whether a measure is more or less restrictive with regard to a specific individual right. It also presupposes an evaluation whether the alternative measure is as effective. This necessarily involves an empirical prognosis and often also a value judgment.* »

1292 V. *supra* : Section 1, §2, II. B.

1293 CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2016, *Bédât c. Suisse*, req. n° 56925/08 : *D. actu.* 15 avr. 2016, obs. AUTIER ; *JCP G.* 2016, n° 507, obs. SURREL.

1294 *Ibid.*, §55.

1295 CEDH (2^e s.), 1^{er} juil. 2014, *A.B. c. Suisse*, req. n° 56925/08, §56.

1296 CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2016, *Bédât c. Suisse*, req. n° 56925/08, préc., §77.

1297 *Ibid.*, §58 (nous soulignons).

1298 Comp. CEDH (Ch.), 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, §27, concernant le cas d'une fille mineure handicapée mentale ayant été victime d'un viol au sein du foyer privé spécialisé qui l'hébergeait alors : « *La Cour estime insuffisante la protection du droit civil dans le cas de méfaits du type de celui dont Y a été victime. Il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine ; de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question* » (nous soulignons).

autorités suisses était trop importante pour que les deux méthodes puissent être considérées comme équivalentes. **Les effets prévisibles de la mesure choisie et ceux de l'alternative envisagée sont comparés au regard des exigences du principe à garantir**, ici la protection de la vie privée. Le juge conclut que la différence entre ces effets n'est pas négligeable, ce qui permet d'écarter le grief tiré de l'absence de nécessité de la mesure contrôlée. Il attribue ainsi une valeur à cette différence d'efficacité : elle représente, du point de vue du principe garanti, un potentiel manque à gagner ou à compenser si la mesure la moins répressive est choisie¹²⁹⁹.

789. Le même raisonnement peut être tenu en ce qui concerne le contrôle d'adéquation. Même si le juge se contente de rechercher l'existence d'un effet positif vraisemblable et s'il n'écarte que les mesures qui produisent des effets inexistantes ou négligeables¹³⁰⁰, encore faut-il situer le seuil d'efficacité minimale qui permet de dire d'une mesure qu'elle est appropriée à ses fins. Dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a ainsi estimé que le maintien de l'incrimination des actes homosexuels en Irlande du Nord n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Elle a notamment tiré argument de ce que les autorités nationales avaient évité, au cours des années précédant l'arrêt, « *d'engager des poursuites du chef d'actes homosexuels commis, de leur plein gré et en privé, pas des hommes de plus de 21 ans capables d'y consentir* » et que « *rien dans le dossier ne prouv[ait] que cela ait porté atteinte aux valeurs morales en Irlande du Nord, ni que l'opinion publique ait réclamé une application plus rigoureuse de la loi.* »¹³⁰¹ La fonction expressive d'une loi pénale ne suffirait donc pas, aux yeux de la Cour, à en justifier le maintien à défaut d'application concrète, même si l'arrêt reconnaissait bien « *la "nécessité" de légiférer pour prémunir des fractions données de la société, de même que l'éthique de celle-ci dans son ensemble* »¹³⁰². La comparaison avec l'arrêt *S.A.S.*, en dépit de l'ampleur de la différence qui sépare ces deux affaires, paraît éclairante. La Cour y a en effet admis qu'une interdiction générale de dissimuler son visage dans l'espace public « *[pouvait] être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle [visait] à garantir les conditions du "vivre ensemble"* »¹³⁰³, même si elle admettait plus loin que cette incrimination ne s'appliquerait qu'à un nombre très limité

1299 V. également CEDH (5^e s.), 12 avr. 2012, *Martin et autres c. France*, req. n° 30002/08, §86 : *Gaz. Pal.* 2012, I, 1631, note PIOT ; *D. actu.*, 26 avr. 2012, obs. LAVRIC ; *Constitutions* 2012, p. 645, obs. DE BELLESCIZE ; RSC 2012, p. 603, obs. FRANCILLON. « *La Cour se demande si d'autres mesures que la perquisition au siège de la rédaction du journal n'auraient pas pu permettre au juge d'instruction de rechercher s'il y avait eu effectivement violation du secret professionnel. Force est en tout état de cause de constater que le Gouvernement omet de démontrer qu'en l'absence de la perquisition litigieuse, les autorités nationales n'auraient pas été en mesure de rechercher d'abord l'existence d'une éventuelle violation du secret professionnel et, ensuite, celle du recel de cette violation par les requérants* ». V. aussi CEDH (5^e s.), 1^{er} déc. 2011, *Schwabe et M.G. c. Allemagne*, req. n° 8080/08 et 8577/08 : les requérants avaient été arrêtés et placés en détention alors qu'ils se rendaient à une manifestation contre le sommet du G8 organisé à Heiligendamm. L'un des arguments avancés par les autorités allemandes concernant la nécessité de cette détention tenait à ce que les requérants avaient été trouvés en possession de banderoles portant les slogans « Libérez les prisonniers » et « Libérez les tous maintenant ». La Cour indique (§78) ne pas être « *convaincue qu'il ait été nécessaire de les placer en détention car, en toute hypothèse, il aurait suffi de saisir leurs banderoles pour leur faire prendre conscience des conséquences négatives qu'elles pouvaient avoir et les empêcher d'inciter autrui – sans en avoir l'intention – à libérer des détenus.* » Elle conclut à la violation de l'article 5, §1 de la Convention.

1300 V. *supra*, p. 364.

1301 CEDH (Plén.), 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, §60 : *Cah. dr. Eur.* 1982, p. 221, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. Int.* 1982, p. 504, obs. PELLOUX ; *JDI* 1985, p. 185, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

1302 *Ibid.*, §49.

1303 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juil. 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11, préc., §142.

de personnes et qu'elle aurait « *un fort impact négatif sur la situation des femmes qui [auraient] fait le choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions* »¹³⁰⁴. Contrairement à la loi pénale inappliquée, celle qui est applicable à une poignée de situations peut passer pour utile : c'est déjà un jugement de valeur, une détermination de ce qui, juridiquement, peut constituer une contribution effective à un but légitime.

790. **Chacune des étapes du contrôle de proportionnalité implique ainsi un raisonnement quantitatif sur la norme appliquée.** Le juge établit si une portion du droit est atteinte, si une part du principe est réalisée, et détermine ce que cette portion représente lorsqu'elle est rapportée à l'idéal de la norme pleinement réalisée. Certes, cette quantification n'est pas numérique. Elle passe toutefois par l'usage d'adjectifs et d'adverbes qui indiquent clairement l'existence d'une échelle de gravité, interne à chaque principe, qui permet de distinguer les atteintes légères ou marginales de celles qui reviennent à nier l'existence même du droit garanti. Encore faut-il toutefois que cette gradation demeure rationnelle en l'absence d'unité de mesure. Quoi qu'il en soit, l'échelle de gravité interne à chaque principe ne suffit pas pour établir une pesée d'intérêts entre des principes concurrents. Encore faut-il pouvoir rapporter ces évaluations les unes aux autres à partir de critères communs. Le contrôle de proportionnalité requiert ainsi que les principes soient non seulement fractionnables, mais aussi qu'ils soient convertibles.

II. La comparaison à la lumière de principes distincts

791. Lorsque deux principes sont en concurrence, une mesure qui permet de promouvoir l'un cause une atteinte aux intérêts protégés par l'autre. Or ni le fait que cette mesure permette effectivement la promotion du principe justificateur, ni l'absence d'alternative moins coûteuse, ne garantissent entièrement son caractère raisonnable. La boutade, attribuée alternativement à Walter Jellinek et à Fritz Fleiner, selon laquelle on ne tire pas les moineaux au canon, l'atteste : un canon peut être un moyen plus qu'efficace pour se débarrasser d'un volatile, et peut-être l'artilleur ne dispose-t-il ni d'un filet, ni même d'une carabine à plombs ? Toujours est-il que le bon sens commanderait qu'il s'abstienne.

792. Dans la logique proportionnaliste, qui est exclusive de toute règle catégorique et, partant, de toute interdiction absolue établie *a priori*, cette considération se présente de manière bien moins triviale. Il s'agit d'assurer que la mesure contrôlée ne cause pas aux libertés un préjudice plus grand que celui qu'elle vise à prévenir ou que le bien qu'elle a pour fin de produire. Cette vérification nécessite dans la plupart des cas d'avoir recours à une mesure cardinale (v. *infra*, §2), mais il existe certaines hypothèses dans lesquelles une solution peut être dégagée au moyen d'une simple comparaison. Dans un premier cas de figure, les atteintes susceptibles d'être subies par les principes en conflit ne sont pas commensurables mais l'une peut être compensée de manière effective et paraît donc plus acceptable (A). Cette préférence correspond peu ou prou à ce que l'analyse économique du droit appelle optimisation par le critère de Kaldor-Hicks¹³⁰⁵. Dans un second cas de

1304 *Ibid.*, §146.

1305 Selon ce critère, une situation est plus optimale qu'une autre, si elle constitue un gain pour certains et si la perte subie par d'autres peut être compensée. V. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Paris I, 2013,

figure, moins fréquent, la supériorité hiérarchique de l'un des principes sur l'autre est suffisante pour conclure à sa primauté (B).

A. Le critère de la compensation

793. Certains droits admettent de subir des atteintes limitées à la condition que les autorités publiques y apportent une compensation adéquate. L'exemple historique est fourni par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui prévoit en son article 17 que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». La condition d'indemnité juste et préalable s'ajoute ainsi à celle de la nécessité. Toutefois, dans ce cas précis, le contrôle de proportionnalité s'opère nécessairement au moyen d'échelles cardinales. D'une part le juge administratif, lorsqu'il contrôle la qualification d'utilité publique, le fait par application de la jurisprudence du bilan et procède donc au moyen d'un calcul coûts-bénéfices¹³⁰⁶. D'autre part, l'indemnisation elle-même suppose une conversion monétaire des droits évincés. En revanche, dans d'autres contentieux, une forme de compensation substantielle est admise par la jurisprudence. Tel est le cas en particulier du droit à un procès équitable : des situations susceptibles de porter atteinte à ce droit sont considérées comme admissibles, parce que les autorités publiques ont pris soin d'en atténuer les conséquences dommageables pour le justiciable. La Cour européenne des droits de l'homme raisonne ainsi, par exemple, concernant l'administration de la preuve et les procédures *in absentia*.

794. En matière de preuve pénale, la Cour a indiqué dès l'arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988 qu'elle « *ne saurait exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale* », mais qu'il lui incombe seulement « *de rechercher si le procès [...] a présenté dans l'ensemble un caractère équitable* »¹³⁰⁷. Une preuve à charge obtenue illégalement peut ainsi fonder la condamnation si cette illégalité est compensée par des mesures appropriées, notamment « *si les droits de la défense ont été respectés, [...] si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation, ainsi que la faculté d'interroger tel ou tel témoin* »¹³⁰⁸. De même, « *la qualité de l'élément de preuve* »¹³⁰⁹ peut être prise en compte. Cette recherche de compensation d'une atteinte, jugée nécessaire, par un encadrement procédural adéquat, s'étend à de nombreux aspects du droit à un procès équitable. Il en

p. 275-277 ; D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 220. L'analogie est toutefois limitée, car la compensation proposée par le critère de Kaldor-Hicks s'entend en principe termes monétaires, ce qui suppose d'utiliser la monnaie comme échelle cardinale des valeurs. Au contraire, la compensation à laquelle il est fait référence ici consiste en une neutralisation substantielle des effets les plus néfastes de la mesure pour les droits atteints.

1306 V. CE (Ass.), 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »* : Lebon, p. 409, concl. BRAIBANT ; AJDA 1971, p. 404, chron. LABETOULLE et CABANES ; *ibid*, p. 463, concl. ; Rev. A. 1971, p. 422, concl. ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1972, J. 38, note VIROLE ; D. 1972, p. 194, note LEMASURIER ; JCP G. 1971, II, 16873, note HOMONT ; RDP 1972, p. 454, note M. WALINE ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^e éd., Paris, France, Dalloz, 2017, p. 538 et s.

1307 CEDH (Plén.), 12 juil 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, §46 : RSC 1988, p. 840, obs. PETTITI et TEITGEN.

1308 CEDH (4^e s.), 11 mai 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, req. n° 48539/99, §43.

1309 *Ibid*.

va ainsi de l'usage de témoignages anonymes, qui peut être fondé sur une « mise en balance » des « intérêts de la défense » avec « ceux des témoins ou des victimes appelés à déposer »¹³¹⁰. Il ne fait pas de doute que « le maintien de cet anonymat confront[e] la défense à des difficultés qui ne devraient normalement pas s'élever dans le cadre d'un procès pénal », mais l'article 6, §1 de la Convention n'est pas violé « s'il est établi que la procédure suivie devant les autorités judiciaires a suffisamment compensé les obstacles auxquels se heurtait la défense »¹³¹¹. Une exigence renforcée est appliquée à l'usage d'indicateurs anonymes ou d'infiltrations policières : la Convention « n'empêche pas de s'appuyer » sur de telles sources d'informations « au stade de l'enquête préliminaire, et lorsque la nature de l'infraction peut le justifier », mais leur emploi ultérieur « pour fonder une condamnation soulève un problème différent et n'est acceptable que s'il est entouré de garanties adéquates et suffisantes contre les abus et notamment d'une procédure claire et prévisible pour autoriser, exécuter et contrôler les mesures d'investigation dont il s'agit »¹³¹². Dans chacune de ces situations, un principe dérivé du droit à un procès équitable subit une atteinte, ses prescriptions ne sont pas entièrement satisfaites. La Cour s'assure alors que cette atteinte répond bien à une nécessité circonstanciée, puis vérifie qu'elle a été compensée, en substance, par des garanties suffisantes de l'équité de la procédure. **Elle procède ainsi à une comparaison entre ce qui est perdu du fait de l'écart procédural initial, et ce qui est retrouvé grâce à l'effort compensatoire postérieur.**

795. Les procédures *in absentia* font l'objet d'un mécanisme de protection similaire. La Cour reconnaît à partir de l'arrêt *Colozza c. Italie* du 12 février 1985 que « la faculté pour l'"accusé" de prendre part à l'audience découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'article » 6 de la Convention¹³¹³, mais que « l'impossibilité d'une procédure par contumace ou par défaut risque de paralyser l'exercice de l'action publique en entraînant, par exemple, l'altération des preuves, la prescription de l'infraction ou un déni de justice »¹³¹⁴. Dans l'arrêt *Poitrimol c. France*, elle ajoute que « la comparution d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que des témoins », ce dont il découle que « le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées »¹³¹⁵. Un ensemble d'intérêts publics comme privés peuvent ainsi justifier que l'accusé soit jugé en son absence. Pour autant la Cour ne recherche pas si les besoins de la procédure dépassent en valeur le droit à comparaître personnellement. Au lieu de cela, elle admet le principe de la procédure *in absentia*, mais s'assure que celle-ci a été entourée de garanties suffisantes pour ne pas compromettre les droits de l'accusé. Il incombe ainsi aux autorités publiques de s'assurer que

1310 CEDH (Ch.), 26 mars 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, req. n° 20524/92, §70 : *Justices* 1997, p. 205, obs. COHEN-JONATHAN et FLAUSS ; *D.* 1997, Somm. 207, obs. RENUCCI.

1311 *Ibid.*, §72.

1312 CEDH (Gr. ch.), 5 févr. 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*, req. n° 74420/01, § 53 : *RTDH* 2009, p. 211, obs. DE VALKENEER ; *Dr. Pénal* 2009, Chron. 4, obs. DREYER ; *RSC* 2009, p. 694, obs. GIUDICELLI.

1313 CEDH (Ch.), 12 mars 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80, §27.

1314 *Ibid.*, §29.

1315 CEDH (Ch.), 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, req. n° 14032/88, §35 : *Ann. fr. dr. Int.* 1994, p. 658, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1994, p. 821, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *Cah. CREDHO* 1994/2, p. 43, obs. DELAPORTE ; *RSC* 1994, p. 362, obs. KOERING-JOULIN ; *Dr. Pénal* 1994, n° 16, obs. MARON ; *RUDH* 1993, p. 377, obs. SUDRE et al. ; *RTDH* 1999, p. 235, obs. VAILHÉ.

l'accusé a renoncé à comparaître ou à se défendre, ou qu'il a l'intention de se soustraire à la justice, ce qui ne peut découler d'une simple présomption¹³¹⁶. En outre « *le fait que l'accusé, bien que dûment assigné, ne compare pas ne saurait - même à défaut d'excuse - justifier qu'il soit privé du droit à l'assistance d'un défenseur* », laquelle est « *d'une importance cruciale pour l'équité du système pénal* »¹³¹⁷. Surtout, il doit avoir la possibilité de contester la décision prise en son absence de manière à ce « *qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation portée contre lui* »¹³¹⁸. Cela inclut la possibilité, si nécessaire, de faire contrôler la légalité de la procédure *in absentia* au moyen d'un pourvoi en cassation¹³¹⁹. À nouveau le principe de départ, ici celui de la comparution personnelle de l'accusé, se trouve limité en raison de la présence d'intérêts concurrents. Toutefois les conséquences potentiellement néfastes de cette limitation sont atténuées par le respect des droits de la défense et l'ouverture de voies de recours appropriées.

796. Le critère de la compensation permet ainsi de rassembler au sein d'un même contrôle les effets de plusieurs mesures procédurales afin d'arriver à une conclusion commune. Il connaît toutefois d'importantes limites, car **la compensation ne peut s'opérer qu'entre des principes qui répondent à la même finalité**. Il en va ainsi des exigences du procès équitable, qui s'apprécient « *à l'aune de la conduite de la procédure dans son ensemble* » et non à partir de « *l'examen isolé de tel ou tel point ou incident, bien que l'on ne puisse exclure qu'un élément déterminé soit à ce point décisif qu'il permette de juger de l'équité du procès à un stade précoce* »¹³²⁰. De plus la comparaison ainsi réalisée est établie entre les effets de plusieurs mesures convergentes, dont certaines atténuent ou préviennent les effets négatifs d'une autre. Ces effets ne sont pas supprimés pour autant : ils sont seulement ramenés à un niveau suffisamment réduit pour paraître tolérable. **L'opération n'est, en tout état de cause, pas analogue à un bilan coûts-avantages, car elle ne dit rien du rapport qui peut exister entre l'atteinte initialement réalisée et sa justification**. Elle permet, tout au plus, de présumer que les avantages dépassent désormais les coûts, ceux-ci ayant été compensés au mieux. Pour confirmer cette hypothèse, et dans tous les cas où la compensation ne peut pas intervenir ou peut paraître insuffisante, la balance des intérêts requiert une prise de position quant à la hiérarchie des principes.

1316 CEDH (Ch.), 12 mars 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80, §28.

1317 CEDH (Ch.), 22 sept. 1994, *Lala c. Pays-Bas*, req. n° 14861/89, §33. CEDH (Ch.), 22 sept. 1994, *Pelladoah c. Pays-Bas*, req. n° 16737/90, §40.

1318 CEDH (Ch.), 12 mars 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80, §29.

1319 Cette solution a d'abord été établie sur le fondement de l'article 6 de la Convention : CEDH (Ch.), 23 nov. 1993, *Poitrinol c. France*, req. n° 14032/88, préc., §38. Le fait que le requérant n'avait pas déféré à un mandat de justice décerné contre lui rendait son pourvoi irrecevable, ce qui le mettait dans l'impossibilité de contester la décision lui refusant un nouvel examen au fond. Par après, un argument voisin a été reçu sur le fondement du droit à un double degré de juridiction consacré par l'article 2 du Protocole additionnel n° 7. V. CEDH (3^e s.), 13 févr. 2001, *Krombach et Mariani c. France*, req. n° 29731/96, §99-100 : *D.* 2001, p. 3302, note MARGUÉNAUD ; *JCP G.* 2001, I, 342, obs. SUDRE ; *RSC* 2001, p. 429, obs. MASSIAS.

1320 CEDH, 9 nov. 2018, *Beuze c. Belgique*, req. n° 71409/10, §121 : *D. actu.* 22 nov. 2018, obs. FUCINI ; *AJ pénal* 2019, p. 30, note CLÉMENT. V. également supra : Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1, II, B.

B. Le critère de la hiérarchie des principes

797. Pour pouvoir comparer de manière rationnelle l'importance d'atteintes potentielles à deux principes indépendants, il ne suffit pas de déterminer ce que chaque atteinte représente relativement au principe qu'elle affecte. Dire qu'une opération allonge une corde de 20 %, tout en retirant 10 % de sa masse à une pierre, ne signifie pas qu'elle est équilibrée¹³²¹. L'une des deux quantités croît plus vite que l'autre ne réduit, mais encore faut-il donner un sens à ce rapport en le ramenant à une valeur commune. Telle est la fonction du « poids abstrait »¹³²² ou « statut abstrait »¹³²³ des principes dans la théorie alexyenne, c'est-à-dire des relations hiérarchiques qui peuvent être établies entre eux indépendamment des circonstances. Il se distingue du « poids concret »¹³²⁴ des mêmes principes, qui se déduit de l'ensemble des données de la cause et, notamment, de l'intensité des atteintes qu'ils subissent.

798. Il n'est pas toujours nécessaire que cette hiérarchie s'établisse sur une échelle cardinale. Les formes les plus simples de la pondération des intérêts peuvent se contenter d'un classement ordinal, qui établisse simplement que l'un des principes en présence occupe une place supérieure à celle de l'autre ou, au contraire, que leurs poids abstraits sont à peu près égaux. La formulation simplifiée de la « formule de pondération » établie par M. Alexy suppose ainsi deux principes de poids abstrait égal – tels que par exemple deux droits de propriété concurrents portant sur le même bien. Dans une telle situation, le poids concret d'un principe, c'est-à-dire sa capacité à déterminer la solution juste, dépend simplement du rapport entre l'intensité de l'atteinte qu'il risque de subir et celle à laquelle est exposé le principe concurrent¹³²⁵. À ce cas de figure peut s'ajouter *a fortiori* celui où l'un des deux principes est hiérarchiquement supérieur à l'autre et où il subit en outre une atteinte relative plus importante. Le principal défaut théorique d'une telle hypothèse est que, lorsqu'elle se présente, la solution ne fait de toute façon guère de doute et la proportionnalité ne fait que confirmer le bon sens.

799. Encore faut-il pouvoir déterminer la consistance de ce poids abstrait. La notion est en fait inspirée de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui estime que la Loi fondamentale établit « un ordre objectif de valeurs [...] centré sur la dignité de la personne humaine »¹³²⁶. Il n'est donc pas impensable de voir dans les constitutions et déclarations de droits et dans les jurisprudences qui les interprètent les manifestations d'un « ordre [hiérarchique] mou », constitué de « préférences *a priori* en faveur de certains principes ou valeurs » et de « décisions indiquant des préférences *in concreto* »¹³²⁷. Une telle préférence est exprimée, par exemple,

1321 N. PETERSEN, « How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones », *op. cit.*, p. 1391.

1322 R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption », *op. cit.*, p. 440.

1323 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 51.

1324 *Ibid.*, p. 51, 408 ; R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption », *op. cit.*, p. 444.

1325 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 408 ; R. ALEXY, « The Construction of Constitutional Rights », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 1, p. 30.

1326 BVerfGE 7, 198, Lüth, B. II. 1. V. D.P. KOMMERS, R.A. MILLER, et R.B. GINSBURG, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, NC, Etats-Unis, Duke University Press, 2012, p. 442-448.

1327 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 99 : « Soft orderings can be created in two ways : (1) through prima facie preferences in favour of particular values or principles or (2) through a network of concrete preferences decisions. »

« lorsque l'on établit une charge d'argumentation en faveur de la liberté individuelle, de l'égalité, ou de certains intérêts collectifs »¹³²⁸.

800. La portée de critères de ce type demeure néanmoins extrêmement limitée. D'abord, le renvoi aux rapports préférentiels établis par la jurisprudence est en partie un argument circulaire, puisque les priorités ainsi exprimées le sont généralement *in concreto* et, par conséquent, au terme d'un contrôle de proportionnalité. Ensuite, si l'on veut plutôt déduire une hiérarchie de référence en partant des préférences exprimées dans les déclarations de droits, une conclusion évidente s'impose très rapidement : dans le doute, les libertés sont préférées aux intérêts publics. L'affirmation, loin d'être éclairante, aggrave peut-être même le problème dès lors que les intérêts publics en question sont un tant soit peu abstraits. Ainsi qu'il a été précédemment discuté¹³²⁹, des notions telles que celles d'ordre public ou de bonne administration de la justice, lorsqu'elles ne se recoupent pas directement avec des intérêts privés spécialement identifiés (tels que, par exemple, ceux de la victime de l'infraction), sont très difficiles à mettre en rapport avec les atteintes aux droits fondamentaux qu'elles peuvent justifier. Une mesure coercitive donnée, telle qu'une privation de liberté même ponctuelle ou une immixtion des autorités publiques dans la vie privée d'une personne, cause certainement pour elle d'intenses effets matériels et moraux. La part que cette même mesure occupe dans la réalisation d'une notion aussi générale que l'ordre public peut paraître à la fois réduite et incertaine – les investigations peuvent toujours échouer et, en tout état de cause, elles ne mettront pas fin à la délinquance. Attribuer dans ce cas une priorité systématique à la liberté constitue donc un geste *a priori* vertueux mais néanmoins proche de l'anarchisme juridique. Cela revient à remettre en question la légalité de l'ensemble des mesures individuelles fondées sur des intérêts collectifs. L'on est alors forcé de reconnaître soit la présence d'une carence méthodologique, soit la perte de sens de la notion d'ordre public dans le cadre de raisonnement choisi.

801. Reste donc le domaine des conflits entre droits individuels. Une organisation préférentielle du type de celle recherchée est bien présente au niveau des textes. La Convention européenne des droits de l'homme accorde ainsi à certains droits, tels que le droit à la vie, une protection particulièrement importante, tandis que d'autres tolèrent davantage de limitations. Le droit de se marier et de fonder une famille ne s'exerce ainsi que « *selon les lois nationales* » qui en « *régiss[ent] l'exercice* ». Cette gradation se prolonge en jurisprudence, car la Cour n'hésite pas à rappeler le caractère absolu de certains droits ou, au contraire, leur ouverture à limitations et elle établit en outre des distinctions plus fines que celles du texte de la Convention¹³³⁰. Elle accorde ainsi une protection renforcée, par exemple, à la liberté d'expression des journalistes et organes de

1328 *Ibid.* « [...] for example, when one establishes a burden of argumentation in favour of individual liberty, or equality, or certain collective interests. »

1329 *V. supra*, p. 241.

1330 *V. supra*, p. 205 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Presses universitaires de France, 2015, p. 196 et s. ; P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2018, p. 58.

presse¹³³¹ ou au droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance des avocats¹³³². Il existe donc bien un ordre hiérarchique « mou » qui pourrait *a priori* servir de critère de résolution pour certains conflits de droits fondamentaux. Toutefois, dès lors que l'instrument choisi est la répression pénale, la résolution d'un tel conflit se trouve nécessairement polarisée. Le droit criminel s'accompagne d'une charge morale importante et d'aspects publics qui ne peuvent se résumer à la désignation du juste milieu entre deux intérêts privés. **Il paraît donc difficilement concevable, devant un conflit de droits fondamentaux réglé par un moyen répressif, de fonder la solution sur une comparaison des atteintes subies par les droits individuels en présence sans tenir compte, d'une part, des intérêts d'ordre public ou collectif en jeu et, d'autre part, du mal spécifique de la répression.** L'on revient alors, mécaniquement, au problème de la comparaison entre intérêts individuels concrets et intérêts collectifs abstraits. Le critère hiérarchique semble donc bien inadéquat, au moins dans le domaine pénal, pour conclure un contrôle de proportionnalité sans devoir opérer une pondération cardinale entre intérêts.

802. **Conclusion du premier paragraphe.** L'utilité des échelles ordinales pour l'exercice du contrôle de proportionnalité ne fait pas de doute. L'étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirme qu'il est possible de reconnaître l'existence d'une atteinte à un principe et d'en apprécier l'intensité sans passer pour autant par une expression numérique. Lorsqu'un seul principe est examiné, le juge passe ainsi avec une certaine facilité du domaine des faits à celui du droit. Il se saisit d'une prévision empirique et apprécie à quel point les faits concernés risquent de contrarier la norme concernée ou, au contraire, d'en faire progresser l'application. Ce type de raisonnement, bien qu'imprécis, permet vraisemblablement d'assurer dans la plupart des cas le contrôle de l'adéquation et de la nécessité d'une mesure. En revanche, une appréciation ordinale s'avère rapidement insuffisante lorsqu'il s'agit de comparer plusieurs évaluations fondées sur des principes différents. Il demeure possible d'établir, dans une certaine mesure, que le système de garantie des droits accorde une protection plus importante à certains principes. Toutefois cette hiérarchie ne fournit pas de critère opérant pour former un bilan à partir d'évaluations éparses. Même dans les cas théoriquement simples, le fait qu'un droit soit mieux protégé qu'un autre ne permet de déduire ni dans quelles circonstances l'un et l'autre doivent primer sur l'intérêt public, ni lequel, en cas de conflit, obtiendra la primauté sur l'autre. Le contrôle de proportionnalité, s'il doit être mené à son terme, ne peut donc reposer exclusivement sur des évaluations ordinales. Le recours à une échelle cardinale des valeurs pourrait y remédier, mais il s'avère en réalité encore plus problématique.

1331 CEDH (Plén.), 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, préc. ; CEDH (Plén.), 26 nov. 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, req. n° 13585/88.

1332 CEDH (5^e s.), 24 juil. 2008, *André et autre c. France*, req. n° 18603/03, §§41 et 42 : « *Des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. D'ailleurs, la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination [...]. Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières.* » JCP G. 2008, II, 10182, note LOUIT ; *Ibid.*, 2009, I, 104, n° 11, obs. SUDRE ; *Dr. Pénal* 2009, Chron. 4, obs. DREYER.

§2. Les obstacles à la mesure cardinale

803. Que l'on emploie la métaphore de la pesée ou celle du bilan, le contrôle de l'équilibre global d'une mesure, en tant que comparaison du pour et du contre, requiert en principe que les termes comparés soient commensurables, que leur rapport puisse revêtir une valeur numérique¹³³³. Cela revient donc, tôt ou tard, à raisonner avec des nombres dans le domaine des normes juridiques et, qui plus est, au sujet de valeurs sociales et de droits fondamentaux. Les auteurs proportionnalistes se trouvent ainsi confrontés à un défi considérable, proche du paradoxe : proposer une méthode de pondération qui permette d'exprimer cardinalement les rapports entre principes tout en reconnaissant l'incommensurabilité des valeurs sous-jacentes. Les solutions proposées tendent davantage à déplacer le problème qu'à le résoudre, mais elles s'avèrent particulièrement éclairantes quant aux limites logiques du raisonnement en proportionnalité et, parfois, quant aux moyens de les contourner. La formalisation du raisonnement offre ainsi un recours pour tenter d'en assurer la rationalité, mais elle ne fournit pas davantage d'information quant aux échelles de valeurs à utiliser, ou elle tend à les imposer arbitrairement (I). Certaines approches visent au contraire à simplifier les termes du contrôle, à réduire leur nombre (II), ce qui, sans permettre d'échapper à l'incommensurabilité, permet toutefois d'en préciser les contours.

I. L'échec de la formalisation

804. Comme pour de nombreuses autres questions dans ce domaine, la première et la plus influente des tentatives de théorisation proportionnaliste du problème des valeurs provient des travaux de M. Alexy. Elle a initialement été pensée en réponse à une critique de M. Habermas, selon laquelle « il n'y a pas de critères rationnels pour établir une hiérarchie [entre valeurs] », ce qui rend toute décision établie sur la base d'une telle hiérarchie « soit arbitraire, soit prise de façon irréfléchie en fonction de critères et de hiérarchies usuelles »¹³³⁴. La réaction de M. Alexy consiste, pour la part qui intéresse les présents développements, à proposer une formalisation de la pondération des intérêts, pour démontrer qu'il est possible de modéliser le contrôle de proportionnalité comme une opération rationnelle.

805. Son approche part volontairement d'un système d'évaluation de type ordinal, car il reconnaît le problème de l'incommensurabilité et considère la recherche d'un critère cardinal de comparaison comme mal fondée. Au contraire, une certaine imprécision salutaire doit, à ses yeux, être acceptée. Les valeurs à pondérer peuvent donc être appréciées suivant un « modèle à trois degrés » représenté par les lettres *l*, *m* et *s*, pour « léger », « moyen » et « sévère », respectivement¹³³⁵. Si une telle division s'avère insuffisante, elle peut éventuellement être dédoublée pour former neuf degrés qui iront du très léger (*ll*) au très sérieux (*ss*) en passant, par exemple, par le sérieux intermédiaire (*sm*)

1333 Même la pesée sur une balance à plateaux, sans poids de référence, n'échappe pas à ce principe : que l'on y place une plume et une pomme et l'on arrive, déjà, à une conclusion chiffrée, car on a pesé exactement un objet de chaque genre.

1334 J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 282.

1335 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 405 : « *The three grades can be characterized by the terms "light", "moderate", and "serious" [...] identified by the letters "l", "m" and "s" respectively* ».

ou le moyen inférieur (ml)¹³³⁶. En principe, l'échelle à trois degrés suffit. Elle est « très éloignée d'une métrique [...] cardinale telle qu'une échelle de 0 à 1, et elle doit en être très éloignée, car les intensités d'interférence et les degrés d'importance ne sont pas susceptibles d'être mesurés sur une telle échelle. La gradation selon les termes léger, moyen et sérieux est souvent bien assez difficile ainsi. »¹³³⁷

806. La première étape de la pesée des intérêts consiste à reporter sur cette échelle « l'intensité de l'interférence » subie par le principe atteint par la mesure contrôlée, ce qui s'entend toujours de manière concrète¹³³⁸. Sur l'autre plateau de la balance est placée « l'importance concrète du principe concurrent »¹³³⁹, c'est-à-dire l'importance qu'il y a à le satisfaire ou encore l'intensité de l'interférence qu'il subira si la mesure n'est pas adoptée. La pesée est ensuite représentée par « la formule de pondération » (« *the Weight Formula* »). Sous sa forme simplifiée, elle suppose que les deux principes en concurrence revêtent le même poids abstrait et elle est établie comme suit :

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{SP_jC}$$

Avec : P_i, le principe atteint par la mesure, I l'intensité de l'interférence qu'il subit, P_j le principe justificateur, S l'importance qu'il y a à le satisfaire, WP_{i, j} le poids du principe P_i relativement au principe P_j et le suffixe C indiquant que les valeurs indiquées sont établies *in concreto*¹³⁴⁰.

807. Observons que dans un tel cas, il n'est pas nécessaire de faire appel à des valeurs numériques pour déterminer le résultat de l'opération. Il suffit d'établir, ordinalement, que l'intensité concrète de l'interférence IP_iC est supérieure à l'importance concrète de la satisfaction du principe justificateur SP_jC pour que le poids concret soit supérieur à 1 et que le principe limité obtienne satisfaction, et réciproquement. Ce cas n'est pas différent de celui exposé précédemment au §1, II, B et il connaît les mêmes limites. La formalisation ne représente pas alors une grande utilité, mais elle sert de base à une présentation plus complète et, en un sens, plus opérante. Si les principes en conflit revêtent des poids abstraits différents, il importe de les intégrer dans l'opération. M. Alexy les désigne par les indices WP_iA et WP_jA et amende ainsi la pondération¹³⁴¹ :

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot WP_iA}{SP_jC \cdot WP_jA}$$

808. À partir de ce point, il semble que la théorie commence à contredire les intentions de son auteur. M. Alexy reconnaît d'abord « qu'il n'est possible de parler de quotients qu'en présence de nombres » et que tel n'est pas le cas dans la pesée des intérêts juridiques. Par conséquent, le modèle numérique n'est supposé être qu'une « illustration » de ce qui, « en argumentation juridique, n'est

1336 *Ibid.*, p. 412.

1337 *Ibid.*, p. 408 : « *Such a three-class system is far removed from a metrication [...] on a cardinal scale such as a scale from 0 to 1, and it has to be far removed, because intensities of interference and degrees of importance are not capable of metrication on such a scale.* »

1338 *Ibid.*, p. 405 : « *Intensity of interference is [...] always a concrete quantity.* »

1339 *Ibid.*, p. 407 : « *The concrete importance of the competing principle* ».

1340 *Ibid.*, p. 408.

1341 *Ibid.*, note 64.

qu'un analogue »¹³⁴². En témoigne d'ailleurs le fait que, lors de la présentation originale de la formule, l'auteur n'indiquait pas comment le poids abstrait des principes devait être exprimé au sein de l'équation. Or, dès lors que ces poids sont inégaux et ne s'annulent pas mutuellement, le résultat de la pondération peut dépendre de leurs valeurs respectives. Dans une version révisée de la formule, M. Alexy précise qu'il est admis d'utiliser pour cela la même échelle à trois degrés que pour les autres valeurs en présence¹³⁴³. Toutefois, à ce stade, l'analogie est encore sans pertinence, car il n'est pas possible de déterminer le résultat de l'opération : comment établir si, par exemple, « léger fois sévère » est supérieur, inférieur ou égal à « intermédiaire fois intermédiaire » ? **Non seulement la formule de pondération requiert bien que l'on revienne ainsi à des nombres pour l'appliquer, mais les conclusions auxquelles elle mène dépendent autant, sinon davantage, des valeurs numériques choisies que de sa présentation formelle**¹³⁴⁴.

809. M. Alexy envisage ainsi, toujours à titre de métaphore, plusieurs échelles numériques. Il indique sa préférence pour un classement exponentiel¹³⁴⁵ : une atteinte ou un principe « légers » auraient une valeur $l = 2^0$, l'échelon intermédiaire vaudrait $m = 2^1$ et les atteintes sévères et principes les plus lourds vaudraient $s = 2^2$. Il admet que d'autres alternatives sont envisageables, telles que les milieux de trois segments égaux entre 0 et 1 (soit $l = 1/6$, $m = 1/2$ et $s = 5/6$)¹³⁴⁶, ou une progression arithmétique de type $l = 1$, $m = 2$, $s = 3$ ¹³⁴⁷. Toutefois le fait est que, même pour des opérations simples, ces alternatives représentent des solutions différentes. Si l'on reprend l'exemple d'une atteinte d'intensité moyenne (m) à un droit de valeur intermédiaire (m), justifiée par une contribution légère (l) à un principe de poids important (s), alors l'application de la formule de pondération donne respectivement un poids concret de 1 pour l'échelle binaire, 1,8 pour l'échelle des quotients et 4/3 pour l'échelle arithmétique, soit une conclusion favorable à l'adoption de la mesure et deux qui lui sont défavorables. Non seulement ce problème de contradiction est présent au niveau minimal de précision pour lequel la formule est prévue, mais il est encore aggravé si l'on adopte l'échelle de gravité dédoublée à neuf degrés. Si l'on conserve la progression géométrique préconisée¹³⁴⁸, on passe alors, entre les évaluations extrêmes ll (très léger) et ss (le plus grave ou lourd qui soit), d'un rapport de 1 à 9 sur une échelle arithmétique à un rapport de 1 à 256, contre respectivement des rapports de 1 à 3 et 1 à 4 sur une l'échelle à trois degrés $l-m-s$. Pour M. Alexy, « cette croissance sur-proportionnée [...] est bien adaptée » pour représenter le fait que plus un droit subit des atteintes importantes, plus il y a urgence à sauvegarder la part résiduelle¹³⁴⁹. Toutefois les écarts de valeur ainsi engendrés peuvent paraître d'autant plus excessifs qu'ils sont, pour l'essentiel,

1342 *Ibid.*, p. 409 : « Now one can only talk about quotients in the presence of numbers, which is not the case in any direct sense with balancing. So concrete weight can only really be defined as a quotient in a numerical model which illustrates the structure of balancing. In legal argumentation it is only analogous to a quotient. »

1343 R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption », *op. cit.*, p. 446.

1344 Pour une critique approfondie, v. D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, *op. cit.*, p. 213 et s.

1345 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 409.

1346 *Ibid.*, note 65.

1347 R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption », *op. cit.*, p. 445.

1348 *Ibid.*, p. 445-446.

1349 *Ibid.*, p. 446. : « This overproportional growth of concrete weight fits well with the fact that the power of rights increases overproportionally with increasing intensity of interference. » Rapp. R. ALEXY, « Constitutional rights, balancing, and rationality », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 2, p. 139-140 ; R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 102-104. V. également *supra*, p. 176.

produits par un simple changement de précision dans la description des circonstances, et non par une différence substantielle entre les espèces concernées ou les principes en jeu.

810. Là se situe le véritable défaut de la formule de pondération. Certes, elle ne permet pas de prédire ou de prescrire une solution concrète à partir d'un cas d'espèce, mais tel n'est pas son but. La formule n'est pas construite par son auteur pour servir à la résolution de cas, mais en défense de sa théorie contre les critiques qui la disent irrationnelle. Sa finalité est de démontrer « qu'une solution peut être établie au moyen de la pesée des intérêts, non pas dans tous les cas, mais au moins dans certains cas, et que cette classe de cas est suffisamment intéressante pour justifier la pesée en tant que méthode. »¹³⁵⁰ Autrement dit, d'abord, la théorie est pertinente dès lors qu'elle permet de proposer au moins une représentation acceptable d'un raisonnement susceptible d'être tenu par un juge. Ensuite, cette condition est remplie si le modèle proposé est formellement rationnel, c'est-à-dire s'il permet de déduire une conclusion à partir de prémisses données, lesquelles peuvent-être des prémisses substantielles telles qu'une appréciation préalable de la gravité des atteintes subies par les principes et de leurs poids respectifs. M. Alexy compare ainsi sa formule de la pondération à ce qu'il appelle la « formule de la subsomption » (« *the Subsumption Formula* »), qui décrit un syllogisme de qualification juridique, hermétiquement séparé de l'appréciation des faits et de l'interprétation de la norme¹³⁵¹. Pour lui, dans les deux cas, « un ensemble de prémisses peut être identifié, desquelles le résultat peut être inféré », sans que la formule appliquée « ne contribue directement en rien à la justification ou à l'établissement du contenu de ces prémisses ». Subsomption et pondération sont donc toutes les deux « purement formelles »¹³⁵². Elles reposent ainsi « sur le même appui, car ce sont des jugements [substantiels] qui restent à la base dans les deux cas. La formule de subsomption les relie directement au moyen de règles de logique, la formule de pondération le fait indirectement ou par analogie au moyen d'interprétations numériques »¹³⁵³. Or, précisément, **l'interprétation numérique en question n'est pas « purement formelle ». Elle ajoute une donnée supplémentaire qui n'est pas présente dans les prémisses traitées.** Cette donnée est une conséquence du choix de l'échelle numérique cardinale appliquée : c'est la définition des écarts entre les différentes valeurs et, plus précisément, des rapports qu'entretiennent ces écarts entre eux, qu'ils soient décomptés linéairement (dans le cas d'une échelle arithmétique), exponentiellement, ou suivant une autre règle arbitrairement définie.

811. L'échec de la formalisation revêt un double intérêt pour l'étude de l'incommensurabilité. D'abord, il permet de mettre en lumière à quel moment précis du raisonnement le véritable blocage intervient : **ce n'est pas parce qu'il est nécessaire d'apprécier les quantités en présence que le**

1350 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 402 : « [The moderate antithesis to Habermas' irrationality critique] maintains that one outcome can be rationally established through the use of balancing, not in every case, but in at least some cases, and that the class of these cases is interesting enough to justify balancing as a method. »

1351 R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption », op. cit., p. 434.

1352 Ibid., p. 448 : « In both cases a set of premisses can be identified from which the result can be inferred. Neither the Subsumption Formula nor the Weight Formula contributes anything directly to the justification of the content of these premisses. To this extent both are completely formal. »

1353 Ibid. : « The Subsumption Formula and the Weight Formula are to this extent on the same footing, as judgments remain in both cases the basis. The Subsumption Formula connects them directly through rules of logic, the Weight Formula indirectly or analogously by interpreting the judgments through numbers. »

formalisme échoue, mais parce que le contrôle suppose aussi d'établir un rapport entre ces quantités. Il ne faut pas seulement des valeurs, ni même seulement des chiffres, mais aussi une unité de mesure commune. Or celle-ci est manquante *ab initio* et, contrairement à ce que semble espérer M. Alexy, elle ne peut être simplement déduite de la structure normative des principes.

812. Ensuite, cet échec illustre l'étendue et la gravité réelles du problème de l'incommensurabilité pour la théorie de la balance des intérêts, car il concerne une théorie « faible », qui admet dès le départ de grandes imprécisions et qui ne prétend pas à une application universelle. Or la théorie minimale ainsi formalisée est loin d'être suffisante pour la pratique. M. Alexy la complète légèrement en ajoutant la prise en compte des incertitudes empiriques présentes¹³⁵⁴, mais il ne fait alors qu'ajouter des facteurs à une pondération déjà déstabilisée et, ainsi qu'il a été précédemment observé, la modélisation reste encore lacunaire¹³⁵⁵. Il admet de même que divers ajustements sont nécessaires pour permettre la prise en compte de plus de deux principes¹³⁵⁶, ce qui ne peut que complexifier encore l'opération¹³⁵⁷.

813. Les limites de l'approche formaliste apparaissent ainsi rapidement et, de plus, elles font obstacle à un modèle très peu ambitieux du contrôle qui est loin d'intégrer toutes les hypothèses d'application envisageables. Certains auteurs ont par conséquent tenté de reformuler la méthodologie, en modifiant les termes de la pondération de manière à parer l'écueil de l'incommensurabilité.

II. L'échec de la redéfinition

814. La plupart des tentatives de redéfinition de la proportionnalité tendent soit à reformuler la méthode de pondération de M. Alexy sans en modifier le fond¹³⁵⁸, soit à remplacer la pondération par un retour au raisonnement catégorique¹³⁵⁹. Deux approches plus ambitieuses et plus proches de l'esprit de la théorie initiale doivent toutefois être mentionnées. M. Veel, qui s'inspire librement d'un problème de microéconomie, veut démontrer qu'une optimisation formelle est possible, même entre des valeurs incommensurables. M. Barak considère plutôt que l'incommensurabilité est un problème abstrait qui peut être dépassé si l'on ramène le raisonnement au niveau de la pratique.

1354 *Ibid.*, p. 446. La formule complète, dans sa version révisée, est : $W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$ Les variables R indiquent

« la fiabilité [*reliability*] des suppositions empiriques » sur l'impact de la mesure pour chacun des principes. Les valeurs sont, comme dans les versions précédentes, déterminées *in concreto*.

1355 *V. supra*, p. 372.

1356 R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption », *op. cit.*, p. 448.

1357 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 409, note 64.

1358 *V. par exemple* G. SARTOR, « The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes », *German Law Journal*, 1 août 2013, vol. 14, n° 8, p. 1419-1456, qui n'utilise pas de valeurs chiffrées mais revient au même modèle formel et n'évite le problème des échelles numériques qu'au prix d'une imprécision plus grande encore.

1359 La plus remarquable des approches de ce type a été développée par D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, *op. cit.*, p. 297 et s. ; *v. également* l'inventaire dressé par N. PETERSEN, « How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones », *op. cit.*, p. 1398 et s.

815. Pour M. Veel, l'incommensurabilité est inévitable en matière de proportionnalité, mais il est bien possible d'adopter un choix rationnel en présence de valeurs incommensurables¹³⁶⁰. Il suffit pour cela de trouver une méthode de pondération qui ne repose pas sur la commensurabilité des valeurs. Il faut donc pouvoir donner à chaque valeur une expression cardinale, sans toutefois les convertir entre elles. Cet auteur s'appuie à ces fins sur un article de l'économiste John Forbes Nash, consacré au problème de l'optimisation du partage d'un ensemble de biens entre deux négociateurs¹³⁶¹. La solution proposée par Nash a l'avantage de ne pas requérir que les deux agents aient les mêmes préférences, ni même que leurs préférences soient commensurables. Par une série d'analogies et de conversions, M. Veel arrive à un système qui permet selon lui de comparer deux situations entre elles au regard de deux valeurs, dont chacune est associée à une échelle numérique, mais qui sont incommensurables entre elles.

816. Sa méthode, très formaliste, est la suivante. Soient deux valeurs, a et b , et deux situations 1 et 2. Pour une valeur donnée, a , on détermine d'abord quel est son niveau minimal de réalisation tolérable, noté \bar{a} . On compare ensuite ce minimum au niveau de réalisation de a qui découlerait de la situation 1, noté a_1 , ce qui permet en quelque sorte de mesurer la « valeur ajoutée » de cette situation : $a_1 - \bar{a}$. La même opération est répétée pour la seconde valeur, puis pour la seconde situation. Il est alors possible de conclure que la situation 1 est préférable à la situation 2 si : $(a_1 - \bar{a})(b_1 - \bar{b}) > (a_2 - \bar{a})(b_2 - \bar{b})$, c'est-à-dire si le produit des « valeurs ajoutées » de la situation 1 est supérieur au produit des « valeurs ajoutées » de la situation 2¹³⁶².

817. La formule présente une certaine élégance et elle a le grand mérite d'intégrer au calcul l'idée d'un seuil minimal, habituellement absente des études proportionnalistes à ce niveau d'abstraction. De plus, *a priori*, elle ne semble effectivement pas requérir que les valeurs a et b soient commensurables entre elles, car aucune opération de conversion n'est effectuée. L'auteur y insiste : « La solution ne dépend que de notre capacité à établir des propositions significatives quant aux différents niveaux de réalisation des valeurs, rapportés à leurs échelles cardinales respectives », elle n'appelle « aucun jugement quant au rapport entre l'ampleur de la réalisation d'une valeur et l'ampleur de la réalisation de l'autre. »¹³⁶³ C'est que le problème est ailleurs. En réalité, la formule de M. Veel n'écarte pas la nécessité d'établir un rapport cardinal entre les valeurs à concilier, elle postule simplement que ces valeurs revêtent un poids égal¹³⁶⁴. Cela se confirme lorsque l'auteur décrit comment les degrés de réalisation de chaque valeur devraient être exprimés numériquement. D'une part, il propose d'utiliser pour chacune une échelle décimale allant de 0 à 1, où 0 est l'absence de réalisation et 1 la pleine réalisation¹³⁶⁵. D'autre part, il estime qu'il n'y a pas lieu de

1360 P.-E.N. VEEL, « Incommensurability,... », *op. cit.*, p. 180.

1361 J.F. NASH, « The Bargaining Problem », *Econometrica*, 1951, vol. 18, p. 155 ; cité par P.-E.N. VEEL, « Incommensurability,... », *op. cit.*, p. 180.

1362 P.-E.N. VEEL, « Incommensurability,... », *op. cit.*, p. 200. La présentation formelle a été modifiée pour plus de lisibilité.

1363 *Ibid.*, p. 200-201. « Its solution only depends on one being able to make meaningful statements about the different realizations of values in relation to their own cardinal scales, but it does not require one making any judgments about the magnitude of the realization of one value relative to the magnitude of realization of another. »

1364 N. PETERSEN, « How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones », *op. cit.*, p. 191.

1365 P.-E.N. VEEL, « Incommensurability,... », *op. cit.*, p. 201.

distinguer « le degré de réalisation d'une valeur et le bien de cette réalisation »¹³⁶⁶. Autrement dit, le même chiffre exprime en même temps l'état concret de satisfaction de la valeur et sa place hiérarchique. Cette amalgamation, associée à l'usage de la même échelle pour chaque valeur sondée, signifie que la théorie ne traite pas réellement ces valeurs comme incommensurables : elle les traite comme hiérarchiquement égales. La confusion peut en partie s'expliquer par le fait que dans la solution de Nash telle qu'elle est restituée par M. Veel, les préférences des agents sont bien incommensurables entre elles, mais le but de l'opération est de satisfaire chacun d'eux au mieux et ils sont placés sur un pied d'égalité. L'incommensurabilité signifie simplement qu'il n'existe pas d'équivalent monétaire sur lequel baser la conversion, mais à défaut, la satisfaction de chacun des agents représente la même valeur pour établir une solution. M. Veel ne démontre donc pas que l'on peut se passer de la commensurabilité, mais simplement qu'elle peut être traitée comme un problème formellement externe au raisonnement de pondération. Il reste qu'elle constitue toujours chez lui une prémisse indispensable.

818. À l'opposé d'un tel degré de formalisme, M. Barak propose une approche globale, qui redéfinit en partie l'objet de la pondération. Il s'écarte de la tendance normativiste de M. Alexy pour replacer en quelque sorte le contrôle de proportionnalité dans son contexte concret. Pour cet auteur, le problème de l'incommensurabilité et de l'irrationalité du contrôle provient d'une mauvaise définition de ce qu'il s'agit de comparer. Il reconnaît le caractère approximatif de la pondération, mais il entend le réduire au maximum en délimitant mieux l'opération : son raisonnement semble être que plus le champ à couvrir est réduit, moins le risque d'erreur ou d'irrationalité est important. Deux techniques sont développées à ces fins.

819. La première modification consiste à éviter les pesées abstraites et à revenir, autant que faire se peut, au niveau concret. On ne pèse donc pas des intensités d'atteinte à des principes et les poids hiérarchiques de ces principes, mais « l'importance sociale marginale » (« *the marginal social importance* »)¹³⁶⁷ de leur mise en œuvre. Le juge compare la situation antérieure à l'adoption de la mesure et la situation postérieure, mais il ne cherche pas à déterminer le niveau de satisfaction des principes présents. Au lieu de cela, il cherche à établir quels effets peuvent résulter concrètement de la promotion d'un principe ou de la protection d'un autre et à apprécier ces effets en termes de valeurs sociales. Toutefois le problème de l'imprécision réapparaît alors : « La détermination [de l'importance sociale] n'est ni scientifique, ni précise. » La pesée « est dérivée, *inter alia*, de différentes idéologies politiques et économiques, de l'histoire propre de chaque pays, de la structure du système politique, et de diverses valeurs sociales. Le système juridique en question devrait être observé comme un tout. »¹³⁶⁸ **Ainsi décrite, la difficulté de la tâche paraît considérable. Il faudrait, pour contrôler la proportionnalité de tout acte d'autorité attentatoire aux libertés, mettre en branle intellectuellement non seulement l'intégralité du système juridique en question, mais aussi toutes les valeurs reconnues par sa culture d'origine.** Il n'est pas interdit de

1366 *Ibid.*, p. 202.

1367 A. BARAK, *Proportionality*, *op. cit.*, p. 351.

1368 *Ibid.*, p. 349 : « *The determination is not scientific or accurate. The balancing [...] is derived, *inter alia*, from different political and economic ideologies, from the unique history of each country, from the structure of the political system, and from different social values. The legal system at issue should be observed as a whole.* » (le passage souligné est en latin et en italiques dans le texte).

supposer qu'à grand renfort de présomptions et d'intuition philosophique, un juge pourrait arriver ainsi à une solution sinon rationnelle, au moins raisonnable : telle est l'hypothèse représentée par « Hercule », le juge parfait et surhumain qui constitue pour Dworkin l'idéal de la fonction juridictionnelle¹³⁶⁹. La méthode paraît toutefois difficilement opérante pour la justice du quotidien, sauf à la considérer comme un acte de foi plus que de raison. On revient ainsi, comme par un mouvement de balancier, au problème initial. Les valeurs prises en considération sont différentes, mais elles sont toujours incommensurables. À cela s'ajoute que la thèse de M. Barak prête particulièrement le flanc aux critiques qui voient dans la proportionnalité une confusion inacceptable entre normes et valeurs. Si en effet il s'agit d'apprécier les conséquences de la promotion ou de la protection d'un droit en termes d'impact concret sur les valeurs sociales, alors le droit perd une grande partie de son autorité normative : il n'est plus qu'un déclencheur du contrôle, un critère de recevabilité.

820. La seconde modification méthodologique ne permet pas de contrer ces difficultés, mais elle vise à réduire la difficulté qu'il y a à les appréhender, tout en renforçant la précision du contrôle. Il s'agit d'appliquer, dans le cadre du contrôle de l'équilibre global, une sorte de contrôle de nécessité *bis*. Le juge s'interroge alors pour déterminer s'il existe « une alternative hypothétique » à la mesure, « qui serait proportionnée ». Si tel est le cas, au lieu de comparer directement la mesure contrôlée à la situation d'origine, il la comparera à cette alternative¹³⁷⁰. Cette alternative hypothétique n'a pas les mêmes caractères que celle utilisée dans le cadre d'un contrôle de nécessité. En particulier, il n'est pas requis qu'elle permette de réaliser l'objectif visé au même degré que la mesure contrôlée¹³⁷¹. Cette méthode permet par exemple d'envisager un contrôle comparatif sur le choix d'un seuil pour délimiter le champ d'une incrimination. Supposons que le législateur envisage, demain, de redéfinir la conduite en état d'ivresse comme étant le fait de conduire un véhicule terrestre à moteur alors que des traces d'alcool sont présentes dans le sang. La mesure supprimerait donc la marge de tolérance aménagée par le seuil de 0,5 g/L actuellement en vigueur. Cela serait probablement adéquat à l'objectif, par exemple, de protéger davantage la sécurité routière en incitant les usagers de la route à ne conduire que s'ils sont parfaitement sobres. Une alternative hypothétique opérante pourrait être, plutôt qu'une suppression totale de la marge de tolérance, sa réduction au seuil de 0,2 g/L. Celle-ci serait également adéquate pour lutter contre l'alcoolémie au volant, elle serait aussi moins attentatoire aux libertés, mais son efficacité serait inférieure à celle de la prohibition pure et simple. L'existence de cette alternative ne suffirait donc pas pour démontrer le défaut de nécessité de la mesure la plus répressive. En revanche, au stade du contrôle d'équilibre global, la question pourrait être posée : le gain d'efficacité attendu de la prohibition totale, par rapport à une simple réduction de la marge de tolérance, serait-il suffisamment important pour justifier la part de répression supplémentaire impliquée ?

1369 R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 105. V. *infra*, p. 480.

1370 A. BARAK, *Proportionality*, *op. cit.*, p. 350 : « *In order to conduct the balance properly we must consider the hypothetical proportional alternative to the limiting law. If, indeed, such an alternative exists, then the comparison between the marginal benefits and marginal harm is made in light of that proportional alternative.* »

1371 *Ibid.*, p. 353.

821. Pour M. Barak, cette technique présente l'avantage de « réduire le champ des actes de mise en balance » en ne considérant « qu'un ensemble très limité de bénéfices marginaux et la prévention du dommage marginal », ce qui rendrait « la détermination des poids et la pesée bien plus simples »¹³⁷². Deux objections peuvent toutefois lui être adressées. D'abord **on en revient toujours au problème de l'incommensurabilité**. Cette méthode, que l'on pourrait appeler de la « micro-proportionnalité », requiert pour être mise en œuvre que l'alternative proposée soit vérifiée au préalable. Or, de deux choses l'une : soit cette proportionnalité tombe sous le sens, auquel cas toute l'étape intermédiaire est probablement inutile, soit la proportionnalité de l'alternative proposée pose question, auquel cas elle appelle un contrôle qui se heurtera aux mêmes problèmes que le contrôle principal. Ensuite la micro-proportionnalité revient en fait à ajouter des conditions substantielles supplémentaires au contrôle d'origine. Il est tout à fait possible que la mesure contrôlée cause plus de bien que de mal, mais qu'en termes de rapports absolus entre le bien et le mal causés elle soit moins avantageuse qu'une alternative hypothétique. Reprocher ce défaut d'optimisation à l'autorité auteure de la mesure contrôlée, en dépit du caractère globalement équilibré de sa décision, tient d'un perfectionnisme juridictionnel qui paraît inacceptable, *a fortiori* dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois au sein duquel se place l'étude de M. Barak. Pour que le raisonnement tienne sans paraître excessif, il faudrait que les écarts soient considérables et, dans un tel cas, le recours à cet artifice argumentaire serait probablement superflu.

822. **Conclusion du second paragraphe.** Si l'on veut s'en tenir au cadre restreint de la théorie des principes comme exigences d'optimisation, le bilan des réponses proportionnalistes au problème de l'incommensurabilité s'avère ainsi bien décevant. Les auteurs qui se sont attelés à démontrer la rationalité d'un modèle de contrôle basé sur la pondération des intérêts se heurtent systématiquement à cette limite épistémologique et leurs théories, loin d'apporter une résolution satisfaisante ou même partielle, ne font que reformuler le problème, en nier l'existence, voire en créer de nouveaux. L'écueil est d'autant plus important qu'il empêche la progression de théories simplifiées, qui sont loin de représenter toute la complexité véritable des opérations à mener. Il suffit d'évoquer des questions telles que les conflits entre plus de deux principes, la prise en compte des facteurs aléatoires dans la pondération, ou les rapports entre droits individuels et intérêts publics, pour y trouver immédiatement les frontières des modèles actuels. L'abandon du modèle des purs principes paraît donc inévitable.

823. **Conclusion de la seconde section.** Bien que l'incommensurabilité des valeurs n'empêche pas entièrement le contrôle de proportionnalité, elle en limite considérablement portée. Une partie du contrôle demeure possible. Même si les droits fondamentaux et les principes qui justifient la répression reposent sur des valeurs incommensurables entre elles, telles que la liberté individuelle et l'ordre public, il demeure possible d'apprécier, sous des termes approximatifs, l'étendue du préjudice ou du bénéfice qui résulte, pour chacune de ces normes, d'une action donnée. Tant qu'il n'est question de se prononcer qu'au regard d'un seul principe ou, à la rigueur, d'un groupe de principes qui procèdent d'une valeur commune tels que les composantes du droit à un procès

1372 *Ibid.*, p. 355 : « *The alternative's importance is that it narrows the scope of the balancing actions. [...] The solution [...] takes into consideration only a very limited set of marginal benefits and the prevention of the marginal harm, therefore making the determination of the weight and the balance much simpler.* »

équitable, des opérations d'évaluation et de comparaison demeurent possibles. Les contrôles d'adéquation et de nécessité, qui reposent sur de telles appréciations, échappent donc pour l'essentiel à l'incommensurabilité. Toutefois, à partir du moment où la solution dépend d'une mise en commun de résultats concernant plusieurs principes différents, les difficultés logiques s'accroissent progressivement et s'avèrent rapidement insurmontables. Les opérations supposées simples perdent de leur évidence et les efforts de formalisation ou de restructuration du contrôle ne permettent pas d'y remédier. Le fait est que pour se passer de règles catégoriques, évaluer l'équilibre global d'une situation suppose d'établir une pondération qui constitue, au fond, un calcul d'utilité. Il n'est pas possible de déterminer si une mesure est plus attentatoire aux libertés qu'elle n'est efficace pour l'ordre public, sans fixer une règle d'équivalence entre une certaine quantité de liberté et une certaine quantité d'ordre public. Or si les droits fondamentaux sont négociables, ils ne sont plus fondamentaux du tout. L'échec des théories proportionnalistes « pures » à reconnaître cet état des choses emporte l'impossibilité, pour elles, de proposer un modèle rationnel de contrôle.

824. **Conclusion du premier chapitre.** Lorsque l'on interroge le rationalisme apparent de la proportionnalité, ce sont ses limites qui se dévoilent. Des limites qui, contrairement à celles relevées jusqu'à présent, ne concernent plus directement des orientations éthiques ou des enjeux de structure institutionnelle, mais la possibilité de connaître les prémisses nécessaires à la tenue du raisonnement.

825. Toutes les opérations de pensée requises par le contrôle de proportionnalité ne sont pas égales devant l'incommensurabilité. Au contraire, il apparaît que plus on s'éloigne du domaine du concret et du factuel, plus les notions s'avèrent délicates à appréhender et plus leurs interactions et applications sont difficiles à déterminer. Car il s'agit alors de moins en moins de juger de conséquences, d'effets, de fins et de moyens ou de bonnes raisons apparentes. Progressivement, les conflits de valeurs fondamentales s'immiscent dans le travail du juge jusqu'à l'occuper entièrement. Admettons l'affirmation simple selon laquelle juger, c'est rapprocher des constatations concrètes d'une règle abstraite. Le modèle de la pondération des intérêts débouche, tôt ou tard, sur une impasse, car la règle abstraite qu'il préconise d'appliquer est indéfinie, doit être pesée par une opération qui, sous bien des aspects, relève plus de la philosophie pratique que du raisonnement juridique. Si l'on entend donc maintenir l'étape finale du contrôle, celle de la vérification de l'équilibre global, cela ne peut se faire que par l'abandon de sa pureté théorique.

826. Restent alors les deux premières étapes, qui concernent davantage l'efficacité de la mesure répressive que ses qualités de justice distributive. Leur mise en œuvre ne requiert pas que l'on dispose d'une échelle de conversion des valeurs fondamentales et, dans cette mesure, elles ne sont pas dénuées de fondement. Il importe en revanche de ne pas surestimer leur portée. D'abord, même si elles ne sont pas pleinement confrontées au problème de l'incommensurabilité, les évaluations sur lesquelles elles reposent demeurent approximatives. Ensuite, ces évaluations, approximatives dans le domaine des normes, dépendent elles-mêmes de données empiriques imprécises et probabilistes. Le raisonnement est fondé sur des prévisions ou des évaluations de prévisibilité, sur une appréhension probabiliste de la réalité qui s'accompagne nécessairement de présomptions, de suppositions, de raccourcis logiques et, nécessairement, de faux positifs et de faux négatifs. Sans vider de leur sens les contrôles d'adéquation et de nécessité, l'incertitude empirique des faits qui fondent le jugement doit inspirer une prudence certaine. Cela vaut tout particulièrement lorsqu'il est question d'user de moyens répressifs pour anticiper sur des comportements individuels.

827. Ces observations sont tirées d'une étude d'ensemble, sur les conditions du contrôle de proportionnalité-justification. Les conclusions émises s'appliquent donc à l'ensemble des mesures répressives soumises à une condition de proportionnalité, ce qui inclut les peines. Toutefois, ainsi qu'il a été soutenu au cours d'un chapitre précédent, la peine constitue un cas particulier dans la logique proportionnaliste. Le sens de la peine est un débat perpétuel qui ne peut qu'être reflété, voire amplifié, lorsque est abordée la question de la proportionnalité. Il ne s'agit donc à présent d'observer comment les spécificités de la notion de peine affectent le contrôle de proportionnalité de la répression.

Chapitre 2. L'incommensurabilité spéciale dans la proportionnalité des peines

828. « Il n'y a pas de peine juste »¹³⁷³. « L'expression "sens de la peine", à l'instar du "sens de l'histoire" est une expression utopique et mythique »¹³⁷⁴ dans la mesure où elle renvoie à l'idée d'un sens fondamental de la sanction, un axiome dont il serait possible de déduire, en l'appliquant aux circonstances sociales, un système de peines idéal. La philosophie pénale française du XXI^e siècle est majoritairement désenchantée et nietzschéenne : c'est l'usage de la punition qui produit son sens¹³⁷⁵ et il faut donc se résigner à étudier une répression aux justifications composites, incomplètes et en grande partie incompréhensibles¹³⁷⁶. Faute de pouvoir déduire le sens de la peine d'un postulat fondamental tel que les droits de l'homme, l'État de droit ou la démocratie, on appréhende ce sens comme un épiphénomène, une manifestation soit de l'usage qui est fait de l'instrument « peine » par les autorités publiques¹³⁷⁷, soit de l'expérience qui en est vécue par les individus qui y sont confrontés, qu'ils soient condamnés, victimes ou représentants des institutions judiciaires et pénitentiaires¹³⁷⁸. Quelle peut être la place de la proportionnalité devant ce « déclin des systèmes »¹³⁷⁹, devant une institution qui peut paraître, sinon aporétique, au moins en perte de sens¹³⁸⁰ ?

1373 G. CASADAMONT et P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004.

1374 P. GENUIT, « Du sens de la peine aux sens pénitentiels : Principe éthique et traitement légal de la peine », F. LUDWICZAK et J. MOTTE DIT FALISSE (dir.), *Du sens de la peine*, L'Harmattan, 2017, p. 50.

1375 F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, traduit par Henri ALBERT, 3^e éd., Paris, Société du Mercure de France, 1900, II, 12 : « On s'était représenté le châtement comme une invention faite en vue de la punition. Mais le but, l'utilité ne sont que l'indice qu'une volonté de puissance a maîtrisé quelque chose de moins puissant et lui a imprimé, de sa propre initiative, le sens d'une fonction ». V. également A. ZABALZA, « Sens et contresens de la peine : le défi de la justice pénale », E. BURGAUD et S. DELBREL (dir.), *Les sens de la peine*, Pulim, coll.« Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 50, 2018, p. 11-22.

1376 F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, op. cit., II, 13 : « Le concept châtement n'a plus un sens unique mais est une synthèse de "sens" : tout le passé historique du châtement, l'histoire de son utilisation à des fins diverses, se cristallise finalement en une sorte d'unité difficile à résoudre, difficile à analyser, et, appuyons sur ce point, absolument *impossible à définir*. » (italiques dans le texte)

1377 Ou par les groupes sociaux ou individus qui en ont la maîtrise : « Ainsi, la critique radicale du droit pénal procède d'une contestation de l'instrumentalisation de la répression par l'État pour préserver un *statu quo* au bénéfice de groupes sociaux dominants. » O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale », O. CAHN, K. PARROT et X. PIN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Paris, France, Lextenso éditions, 2013, p. 19.

1378 Plusieurs études récentes ont adopté un plan de ce type qui distingue acteur par acteur en allant de l'institutionnel à l'individuel : G. CASADAMONT et P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit. ; BURGAUD E. et S. DELBREL (dir.), *Les sens de la peine*, Pulim, coll.« Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 50, 2018 ; H. CAPPADORO, *Les sens de la peine*, L'Harmattan, coll.« BibliothèqueS de droit », 2018. Les auteurs réunis par LUDWICZAK F. et J. MOTTE DIT FALISSE (dir.), *Du sens de la peine*, L'Harmattan, 2017, distinguent par ensembles thématiques mais, au sein de chacun, séparent la théorie, assimilée à l'histoire, de l'expérience pratique associée au présent.

1379 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome I. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, p. 145.

1380 M. MASSÉ, J.-P. JEAN, et A. GIUDICELLI, « Prologue. Le droit pénal au prisme de la postmodernité : évolutions et ruptures », M. MASSÉ, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll.« Droit et justice », 2009, p. 27 : « L'autre voie serait de constater la "déconstruction" du droit pénal existant sans véritable vision d'ensemble, dans une évolution obéissant essentiellement à des considérations d'ordre pragmatique et sans perspective de long terme. C'est à cette conclusion que nous sommes parvenus ».

829. La confusion qui règne aujourd'hui sur les sens de la peine constitue indéniablement un obstacle au contrôle de proportionnalité. Pour comparer, mesurer, établir le juste équilibre, il est nécessaire de déterminer quel est l'objet exact de l'examen, son point de référence. Cette recherche est fortement perturbée par la perte de sens observée et le contrôle s'en trouve brouillé, voire empêché. Toutefois cette perte de sens ne représente pas tout le problème, ou pas sous tous ses aspects. L'hypothèse que le présent chapitre vise à présenter est, plus précisément, qu'il existe une sorte d'incommensurabilité fondamentale de la proportionnalité des peines. Fondamentale, parce qu'elle est strictement attachée à la notion de peine, entendue comme une sanction punitive : **cette forme spéciale d'incommensurabilité affecte toute sanction punitive et uniquement les sanctions punitives**. Elle est aggravée par l'incertitude contemporaine sur les sens de la peine, mais les deux problématiques ne sont ni identiques, ni liées par la causalité.

830. Il s'agit donc ici de démontrer l'existence d'un problème d'incommensurabilité ainsi que sa spécificité au domaine des peines. Cela suppose en premier lieu d'identifier au moins un caractère propre à la notion de peine et qui rend impossible au moins une des opérations de mesure requises par la proportionnalité¹³⁸¹. Ce caractère tient, à notre sens, au rapport particulier qu'entretient la notion de punition avec celle de souffrance. **Dans le cadre des présents développements, les sanctions punitives seront en effet comprises comme celles qui utilisent la souffrance comme mode d'action**. Le brouillage des sens de la peine intervient ici à un premier niveau, celui de la signification de la notion de peine. Il a été précédemment observé que le domaine des sanctions pénales est mêlé de punitif et de non-punitif, qui peuvent être présents à des degrés divers au sein de chaque sanction sans que la dichotomie entre peine et mesure de sûreté, telle qu'elle est employée par le législateur, soit réellement éclairante¹³⁸². Il semble que pour aller au fond du problème présent, la notion de sanction punitive doive être définie de manière plus ciblée. D'abord elle est en partie tautologique : sont des sanctions punitives les peines et les sanctions qui arborent des caractères similaires à ceux des peines, sont des peines les sanctions pénales qui sont punitives. Ensuite la notion n'est pas interprétée de la même manière suivant le cadre juridique choisi. La catégorie des « sanctions ayant les caractères d'une punition » employée par le Conseil constitutionnel, celle des « peines » utilisée par le législateur et la notion autonome de « peine » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas identiques. Enfin toutes les finalités de la peine n'ont pas trait à la punition. L'élimination ou la réinsertion ne sont pas incompatibles avec une rationalité punitive, mais elles ne requièrent pas que cette rationalité soit présente. Le critère de l'utilisation de la souffrance comme mode d'action permet d'établir certaines distinctions opérantes du point de vue de la proportionnalité – il éclaire l'identification des « moyens » et des « fins ». La première section du présent chapitre visera à en préciser la définition.

831. En second lieu, il sera exposé comment cet aspect fait obstacle au contrôle de proportionnalité. **L'utilisation de la souffrance comme mode d'action est une cause d'incommensurabilité**, ne serait-ce que parce que la souffrance est elle-même, en grande partie, incommensurable. Toutefois cette incommensurabilité dépasse les formes générales décrites au chapitre précédent. L'incertitude sur les sens de la peine intervient ici à un second niveau, celui du

1381 Sur le lien entre la notion d'incommensurabilité et celle de mesure, v. *supra*, p. 349.

1382 *Supra*, p. 125 ; *supra*, p. 143.

lien rationnel qui doit unir les moyens aux fins préalablement identifiés. La fonction de souffrance définit la punition mais elle n'est pas cohérente avec toutes les finalités de la peine et peut même s'avérer contre-productive. Les liens de causalité internes à la logique punitive sont difficiles, voire impossibles à évaluer. En outre, même les rationalités de la peine qui font le plus appel à la notion de punition, c'est-à-dire les logiques de la rétribution et de l'intimidation, ne permettent pas d'exprimer de manière satisfaisante ce que serait une juste mesure de souffrance. La seconde section du présent chapitre aura donc pour objet d'exposer les différentes ramifications de cette incommensurabilité qui résulte de l'utilisation de la souffrance comme mode d'action.

Section 1. L'utilisation de la souffrance, critère de la peine

Section 2. L'incommensurabilité causée par l'utilisation de la souffrance

Section 1. L'utilisation de la souffrance, critère de la peine

832. Une présentation désormais classique – et d'inspiration néoclassique – de la notion de peine consiste à la définir par une série de fonctions et de caractères¹³⁸³. Certains auteurs comptent parmi les caractères de la peine le fait qu'elle est « afflictive »¹³⁸⁴. « Elle a pour but immédiat et pour conséquence de procurer au condamné qui la subit une souffrance plus ou moins intense selon l'état des mœurs ou la gravité de l'infraction commise », souffrance qui peut aussi bien être « physique » que « morale » ou « matérielle »¹³⁸⁵. Insistons un instant sur ce « but immédiat » : s'il constitue à la fois un but et une conséquence, en quoi est-il un « caractère » de la peine plutôt qu'une « fonction »¹³⁸⁶, ainsi que l'admet une autre partie de la doctrine¹³⁸⁷ ? La nuance apportée par M. Bouloc est fort éclairante : « Les caractères fondamentaux de la peine dérivent directement des fonctions qu'elle remplit. [...] Le caractère afflictif découle essentiellement du but de rétribution [...]. Pour remplir le but d'intimidation, on peut être amené à renforcer ce caractère afflictif ; au contraire, pour remplir le but de réadaptation on sera fréquemment amené à le nuancer »¹³⁸⁸. **La souffrance est, autrement dit, un but immédiat mais intermédiaire**, qui doit mener à la réalisation de certaines fins plus distantes. De plus cette souffrance n'est ni accidentelle, ni une solution par défaut. Elle est un élément de définition, une condition d'existence de la peine : « En tant que châtiment, la peine est afflictive et infamante : elle doit, en effet, être ressentie plus ou moins péniblement par celui qui a librement enfreint l'interdit »¹³⁸⁹. « Toutes les sanctions juridiques, parce qu'elles sont contraignantes, peuvent faire souffrir la personne à l'égard de laquelle elles s'exécutent. Mais seules les peines sont prononcées dans ce but. »¹³⁹⁰ **Si toutes les mesures répressives comprennent nécessairement un élément de mal, la punition est la seule qui implique que l'autorité répressive soit animée d'une « intention directe par rapport à ce mal »**¹³⁹¹, qu'elle recherche spécifiquement à atteindre certaines fins au moyen de la souffrance

1383 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome I, op. cit.*, p. 824-826 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017, p. 433-444 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 1001-1028. Certains auteurs de manuels présentent toutefois le régime des peines sans passer par cette étape de définition générale : v. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, coll.« Thémis », 2005 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Paris, France, Presses universitaires de France, impr. 2015, 2015. M. Pradel adopte une présentation intermédiaire et ne mentionne que les « fonctions », sans parler des « caractères » : J. PRADEL, *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, 2016, p. 521-524.

1384 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome I, op. cit.*, p. 826 ; B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 440 ; X. PIN, *Droit pénal général*, 10^e éd., Dalloz, 2019, p. 352 ; v. toutefois J. LARGUIER, P. CONTE, et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 23^e éd., Dalloz, coll.« Mémentos », 2018, p. 118-121, qui n'emploient pas cette notion et se concentrent sur les conditions de licéité de la peine en droit positif.

1385 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome I, op. cit.*, p. 826.

1386 V. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 10-11 : l'auteur distingue les « caractères essentiels » de la peine, qui ont trait à sa « nature » ou à ses « contours », des « fonctions » de la peine qui constituent des « effets [qui] ont un caractère essentiel et répondent positivement aux exigences du système juridique ».

1387 E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1001-1006, 1015-1017 distingue ainsi le caractère « douloureux » de la peine de sa fonction « d'affliction ».

1388 B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 439-440.

1389 X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 352.

1390 E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1015.

1391 J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, traduit par Etienne DUMONT, 3^e éd., Paris, Bossange, 1825, vol. 1/2, p. 2 (italiques dans le texte).

infligée. C'est pourquoi nous emploierons ici l'expression « utilisation de la souffrance » ou « fonction afflictive » plutôt que celle de « caractère afflictif », qui exprime moins clairement cette orientation finaliste.

833. Cette idée peut être d'une grande importance du point de vue de la proportionnalité, à condition toutefois qu'elle se retrouve réellement dans les raisonnements sur la nature et la justification de la peine. L'étude des grandes théories de la peine laisse peu de doute à ce sujet (§1) : l'attitude d'une doctrine envers la notion de punition est toujours liée à la position qu'elle adopte en ce qui concerne la souffrance du condamné. La reconnaissance est également présente en droit positif, mais elle est moins expresse et moins directe (§2). Il se comprend aisément, en effet, qu'une démocratie libérale contemporaine rechigne à affirmer son intention de faire souffrir un individu.

§1. L'utilisation de la souffrance dans les grandes doctrines pénales

834. Bien que toutes les théories de la sanction pénale associent la notion de punition à celle de souffrance, chacune définit cette souffrance en cohérence avec sa propre orientation et toutes ne lui accordent pas la même place. Sans en faire un inventaire complet, il est possible de dégager deux grandes tendances. Lorsqu'une place centrale est accordée à la punition, elle est toujours assimilée à l'utilisation de la souffrance comme mode d'action (I), tandis que le rejet ou l'indifférence à la valeur de l'une entraîne le rejet ou l'indifférence à l'autre (II).

I. La souffrance, mode d'action favorisé

835. Si la souffrance est un but intermédiaire de la punition, une étape de la réalisation de ses fins, il est pertinent de l'aborder sous l'angle des différentes finalités attachées à la peine. La distinction entre rationalités « restitutives » (A) et rationalités « prospectives » (B) est éclairante à cet égard¹³⁹².

A. La souffrance dans les rationalités restitutives de la peine

836. Tout comme pour la proportionnalité-mesure¹³⁹³, les premières formes d'utilisation de la souffrance dans un cadre restitutif proviennent probablement de l'institutionnalisation de la vengeance, « système d'échange de valeurs négatives où, toute offense ou dommage est rendu sous la forme d'une perte compensatoire »¹³⁹⁴. Toutefois la perte en question n'a pas encore – ou pas systématiquement – pour but de créer un ressenti négatif chez celui qui la subit. Tout au plus semble-t-il que « les systèmes vindicatoires se préoccupent tous d'égaliser des valeurs ou, des pertes de valeur, à propos desquelles peut se poser une question de pouvoir. »¹³⁹⁵ Cette coexistence de l'idée de valeur négative avec celle, plus neutre, de restauration d'un équilibre se retrouve dans l'ensemble des systèmes rétributifs.

1392 P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Presses universitaires de France, coll.« Thémis », 2001, p. 57-58.

1393 V. *supra*, p. 88.

1394 G. COURTOIS, « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, p. 33, italiques dans le texte.

1395 *Ibid.*, p. 37.

837. Au premier abord, Aristote paraît plus préoccupé par la dette du coupable envers sa victime que par leurs souffrances respectives : « En effet, quand une personne reçoit des coups et qu'une autre en donne, quand un individu cause la mort et qu'un autre succombe, le dommage et le délit n'ont entre eux aucun rapport d'égalité ; le juge tâche à remédier à cette inégalité par la peine qu'il inflige, en réduisant l'avantage obtenu. »¹³⁹⁶ « Le gain se confond avec le plus ; la perte, au contraire avec le moins, le premier étant l'excès par rapport au bien, et le manque par rapport au mal ; la perte étant le contraire. »¹³⁹⁷ « Nous reconnâtrons donc qu'il faut enlever quelque chose à celui qui a davantage pour l'ajouter à celui qui a moins. »¹³⁹⁸ *A priori* ce rééquilibrage pourrait se faire par équivalent, par exemple au moyen d'une somme d'argent, sans qu'une charge somatique ou émotionnelle particulière y soit attachée. Tel est après tout l'esprit de la justice synallagmatique qu'Aristote développe aux paragraphes suivants de l'*Éthique à Nicomaque*. Toutefois il ajoute à ces considérations mathématiques une dimension psychologique en rattachant la vengeance à la colère et à la volonté de voir l'offenseur subir une douleur. « L'homme en colère ne souffre que dans la mesure où une douleur a été antérieurement éveillée : car ce n'est pas la colère qui est cause de douleur, c'est la douleur qui est la cause de la colère »¹³⁹⁹. L'homme en colère « souhaite que celui qui excite sa colère éprouve en retour une affection passive »¹⁴⁰⁰ et c'est pourquoi « on ne se met pas en colère, contre ceux qui ne la peuvent sentir, non plus que contre les morts, parce que dit-on, ils ont subi l'épreuve suprême, ne souffriront et ne sentiront plus, souffrance et sentiment que désirent ceux qui sont en colère. »¹⁴⁰¹

838. Si l'on rapporte cela à la doctrine aristotélicienne de la justice, l'offenseur a obtenu un avantage en échappant au mal qu'a subi sa victime, tandis que cette dernière a souffert sans obtenir la compensation ou la satisfaction de retourner le mal contre son auteur. Cette satisfaction d'assister à, voire de causer, la douleur de l'autre, est reprise dans l'idée de justice réciproque : « Car, ou bien on cherche à infliger au coupable le mal causé par lui ; faute de quoi il apparaît qu'il n'y a qu'un état d'esclavage ; ou bien, on cherche à rendre le bien pour le bien ; sinon, il n'y a plus d'échange de services »¹⁴⁰². Le mal subi par le coupable rétablit l'équilibre en satisfaisant la colère de celui qu'il a lésé : « Ainsi le juste se trouve à égale distance du profit et de la perte, en ce qui concerne les transactions non volontaires et il en résulte que chacun a autant après qu'avant »¹⁴⁰³.

839. Une association similaire entre la restauration de l'équilibre violé et la souffrance de l'offenseur se retrouve chez Thomas d'Aquin. « L'homme qui trouble un ordre établi, mérite de recevoir de celui qui est chargé de le conserver, une répression appelée la peine. [...] Donc

1396 ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, traduit par Jean VOILQUIN, Garnier-Flammarion, 1965, V. IV. 4.

1397 *Ibid.*, V. IV. 6.

1398 *Ibid.*, V. IV. 11.

1399 ARISTOTE, *Topiques*, IV, 5, 125b, 33-35, cité par G. COURTOIS, « La vengeance chez Aristote et Sénèque », *op. cit.*, p. 45.

1400 ARISTOTE, *Rhétorique*, II, 4, 1382 a 14-15, cité par G. COURTOIS, « La vengeance chez Aristote et Sénèque », *op. cit.*, p. 46.

1401 ARISTOTE, *Rhétorique*, *op. cit.*, II, 3, 1380 b 25, cité par G. COURTOIS, « La vengeance chez Aristote et Sénèque », *op. cit.*, p. 47.

1402 ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, *op. cit.*, V. V. 6, p. 133.

1403 *Ibid.*, V. IV. 14, p. 132.

l'obligation de subir une peine, est l'effet de tout péché. »¹⁴⁰⁴ Par nature, cette obligation ne peut être qu'indésirable. « Un péché peut-il être la peine d'un autre péché ? Il ne saurait en être une peine proprement dite, car il est de l'essence du péché d'être volontaire, *de l'essence de la peine d'être contraire à la volonté*. Mais il le peut, en ce sens [...] [qu'il] nous la fait perdre [la grâce de Dieu] et nous livre faible et désarmés aux attaques de l'ennemi »¹⁴⁰⁵ (nos italiques). Observons que tandis qu'Aristote se concentre sur l'échange de valeurs et la satisfaction de la partie lésée, Thomas d'Aquin raisonne avec le péché et la pénitence et aborde donc la peine de manière plus subjective. Elle est « contraire à la volonté », ce qui ne peut s'entendre que de la volonté du condamné ou du pénitent. Elle peut consister en la situation du pécheur « faible et désarmé » ou en une « peine intérieure, comme la colère ou l'envie »¹⁴⁰⁶. Qui plus est, c'est ce caractère contraire à la volonté qui permet à la peine d'atteindre sa fin : il faut expier toute faute, même déjà pardonnée. « Puisque le péché a troublé l'ordre, nous sommes passibles d'une peine jusqu'à ce que l'ordre ait été réparé. La tache ne sera effacée que quand la volonté, se séparant de ce qui la souillait, aura repris son éclat à la lumière de la raison et de la loi divine. *Les peines ont la vertu de produire cette réparation, parce qu'elles sont naturellement contraires à la volonté*. On avait péché en donnant trop à la volonté. On se justifie en lui donnant le contraire de ce qu'elle demanderait »¹⁴⁰⁷ (nos italiques). À nouveau, la souffrance est un moyen nécessaire pour arriver à la fin particulière de la peine, la restauration de l'ordre enfreint au moyen d'une annulation du mal commis.

840. Le rétributivisme du droit naturel classique porte ainsi une grande attention à la souffrance comme mode d'action de la peine. Contrairement à ce que peuvent laisser penser les métaphores d'Aristote, **l'annulation du mal commis n'est pas qu'une soustraction arithmétique mais bien une action sur un corps et/ou une conscience**. Cette idée est conservée jusque dans la théorie pénale kantienne, quand bien même Kant rejette toute justification de la peine fondée sur ses effets. La peine juridique « ne peut jamais être attachée à quelqu'un simplement à titre de moyen de favoriser un autre bien [...], mais elle doit toujours intervenir contre lui pour cette unique raison *qu'il a commis un crime* »¹⁴⁰⁸ (italiques dans le texte). Réciproquement, « même si la société civile se dissolvait avec l'accord de tous ses membres [...], le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait auparavant être exécuté, de façon que chacun éprouve la valeur de ses actes et que l'homicide ne vienne pas à la charge du peuple qui n'a pas pourvu à ce châtiment »¹⁴⁰⁹. Le principe de la peine ne peut être trouvé dans la raison pratique. En revanche, Kant admet bien que la peine est une souffrance par définition et par destination. Par définition, « *le droit de punir* est le droit que possède le chef, envers celui qui lui est soumis, de lui infliger une souffrance en raison de son crime »¹⁴¹⁰ (italiques dans le texte, nous soulignons). Par destination, la loi du talion, seule apte à

1404 *La théologie de saint Thomas ou Exposition de la Somme théologique en Français*, traduit par Georges MALÉ, Paris, Perisse frères, 1857, Ia IIae, q. 87, 1.

1405 *Ibid.*, Ia IIae, q. 87, 2, nos italiques.

1406 *Ibid.*

1407 *Ibid.*, Ia IIae, q. 87, 5, p. 402.

1408 E. KANT, « Principes métaphysiques de la doctrine du droit », *Métaphysique des moeurs II. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, traduit par Alain RENAULT, Flammarion, 1994, p. 331.

1409 *Ibid.*, p. 333.

1410 *Ibid.*, p. 331. Notons ici que le mot français « souffrance » est traduit de l'allemand « *Schmerz* », la douleur : I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1798, p. 225.

« indiquer de manière précise la qualité et la quantité de la peine »¹⁴¹¹, exige que celle-ci égale le mal du crime. Cela implique d'adapter le châtement à « la façon de sentir »¹⁴¹² du condamné, notamment lorsqu'il appartient à une classe privilégiée. Ainsi « si la personne d'un rang élevé qui fait preuve de violence était condamnée, pour avoir frappé un citoyen de rang inférieur, mais innocent, outre à faire amende honorable, à une détention solitaire et pénible, parce qu'ainsi, en plus du désagrément éprouvé, c'est en outre la fierté du coupable qui se verrait porter atteinte et par là, grâce à la honte qui lui serait faite, c'est d'égal à égal qu'il y aurait, comme il se doit, compensation »¹⁴¹³. Les droits dans lesquels la peine doit atteindre le coupable doivent correspondre aux lois – aux impératifs catégoriques – qu'il a enfreintes, mais les modalités de cette peine visent bien à lui faire ressentir la même perte que celle qu'il a causée, la perte du bénéfice que lui apportaient ces lois. La souffrance est, à nouveau, un but intermédiaire qu'implique nécessairement la notion de peine.

841. En dépit des grandes différences qui séparent les philosophies de ces trois auteurs, tous s'accordent ainsi sur le fait que la peine est une souffrance et que cette souffrance a un rôle causal essentiel dans la restauration de l'ordre atteint par le crime. Ainsi que le résume Fauconnet, « la sanction pénale a bien », comme les sanctions civile et administrative, « pour fonction d'annuler le crime. Mais cette annulation est d'une nature particulière. [...] Pour se donner ainsi satisfaction, il suffit que la société soit capable de susciter un symbole ou un signe, c'est-à-dire un être dont elle puisse faire, de bonne foi, le substitut du crime passé. La destruction d'un symbole remplacera la destruction du crime qui, en elle-même, ne peut pas être détruit. Ce sont les êtres jugés aptes à servir de substituts d'un crime et à supporter comme tels la peine de ce crime qui deviennent *responsables* »¹⁴¹⁴ (italiques dans le texte).

842. La souffrance de la peine est alors nécessaire pour exprimer à la fois la nature volontaire du crime, le rapport entre la sanction et l'ordre perturbé (dommage matériel, spirituel ou métaphysique) et la gravité de l'offense causée. Le sens de cette souffrance est donc adressé à des destinataires différents, mais qui correspondent toujours en dernier lieu à la partie lésée : le « perdant » d'Aristote, la lumière divine temporairement occultée chez Thomas d'Aquin, le sujet déontologique parfait de Kant dont la volonté rationnelle doit être réconciliée avec la volonté criminelle du sujet concret. L'utilisation de la souffrance est présente dans chaque théorie, elle y est bien présente comme un moyen privilégié d'accomplir la fin particulière du châtement, mais elle revêt des modalités et une valeur expressive différentes en fonction de son cadre théorique. Une diversité tout aussi marquée peut être observée parmi les théories qui justifient la peine à partir de ses effets futurs.

1411 E. KANT, « Doctrine du droit », *op. cit.*, p. 332.

1412 *Ibid.*

1413 *Ibid.*, p. 332-333.

1414 P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, p. 233-234 ; v. déjà É. DURKHEIM, *De la division du travail social. Thèse présentée à la faculté des lettres de Paris*, Félix Alcan, 1893, p. 103 et .

B. La souffrance dans les rationalités prospectives de la peine

843. Dans les rationalités prospectives, la peine juste permet, plus que de restaurer l'ordre enfreint, de le garantir pour l'avenir. Elle trouve toujours son fondement initial dans l'existence du délit, mais elle vise surtout à en éviter la répétition. Les fonctions de la sanction sont variées et se cumulent fréquemment. La place qu'elles accordent à la souffrance est variable, mais elle est toujours présente au sein de la punition.

844. La fonction garantiste de la souffrance pénale est déjà affirmée par Protagoras¹⁴¹⁵, mais c'est surtout à partir de l'Empire romain qu'elle se développe chez les philosophes comme en droit positif. Sénèque voit ainsi dans la peine un moyen prophylactique de prévention spéciale : « Toute espèce de châtement, je l'applique comme remède. »¹⁴¹⁶ La sanction et la souffrance qu'elle inflige dépendent directement de la méchanceté du coupable, dont elles permettent de corriger l'errance morale. « Toi, tu es allé trop loin pour que des paroles puissent te guérir ; ta flétrissure te retiendra. Toi, il te faut un stigmate plus profond, qui te fasse impression ; on t'enverra en exil sur des bords inconnus. Chez toi une méchanceté consommée veut des remèdes plus violents ; les fers publics et la prison t'attendent. [...] Je sauverai l'un par la honte, l'autre par l'exil, celui-ci par la douleur, celui-là par la pauvreté, cet autre par le glaive. »¹⁴¹⁷ La prévention par l'élimination est bien présente, mais elle n'est qu'un ultime recours pour les cas incorrigibles et elle est associée à la prévention générale : « Aussi [le sage] fera mourir publiquement ceux qu'il veut offrir comme exemples de la méchanceté faisant une mauvaise fin ; non pas seulement pour qu'ils périssent eux-mêmes, mais pour empêcher les autres de périr. »¹⁴¹⁸

845. Cette dernière phrase permet de souligner une articulation essentielle dans les approches prospectives de la peine. Du point de vue de la prévention spéciale, celle qui agit sur le condamné, la souffrance peut avoir pour fin de « guérir » le criminel de sa méchanceté par une sorte de purification, ce qui rejoint en partie la logique de rétribution et la notion chrétienne de pénitence. Cette fonction curative se distingue de la fonction de dissuasion qui peut également être présente au niveau particulier et qui constitue toute la rationalité de la prévention générale. **Pour la dissuasion, ce qui importe avant tout, c'est la souffrance redoutée**, celle que le condamné châtié comme le témoin du châtement peuvent s'imaginer subir (ou subir à nouveau) et dont la crainte est suffisante pour les détourner du crime. Aulu-Gelle en prend pour exemple la loi qui permet aux créanciers insatisfaits de se partager le corps de leur débiteur. « Quoi de plus atroce ? Quoi de plus barbare ? Mais n'est-il pas évident qu'on a entouré la peine de cet appareil de cruauté, précisément pour n'avoir jamais à y recourir. Si nous voyons aujourd'hui adjuger et lier maint débiteur, c'est que les hommes pervers ne redoutent aucunement la peine des fers ; mais qu'un homme dans l'antiquité ait

1415 « Celui qui veut punir judicieusement [...] punit en vue de l'avenir, afin que le coupable ne retombe plus dans l'injustice et que son châtement retienne ceux qui en sont les témoins. » PLATON, « Protagoras », *Protagoras, Euthydème, Gorgias, Ménexène, Ménon, Cratyle*, traduit par Émile CHAMBRY, Flammarion, 1967, p. 55 (323d-325a).

1416 SÉNÈQUE, « De la colère », *Oeuvres complètes de Sénèque le philosophe*, traduit par Élias REGNAULT, Paris, Firmin Didot, 1869, p. 11 (I, XVI).

1417 *Ibid.* Notons qu'il y a bien ici une gradation des peines, mais pas de proportionnalité-mesure : le critère de la sévérité ne se trouve pas dans la gravité du mal commis.

1418 *Ibid.*, p. 14 (I, XVI). Sénèque attribue la formule à Platon mais ne fait vraisemblablement que le paraphraser.

été dépecé, c'est ce que je n'ai jamais lu ni ouï dire. Pourquoi ? Parce qu'il n'est pas possible de braver une peine aussi effroyable. »¹⁴¹⁹ Dans cet esprit le droit pénal romain, initialement gouverné par la *vindictio* et la compensation sous la Loi des XII tables, se tourne progressivement vers une sévérité accrue et une logique de dissuasion systématique à partir du début de l'ère chrétienne¹⁴²⁰. La rationalité pénale stoïcienne est reprise par les pères de l'Église : Augustin d'Hippone réaffirme par exemple que la peine protège la société par la crainte et la terreur tout en ayant pour but le repentir du coupable et sa conversion¹⁴²¹.

846. Après la chute de l'Empire romain, le droit pénal médiéval est, jusqu'au XII^e siècle, essentiellement dominé par des systèmes de composition – la Loi salique en étant l'exemple le plus connu – et par le châtement du mal commis¹⁴²². Le droit pénal ecclésiastique adopte ensuite une conception plus curative de la peine, désormais distincte de la pénitence. « Même si les peines canoniques conservent toujours un aspect rétributif – il faut “racheter” la faute –, elles sont aussi curatives, réformatrices, “perfectionnelles” : il s'agit d'améliorer le délinquant afin de lui épargner une nouvelle rechute dans le mal »¹⁴²³, ce qui implique une forme de purification par la souffrance¹⁴²⁴. Dans le domaine laïc, les finalités prospectives ne sont pas oubliées, mais elles ne reprennent réellement la primauté qu'avec l'avènement du rationalisme moderne.

847. À cet égard le *Droit de la guerre et de la paix* de Grotius fait figure de point de bascule. Selon sa célèbre formule, la peine est « un mal de passivité qui est infligé à cause d'un mal d'activité »¹⁴²⁵ (« *malum passionis propter malum actionis* »), définition rétributive s'il en est, qui est immédiatement suivie d'une discussion fondée sur la justice aristotélicienne¹⁴²⁶. Toutefois la rétribution ne suffit pas à justifier la justice des hommes. « Les Saintes Écritures témoignent, certes, que les châtements infligés par Dieu à certains grands criminels n'ont pas eu d'autre but, lorsqu'elles disent qu'il prend plaisir à leur mal, et que les impies sont tournés en moquerie et en dérision par Dieu. [...] Mais lorsque l'homme punit un homme, qui est son égal par la nature, il doit se proposer quelque fin. Et c'est là ce que disent les scolastiques, que l'esprit de celui qui punit ne doit pas se complaire dans le mal de qui que ce soit. »¹⁴²⁷ La rétribution est un point de départ, mais c'est l'utilité de la peine qui détermine si elle est juste : « Nous dirons donc que, dans les peines, on considère l'utilité ou de celui qui a commis la faute ; ou de celui qui avait intérêt à ce que la faute ne

1419 AULU-GELLE, *Nuits Attiques*, in *Oeuvres complètes d'Aulu-Gelle*, DE CHAUMONT, FLAMBART et BUISSON, Paris, Garnier frères, 1863, vol. 2/2, p. 443-444 (Livre XX).

1420 J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Presses universitaires de France, 2014, p. 71-75.

1421 A. HOULOU, « Le droit pénal chez Saint Augustin », *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, vol. 52, p. 13-15.

1422 J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 103-110, 279-281.

1423 *Ibid.*, p. 282.

1424 Comp. R. MERLE, *La pénitence et la peine: théologie, droit canonique, droit pénal*, Paris, France, Éd. du Cerf : Éd. Cujas, coll.« Ethique et société », 1985, p. 47 : « La souffrance morale inhérente à la peine est chargée, comme certaines plantes, – et comme la pénitence théologique –, de propriétés médicamenteuses que le Code [de droit canonique] met expressément en valeur. »

1425 H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. PRADIER-FODÉRÉ, PUF, coll.« Quadrige Grands textes », 2005, p. 448 (II, XX, I, 1).

1426 *Ibid.*, p. 449-451 (II, XX, II, 1-4).

1427 *Ibid.*, p. 453-454 (II, XX, IV, 2-3).

fût pas commise ; ou indistinctement de tout le monde. »¹⁴²⁸ Dans tous les cas, cette utilité est produite par le mal de la peine et consiste en une prévention du crime futur. Pour celui qui a commis la faute, « il faut enlever le plus tôt possible aux vices leurs séductions : ce qui ne peut mieux se réaliser qu'en faisant perdre le goût de leur douceur au moyen d'une douleur qu'on leur donne pour conséquence. »¹⁴²⁹ De même, l'utilité de la victime ne consiste pas en la satisfaction de voir son agresseur souffrir, mais « à empêcher que, dans la suite, [elle] ne souffre rien de pareil de la part du même individu ou d'autres. »¹⁴³⁰ Sous un titre qui pourrait évoquer une logique de rétribution, c'est donc bien de prévention générale et spéciale qu'il s'agit, ce que confirme Grotius en affirmant que « l'utilité de tout le monde indistinctement [...] a les mêmes côtés que celle qui regarde le lésé »¹⁴³¹. Pour la victime comme pour la société, il admet la valeur préventive de l'élimination ou de l'éloignement du criminel, mais il mentionne toujours immédiatement la dissuasion générale : « Il faut empêcher que d'autres individus, amorcés par l'impunité, ne deviennent nuisibles à d'autres : ce qui s'obtient aux moyens de supplices frappant la vue [...] et qui sont employés afin que la peine d'un seul soit l'objet de la crainte d'un grand nombre »¹⁴³². **La souffrance n'est pas le seul mode d'action de la punition, mais elle est le seul de ses modes d'action qui soit commun à toutes ses justifications.**

848. Grotius ouvre ainsi la voie aux philosophes du contrat social. Hobbes va jusqu'à intégrer la téléologie de la souffrance dans sa définition de la peine : « Une peine est un mal, infligé par l'autorité publique à celui dont l'acte ou l'omission est jugée par la même autorité constituer une transgression de la loi, afin que la volonté des hommes soit ainsi mieux disposée à l'obéissance. »¹⁴³³ *A contrario*, « aucun mal, infligé sans l'intention ou la possibilité de disposer le délinquant ou, par son exemple, les autres hommes à obéir aux lois, n'est jamais une peine mais un acte d'hostilité, car sans une telle fin rien de la douleur occasionnée n'est contenue sous ce nom »¹⁴³⁴. Hobbes utilise alors la douleur *hurt* comme synonyme du mal *evil*, confirmant, outre l'évidente charge morale du discours, que le mal de la peine est un mal ressenti et non un simple préjudice qui serait en quelque sorte réversible par une opération comptable.

849. Locke, plus ambigu, n'aborde que très brièvement la matière pénale. Selon lui, les hommes sont soumis dans l'état de nature à la loi naturelle, qui leur confère déjà des droits et pouvoirs en vue de leur conservation. Les pouvoirs du magistrat résultent de la mise en commun de ces droits particuliers par l'intermédiaire du contrat social. « La *nature* a mis chacun en droit, dans cet état, de punir la violation de ses lois, mais dans un degré qui puisse empêcher qu'on ne les viole plus »¹⁴³⁵ (italiques dans le texte). Ce droit de punition connaît des limites. Tout ce qu'il est permis de faire

1428 *Ibid.*, p. 456 (II, XX, VI, 2).

1429 *Ibid.*, p. 456-457 (II, XX, VII, 1).

1430 *Ibid.*, p. 458 (II, XX, VIII, 1).

1431 *Ibid.*, p. 462 (II, XX, IX, 1).

1432 *Ibid.*

1433 T. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651, XXVIII : « A punishment is an evil inflicted by public authority on him that hath done or omitted that which is judged by the same authority to be a transgression of the law, to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience. »

1434 *Ibid.* : « All evil which is inflicted without intention or possibility of disposing the delinquent or, by his example, other men to obey the laws is not punishment, but an act of hostility, because without such an end no hurt done is contained under that name. »

lorsque l'on détient un coupable, « c'est de lui infliger les peines [...] proportionnées à sa faute, et qui ne tendent qu'à réparer le dommage qui a été causé, et qu'à empêcher qu'il n'en arrive un semblable. En effet, ce sont les deux seules raisons qui peuvent rendre légitime le mal qu'on fait à un autre, et que nous appelons *punition* »¹⁴³⁶ (italiques dans le texte). La sanction est mêlée de réparation et de prévention, mais c'est la seconde qui prend rhétoriquement le dessus : « Quand quelqu'un viole les lois de la *nature*, [...] le lien formé des mains du Tout-Puissant pour empêcher que personne ne reçoive de dommage et qu'on n'use envers autrui d'aucune violence, est rompu et foulé aux pieds par un tel homme. De sorte que [...] chacun, par le droit qu'il a de conserver le genre humain, peut réprimer, ou, s'il est nécessaire, détruire ce qui lui est nuisible ; en un mot, chacun peut infliger à une personne qui a enfreint ces lois, des peines qui soient capables de produire en lui du repentir et lui inspirer une crainte, qui l'empêchent d'agir une autre fois de la même manière, et qui même fassent à voir aux autres un exemple qui les détourne d'une conduite pareille à celle qui les lui a attirées. En cette occasion donc, et *sur ce fondement, chacun a le droit de punir les coupables, et d'exécuter les lois de la nature* »¹⁴³⁷ (italiques dans le texte). Encore une fois, la punition doit être un mal qui inspire la crainte ou la terreur.

850. Jusqu'aux contractualistes, les rationalités prospectives de la peine revêtent en réalité une grande homogénéité dans leurs présentations successives. Soit la souffrance guérit de la tendance au mal, soit sa répétition est crainte par le supplicé et prévient sa récurrence ; la peine peut aller jusqu'à l'élimination du coupable mais conserve, en tout état de cause, une propriété effrayante qui dissuade les autres de sortir du droit chemin. Sans remettre en cause ce principe, le mouvement réformiste des XVIII^e et XIX^e siècles va y apporter deux modifications importantes. La première, énoncée par les utilitaristes, consiste à dire que la souffrance crainte importe plus que la souffrance réellement infligée. La seconde, qui provient des fondateurs de la science pénitentiaire, intègre le jeu de la souffrance et de la correction au « micro-pouvoir » disciplinaire.

851. Le système de Beccaria s'appuie en grande partie sur la dissociation entre souffrance apparente et souffrance réelle. Les peines sont des « moyens sensibles » qui « frappent immédiatement les sens et se présentent constamment à l'esprit pour contrebalancer les fortes impressions des passions individuelles s'opposant à l'intérêt général »¹⁴³⁸. C'est bien la souffrance de la peine qui porte l'effet dissuasif et qui la justifie mais, en vertu de ce qui n'est pas encore appelé le principe d'utilité, il faut privilégier l'effet le plus dissuasif possible au moindre coût en termes de souffrance. Beccaria arrive donc à cette première conclusion : « Le but des châtiments ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et d'en commettre de semblables. Il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable. »¹⁴³⁹ Il en découle plusieurs moyens de

1435 J. LOCKE, « Traité du gouvernement civil », *Essai et Lettre sur la tolérance. Traité du gouvernement civil*, traduit par David MAZEL, Flammarion, coll.« Le Monde de la philosophie », 2008, p. 182 (II, 7).

1436 *Ibid.*, p. 183 (II, 8).

1437 *Ibid.*, p. 183-184 (II, 8).

1438 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduit par Maurice CHEVALLIER, Paris, Flammarion, coll.« Les livres qui ont changé le monde », n° 22, 2010, p. 33-34 (I).

1439 *Ibid.*, p. 66 (XII).

modérer les peines. La promptitude du châtement crée ainsi un effet d'association plus fort pour la même sévérité : « Moins il se passe de temps entre le délit et la peine, plus forte et plus durable est dans l'esprit l'association de ces deux idées de *délit* et de *peine*, si bien qu'insensiblement l'un est considéré comme la cause et l'autre comme l'effet nécessaire et infaillible »¹⁴⁴⁰ (italiques dans le texte). Il en va de même de la certitude de la peine, qui doit laisser aussi peu que possible le délinquant compter sur l'impunité. « Un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtements, mais leur caractère infaillible [...]. La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité ; les moindres maux, s'ils sont inévitables, effraient les hommes, tandis que l'espoir [...] écarte la perspective des pires châtements [...]. »¹⁴⁴¹ De manière peut-être plus surprenante, l'argument de l'effet psychologique de la peine est également avancé contre la peine de mort et en faveur des peines perpétuelles. La peine de mort, en effet, est trop ponctuelle : « Le frein le plus puissant pour arrêter les crimes n'est pas le spectacle terrible mais momentané de la mort d'un scélérat, c'est le tourment d'un homme privé de sa liberté, transformé en bête de somme et qui paie par ses fatigues le tort qu'il a fait à la société. Chacun de nous peut faire un retour sur lui-même et se dire : "Moi aussi je serai réduit pour longtemps à une condition aussi misérable si je commets de semblables forfaits." Cette pensée, efficace parce que souvent répétée, agit bien plus puissamment que l'idée toujours vague et lointaine de la mort. »¹⁴⁴² **C'est la peur de la souffrance qui produit l'effet désiré plutôt que la souffrance elle-même, mais la souffrance réelle est toujours nécessaire au moins pour initier ce processus de dissuasion.**

852. Bentham reprend cette idée et y adjoint le vocable de « valeur apparente » et « valeur réelle » de la peine¹⁴⁴³. Il fait même un pas supplémentaire. Comme c'est la valeur apparente de la peine qui cause l'effet dissuasif recherché, tandis que la valeur réelle, le mal infligé, est toujours une perte pour la société, Bentham propose cette réflexion spéculative : « Si pendre un homme en *effigie* pouvait produire la même impression de terreur, ce serait folie ou cruauté de le pendre en *personne* »¹⁴⁴⁴ (italiques dans le texte). Malheureusement, un tel châtement purement spectaculaire n'est pas possible à ses yeux : « Faut-il infliger des peines réelles ? – Oui ; mais pourquoi ? principalement pour l'exemple, parce que la *réalité* de la peine est nécessaire pour en produire *l'apparence* »¹⁴⁴⁵ (italiques dans le texte).

853. Observons que chez les utilitaristes, la rationalité de la prévention générale, la dissuasion du public, l'emporte presque entièrement sur toute autre considération. Au contraire, la dissuasion du criminel lui-même ou son élimination, sans être complètement occultées, ne sont plus que des objectifs secondaires. Avec la naissance de la science pénitentiaire dans la première moitié du XIXe siècle, l'attention est de nouveau portée à la personne du condamné. Celui-ci est étudié sous une nouvelle perspective, celle du régime d'exécution de la peine, qui n'a jusque-là été que très succinctement abordé. L'introduction de Beaumont et de Tocqueville à la seconde édition du

1440 *Ibid.*, p. 92 (XIX).

1441 *Ibid.*, p. 110 (XXVII).

1442 *Ibid.*, p. 118 (XXVIII).

1443 J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, op. cit., p. 18 (IV).

1444 *Ibid.*, p. 19-20 (IV).

1445 *Ibid.*, p. 19 (IV).

Système pénitentiaire aux États-Unis établit sans détour l'ambition de la nouvelle discipline : « L'objet du système est de rendre meilleurs des criminels que la société a momentanément retranchés de son sein, ou tout au moins de s'opposer à ce que, dans leur prison, ils ne deviennent plus méchants. »¹⁴⁴⁶ C'est l'objectif d'amendement du criminel, version laïcisée de la conversion du pécheur. Cette forme nouvelle de paternalisme propose de nouvelles instrumentalisation de la souffrance du condamné, comme le révèle la célèbre comparaison du système philadelphien de l'encellulement individuel permanent avec le système auburnien du travail en commun et en silence pendant la journée. La séparation, « qui empêche le méchant de nuire aux autres, lui est favorable à lui-même. Jeté dans la solitude, il réfléchit. Placé seul en présence de son crime, il apprend à le haïr : et si son âme n'est pas encore blasée sur le mal, c'est dans l'isolement que le remords viendra l'assaillir. »¹⁴⁴⁷ Les auteurs se représentent la situation d'isolement comme si insupportable que, sans tempérament, elle pousse les détenus à la mort, ce qui en dit long sur la bienveillance fondamentale du système proposé. D'où l'importance du travail dans la prison qui rompt la monotonie de la peine¹⁴⁴⁸. Ainsi, à propos du système d'encellulement individuel de jour comme de nuit pratiqué à Philadelphie, « il est assez remarquable que ces hommes, dont la plupart ont été conduits au crime par la paresse et la fainéantise, soient réduits, par les tourments de l'isolement, à trouver dans le travail leur unique consolation : en détestant l'oisiveté, ils s'accoutument à haïr la cause première de leur infortune ; et le travail, en les consolant, leur fait aimer le seul moyen qu'ils auront un jour de gagner honnêtement leur vie. »¹⁴⁴⁹ Mais, remarquent les auteurs, un tel système « dompte le détenu sans combat, et dépouille ainsi sa soumission de toute espèce de moralité », car « il obéit bien moins à la règle établie qu'à l'impossibilité physique d'agir autrement »¹⁴⁵⁰. Dans la prison d'Auburn, au contraire, les détenus sont isolés la nuit, mais astreints au travail en silence le jour dans des ateliers communs. « Le travail, au lieu d'être une consolation pour les détenus, est, à leurs yeux, une tâche pénible à laquelle ils seraient heureux de se soustraire. En observant le silence, ils sont incessamment tentés d'en violer la loi. [...] Ils ont quelque mérite à obéir, parce que leur obéissance n'est pas une *nécessité*. »¹⁴⁵¹ **C'est une véritable rhétorique de la souffrance qui se met en place au niveau du quotidien : souffrance de l'isolement que l'on fuit par le travail, souffrance du travail à laquelle on apprend à se soumettre pour se resocialiser.**

854. La présentation de la logique disciplinaire confirme cette orientation. À Philadelphie, « le seul instant critique est celui de l'entrée dans la prison »¹⁴⁵², où le détenu peut se déchaîner quelque temps jusqu'à être brisé moralement par la solitude. « Lorsque le criminel a combattu les premières impressions de la solitude ; dès lors qu'il a triomphé des terreurs qui le poussaient à la folie ou au désespoir ; lorsque, après s'être débattu dans sa cellule solitaire, au milieu des remords de sa conscience et des agitations de son âme, il est tombé d'accablement et a cherché dans le travail une distraction à ses maux, dès ce moment le voilà dompté et soumis pour toujours aux règles de la

1446 G. DE BEAUMONT et A. DE TOCQUEVILLE, *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France, suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques*, 3^e éd., Paris, Charles Gosselin, 1845, p. 5.

1447 *Ibid.*, p. 109.

1448 *Ibid.*

1449 *Ibid.*, p. 111.

1450 *Ibid.*, p. 112.

1451 *Ibid.*

1452 *Ibid.*, p. 129.

prison. [...] Il n’y a point de châtement parce qu’il n’y a point d’infraction. »¹⁴⁵³ Quant aux prisons qui suivent le modèle d’Auburn, elles ont pour la plupart recours aux châtements corporels, notamment le fouet. À Sing Sing, « on préfère cette peine [notons le vocabulaire, ndr] à toute autre pour plusieurs raisons. Elle produit immédiatement la soumission du délinquant ; son travail n’est pas interrompu un seul instant ; ce châtement est douloureux, mais ne nuit point à la santé ; enfin on pense que toute autre peine ne produirait pas les mêmes effets. »¹⁴⁵⁴ **On retrouve ainsi, à l’intérieur du système pénitentiaire, la rationalité de la contrainte et de la dissuasion par la souffrance et par la crainte qu’elle inspire**¹⁴⁵⁵.

855. L’ensemble des philosophies pénales centrées sur la punition ont donc ceci en commun qu’elles y associent l’utilisation de la souffrance. Le caractère afflictif de la peine est le moyen d’action principal, voire exclusif, par lequel elle se définit. La formule de Grotius – « *malum passionis propter malum actionis* » – est révélatrice à cet égard : **pour la plupart des auteurs, il n’est même pas concevable que la peine soit, par essence, autre chose qu’un mal**. La justification de la sanction ne passe pas par la négation de ce mal, mais par sa légitimation, qui doit démontrer ce en quoi il permet de réaliser un bien supérieur. Comme l’a relevé M. Pires, cette conception ne fait que se renforcer lorsque le droit pénal s’étatise et trouve sa pleine autonomie par rapport à la réparation civile¹⁴⁵⁶. La composition est alors définitivement écartée de la rationalité pénale, tandis que l’élimination – dont il paraît difficile de dire qu’elle n’est pas un mal, mais dont le caractère de souffrance pourrait être débattu si l’on concède un tant soit peu de terrain à une rhétorique cynique – n’est jamais présente seule et s’accompagne toujours d’une valeur de dissuasion générale. Même les théories utilitaristes qui souhaiteraient dissuader sans faire souffrir ont encore recours à l’image de la souffrance et, surtout, à la terreur qu’elle devrait inspirer. **La punition est une sanction qui provoque la souffrance ou en évoque la représentation et s’en sert comme outil pour réaliser ses fins légitimes**. *A contrario*, les théories pénales de la défense sociale, lorsqu’elles rejettent l’idée de punition au profit de celle de mesure de sûreté ou de défense, écartent avec elle cette instrumentalisation de la souffrance – même si elles ne nient pas l’existence de la souffrance elle-même et ne visent pas toujours à la limiter.

1453 *Ibid.*, p. 130.

1454 *Ibid.*, p. 131.

1455 La logique interne de l’établissement pénitentiaire reproduit ainsi celle du droit pénal du monde extérieur. « L’incarcération avec ses mécanismes de surveillance et de punition fonctionne au contraire selon un principe de relative continuité. Continuité des institutions elles-mêmes qui renvoient les unes aux autres [...]. Continuité des critères et des mécanismes punitifs qui à partir de la simple déviation alourdissent progressivement la règle et aggravent la sanction. » M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 350.

1456 Naît alors ce que cet auteur appelle la « rationalité pénale moderne », un « discours conceptuel localisé [qui] définit le châtement comme “un mal qui est indépendant de la réparation positive ; qui est exigé de façon impérative par l’autorité [...] ; qui doit profiter à cette même autorité ; mal qui ne doit pas être moindre que le mal causé par l’action coupable ; et mal qui doit avoir pour but...” Ici se termine la structure générale et consensuelle de la définition. » C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, et A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, vol. 2 : La rationalité pénale moderne et la naissance de la criminologie*, Montréal, Canada ; Belgique, Presses de l’université de Montréal, 1998, p. 32.

II. **Le rejet de la primauté de l'action par la souffrance**

856. Au cours d'un chapitre précédent, il a été fait référence à l'émergence, à la fin du XIXe siècle, d'une école de pensée pénale nommée positivisme criminologique qui remet en cause le modèle traditionnel du crime fondé sur le libre-arbitre et la culpabilité, au profit d'un déterminisme biologique ou psycho-sociologique¹⁴⁵⁷. Nous avons alors souligné comment, en l'absence de responsabilité pénale au sens classique, le positivisme en venait à rejeter également la proportionnalité-mesure de la peine au délit, qui se trouvait privée de fondement dans ce cadre théorique. Il convient de revenir sur les apports de cette école et sa postérité, du point de vue cette fois du rapport à la souffrance et aux rationalités de la sanction pénale. Les auteurs positivistes, ainsi que leurs continuateurs des écoles de la défense sociale, soit rejettent entièrement la logique de la peine, soit ne l'admettent que comme un mode de répression parmi d'autres, à côté d'autres modèles de sanction qui ne se fondent pas sur une responsabilité morale rationaliste. Or **les sanctions que le positivisme substitue à la peine classique causent bien de la souffrance, mais elles ne traitent pas cette souffrance comme un but intermédiaire**, elles ne la revêtent pas d'une valeur instrumentale propre.

857. Dans sa *Sociologie criminelle*, Ferri admet ainsi que la peine au sens classique puisse revêtir une certaine portée dissuasive. Il salue à plusieurs reprises les contributions de Beccaria et Bentham à cet égard : « C'est un mérite des criminalistes de l'école classique que l'insistance avec laquelle ils ont soutenu qu'une peine douce mais certaine est plus efficace qu'une atroce, mais qui laisse un plus grand espoir d'impunité. »¹⁴⁵⁸ Toutefois cette portée est très fortement relativisée et Ferri entend bien affirmer que cette fonction dissuasive ne peut être un moyen suffisant pour lutter contre la criminalité. « La peine, comme motif psychologique, ne pourra s'opposer qu'aux facteurs psychologiques du crime et même aux seuls facteurs occasionnels et pas trop violents ; car il est évident qu'avant son application, elle ne pourra éliminer les facteurs organiques, héréditaires, qui sont relevés par l'anthropologie criminelle. »¹⁴⁵⁹ Elle n'a donc aucune efficacité pour les délinquants « réfractaires à tout sentiment d'honnêteté », les « criminels-nés », mais seulement pour les criminels d'occasion et dans une mesure très limitée. « Il est naturel que la peine épouvante, plus ou moins, le criminel qui a été déjà arrêté et qui va être condamné ; mais cela ne prouve nullement l'efficacité, qu'aurait pu avoir la menace de la loi pour le préserver du délit. [...] Pour ceux aussi qui, à l'imminence de l'exécution, furent accablés par la terreur, [...] lorsque la peine est lointaine est incertaine, ils n'en sont pas effrayés, mais ils cèdent toujours à l'impression du moment, et partant à l'impulsion criminelle »¹⁴⁶⁰ (italiques dans le texte). La peine fait bien souffrir et l'anticipation de cette souffrance provoque bien une réaction psychologique d'aversion, mais ni la souffrance ni la peur ne sont suffisamment utiles pour satisfaire à elles seules aux fins du droit criminel. Il faut donc avoir recours à diverses mesures de prévention à portée sociale générale et, lorsque le crime a été commis, la réaction de défense sociale ne peut simplement consister en une punition à visée dissuasive. Les moyens de la lutte contre le crime doivent être déterminés par les

1457 V. supra, p. 106.

1458 E. FERRI, *La sociologie criminelle*, 3^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1893, p. 189.

1459 *Ibid.*, p. 198.

1460 *Ibid.*, p. 207.

données de l'anthropologie criminelle. Ainsi, on appliquera « les moyens éliminatifs aux plus dangereux parmi les criminels-nés et fous ; les moyens répressifs temporaires et réparatoires aux criminels d'occasion et passionnés, etc. »¹⁴⁶¹ L'élimination est entièrement distincte de la répression – c'est-à-dire des peines au sens classique¹⁴⁶² – et ne peut viser un but de dissuasion. De même la réparation, au sens civil, est considérée comme un moyen suffisant de remédier aux délits légers, à nouveau sans charge psychologique particulière¹⁴⁶³. Ces sanctions causent bien de la souffrance, mais elles ne visent pas à la causer, car la souffrance est indifférente à leur efficacité. La peine – et partant la souffrance et la terreur qu'elle engendre – n'est qu'un « moyen défensif », une « forme de sanction sociale » du crime parmi d'autres, même si elle fait toujours partie de l'ensemble de ces sanctions¹⁴⁶⁴.

858. Il en va de même et à plus forte raison chez Garofalo, qui détaille un peu plus les divisions de son système de « réaction rationnelle contre le délit »¹⁴⁶⁵. Les deux principes d'action auxquels il a recours – avec plus de largesse, semble-t-il, que Ferri – sont diverses formes d'élimination et le dédommagement sous la contrainte. Cela ne signifie pas, à nouveau, que la souffrance de la peine n'est jamais utilisée comme moyen particulier de lutter contre le crime, mais elle n'occupe qu'une place subsidiaire dans la rationalité interne de la sanction. Il en va ainsi pour la sanction à appliquer aux meurtriers incorrigibles, « grands criminels instinctifs dénués de sens moral et partant du sentiment de pitié à sa plus simple expression »¹⁴⁶⁶, « qu'on peut regarder comme des êtres moralement dégénérés à l'extrême et perpétuellement insociables »¹⁴⁶⁷. « Il est évident [...] [qu'il] faut les éliminer absolument de la société. Il n'est pas possible que le pouvoir social laisse subsister une seule probabilité, si difficile qu'elle soit, d'une récidive dans un pareil genre d'actes monstrueux », d'où le recours à la peine de mort, qu'aucune autre sanction n'égale en termes de sécurité¹⁴⁶⁸. Garofalo écarte alors l'alternative de la réclusion perpétuelle, à partir de quatre arguments. Les trois premiers sont : le risque d'évasion, le risque d'assassinat que courent les gardiens et gendarmes et l'inutilité « de garder en vie des êtres qui ne doivent plus former partie de la société », « cette vie purement animale »¹⁴⁶⁹. Relevons qu'aucun de ces critères ne tient compte de la souffrance causée par la peine, qui est strictement indifférente. Elle entre néanmoins en jeu pour le quatrième critère : la peine de mort a sur la réclusion perpétuelle « l'avantage incommensurable de l'intimidation »¹⁴⁷⁰. Toutefois, Garofalo insiste immédiatement sur le fait que l'intimidation ne peut en aucun cas être plus qu'une considération subsidiaire. « Nous avons repoussé l'intimidation comme critérium de la pénalité, dans le sens que nous avons déclaré injuste de faire souffrir à un homme un mal plus grand que son individualité ne l'exige, pour le seul but de l'exemple ou de la terrorisation. [...] Mais *dans le cas dont il s'agit*, le criminel est *inassimilable*, il

1461 *Ibid.*, p. 410.

1462 *Ibid.*, p. 406, 408.

1463 *Ibid.*, p. 404.

1464 *Ibid.*, p. 409.

1465 R. GAROFALO, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e éd., Paris, Félix Alcan, 1890, p. 432.

1466 *Ibid.*, p. 401.

1467 *Ibid.*, p. 407.

1468 *Ibid.*, p. 408.

1469 *Ibid.*, p. 409.

1470 *Ibid.*

a donc mérité d'être éliminé d'une manière *absolue*, la peine de mort réalise cette élimination absolue ; il n'y a *point d'excès, point d'injustice* »¹⁴⁷¹ (italiques dans le texte). L'intimidation fait partie des « avantages indirects, des avantages *qui ne sont pas déterminants*, mais qui, à toutes autres conditions égales, doivent avoir leur poids dans la balance »¹⁴⁷² (italiques dans le texte). Garofalo ne s'intéresse au ressenti du condamné qu'avec une sorte d'objectivisme froid et mécanique : toutes les formes d'élimination sont équivalentes. Soit la mort n'est pas un préjudice plus grand que l'exclusion à vie de la société, soit la différence de grandeur est négligeable. La dissuasion générale est un *bonus*.

859. À l'école positiviste, qui conçoit les facteurs prédisposant au crime comme essentiellement internes, biologiques et irrémédiables, s'oppose l'école franco-belge de la défense sociale, qui envisage la criminalité comme une pathologie susceptible de traitement. À nouveau, le châtement et l'intimidation sont essentiellement écartés. Cela peut s'observer en particulier chez Adolphe Prins. Pour rejeter le principe de la responsabilité pénale fondée sur la faute, il la rattache au modèle de l'homme normal, le *bonus pater familias*. Pour Prins, cette figure purement théorique mène les pénalistes à négliger l'ensemble des facteurs pathologiques les plus déterminants pour le crime : « La misère, la maladie, la dégénérescence, le vice, l'ignorance, les passions malsaines, les symptômes d'une vie débordante et sans frein ou d'une vie appauvrie et anémiée »¹⁴⁷³. Prins ne nie pas qu'il puisse exister un « délinquant normal responsable et punissable », mais il considère qu'il n'y a pas de frontière bien délimitée entre ce délinquant responsable et les riches nuances de l'anormalité qui mènent à écarter la responsabilité morale en temps normal¹⁴⁷⁴. Il rejette donc toute forme de rationalité rétributive de la peine et il n'accorde que quelques lignes à la logique de l'intimidation : « Les conditions théoriques justificatrices de la peine se sont [...] heurtées aux prédispositions psychiques réelles des individus que la peine frappait ; et de toutes ces conditions, je n'en vois qu'une qui subsiste indépendamment des dispositions morales du coupable, [...] c'est l'exemplarité, c'est-à-dire l'effet du châtement non pas sur le coupable mais sur les masses. »¹⁴⁷⁵ Cette concession est d'autant plus limitée que, sans qu'il l'affirme expressément, Prins ne s'intéresse sérieusement qu'à la protection de la société contre le délinquant traité. Or cette protection, si elle passe bien par la peine, n'emploie pas spécifiquement le moyen de la souffrance imposée au condamné. À propos des récidivistes, Prins soutient ainsi que bien des milieux sociaux « libres » sont plus nocifs que la prison, parmi lesquels le « fond des mines » où les travaux des ouvriers « sont bien plus durs que les travaux pénitentiaires »¹⁴⁷⁶, les « cales obscures » et « l'étouffante promiscuité » dans laquelle vivent les « jeunes matelots » « au périlleux service des torpilleurs et des sous-marins », ou même le « cabaret » et « l'atelier où les mauvais guettent, coudoient, fréquentent et entraînent les timides »¹⁴⁷⁷. La privation de liberté n'a pas pour but de faire

1471 *Ibid.*, p. 409-410.

1472 *Ibid.*, p. 410.

1473 A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles et Leipzig, Misch et Thron, 1910, p. 12.

1474 *Ibid.*, p. 13.

1475 A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, *op. cit.*

1476 *Ibid.*, p. 86.

1477 *Ibid.*, p. 87.

souffrir, mais de traiter le délinquant et de protéger la société contre son « état dangereux »¹⁴⁷⁸, ce qui comprend à la fois sa propre tendance au crime et sa capacité d'influence malsaine.

860. Toutes ces théories, qu'elles s'attachent à une approche plutôt biologique ou plutôt sociale de la prévention du crime, ont en commun un objectivisme qui est, en quelque sorte, *objectivant* à l'égard de la personne du condamné ou du criminel soumis à une mesure préventive. Il est observé, classifié et manipulé comme une substance à risque ou un animal dangereux, plus que comme un agent sujet de droit – ce qui n'a rien de surprenant venant de doctrines scientistes qui veulent ainsi se défaire des encombrantes abstractions du droit pénal classique. **La souffrance n'est donc plus spécialement instrumentalisée, ou plus instrumentalisée à titre principal, mais c'est aussi parce qu'elle est banalisée : elle n'est plus un paramètre éthique déterminant de la problématique de la sanction, ni en bien ni en mal.** À cet égard, la doctrine de la défense sociale nouvelle, qui trouve son apogée dans l'ouvrage éponyme de Marc Ancel¹⁴⁷⁹, se détache de ses précurseurs.

861. Ancel ne nie pas la parenté intellectuelle des positivistes italiens ou de Prins, mais il amende considérablement leurs conclusions en y adjoignant un impératif d'humanisme. Comme eux, il fonde la défense sociale sur une approche scientifique de la criminalité. La défense sociale « affirme la nécessité de la discussion continue et, s'il le faut, de la contestation ou de la révision des valeurs » et « fait appel à toutes les Sciences de l'homme et à l'emploi méthodique de la recherche scientifique »¹⁴⁸⁰. Mais cette sorte de néo-positivisme est orientée vers des fins éthiques prédéterminées : « Donner pour objet à la réaction contre le crime non plus l'expiation ou la répression punitive, mais la prévention de la délinquance et la récupération du délinquant », « promouvoir un mouvement d'humanisation du droit criminel et le recours à des moyens extrapénaux » et mettre en œuvre « une politique pénale et pénitentiaire fondée sur le respect de l'être humain, la protection de la personne et la défense des droits de l'homme. »¹⁴⁸¹ Dès les premières pages s'établit une association péjorative entre punition, expiation et répression. La défense sociale nouvelle rejette presque entièrement le principe du châtement, même si elle reconnaît bien le principe de responsabilité.

862. La responsabilité, chez Ancel, est détachée de l'idée de libre arbitre et considérée comme un fait psychologique et social¹⁴⁸². Elle est à la fois « la prise de conscience par l'individu de sa personnalité en tant qu'elle s'affirme dans son action » et « ce sentiment collectif de responsabilité, ce droit de demander compte à chacun de ses actions »¹⁴⁸³. C'est en d'autres termes une projection indispensable de l'individualité dans la sphère sociale qu'une doctrine humaniste se doit de reconnaître. Mais il découle du même impératif humaniste et du même postulat sociétal que la sanction doit consister, plutôt qu'en une punition, en un traitement de resocialisation respectueux des droits de la personne. « La communauté doit concourir à faire de chacun de ses membres un

1478 *Ibid.*, p. 70 et s.

1479 M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 3^e éd., Cujas, coll. « Publications du Centre d'études de défense sociale », 1981.

1480 *Ibid.*, p. 35.

1481 *Ibid.*, p. 35-36.

1482 Comp. G. TARDE, *La philosophie pénale*, 5^e éd., Lyon, Paris, A. Storck et G. Masson, 1900, p. 577.

1483 M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 250.

citoyen pleinement libre, et doit s'y efforcer même en cas de chute ou d'erreur réparable. L'individu a normalement droit à ce traitement, qui consacre un des aspects de la solidarité sociale. »¹⁴⁸⁴ Le but de la sanction pénale est le retour à la liberté voire, par une « palingénésie »¹⁴⁸⁵, l'accès à la liberté comme plénitude sociale de la personne¹⁴⁸⁶ – les dystopies euphoriques dépeintes par Huxley et McGoohan ne paraissent soudainement plus si éloignées... Toutefois, toujours dans l'optique d'une politique criminelle respectueuse des droits de l'homme, « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité – physique et *morale* – de la personne humaine »¹⁴⁸⁷ (italiques dans le texte). Rien, donc, qui puisse s'apparenter à un conditionnement par la force ne doit être employé. Que reste-t-il alors de la peine ? « Dans une philosophie pénale humaniste on pourra dénier à la Société [...] le droit d'imposer à l'individu, même délinquant, une peine, c'est-à-dire une souffrance. »¹⁴⁸⁸ Pourtant, jusqu'à ce que cet abandon s'avère possible, Ancel admet que la peine privative de liberté puisse être conservée comme une *ultima ratio*, « à titre de protection de la collectivité, donc techniquement comme mesure de sûreté neutralisante »¹⁴⁸⁹. **La défense sociale nouvelle a horreur de la souffrance, qu'elle associe clairement aux rationalités punitives. Lorsque cette souffrance – comme celle de la prison – s'avère indispensable, elle est un effet secondaire et non un moyen d'action sur celui qui la subit ou sur ceux qui peuvent la craindre.** La notion de « peine » est conservée, mais elle est « techniquement » une mesure de sûreté, débarrassée de son contenu punitif pour ne conserver que les principes protecteurs de la personne tels que le principe de légalité et l'interdiction des sanctions *ante delictum*¹⁴⁹⁰.

863. **Conclusion du premier paragraphe.** En dépit de la richesse et de la diversité des opinions qui se sont succédé et fait concurrence au cours de l'histoire des doctrines pénales, il est un point qui semble revenir comme une litanie. Quelles que soient les finalités assignées à la peine, la souffrance y est toujours présente et, surtout, toujours recherchée par l'autorité qui punit. La seule véritable exception à cette idée concerne la finalité d'élimination du criminel, présente à la fois dans certaines justifications prospectives du châtement et dans le discours des positivistes. Dans les quelques cas, essentiellement théoriques, où cette fin est bien visée sans être accompagnée d'une fonction de dissuasion ou d'expiation, la souffrance du condamné n'est tout simplement pas prise en compte. Mais y a-t-il alors encore lieu de parler de peine au regard des classifications contemporaines ? Ne s'agit-il pas plutôt d'une mesure de sûreté qui ne dit pas toujours son nom, telle que les auteurs positivistes et leurs successeurs l'ont conceptualisée ?

864. Cet état général des théories ne peut qu'avoir des répercussions sur le droit positif. Même sans que les autorités publiques déclarent expressément adhérer à une doctrine pénale ou à une

1484 *Ibid.*, p. 259.

1485 *Ibid.*

1486 Rappr. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, Félix Alcan, 1927, p. 178 : « Pour faire revivre la liberté, il faudra s'attaquer aux sources mêmes de l'âme et affranchir l'âme elle-même par la peine. »

1487 M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 266.

1488 *Ibid.*, p. 271.

1489 *Ibid.*, p. 277.

1490 *Ibid.*, p. 232-235 ; Ancel n'a toutefois pas toujours été opposé à l'intervention de mesures de sûreté pré-délictuelles, comme l'illustre l'évolution de son propos au fil des éditions successives de la *Défense sociale nouvelle*. V. J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC*, 2010, p. 49.

autre, les justifications susceptibles de légitimer la répression s'inscrivent nécessairement dans un certain cadre intellectuel, auquel elles ne peuvent complètement échapper. Pour établir la justification opérante en vue d'un contrôle de proportionnalité, il faut bien, à un moment donné, choisir un point de départ argumentaire existant... sauf à inventer de toutes pièces une nouvelle théorie fondamentale. Autrement dit, il peut être démontré que le droit pénal positif utilise bien la souffrance comme mode d'action, simplement parce qu'il n'existe pas de théorie pénale existante qui permette de l'expliquer autrement.

§2. La souffrance comme mode d'action en droit positif

865. Le plus souvent, lorsque les autorités publiques optent pour la répression, elles ne se réfèrent pas expressément à une théorie de la peine en particulier. En revanche, parce qu'elles entendent justifier leur action, elles lui affectent des finalités qui, même vagues, procèdent bien souvent d'une culture pénale identifiable. Le lien est parfois très évident du simple fait du vocabulaire utilisé : il en va ainsi, par exemple, lorsque le Garde des sceaux, défendant un projet de loi devant le Sénat, parle de rendre la sanction « plus ferme, plus claire et, donc, plus exemplaire »¹⁴⁹¹. Cela ne signifie pas qu'il soit possible, à partir d'une lecture attentive des sources du droit, de reconstituer une rationalité cohérente qui engloberait l'ensemble du système répressif contemporain. En revanche, même si l'on adhère à la thèse de la postmodernité du droit pénal, selon laquelle cette rationalité s'est fragmentée et dissoute à force d'être soumise à une pensée de court terme¹⁴⁹², certaines constantes peuvent être dégagées. Même protéiforme, **même réduit à l'état d'instrument politique privé de cause morale transcendante, le droit pénal reste un objet défini, un moyen qui est utilisé parce qu'il présente, aux yeux de l'autorité publique, certains caractères intéressants**. C'est cette « *politique criminelle législative* »¹⁴⁹³ (italiques dans le texte) qui peut être éclairante si elle est mise en rapport avec les théories de la peine décrites au paragraphe précédent. Il apparaît alors que le législateur reconnaît bien l'utilisation de la souffrance comme mode d'action (I), bien que cette fonction afflictive de la peine ait perdu de son importance dans le discours officiel en présence de préoccupations de réinsertion et de réparation moins directement répressives. Qui plus est, la question de la rationalité de la peine peut également être posée dans le cadre du contentieux des droits fondamentaux, qu'il s'agisse de définir cette sanction ou d'en examiner la proportionnalité. Le juge constitutionnel comme le juge européen ont donc été amenés à reconnaître également la place de la souffrance du condamné dans la notion de peine (II).

I. La souffrance comme mode d'action adopté par le législateur

866. Dire que le législateur adopte une rationalité punitive dans sa conception des sanctions pénales ne signifie pas que toutes ces sanctions sont punitives, ni que celles qui le sont procèdent exclusivement de cette rationalité. La suppression, par la réforme du Code pénal, de la catégorie des

1491 Propos tenus devant le Sénat par Mme DATI, Garde des sceaux, Ministre de la justice, à l'occasion de la discussion du projet de loi *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, JORF 2007, p. 2076.

1492 M. MASSÉ, J.-P. JEAN, et A. GIUDICELLI, « Prologue », *op. cit.*

1493 X. PIN, « Une politique criminelle en quête de rationalité: le cas français », J. BOULAD-AYOUB, M. ANTAKI et P. ROBERT (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Laval, Canada, Presses universitaires de Laval, 2013, p. 44.

mesures de sûreté au profit d'une classe unique de sanctions signifie qu'une dénomination et un régime unique s'appliquent désormais à des mesures dont le caractère punitif peut être très variable¹⁴⁹⁴. Le problème qui se pose ici est plutôt de déterminer ce en quoi consiste ce caractère punitif lorsqu'il est présent. La recherche active de la souffrance du condamné et son utilisation pour parvenir aux fins dernières de la répression apparaissent alors comme en filigrane au travers des finalités expressément assignées à la peine (A) ainsi que de son régime (B).

A. La reconnaissance de la souffrance parmi les fonctions assignées à la peine

867. Les dispositions qui affectent une finalité ou un sens précis à la répression sont rares mais parfois éclairantes. Le code des délits et des peines du III brumaire an IV disposait ainsi en son article 599 que les peines étaient « *ou de simple police, ou correctionnelles, ou infamantes, ou afflictives* ». La fonction de souffrance, d'humiliation, voire d'élimination était ainsi affirmée au moins en matière criminelle. Le code pénal napoléonien avait conservé ces catégories, inscrites en son article 6. Elles n'ont disparu qu'avec l'entrée en vigueur de la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, alors que la plupart des peines concernées – la mort, les travaux forcés, la déportation ou le carcan – avaient déjà été abolies. Toutefois il peut être observé que, pour celles qui restaient, les peines anciennement appelées afflictives ou infamantes ont été conservées dans le code issu de la réforme de 1992. La réclusion et la détention criminelle sont entrées dans la nouvelle catégorie des peines criminelles. La dégradation civique est devenue la privation des droits civiques, civils et de famille, peine complémentaire ou alternative à l'emprisonnement. Seul le bannissement a été aboli par la réforme du code pénal – quoiqu'il soit possible de voir dans l'interdiction du territoire un succédané. Or, de deux choses l'une. Soit l'appellation de peines afflictives ou infamantes, à la date de l'abrogation de l'ancien code pénal, ne représentait plus aucun sens quant aux caractères et fonctions réelles de ces peines, soit elle contenait encore une part de vérité. Dans ce second cas, le maintien de ces peines dans le code pénal issu de la réforme et, en particulier pour la détention et la réclusion criminelle, le maintien de la même dénomination, doit être considéré comme un marqueur de continuité qui indique que l'affliction et l'infamie constituaient toujours, pour le législateur, des buts particuliers de ces peines.

868. En revanche le code actuel ne comprenait pas, à sa promulgation, de disposition assignant expressément un sens particulier à la répression. Il a fallu attendre l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005¹⁴⁹⁵ pour que soit inséré à l'article 132-24 un second alinéa disposant : « *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.* » La loi n° 2014-896 du 15 août 2014¹⁴⁹⁶ a légèrement reformulé ce texte et en a fait un nouvel article, l'article 130-1, qui prévoit désormais : « *Afin*

1494 V. *supra*, p. 125 .

1495 Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JORF n° 289 du 13 décembre 2005, p. 19 152.

1496 JORF n° 0189 du 17 août 2014, p. 13 647.

d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. » L'expression « sanctionner l'auteur » a été critiquée comme constituant un pléonasma¹⁴⁹⁷, voire une contradiction avec l'esprit de défense sociale qui animait manifestement l'évolution de la législation¹⁴⁹⁸. Le sens du mot « sanction » a malheureusement peu été éclairci par les débats parlementaires de 2005 : il avait surtout été choisi par souci de cohérence terminologique avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁴⁹⁹. La question a toutefois été abordée par le Garde des sceaux lors de la discussion du projet de loi de 2014 et il apparaît que les inspirations historiques étaient bien, en partie, tournées vers un sens rétributif : il s'agissait de « sanctionner l'auteur des faits, [de] protéger la société, *eu égard à ce que Durkheim nommait les “états forts de la conscience collective”*, et [de] réparer les préjudices infligés aux victimes »¹⁵⁰⁰ (nos italiques). D'après la même allocution, « Le principe d'individualisation ne nie pas la responsabilité de l'auteur des faits : au contraire, et tel que l'a conceptualisé Raymond Saleilles, c'est justement parce qu'il est responsable que ce dernier participe à l'efficacité de la peine, *qui doit à la fois sanctionner l'infraction et préparer l'avenir* » (nos italiques)¹⁵⁰¹. Or chez Durkheim la notion « d'états forts de la conscience collective » sert à expliquer la violence de la peine et son sens sacrificiel¹⁵⁰². Quant à Saleilles, s'il admet bien une individualisation tournée vers l'avenir, la notion de responsabilité est essentielle pour lui parce que la peine ne peut se confondre avec une mesure de sûreté. « La peine se distingue encore [...] des moyens de police préventive à l'égard des aliénés, par ses propres effets psychologiques. [...] Dût-on même effacer toute différence de nature juridique entre les mesures de sûreté contre les aliénés et les mesures de répression contre les criminels, que ces dernières en différeraient toujours par leurs effets, et par suite par leur organisation même. *Les moyens qui servent à guérir les fous ne seront jamais ceux qui serviront, soit à intimider, soit à réformer les criminels* » (nos italiques)¹⁵⁰³. Le fait que ces deux sources soient accolées, dans l'allocution citée, au mot « sanction » signifie vraisemblablement l'intention de conserver et de réaffirmer une part de rationalité « restitutive »¹⁵⁰⁴ dans la peine, qui reste ainsi une punition¹⁵⁰⁵.

1497 M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *AJ pénal*, 2014, p. 448 ; G. BEAUSSONIE, « Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RSC*, 2014, p. 809 ; E. DREYER, « L'objet de la sanction pénale », *D.*, 2016, p. 2583.

1498 E. DREYER, « L'objet de la sanction pénale », *op. cit.*

1499 V. le compte-rendu de séance n° 45 de la Commission des lois de l'Assemblée nationale du 6 juillet 2005 (Séance de 10 heures) : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cloi/04-05/c0405045.asp> [consulté le 13 juillet 2019]

1500 Propos tenus par Mme Taubira à l'occasion de la discussion du projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines : Assemblée nationale, XIV^e législature, session ordinaire de 2013-2014, compte-rendu intégral de la première séance du 3 juin 2014, item 6, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2013-2014/20140220.asp#P237566> [consulté le 13 juillet 2019]

1501 *Ibid.*

1502 É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 91 et s.

1503 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p. 129-130.

1504 P. PONCELA, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 57 et s.

1505 V. en ce sens J. LEBLOIS-HAPPE, « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal.*, 23 mai 2015, n° 143, p. 10.

869. Le flou général qui entoure les fonctions et finalités textuelles de la peine peut être en partie dissipé si l'on s'intéresse à son régime. L'organisation des peines encourues comme celle de leur prononcé et de leur exécution se révèle en effet incompatible avec une rationalité pénale qui ne ferait plus appel à une fonction afflictive.

B. La nécessaire utilisation de la souffrance dans le régime des peines

870. Bien des points de droit de la peine paraissent impossibles à expliquer rationnellement sans que leur soit reconnue une véritable fonction afflictive. Cela peut notamment être observé à l'échelle des peines principales. Les peines d'amendes semblent ainsi être tournées presque par nature vers une finalité punitive. L'histoire pénologique des peines privatives de liberté interdit d'en dire autant à leur égard, mais leur régime comprend des aspects nécessairement punitifs, en particulier en raison de la présence de *minima* répressifs qui ne peuvent s'expliquer seulement par des préoccupations de sécurité.

871. Le cas de la peine d'amende est probablement le plus simple à présenter, car son histoire n'est pas chargée de la même succession d'utopies paternalistes que l'est celle de la prison. **L'amende, telle qu'elle existe aujourd'hui dans le droit pénal, ne doit son autonomie qu'à la fonction punitive qui lui est propre.** Il ne s'agit pas simplement, en effet, de priver simplement la personne condamnée du bénéfice de l'infraction de manière à la remettre en l'état antérieur aux faits. La peine complémentaire de confiscation, lorsqu'elle est prévue par la loi, remplit déjà cette fonction dès lors que le bénéfice de l'infraction ne consiste pas simplement en l'obtention d'une somme d'argent. Elle peut en outre être ordonnée en valeur¹⁵⁰⁶. De plus la loi prévoit parfois expressément, notamment dans le domaine du droit pénal des affaires, que le montant de l'amende peut dépasser celui du bénéfice tiré de l'infraction. Les textes applicables en matière de corruption et de trafic d'influence actifs¹⁵⁰⁷ comme passifs¹⁵⁰⁸, de prise illégale d'intérêts¹⁵⁰⁹, de concussion¹⁵¹⁰, entre autres nombreux exemples, prévoient ainsi un maximum légal à la peine d'amende tout en précisant que ce montant « *peut être porté au double du produit tiré de l'infraction* ». Un tel dépassement n'est pas compatible avec l'idée qui ferait de l'amende le résultat d'une sorte d'annulation du comportement sanctionné. Il ne peut pas non plus s'agir de garantir la réparation du dommage causé. D'abord les victimes de l'infraction n'ont rien à tirer du prononcé d'une peine d'amende, puisque le créancier en est l'État¹⁵¹¹. Ensuite, il n'est pas non plus question de dédommager ce dernier à raison des pertes budgétaires causées par l'infraction – qu'il s'agisse du

1506 Code pénal, art. 131-21, al. 9.

1507 Code pénal, art. 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 435-8, 435-9, 435-10, 445-1

1508 Code pénal, art. 432-11, 434-9, 435-1, 435-7, 445-1-1, 445-2, 445-2-1

1509 Code pénal, art. 432-12, 432-13

1510 Code pénal, art. 432-10

1511 Au contraire, dans l'hypothèse où le condamné serait insolvable, ou dans celle où sa succession serait ouverte avant que l'amende ait été recouvrée et les préjudices subis par les victimes indemnisés, le statut de créancier privilégié de l'État pourrait même faire obstacle à l'indemnisation des victimes. Celles-ci disposent fort heureusement d'autres moyens de voir réparer le dommage qu'elles ont subi, telles que la formation d'un recours devant la Commission d'indemnisation des victimes d'infraction. V. à titre général R. CARIO et S. RUIZ-VERA, « Victimes d'infraction », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018, p. 257 et s. ; H. GROUDEL, « Art. 706-3 à 706-15 - Fasc. 20 : Recours en indemnité ouvert à certaines victimes de dommages résultant d'une infraction », *JurisClasseur Procédure pénale*, LexisNexis, 2019, p.

trouble à l'ordre public ou des dépenses de fonctionnement des services publics liés à la justice pénale. La participation de la personne condamnée aux frais de justice de l'État est en effet déjà prévue au titre du droit fixe de procédure dû en application de l'article 1018 A du Code général des impôts. Quant à la réparation du trouble causé à l'ordre public, elle n'est tout simplement envisagée par aucun texte. Les critères d'individualisation de la peine d'amende sont uniquement ceux prévus par les articles 132-1 et 132-20 du Code pénal, c'est-à-dire les « *circonstances de l'infraction* », « *la personnalité de son auteur* », sa « *situation matérielle, familiale et sociale* », ainsi que ses « *ressources* » et ses « *charges* ». Enfin on conçoit difficilement quelle peut être la vertu pédagogique d'une amende si l'on exclut toute visée dissuasive, sauf à prétendre préserver ainsi l'âme du condamné contre le pouvoir corrompeur de l'argent... **Ne restent donc que deux fonctions cohérentes : faire ressentir une perte ou une privation et dissuader au moyen de la menace que constitue cette perte ou cette privation.** On revient ainsi aux rationalités punitives de la rétribution et de l'intimidation et à l'utilisation de la souffrance qui les caractérise.

872. Ajoutons que ces finalités répressives sont particulièrement visibles dans le domaine des contraventions et, de manière plus manifeste encore, dans le champ d'application de la procédure d'amende forfaitaire, véritable cas d'école de dissuasion utilitariste par un châtement léger mais prompt et quasi-certain. Les évolutions les plus récentes de cette procédure ne laissent d'ailleurs aucun doute à ce sujet. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle*¹⁵¹² a ainsi étendu l'application de l'amende forfaitaire à un nombre limité de délits routiers, dans le but déclaré de permettre « une amélioration significative de la répression et donc de son caractère dissuasif et préventif, fondamental en matière de lutte contre la violence routière »¹⁵¹³. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*¹⁵¹⁴ est allée plus loin et a permis l'utilisation de cette procédure pour les délits de vente d'alcool à des mineurs, d'usage de stupéfiants et de transport routier en violation des règles relatives au chronotachygraphe. L'étude d'impact annexée au projet à l'origine de cette seconde loi indiquait : « La procédure de l'amende forfaitaire présente de multiples avantages. [...] Compte tenu de son succès, il apparaît souhaitable d'étendre son champ d'application à de nouvelles infractions pour lesquelles une réponse plus systématique et dissuasive est nécessaire. »¹⁵¹⁵ Aucune autre finalité que celle de la dissuasion n'est prise en considération ici. C'est bien la crainte de la privation causée par l'amende qui est supposée produire l'effet utile. Qui plus est, il est affirmé que cette crainte doit être entretenue au moyen d'une répression aussi systématique que possible.

873. Le cas des peines privatives de liberté est un peu plus délicat d'un point de vue idéologique, en raison de la séparation théorique entre le prononcé de la peine et son exécution. Le sens de l'exécution des peines est régi à titre général par un texte distinct de l'article 130-1 du Code pénal. Des dispositions à ce sujet ont en effet été insérées à l'article 707 du Code de procédure pénale par

1512 *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.

1513 Étude d'impact. Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, Ministère de la justice, 2015, p. 104.

1514 *JORF* n° 0071 du 24 mars 2019, texte n° 2.

1515 Étude d'impact. *Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Ministère de la justice, 2018, p. 294.

la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004¹⁵¹⁶. À l'entrée en vigueur de cette loi, l'article 707, alinéa 2, disposait ainsi que « *L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive.* » L'alinéa 3 ajoutait : « *À cette fin, les peines peuvent être aménagées en cours d'exécution pour tenir compte de l'évolution de la personnalité et de la situation du condamné. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire.* » La mention des « *intérêts de la société et des droits des victimes* » était porteuse d'un sens sécuritaire, mais non nécessairement d'une fonction de souffrance, car il restait possible de traiter l'exécution de la peine privative de liberté de manière analogue à une mesure de sûreté, uniquement tournée vers la protection des personnes et la réinsertion. La loi du 15 août 2014 a renforcé cette allure de défense sociale en reformulant le texte. L'article 707, II, alinéa 1, dispose désormais : « *Le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions.* » L'alinéa 2 ajoute : « *Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières.* » Enfin le III prévoit que « *Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire, dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique¹⁵¹⁷, de libération conditionnelle ou d'une libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire.* » Le législateur exprime ainsi une sorte d'adhésion au vieux rêve de la prison qui rééduque, qui réinsère, voire qui émancipe ou, à défaut, qui se contente d'être « la privation de la liberté d'aller et de venir et rien d'autre »¹⁵¹⁸.

874. Certes, les rapports accablants régulièrement publiés par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté¹⁵¹⁹ ou le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou

1516 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n° 59 du 10 mars 2004 page 4567, texte n° 1.

1517 Au 24 mars 2020, l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019 précitée remplace les mots « *placement sous surveillance électronique* » par « *détention à domicile sous surveillance électronique* ». Le reste du texte est inchangé.

1518 Propos tenus par M. Giscard d'Estaing, Président de la République, à l'occasion d'une conférence de presse le 10 août 1974.

1519 Pour un exemple récent, v. *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale. Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 2018, p. 28 : « La surpopulation carcérale entrave la mise en place et l'accès à l'ensemble des activités professionnelles, éducatives et occupationnelles. Nuisant en conséquence à l'objectif de réinsertion et de préparation à la sortie des personnes détenues, l'emprisonnement devient un facteur de récidive. »

traitements inhumains ou dégradants¹⁵²⁰, ou même simplement l'Annuaire statistique de la justice¹⁵²¹, attestent que tel n'est pas le cas en réalité. Le problème, en termes strictement rhétoriques, est qu'il est tout à fait possible de soutenir qu'il n'y a pas de lien de causalité entre l'état des établissements pénitentiaires français et les intentions du législateur quant au sens des peines qui y sont exécutées. L'échec concret de la prison régénératrice, aussi cuisant qu'il puisse être, n'est pas une preuve que le législateur ne souhaite pas qu'elle soit régénératrice ou qu'il entend en faire une cause de souffrance. La finalité pourrait tout à fait être, comme l'article 707 du Code de procédure pénale semble l'indiquer, de priver une personne de sa liberté jusqu'à ce qu'elle présente des garanties suffisantes d'insertion ou de réinsertion ou que sa dangerosité se soit suffisamment estompée pour permettre sa libération¹⁵²².

875. Toutefois, même si l'on admettait l'hypothèse d'une peine qui soit effectivement propice à la réinsertion de l'ensemble des détenus, certains aspects du régime des peines privatives de liberté porteraient toujours la marque manifeste d'une rationalité afflictive. L'un des éléments fondamentaux d'une mesure de sûreté non punitive est en effet sa durée indéterminée ou, en tout cas, dépourvue de *minimum*. Si la fonction de la privation de liberté est exclusivement préventive, alors il importe qu'elle cesse immédiatement dès qu'elle n'est plus nécessaire pour accomplir cette prévention. Cela ne fait de doute ni pour les doctrines de la défense sociale¹⁵²³, ni au regard du régime des mesures de sûreté que le droit positif identifie comme telles¹⁵²⁴.

876. Au contraire le droit positif des peines comprend un certain nombre de *minima* qui peuvent imposer le maintien de la personne en détention même si toutes les garanties de sa réinsertion sont présentes. Certains de ces *minima*, qui ont été précédemment abordés¹⁵²⁵, sont susceptibles d'exception sous réserve de motivation spéciale. D'autres en revanche sont réellement infranchissables. Tel est le cas en particulier des délais minimaux qui doivent s'être écoulés avant que puisse être accordé un aménagement de peine, ainsi que de certaines conditions de fond tenant à la nature de l'infraction ou à la durée de la peine prononcée. La libération sous contrainte n'est ainsi possible que pour les personnes condamnées « *exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à cinq ans* » et « *lorsque la durée de la peine accomplie est au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir* »¹⁵²⁶. La suspension ou le fractionnement de la peine sont en principe subordonnés à la condition qu'il reste « *à subir*

1520 V. dernièrement *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 15 au 27 novembre 2015*, Strasbourg, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 2017, p. 22 et s.

1521 Au 1^{er} janvier 2017, 68 974 personnes sont détenues dans des établissements pénitentiaires, pour une densité carcérale (rapport entre le nombre de personnes détenues et le nombre de places disponibles) de 115 %. Dans les seules maisons d'arrêts, 47 191 personnes sont détenues, pour une densité carcérale de 139 %. V. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_RSJ_Penal_8.1_2017.ods [consulté le 13 juillet 2019]

1522 V. néanmoins *infra*, p. 435, les développements concernant l'arrêt *M. c. Allemagne* de la Cour européenne des droits de l'homme.

1523 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p. 267 et s. ; A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, *op. cit.*, p. 70-77 ; M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 233.

1524 V. *supra*, p. 307.

1525 V. *supra*, p. 271.

1526 Code de procédure pénale, art. 720.

par la personne condamnée une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans » et qu'elle n'ait pas été condamnée pour un acte terroriste¹⁵²⁷. Les régimes de la semi-liberté et du placement à l'extérieur¹⁵²⁸ et celui du placement sous surveillance électronique¹⁵²⁹ ne peuvent quant à eux être appliqués que si la durée totale des peines privatives de liberté prononcées n'excède pas deux ans ou si la durée totale restant à subir n'excède pas deux ans. Enfin les permissions de sortir sont régies par un système de délais variables, prévus par les articles D.143 et suivants du Code de procédure pénale et qui sont principalement établis en fonction de l'objet de la sortie.

877. Tous les aménagements de peine sont donc soumis à des conditions temporelles relatives au temps de peine restant à subir. Qui plus est, lorsque la peine prononcée est d'une durée supérieure ou égale à deux ans et sept mois¹⁵³⁰, aucune mesure d'aménagement n'est possible au jour du début de l'exécution de la peine. À cela s'ajoute le poids d'une éventuelle période de sûreté, dont le prononcé peut être lui-même imposé par la loi à la juridiction de jugement et qui fait obstacle, pendant toute sa durée, à tout aménagement de la peine. Ces limites aux pouvoirs des juridictions de l'application des peines signifient concrètement que, **pendant les délais concernés, aucun effort de réinsertion, aucune amélioration dans le comportement et la disposition d'esprit de la personne condamnée, aussi spectaculaire fût-elle, ne pourra jamais mener à sa libération. Il est impossible d'expliquer de telles limites autrement que par une fonction de rétribution ou de dissuasion**, sauf à y voir une défiance du législateur envers le juge d'une gravité si intense qu'elle aurait dû faire voler en éclats le principe même de la juridictionnalisation de l'application des peines. De deux choses l'une. Soit il s'agit de reconnaître l'autorité du jugement de condamnation sur la phase d'exécution de la peine, auquel cas les fonctions qui reposent sur l'utilisation de la souffrance lors de la première étape sont nécessairement imposées à la seconde. Soit les rationalités de la condamnation et de l'application de la sentence sont bien indépendantes, auquel cas les obstacles à l'aménagement confirment que l'exécution de la peine revêt bien une fonction afflictive propre¹⁵³¹.

878. Le sens de la peine, tel qu'il ressort de la législation pénale en vigueur, comprend ainsi manifestement l'utilisation de la souffrance parmi ses modes d'action. La relative discrétion du législateur à ce sujet dans les articles 130-1 du Code pénal et 707 du Code de procédure pénale

1527 Code de procédure pénale, art. 720-1, al. 1 et 3. La condition concernant les infractions terroristes ne s'applique pas à celles prévues par les articles 421-2-5 et 421-2-5-1 du Code pénal, probablement parce qu'elles constituent de simples abus de la liberté d'expression. V. toutefois Cons. const., déc. n° 2019-799/800 QPC du 6 septembre 2019, *Mme Alaitz A. et autre [Conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme]*.

1528 Code de procédure pénale, art. 723-1, al. 1.

1529 Code de procédure pénale, art. 723-7, al. 1.

1530 Compte tenu de l'imputation des crédits de réduction de peine prévus par l'article 721 du Code de procédure pénale, il resterait moins de deux ans à subir au premier jour de la détention si la peine prononcée était d'une durée inférieure ou égale à deux ans et six mois.

1531 Rappr. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, op. cit., p. 275-276 : « On peut concevoir, en outre, qu'au lieu de la limite maxima on ne fixe qu'une limite minima, afin de donner satisfaction à l'idée de sanction et garantir au moins une durée minima de la peine, durée évidemment proportionnelle à ce qu'eût été la durée complète dans une sentence préfixe. [...] En tout cas, ce qui reste absolument indispensable, tant que l'on gardera l'idée de sanction, c'est d'imposer au moins une limite minima d'internement. Cette limite minima étant proportionnelle à ce que serait la durée judiciaire complète de la peine dans une sentence préfixe, il en résulte que le juge continue à proportionner la peine à la criminalité du fait ; et les principes tirés de l'idée de sanction et de responsabilité restent absolument saufs. »

n'exclut pas cette fonction, dont la présence est confirmée par l'étude du régime des peines de référence. Qui plus est, cette utilisation de la souffrance est également reconnue dans la jurisprudence relative au contentieux des droits fondamentaux en matière pénale.

II. L'utilisation de la souffrance reconnue dans le domaine des droits fondamentaux

879. Reconnaître que la peine agit au moyen de la souffrance du condamné ne représente pas les mêmes enjeux pour le juge constitutionnel et pour le juge européen. Le Conseil constitutionnel peut en effet aisément s'inspirer de la tradition juridique nationale, qu'elle tienne au droit positif ou aux théories de la peine les plus influentes en doctrine. Il exerce de plus un contrôle abstrait et général de la constitutionnalité des lois en premier et dernier ressort, cadre dans lequel il devrait être plus aisé de raisonner sur la base de principes et de notions fondamentales théoriques telles que celles de sanction et de pénalité. Au contraire, la Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle européen, subsidiaire et concret. Elle ne se prononce pas sur la compatibilité d'une législation au droit conventionnel, et doit adapter la construction de sa jurisprudence à la diversité des cultures juridiques de l'ensemble des États parties à la Convention. L'un et l'autre ont néanmoins reconnu une certaine place à l'utilisation de la souffrance comme mode d'action de la peine. Cela peut notamment s'observer dans la façon dont ils définissent le champ d'application des droits et libertés relatifs au droit pénal. La définition de la « matière pénale » ou de la « peine », d'un côté (A) ; celle des « sanctions ayant les caractères d'une punition » (B), de l'autre, renvoient en partie à l'idée que l'effet de la sanction est produit pas la souffrance qu'elle engendre.

A. La souffrance dans la « matière pénale » et la « peine » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme

880. En ce qui concerne la définition de la peine, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est fondée sur l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, par lequel elle a indiqué que la notion de « peine » telle qu'employée par l'article 7 de la Convention revêt une portée autonome¹⁵³². Les critères indiqués sont très proches de ceux qui définissent la notion voisine « d'accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 depuis l'arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976¹⁵³³. L'arrêt *Engel* établit un raisonnement par faisceau d'indices fondé sur la qualification de la procédure en droit interne, la nature de l'infraction reprochée et la sévérité de la sanction susceptible d'être subie, comprise comme la gravité de l'atteinte aux libertés qu'elle peut constituer¹⁵³⁴. Pour déterminer plus précisément si une sanction constitue bien une peine soumise au principe de légalité criminelle et à ses corollaires, la jurisprudence *Welch* prend en considération le

1532 CEDH (Ch.), 9 févr. 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, req. n° 17440/90, §27 : *Ann. fr. dr. int.* 1995, 485, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1996, 207, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RSC* 1996, p. 470, obs. KOERING-JOULIN ; *JCP G.* 1996, I, 3910, obs. SUDRE.

1533 CEDH (Ch.), 9 févr. 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, req. n° 17440/90, préc., §27, ensemble CEDH (Plén.), 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §82 : *RUDH* 1990, 119, obs. CALLEWAERT et al. ; *Cah. dr. eur.* 1978, 364, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, 481, obs. PELLOUX ; *JDI* 1978, 695, obs. ROLLAND.

1534 CEDH (Plén.), 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, préc., §82.

fait que « la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction" », « la nature et le but » de cette mesure, « sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité »¹⁵³⁵. Toutefois la question principale demeure en pratique de savoir si la sanction revêt un caractère ou vise une finalité de nature punitive. Lorsque la Cour considère que les critères *Welch* ou *Engel* sont réunis, c'est parce que leur examen l'a menée à conclure que la finalité punitive est suffisamment démontrée. Ce bilan peut être illustré par l'étude de quelques cas-limites concernant d'abord des sanctions à caractère punitif mais qui ne découlent pas de condamnations par des juridictions pénales, ensuite des sanctions qui découlent de telles condamnations mais que les autorités nationales n'identifient pas à des peines et, enfin, le cas particulier de la privation de liberté après peine.

881. Le fait qu'une sanction ne soit ni prononcée par une juridiction pénale, ni qualifiée de peine par le droit interne ne signifie pas qu'elle ne constitue pas une peine au sens de l'article 7 de la Convention. La décision de référence en la matière est l'arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, qui concernait le cas d'une majoration d'impôt de 10 % infligée à raison d'erreurs dans les déclarations fiscales du requérant¹⁵³⁶. Après avoir écarté l'argument tiré de la faible ampleur de la sanction, la Cour inscrit son raisonnement dans la ligne jurisprudentielle *Engel* et indique que « le deuxième critère, qui touche à la nature de l'infraction, est le plus important. »¹⁵³⁷ Toutefois, c'est en fait la finalité punitive qui emporte sa conclusion : « comme le Gouvernement l'a reconnu, les majorations d'impôt ne tendaient pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice mais visaient pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés. On peut dès lors en conclure que les majorations infligées étaient fondées sur une norme poursuivant un but à la fois préventif et répressif. Cette considération suffit à elle seule à conférer à l'infraction infligée un caractère pénal »¹⁵³⁸ (nous soulignons). Le but « préventif et répressif » qui consiste à « punir pour empêcher la réitération » et qui se distingue de la simple « réparation pécuniaire d'un préjudice » ne peut s'entendre que dans le sens d'une logique de dissuasion. La conclusion de la Cour est bien que la sanction est une peine parce qu'elle vise à atteindre une fin donnée au moyen de la souffrance causée par la privation.

882. Les nuances du critère fonctionnaliste sont plus délicates à saisir lorsque la mesure litigieuse découle d'une condamnation prononcée par une juridiction pénale en raison de la commission d'une infraction, mais qu'elle n'est pas qualifiée de peine par le droit interne. Comparons ainsi les arrêts *Malige c. France* et *Gardel c. France*. Dans le premier, rendu le 23 septembre 1998, la Cour se prononce sur la nature, au regard de l'article 7, du retrait automatique de points affectés au permis de conduire en cas d'infraction routière¹⁵³⁹. Elle relève qu'il n'est pas contesté que l'infraction

1535 CEDH (Ch.), 9 févr. 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, req. n° 17440/90, préc., §28.

1536 CEDH (Gr. ch.), 23 nov. 2006, *Jussila c. Finlande*, req. n° 73053/01 : *JDI* 2007, 709, obs. TOUZÉ ; *JCP G.* 2007, I, 106, n° 4, obs. SUDRE ; *RTDH* 2008, 239, obs. COSTA.

1537 CEDH (Gr. ch.), 23 nov. 2006, *Jussila c. Finlande*, req. n° 73053/01, préc., §38.

1538 *Ibid.*

1539 CEDH (Ch.), 23 sept. 1998, *Malige c. France*, req. n° 27812/95 : *D.* 1999, Somm. 154, obs. DE LAMY ; *ibid.*, p. 267, obs. RENUCCI ; *JCP G.* 1999, II, 10086, note SUDRE ; *RSC* 1999, p. 145, obs. MASSIAS ; *Dr. pénal* 1999, n° 87, note ROBERT ; *Gaz. Pal.* 1998, 2, Somm. 508 ; *ibid.*, 2-3 déc. 1998, note BERTHELOT et RIO.

présente un caractère pénal et que la mesure découle automatiquement d'une condamnation prononcée par une juridiction pénale. En revanche, la jurisprudence interne considère qu'il s'agit d'une sanction administrative et elle relève de la compétence du ministre de l'Intérieur. La Cour se tourne donc vers le critère du « *degré de gravité* » de la sanction et note « *que le retrait de points peut entraîner à terme la perte de la validité du permis de conduire. Or il est incontestable que le droit de conduire un véhicule à moteur se révèle de grande utilité pour la vie courante et l'exercice d'une activité professionnelle. La Cour [...] en déduit que si la mesure de retrait présente un caractère préventif, elle revêt également un caractère punitif et dissuasif et s'apparente donc à une peine accessoire.* »¹⁵⁴⁰ En réalité, c'est moins la « *gravité* » de la sanction qui est en question que sa logique d'action, car le permis de conduire n'est pas annulé à la première perte de points. C'est le rapprochement de la menace de cette perte, la fragilisation du permis de conduire, qui est porteuse du caractère punitif et dissuasif.

883. Or dans l'arrêt *Gardel* du 17 décembre 2009, la Cour conclut au contraire que l'inscription d'une personne au Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS), avec les obligations qui en découlent, ont « *un but préventif et dissuasif mais ne peu[ven]t être regardée[s] comme ayant un caractère répressif et comme constituant [des] sanction[s]* »¹⁵⁴¹. Les solutions de ces deux arrêts, si l'on s'en tient à un critère de gravité de la mesure, semblent contradictoires, la surveillance et les obligations qui découlent de l'inscription au FIJAIS paraissant autrement plus sévères que la perte d'un ou plusieurs points au permis de conduire. Un raisonnement en proportionnalité-mesure n'est pas plus éclairant : la perte de points est une sanction légère pour une faute de gravité réduite, en comparaison avec l'inscription au FIJAIS, plus sévère mais qui répond à des infractions nettement plus graves et la comparaison n'apporte rien au raisonnement. Quel est donc le critère qui peut faire de la première une peine et de l'autre une mesure de sûreté, s'il est entendu que toutes deux visent la dissuasion ? Si l'on souhaite retrouver une cohérence dans cette jurisprudence, une réponse possible peut se fonder sur la teneur de la dissuasion en question. L'inscription au FIJAIS est une mesure de surveillance. Elle est supposée dissuader la personne condamnée de commettre de nouvelles infractions parce qu'elle rend plus probable la condamnation. La perte de points dans le permis de conduire ne change en rien la probabilité d'une condamnation en cas de réitération d'infraction, mais elle aggrave les conséquences qui peuvent en découler car plus le capital de points est réduit, plus la probabilité que le permis soit perdu à la faute suivante est grande. Le permis de conduire est en quelque sorte déjà perdu pour une part fractionnaire et c'est cette perte partielle, avec la menace sous-jacente d'une perte entière, qui constitue le mal infligé à dessein, l'élément réellement punitif de la sanction.

884. Le dernier mais, peut-être, le plus important des exemples à présenter est celui des mesures privatives de liberté après peine. Dans l'arrêt *M. c. Allemagne* du 17 décembre 2009¹⁵⁴², la Cour s'est prononcée sur l'applicabilité de l'article 7 de la Convention à la détention de sûreté prévue par

1540 CEDH (Ch.), 23 sept. 1998, *Malige c. France*, req. n° 27812/95, préc., §39.

1541 CEDH (5^e s.), 17 déc. 2009, *Gardel c. France*, req. n° 16428/05, §43 : D. 2010, p. 2732, obs. ROUJOU DE BOUBÉE, GARÉ et MIRABAIL.

1542 CEDH (5^e s.), 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04 : *Dr. pénal.* 2010, 4, Chron. 3, obs. DREYER ; *D.* 2010, AJ 209, obs. LÉNA ; *ibid.*, 2010, p. 737, note PRADEL ; *AJ pénal* 2010, p. 129, note LEBLOIS-HAPPE ; *JCP G.* 2010, n° 3, 63, obs. SUDRE ; *ibid.*, n° 12, 334, note GIACOPELLI ; *RSC* 2010, p. 228 ; *ibid.*, p. 236, obs. ROETS.

le droit allemand, modèle dont a été inspirée, en droit français, la rétention de sûreté¹⁵⁴³. Le gouvernement allemand soutenait notamment que la détention de sûreté n'est pas soumise au principe de non-rétroactivité de la loi pénale, car elle ne constitue pas une peine mais une mesure d'amendement et de prévention fondée exclusivement sur la dangerosité. La solution retenue par la Cour a été particulièrement influencée par les similarités existant entre le régime d'exécution la détention de sûreté et celui des peines privatives de liberté prévues par la même législation.

885. La Cour relève ainsi que « *les personnes en détention de sûreté sont incarcérées dans des prisons ordinaires, même si elles le sont dans des ailes séparées. Les modifications minimales dont elles bénéficient par rapport au régime de détention des détenus ordinaires purgeant leur peine [...] ne sauraient cacher qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre l'exécution d'une peine d'emprisonnement et celle d'une ordonnance de placement en détention de sûreté.* »¹⁵⁴⁴ De même, les dispositifs de prévention de la récidive et d'aide à la réinsertion qui accompagnent la détention de sûreté ne se distinguent pas de ceux qui entourent l'exécution d'une peine d'emprisonnement. « *Il ne semble exister aucun instrument, mesure ou établissement spécialisés, en dehors de ceux prévus pour les détenus ordinaires condamnés à de longues peines, qui soient destinés aux personnes se trouvant en détention de sûreté et visent à réduire le danger qu'elles représentent [...]. La Cour constate actuellement une absence de mesures complémentaires et de fond – autres que celles prévues pour tous les détenus ordinaires purgeant une peine d'emprisonnement de longue durée dans un but punitif – visant à prévenir la récidive chez ces personnes.* »¹⁵⁴⁵ La Cour opère enfin un rapprochement en termes de finalités. Elle relève que la législation allemande prévoit que « *l'exécution tant des peines que des mesures d'amendement et de prévention vise deux objectifs, à savoir protéger la collectivité et aider le détenu à devenir capable de mener une vie responsable en société à sa sortie de prison. Même si l'on peut dire que les peines ont principalement un but punitif tandis que les mesures d'amendement et de prévention visent essentiellement la prévention, il n'en demeure pas moins que les objectifs de ces sanctions se recoupent en partie. Par ailleurs, en raison de sa durée illimitée, la détention de sûreté peut tout à fait se comprendre comme une punition supplémentaire pour l'infraction commise et comporte à l'évidence un élément de dissuasion* »¹⁵⁴⁶ (nous soulignons). La Cour conclut que la détention de sûreté doit être qualifiée de peine au sens autonome de l'article 7 de la Convention.

886. C'est donc un raisonnement par analogie et par élimination qui est mené. La Cour n'affirme pas positivement que les éléments du régime de la détention de sûreté témoignent d'une finalité punitive. Elle souligne seulement, d'une part, qu'une telle interprétation est possible et, d'autre part, que la différence avec les peines que le droit allemand reconnaît comme telles est insuffisante pour que cette interprétation puisse être écartée. Autrement dit, la détention de sûreté comprend un aspect afflictif similaire à celui des peines. Ce caractère afflictif n'est pas assez particulier dans ses modalités pour qu'il puisse être considéré comme un « mal nécessaire » accidentel, entièrement lié

1543 Sur cette inspiration, v. J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté vs. Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ pénal*, 2008, p. 209.

1544 CEDH (5^e s.), 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04, préc., §127.

1545 *Ibid.*, §128-129.

1546 *Ibid.*, §130.

à une finalité purement préventive. Si l'on ne considère la détention de sûreté que comme une mesure de sûreté, de traitement et de réinsertion, on échoue à expliquer l'état actuel de son régime. La logique de la punition est la seule qui soit suffisamment cohérente avec les caractères de cette mesure pour pouvoir combler ce vide rhétorique.

887. À la suite de cet arrêt, la législation allemande a évolué, ce que la Cour a eu l'occasion de relever dans les arrêts *Bergmann c. Allemagne* du 7 janvier 2016¹⁵⁴⁷ et *Ilseher c. Allemagne* du 4 décembre 2018¹⁵⁴⁸. Dans la seconde espèce, la Cour relève notamment « *que les mesures qui ont été prises par les autorités internes ont sensiblement amélioré les conditions de vie des personnes placées en détention de sûreté.* »¹⁵⁴⁹ En particulier « *dans le cas des personnes détenues en tant que malades mentaux, la visée préventive du nouveau régime de détention de sûreté revêt une importance décisive. La Cour ne fait pas abstraction du fait que pour cette catégorie de personnes non plus, le lien entre la mesure et l'infraction ou les infractions à la suite desquelles elle a été ordonnée n'est pas complètement rompu. [...] Cependant, eu égard à l'environnement dans lequel les ordonnances de détention de sûreté sont exécutées en vertu du nouveau régime, la Cour estime que cette mesure est désormais axée sur la prise en charge médicale et thérapeutique de la personne concernée. [...] Cet aspect a modifié la nature et le but de la détention de [ces] personnes [...] et l'a transformée en une mesure ciblant le traitement médical et thérapeutique d'individus ayant des antécédents criminels* »¹⁵⁵⁰, ce qui permet désormais d'écarter la qualification de peine. Le régime d'exécution de la détention de sûreté, au moins pour les personnes atteintes de troubles psychiques, est désormais considéré comme cohérent avec la rationalité préventive qui est la sienne. Il n'est plus nécessaire d'avoir recours à la fonction afflictive pour que l'ensemble de la mesure soit justifié dans son principe.

888. Le modèle de raisonnement développé dans la jurisprudence *M.* semble particulièrement recommandable. Il consiste vraisemblablement, en présence d'une mesure qui n'est pas qualifiée de peine par le droit interne, à rechercher si l'ensemble de l'atteinte aux libertés causée peut s'expliquer par la visée de finalités autres que la punition. La logique du châtiment est en quelque sorte une conclusion par défaut, une rationalité subsidiaire – ce qui correspond d'ailleurs au principe d'*ultima ratio*. Observons toutefois que quelle que soit la conclusion atteinte, elle ne concerne que le sens général de la mesure. Il ne peut pas en être déduit directement que cette mesure répond aux exigences conventionnelles telles que la légalité ou la proportionnalité. Une peine bien qualifiée peut être illégale ou injustifiée – l'arrêt *M.* en est un exemple – et une mesure cohérente avec une finalité non-pénale, telle qu'une mesure de surveillance, peut s'avérer inutile ou excessive. Le contrôle ainsi décrit s'apparente donc davantage à l'identification des buts visés qu'à un plein contrôle de proportionnalité, lequel peut intervenir par la suite. Quoi qu'il en soit, il demeure que le critère de démarcation est bien ici le sens de la part afflictive de la sanction et, plus précisément, le fait qu'elle revête ou non une fonction de rétribution ou de dissuasion.

1547 CEDH (5^e s.), 7 janv. 2016, *Bergmann c. Allemagne*, req. n° 23279/14 (en anglais uniquement) : *AJ pénal* 2016, p. 339, obs. GRÉGOIRE ; *Dr. pénal* 2016, n° 70, note PELTIER.

1548 CEDH (Gr. ch.), 4 déc. 2018, *Ilseher c. Allemagne*, req. n° 10211/12 et 27505/14 : *D. actu.* 18 déc. 2018, obs. RECOTILLET ; *AJ pénal* 2019, p. 161, obs. GRÉGOIRE ; *Dr. pénal* 2019, n° 40, note PELTIER.

1549 CEDH (Gr. ch.), 4 déc. 2018, *Ilseher c. Allemagne*, req. n° 10211/12 et 27505/14, préc., §223.

1550 *Ibid.*, §227. Rapp. CEDH (5^e s.), 7 janv. 2016, *Bergmann c. Allemagne*, req. n° 23279/14, préc., §§176-177.

889. Sans constituer le seul critère effectif, la fonction afflictive de la peine constitue ainsi un critère majeur dans les qualifications de « peine » et de « matière pénale » telles qu'elles sont interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme. Une tendance voisine peut être observée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, même si elle fait l'objet de raisonnements moins élaborés.

B. La notion de punition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

890. Peu motivées, les décisions du Conseil constitutionnel sont d'autant plus difficiles à interpréter que l'institution a tendance à donner aux questions et notions qui lui sont soumises « un tour extrêmement général »¹⁵⁵¹. Sa jurisprudence est néanmoins porteuse de quelques indications quant à l'utilisation de la souffrance comme mode d'action de la peine. Tel est le cas de l'*obiter dictum* selon lequel « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »¹⁵⁵², formule qui a inspiré la rédaction de l'ancien article 132-24, alinéa 2 du Code pénal, devenu l'article 130-1¹⁵⁵³. Les mots du Conseil sont d'ailleurs plus expressément répressifs que ceux du législateur : il s'agit bien de « punition du condamné » et non pas simplement de « sanction ». De même, la réinsertion n'est qu'une éventualité et la finalité de protection de la société est associée à celle de punition.

891. Cette tendance à la sévérité est aussi marquée par la réticence du Conseil à reconnaître la valeur constitutionnelle du principe de personnalisation de la peine. Dans sa décision des 19 et 20 janvier 1981, il s'y refusait fermement : l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « n'implique pas que la nécessité des peines doive être appréciée du seul point de vue de la personnalité du condamné et encore moins qu'à cette fin le juge doive être revêtu d'un pouvoir arbitraire que, précisément, l'article 8 de la Déclaration de 1789 a entendu proscrire et qui lui permettrait, à son gré, de faire échapper à la loi pénale, hors des cas d'irresponsabilité établis par celle-ci, des personnes convaincues de crimes ou de délits »¹⁵⁵⁴. « À supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse [...] être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions »¹⁵⁵⁵. Il faut attendre une décision du 22 juillet 2005 pour que le Conseil se réfère pour la première fois au

1551 P. CONTE, « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, juillet 2018, n° 20-21, p. 93-101.

1552 Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, §12 : D. 1995. Somm. 340, obs. RENOUX.

1553 La version actuellement en vigueur de ce texte dispose : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. »

1554 Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, §15 : D. 1982, p. 441, note DEKEUWER ; AJDA 1981, p. 275, note RIVERO ; RDP 1981, n° 1, note PHILIP. ; D. 1981, p. 101, note PRADEL.

1555 Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, préc., §16.

« principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »¹⁵⁵⁶. Il revient toutefois à une conception moins clémente pour reconnaître la constitutionnalité de la loi du 10 août 2007, qui établit un système de peines minimales en cas de récidive : « le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions ; [il] n'implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction »¹⁵⁵⁷. Or, ainsi qu'il a précédemment été relevé¹⁵⁵⁸, l'imposition d'un *minimum* pénal ne peut être fondée, toutes choses étant égales par ailleurs, que sur une conception rétributive ou intimidatrice de la répression. En associant cette notion de *minimum* pénal à celle d'effectivité de la répression, le Conseil approuve donc – peut-être sans le savoir, probablement sans s'en préoccuper – une logique de punition manifestement néoclassique.

892. Quant à la distinction des peines par rapport aux mesures quasi-punitives, la jurisprudence du Conseil est en réalité peu explicite. « Paradoxalement, elle nous apporte sans doute plus d'enseignements sur des mesures considérées comme non pénales que sur les peines proprement dites. »¹⁵⁵⁹ Relevons toutefois que l'expression même de « sanction ayant le caractère d'une punition »¹⁵⁶⁰, qui sert de critère à l'application des principes protecteurs tirés de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, est déjà porteuse d'une coloration répressive. Malheureusement, le style rédactionnel des décisions qui appliquent cette notion, pour le moins laconique, laisse en grande partie la tâche d'interprétation à l'imagination du lecteur. Ne paraissent donc pas avoir le caractère d'une punition les sanctions qui visent simplement à réparer un préjudice ou à compenser l'inexécution d'une obligation, telles que l'indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire due en cas de licenciement d'un salarié dont le travail a été dissimulé¹⁵⁶¹ ou la cotisation imposée aux employeurs qui ne réalisent pas un investissement obligatoire¹⁵⁶². De même, il semble que l'impossibilité de bénéficier d'un avantage auquel le demandeur n'est pas éligible n'est pas une punition : il en va ainsi de la reprise d'impôt dont l'exonération était subordonnée à une condition qui n'a pas été remplie¹⁵⁶³ ou du non-remboursement des dépenses électorales des

1556 Cons. const., déc. n° 2005-520 DC du 22 juil. 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, §3 : *RFDC* 2006, 165, obs. NICOT ; *Gaz. Pal.* 2005, 6, obs. SCHOETTL.

1557 Cons. const., déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, §13 : *AJDA* 2008, p. 594, note Jennequin ; *D.* 2008, p. 2025, obs. Bernaud et Gay ; *RSC* 2008, p. 133, obs. de Lamy ; *ibid.*, p. 136, obs. de Lamy ; *D. actu.* 29 août 2007, obs. Allain.

1558 *Supra*, p. 431.

1559 M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, 2008, p. 805.

1560 Cons. const., déc. n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, §33 : *D.* 1984, p. 472, obs. HAMON ; *Pouvoirs* 1983, n° 25, p. 199, obs. AVRIL et GIQUEL.

1561 Cons. const., déc. n° 2011-111 QPC du 25 mars 2011, *Mme Selamet B. [Indemnité légale pour travail dissimulé]*, §4 : *RSC* 2011, p. 404, note CERF-HOLLENDER.

1562 Cons. const., déc. n° 2010-84 QPC du 13 janv. 2011, *SNC Eiffage Construction Val de Seine [Cotisation « 1 % logement »]*, §4 : *Gaz. Pal.* 8-10 mai 2011, p. 12, chon. ROUSSEAU ; *RDF* 2010, n° 45, p. 23, note LEGRAS ; *LPA* 2012, n° 152, p. 27, chron. BAGHESTANI.

1563 Cons. const., déc. n° 84-184 DC du 29 déc. 1984, *Loi de finances pour 1985*, §29 : *RDP* 1985, p. 651, note PHILIP ; *ibid.*, 1986, p. 395, note FAVOREU.

candidats qui n'ont pas respecté les règles de financement ou qui ont obtenu moins de 5 % des suffrages exprimés au premier tour de scrutin¹⁵⁶⁴.

893. Lorsque l'on s'approche du domaine pénal *stricto sensu*, le critère de la notion de punition semble tenir approximativement à la distinction entre les mesures qui sont fondées sur l'infraction et la culpabilité – que le Conseil constitutionnel considère comme des punitions – et celles qui sont fondées sur la situation personnelle de l'auteur – que le Conseil lie à une idée générale de prévention. Par exemple, constituait une sanction ayant le caractère d'une punition l'interdiction d'inscription sur la liste électorale pour une durée de cinq ans des personnes condamnées pour une infraction d'atteinte à la probité, pour certaines des atteintes les plus graves à l'administration publique commises par des particuliers, ou pour le recel de l'une de ces infractions. Le Conseil a estimé que cette disposition du Code électoral « vis[ait] notamment à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public »¹⁵⁶⁵. En revanche, tel n'a pas été le cas de l'article du Code de commerce qui prévoit la déchéance de plein droit des échevins du tribunal de commerce condamnés pénalement pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs, ainsi que leur radiation du collège électoral : « Ces dispositions, sans caractère répressif, ont pour objet d'assurer que les professionnels appelés à exercer les fonctions de juge au tribunal de commerce ou à élire ces juges présentent les garanties d'intégrité et de moralité indispensables à l'exercice de fonctions juridictionnelles »¹⁵⁶⁶. Dans le premier cas, c'est la qualification pénale retenue qui déclenche automatiquement l'interdiction d'inscription pour toutes les personnes condamnées. Dans le second, la radiation est subie par l'auteur d'infraction à raison des responsabilités particulières qu'il entend exercer et avec lesquelles sa situation est incompatible. Observons surtout ici la différence de vocabulaire : l'interdiction d'inscriptions sur les listes électorales est une punition parce qu'elle « vise à réprimer plus sévèrement ». **C'est donc parce que le Conseil voit dans cette sanction une fonction afflictive qu'il la qualifie de peine.** Inversement, la finalité de la déchéance du juge du tribunal de commerce ne revêt à ses yeux qu'une fonction préventive, indépendante du degré de désagrément qu'elle est susceptible de causer à la personne concernée.

894. Une distinction similaire se retrouve au niveau des sanctions pénales. La période de sûreté, « bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé »¹⁵⁶⁷ : elle dépend donc vraisemblablement de l'appréciation de la culpabilité et se rapporte donc au châtement, ce dont il

1564 Cons. const., déc. n° 2011-117 QPC du 8 avr. 2011, *M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité]*, §10 : RFDC 2011, p. 875, note GHÉVONTIAN ; RFDA 2011, p. 723, note TÜRK ; LPA 2012, n° 153, p. 12, chron. CASSARD-VALEMBOS.

1565 Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral]*, §5 : *Dr. pénal* 2013, n° 2, p. 39, note ROBERT ; RFDC 2010, p. 830, obs. RACINE ; *Lamy collectivités territoriales* 2010, n° 60, p. 33, note DUTRIEUX ; *AJDA* 2010, p. 1831, note MALIGNER.

1566 Cons. const., déc. n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Didier P. [Déchéance de plein droit des juges consulaires]*, §5 : *Dr. pénal* 2011, n° 6, p. 39, note ROBERT ; LPA 31 juillet 2012, p. 27, chron. BAGHESTANI.

1567 Cons. const., déc. n° 86-215 DC du 3 sept. 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, §§3 et 23 : *RDP* 1989, p. 399, note FAVOREU ; *Ann. int. just. const.* 1986, p. 444, note GENEVOIS.

découle que l'article 8 de la Déclaration doit s'y appliquer¹⁵⁶⁸. Tel n'est pas le cas des mesures de sûreté telles que, notamment, la surveillance judiciaire qui, bien que « *prononcée par la juridiction de jugement* », est « *ordonnée par la juridiction de l'application des peines* » et « *repose non sur la culpabilité du condamné mais sur sa dangerosité* », d'où il découle qu'elle « *ne constitue ni une peine ni une sanction* »¹⁵⁶⁹. Il en va de même de la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté, qui reposent « *non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision* » et qui ont « *pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par [sic] des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité* »¹⁵⁷⁰. La distinction établie et les présupposés sur lesquels elle repose semble semblent sommaires mais clairs. Est une peine, fondée sur la culpabilité, toute sanction ordonnée par la juridiction de jugement ou qui découle directement de sa décision. Si une autre autorité demeure compétente pour décider de la mise en œuvre de la mesure prononcée, celle-ci remplit une fonction de « prévention » et n'est pas une punition. Le critère organique, à la rigueur, aurait pu suffire, mais le Conseil insiste sur la visée purement préventive des mesures de sûreté, ce qui semble confirmer qu'il associe bien l'idée de punition à celle de rétribution.

895. **Conclusion de la première section.** Il se confirme ainsi que la notion de punition ne peut être détachée de celle de souffrance et, plus précisément, d'une fonction afflictive qui fait de la souffrance le moyen par lequel les effets positifs recherchés sont supposés être produits. Sans que cela constitue réellement une surprise, l'étude du droit positif confirme ce qu'enseigne déjà l'histoire des doctrines. Les finalités de rétribution, d'expiation, de dissuasion ou d'amendement passent toutes, pour se réaliser, par l'affliction physique ou psychique du coupable qui est supposée le purifier de sa faute, le corriger par un dressage pavlovien ou faire de lui un exemple destiné à terroriser les autres. Restent alors les finalités préventives de la peine, qui ne requièrent pas nécessairement le recours à la souffrance pour être réalisées. Toutefois, ces finalités ne sont pas propres à la notion de punition. Les doctrines positivistes se saisissent ainsi de la logique de l'élimination pour fonder la notion de mesure de sûreté qu'elles construisent par opposition à la conception classique de la peine. De même, les écoles de la défense sociale s'opposent au modèle répressif pénitentiaire au profit d'une conception prophylactique de la politique criminelle qui tend à écarter toute fonction punitive, mais le « traitement » à durée indéterminée prend alors le pas sur la peine. Cette opposition se retrouve dans le droit positif où, même lorsque les rationalités se mêlent, le législateur ne conçoit pas la peine sans un élément de souffrance, tandis que la jurisprudence relative aux droits fondamentaux continue de définir la matière pénale au moyen de la dichotomie répression-prévention.

1568 Cons. cons., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994, préc., §10.

1569 Cons. const., déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, §§13-14 : AJDA 2006, p. 457, tribune ROUVILLOIS ; D. 2006, p. 966, note ROUVILLOIS ; *ibid.*, p. 826, obs. OGIER-BERNAUD et SEVERINO ; RSC 2006, p. 124, obs. BÜCK.

1570 Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, §9 : D. 2008, Pan. 2035, obs. BERNAUD et GAY ; *ibid.* 2009, Pan. 125, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Gaz. Pal.* 2008, 1. 391 ; RSC 2009, p. 166, obs. DE LAMY ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll.« Grands arrêts », 2018, p. 849.

896. Du point de vue de la proportionnalité, cette caractéristique pose un ensemble de problèmes uniques. Si en effet la peine n'est pas seulement une atteinte aux libertés, mais aussi la souffrance causée par cette atteinte, le contrôle de proportionnalité doit être modifié en conséquence. Il ne s'agit plus seulement pour le juge de déterminer ce en quoi il est nécessaire et proportionné de porter atteinte aux droits d'une personne, mais aussi ce en quoi il est nécessaire et proportionné de la faire souffrir. La souffrance, dans toute autre situation, ne serait considérée que comme un effet négatif de la mesure qu'il s'agirait de réduire autant que possible. **Ici, elle devient un moyen de produire un bien, autrement dit un bien instrumental, alors que dans le même temps et pour les mêmes raisons, il est reconnu qu'elle est un mal par nature et même par destination.** De cette spécificité éthique découle logiquement une forme unique d'incommensurabilité, proche du paradoxe, qui peut à présent être exposée.

Section 2. L'incommensurabilité liée à l'utilisation de la souffrance

897. Récapitulons. La peine, par définition, agit par affliction. Les finalités propres qui font d'elle une peine plutôt qu'une mesure de sûreté ou une sanction non pénale sont supposées être atteintes au moyen de la souffrance qui est infligée au condamné¹⁵⁷¹. Pour être proportionnée, elle doit répondre à deux principes distincts. L'un, spécifique à la matière punitive, exige que la peine soit mesurée à la gravité du délit qu'elle sanctionne. Nous appelons cela proportionnalité-mesure¹⁵⁷². Le second principe s'applique à l'ensemble des atteintes aux libertés réalisées par les autorités publiques, ce qui inclut la peine. Il exige de ces atteintes qu'elles permettent effectivement d'atteindre un but légitime, qu'elles soient limitées au strict nécessaire, eu égard à ce but et qu'elles ne causent pas davantage de mal que de bien. Nous appelons ce principe proportionnalité-justification¹⁵⁷³. Ces principes paraissent *a priori* contradictoires, car la proportionnalité-justification s'inscrit dans une logique conséquentialiste, tandis que la proportionnalité-mesure exige de la peine qu'elle soit mesurée à un fait passé. Néanmoins il semble possible de les concilier, en théorie, si l'on considère la juste rétribution visée par la proportionnalité-mesure comme un but légitime au sens de la proportionnalité-justification¹⁵⁷⁴. Un contrôle de proportionnalité de la peine unifié consisterait donc d'abord à déterminer quelle peine est mesurée à la gravité du crime, puis à confronter cette solution aux contraintes tirées de rationalités concurrentes telles que, notamment, les fins de dissuasion, de sécurité et de réinsertion¹⁵⁷⁵.

898. Un raisonnement de ce type requiert toutefois que chaque étape puisse être réalisée avec un degré de précision suffisant. Dans une telle succession d'opérations, chaque approximation se répercute nécessairement sur toutes les étapes suivantes. De plus, dès lors que l'acte contrôlé vise à produire de la souffrance, ne devraient être tolérables que les erreurs les plus insignifiantes. Sans cela, on admet que l'on fait souffrir intentionnellement et sans raison ou sans se préoccuper d'avoir de bonnes raisons. Pour paraphraser Beccaria, une peine qui dépasse la limite fixée par la proportionnalité représente la peine juste, plus une autre peine¹⁵⁷⁶. En ce sens, le principe de proportionnalité rejoint celui de l'*ultima ratio* ou de la subsidiarité du droit pénal¹⁵⁷⁷ : l'usage

1571 V. *supra*, Section 1 (p. 408).

1572 V. *supra*, p. 87.

1573 V. *supra*, p. 61 ainsi que p. Erreur : source de la référence non trouvée.

1574 V. *supra*, p. 197.

1575 *Ibid.*

1576 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 38 (III) : « Une peine qui dépasse la limite fixée par les lois représente la loi juste, plus une autre peine » ; rappr. J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment: a critical investigation*, Dordrecht, Pays-Bas, coll.« Library of ethics and applied philosophy », n° 16, 2004, p. 157 : « *Punishment of the innocent, therefore, may be regarded as only one instance of a much broader problem, namely, inadvertent disproportionate punishment.* » (« La peine infligée à un innocent peut par conséquent être considérée comme un simple cas particulier d'un problème bien plus étendu, celui des peines qui sont disproportionnées par inadvertance. ») ; N. MORRIS, *The future of imprisonment*, The University of Chicago Press, 1974, p. 75 : « *Punishment in excess of what is felt by the community to be the maximum suffering justly related to the harm the criminal has inflicted is, to the extent of that excess, a punishment of the "innocent"* » (« La peine qui excède ce qui, selon le sentiment de la communauté, constitue le maximum de souffrance à se trouver dans une juste relation avec le dommage que le criminel a causé, revient à punir un "innocent". »)

1577 S. MELANDER, « *Ultima Ratio in European Criminal Law* », *European Criminal Law Review*, 2013, vol. 3, n° 1, p. 53, 61-62 assimile ainsi la proportionnalité à une forme « interne » d'*ultima ratio* ; v. toutefois E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p.

excessif de la souffrance décrédibilise la législation pénale et l'autorité au lieu de les renforcer¹⁵⁷⁸. Dans le même temps, l'évaluation de la souffrance et des liens de causalité qu'elle peut entretenir avec le traitement infligé et les résultats attendus représente un véritable défi épistémologique. L'appréhender d'un point de vue subjectif, en s'intéressant au ressenti réel du condamné, revient très vite à prétendre sonder les âmes. Adopter au contraire une position objective, basée par exemple sur ce qui constituerait une souffrance « normale » ou « moyenne », équivaut en grande partie à renier le principe de personnalisation de la peine. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même, lorsqu'elle est confrontée à cette alternative pour déterminer si des mauvais traitements dépassent le seuil d'application de l'article 3 de la Convention, ne sait pas toujours sur quel pied danser¹⁵⁷⁹ – et encore, elle se prononce alors sur des faits déjà advenus et non sur des effets futurs à prévoir en termes probabilistes¹⁵⁸⁰. En outre, dès lors qu'il est question de concilier la réalisation de finalités différentes de la peine, il est possible que l'approche subjective et l'approche objective de la souffrance doivent être prises en compte simultanément. Tel est le cas si l'on souhaite, par exemple, que la peine soit à la fois dissuasive pour la personne condamnée et exemplaire aux yeux du public. Il y a là une sorte de paradoxe qui pourrait presque évoquer les aphorismes de Derrida : la raison pour laquelle la décision sur la peine devrait être aussi précise que possible est aussi la raison pour laquelle cette décision ne peut être que vague. « La seule décision possible, c'est la décision impossible »...

899. L'incommensurabilité peut toutefois être présente sans empêcher la réalisation de tout contrôle de proportionnalité. Ainsi qu'il a été exposé au chapitre précédent, la portée de l'examen mené par le juge peut s'en trouver limitée, mais la nature et l'importance de ces limites dépendent de l'ensemble des paramètres du contrôle à réaliser. Il convient donc de prendre ces paramètres pour point de départ et de suivre les étapes du contrôle idéal dans leur ordre logique. La recherche de la proportionnalité-mesure constitue la première de ces étapes. Parce qu'elle constitue un mode de raisonnement à part, elle représente des problèmes spécifiques et doit être abordée à titre particulier. Les conclusions à son égard influent ensuite sur la façon dont elle se combine avec les rationalités prospectives de la peine dans le cadre plus global du contrôle de proportionnalité-justification. C'est pourquoi nous présenterons successivement l'incommensurabilité de la proportionnalité-mesure (§1), puis celle de la proportionnalité-justification des peines (§2).

§1. L'incommensurabilité de la proportionnalité-mesure

900. La proportionnalité-mesure exige une correspondance entre la gravité de l'infraction sanctionnée et la sévérité de la peine qui y répond. Elle repose plus précisément sur une opération de conversion qui suppose d'établir un rapport d'analogie entre le mal commis et le mal à subir. Le juge doit ainsi déterminer ce qui fait la gravité du crime au regard de divers paramètres et,

247-263, qui ne considère le principe de subsidiarité que comme régissant les rapports entre le droit pénal et les autres branches du droit.

1578 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 111-112 (XXVII).

1579 P. WACHSMANN, « “Dans le leurre du seuil”. Sur la détermination de l'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élizabeth Zoller*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2018, p. 203-225.

1580 Sur les problèmes spécifiques liés au caractère probabiliste du contrôle de proportionnalité, v. *supra*, p. 351.

notamment, des valeurs sociales atteintes, de l'importance du dommage qu'elles ont subi et de l'attitude psychologique de l'auteur au moment des faits, avant de reporter cette appréciation sur une échelle de sévérité correspondante au niveau de la sanction. En doctrine, les implications méthodologiques de ce principe ont essentiellement été étudiées dans le cadre de la théorie des *just deserts*, c'est-à-dire du « juste-dû » ou de la peine justement méritée¹⁵⁸¹.

901. Pour pouvoir être mené à bien, le contrôle de proportionnalité-mesure requiert donc qu'existent deux échelles de valeur distinctes : celle des délits et celle des peines. Ces échelles doivent présenter une précision suffisante pour permettre d'y situer l'infraction concrètement sanctionnée et les diverses sanctions envisageables (I). Ensuite, le passage d'une échelle à l'autre doit être possible, ce qui suppose qu'existe une règle de conversion suffisamment objective pour fonder rationnellement le choix de la peine (II).

I. Les incertitudes quant aux échelles distinctes des crimes et des peines

902. Le choix de la peine par le juge est encadré par le Code pénal d'une manière qui lui impose de tenir compte de la proportionnalité-mesure. L'article 132-1, alinéa 2, dispose ainsi que « toute peine doit être individualisée ». L'alinéa 3 ajoute que « dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1. » Ce dernier texte indique entre autres que la peine a pour fonction « de sanctionner l'auteur de l'infraction », ce qui renvoie à l'idée de rétribution. Reste donc à savoir comment les critères de l'article 132-1 peuvent être reliés à la fonction de sanction prévue par l'article 130-1.

903. À cette fin, le juge peut d'abord se référer à la peine encourue, qui exprime à un niveau abstrait un premier jugement de gravité et de sévérité émis par le législateur. L'article 111-1 du Code pénal dispose en effet que « les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions », et ces catégories sont elles-mêmes définies par les peines principales, prévues aux articles 131-1 et suivants. Autrement dit, en principe, la peine fulminée par le législateur à l'égard d'une infraction est principalement déterminée par la gravité de celle-ci. Cela ne va pas nécessairement de soi, car d'autres critères peuvent intervenir. Dans le domaine des peines alternatives ou complémentaires, en particulier, nombre de sanctions prévues par le législateur se rapprochent de mesures de sûreté et sont fondées sur des préoccupations de prévention. Tel est le cas, par exemple, des stages de sensibilisation ou de la confiscation, qui reflètent certaines caractéristiques circonstancielles du délit sans pour autant en exprimer la gravité. En matière de proportionnalité-mesure, c'est donc avant tout la peine principale qui est éclairante. Réciproquement, dès lors qu'il est établi que la peine indique la gravité de l'infraction, il en découle que l'échelle des peines dont cette sanction est issue est elle-même organisée suivant un critère de sévérité¹⁵⁸².

1581 V. P. PONCELA, *Droit de la peine*, op. cit., p. 69-70.

1582 V. *supra*, 121.

904. À partir de ces éléments, une première option pourrait consister, pour le juge, à considérer que la proportionnalité-mesure est déjà entièrement couverte par l'appréciation du législateur. La gravité de l'infraction et la sévérité de la peine pourraient constituer des données abstraites qui découleraient de la seule qualification juridique des faits. À l'inverse, des critères d'individualisation tels que les finalités de réinsertion et de protection de la société requerraient une appréciation *in concreto* dont la compétence reviendrait au juge. Dans ce cas, il lui suffirait de partir du maximum légal – ou, éventuellement, d'une valeur intermédiaire qui en soit directement dérivée, par exemple la moitié – pour avoir achevé son contrôle de proportionnalité-mesure. Il appliquerait ensuite à ce point de départ divers tempéraments fondés exclusivement sur les rationalités prospectives de la peine.

905. Cette interprétation est toutefois incompatible avec les dispositions précitées des articles 130-1 et 132-1 du Code pénal. Si la peine doit être individualisée et motivée au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur et de la fonction de sanction, cela ne peut se faire qu'au moyen d'une appréciation concrète de la gravité des faits et de l'impact que la peine est susceptible de produire sur la personne condamnée. C'est ici que les choses se compliquent, car si le Code pénal comprend bien une échelle de sévérité des peines encourues et, par ricochet, une échelle de gravité des comportements incriminés, en revanche il n'inclut d'échelle ni pour la gravité des circonstances, ni pour la sévérité des peines prononcées.

906. Pour ce qui concerne les circonstances de l'infraction, quelques éléments peuvent être déduits par une lecture entre les lignes de la loi pénale. Certains critères de répression sont reconnus plus ou moins implicitement et avec plus ou moins de généralité. Il apparaît ainsi manifestement que la gravité de l'infraction s'entend en termes à la fois objectifs et subjectifs. Dans le domaine des infractions contre les personnes, par exemple, l'intentionnalité du comportement peut faire varier la répression tout autant, sinon davantage, que ses conséquences. Pour un même résultat, la mort d'autrui, la peine encourue peut aller de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende en cas de simple imprudence¹⁵⁸³ à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté de dix-huit ans lorsque la mort a été causée intentionnellement et avec préméditation¹⁵⁸⁴. La nature, l'ampleur et la probabilité du résultat ou du risque interviennent également. La répression des violences est ainsi graduée en fonction de la gravité du dommage qui en est résulté¹⁵⁸⁵ et le vol est aggravé lorsqu'il porte sur un bien revêtant une valeur culturelle particulière¹⁵⁸⁶. De même, la création d'un simple risque, aussi important soit-il, n'est en principe pas réprimée de la même manière que sa réalisation et plus la distance causale est importante, moins la répression est sévère. Par exemple, l'article 223-1 du Code pénal dispose que « *Le fait d'exposer directement autrui à un*

1583 Code pénal, art. 221-6 al. 1 : « *Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.* »

1584 Code pénal, art. 221-3, al. 1 et 2 : « *Le meurtre commis avec préméditation ou guet-apens constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article.* »

1585 Code pénal, art. 222-7 et s.

1586 Code pénal, art. 311-4-2.

risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Si ce risque se réalise, l'auteur de la faute délibérée encourt 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende en cas de dommage corporel causé à la victime¹⁵⁸⁷ et 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende si elle décède¹⁵⁸⁸. Il est donc possible d'identifier un triptyque de gravité de l'infraction, constitué par l'importance du résultat redouté, de sa probabilité à partir de la consommation de l'infraction et de l'intention de l'auteur à cet égard. Ces trois paramètres sont toutefois loin d'être exhaustifs.

907. À ces éléments de départ, il est possible d'ajouter ceux qui découlent de la récurrence de certaines circonstances aggravantes ou spécialement incriminées. La pluralité d'auteurs et le degré d'organisation commune élaborée par eux en vue de l'infraction sont souvent sanctionnés, comme l'illustrent les circonstances aggravantes de réunion¹⁵⁸⁹ et de bande organisée¹⁵⁹⁰ ou l'incrimination accessoire du *happy slapping*¹⁵⁹¹ et celles, autonomes, de participation à un groupement violent¹⁵⁹², à

1587 Code pénal, art. 222-19 : « Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende. »

1588 Code pénal, art. 221-6, al. 2. (homicide involontaire) : « En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. »

1589 Par ex. Code pénal, art. 311-4 : « Le vol est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende :
1° Lorsqu'il est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice, sans qu'elles constituent une bande organisée ; »

1590 Code pénal, art. 132-71 : « Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions. »

L'aggravation causée par la circonstance de bande organisée est plus importante que celle qui résulte de la simple réunion. V. par ex. Code pénal, art. 311-9 : « Le vol en bande organisée est puni de quinze ans de réclusion criminelle et de 150 000 euros d'amende. »

1591 Code pénal, art. 222-33-3, al. 1 : « Est constitutif d'un acte de complicité des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne prévues par les articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 et 222-33 et est puni des peines prévues par ces articles le fait d'enregistrer sciemment, par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit, des images relatives à la commission de ces infractions.

Le fait de diffuser l'enregistrement de telles images est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

La peine encourue pour la diffusion des images peut donc être supérieure à celles encourues par l'auteur des violences et par celui de l'enregistrement, si les violences n'ont pas causé une incapacité de travail de plus de huit jours (v. Code pénal, art. 222-13, 8° *in fine*).

1592 Code pénal, art. 222-14-2 : « Le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. »

une association de malfaiteurs¹⁵⁹³ ou à un groupement terroriste¹⁵⁹⁴. Observons que ce n'est pas seulement le caractère collectif du comportement qui est ainsi réprimé, mais aussi le fait qu'il fasse l'objet d'une concertation préalable. Ce sont la détermination et la préparation communes à violer la loi qui constituent un mal particulier dans l'infraction, indépendamment de son résultat. Jouent également fréquemment les qualités de l'auteur et de la victime. Les discriminations constituent à la fois un ensemble d'incriminations¹⁵⁹⁵ et deux circonstances aggravantes générales¹⁵⁹⁶. La répression est plus généralement aggravée à raison de la personne de la victime, lorsque celle-ci appartient à une catégorie de personnes protégées : mineurs, personnes vulnérables, conjoint, concubin ou partenaire lié à l'auteur par un pacte civil de solidarité, personnes dépositaires de l'ordre public ou chargées d'une mission de service public ou d'un mandat électif public¹⁵⁹⁷... Réciproquement, le statut particulier de l'auteur des faits peut intervenir soit comme circonstance aggravante, soit comme élément constitutif de l'infraction. Il en va ainsi des personnes chargées d'une fonction publique qui, en raison de leur devoir d'exemplarité, encourent des peines plus importantes lorsqu'elles commettent des infractions générales et peuvent engager leur responsabilité pénale sous des incriminations spécifiques aux comportements abusifs propres à leurs fonctions¹⁵⁹⁸.

908. Nous pourrions poursuivre encore longtemps cet inventaire en ordre dispersé. La législation pénale étant devenue un véritable jeu de communication, sa fonction expressive est presque noyée sous l'information. Il est toutefois possible de dégager ainsi quelques indications de type ordinal. Le législateur estime ainsi généralement qu'une infraction est d'autant plus grave qu'elle a été préparée et commise au moyen de stratagèmes ou d'instruments élaborés. Les responsabilités confiées à l'auteur comme à la victime ou, inversement, la vulnérabilité de celle-ci, jouent également dans le sens de la répression. Inversement, le fait que la loi prévoit dans certains cas une mitigation de la répression en faveur des repentis¹⁵⁹⁹ indique que le juge pourrait atténuer de la même manière son jugement envers le condamné qui a apporté son aide aux autorités. **Toutefois rien n'indique comment chacun de ces paramètres est censé jouer *in concreto*, ni comment ils sont supposés se combiner.** Prenons l'exemple d'un pacte de corruption. Il semble aller de soi que la gravité concrète de la corruption active comme celle de la corruption passive doivent se répercuter sur les peines prononcées à l'égard, respectivement, du corrupteur et de l'agent corrompu. Cette gravité va

1593 Code pénal, art. 450-1 : « Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

1594 Code pénal, art. 421-2-1 : « Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents. »

1595 Code pénal, art. 225-1 et s., 432-7.

1596 Code pénal, art. 132-76 et 132-77, respectivement pour les discriminations racistes et sexistes.

1597 V. par exemple les circonstances aggravantes prévues par le Code pénal aux articles 221-4 (meurtre), 222-3 (tortures et actes de barbarie), 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13 (violences), 222-24 (viol), 226-3-1 (atteinte à la vie privée)...

1598 V. notamment Code pénal, art. 432-1 à 432-17.

1599 Code pénal, art. 132-78.

dépendre, entre autres, de l'importance de l'acte ou de l'abstention qui a été rémunéré ou qu'il a été proposé de rémunérer, des fonctions occupées par la personne corrompue, de l'importance et de la nature de la rémunération offerte ou sollicitée. De même, les rapports de pouvoir existant entre les deux participants à l'accord illicite peuvent importer pour apprécier leurs situations respectives. Le fait est qu'une fois ces paramètres posés, il faut bien les mettre en rapport entre eux. Est-il plus grave qu'un conseiller municipal monnaie son vote pour l'attribution d'un marché public relatif aux dépenses bureautiques de l'administration ou qu'une société rémunère le dirigeant d'une entreprise concurrente pour prendre une décision qui risque de mener au dépôt de bilan ? Des questions similaires se posent en présence de complices. L'article 121-3 du Code pénal prévoit que le complice est puni comme auteur de l'infraction. Toutefois, lorsque l'auteur principal et le complice sont tous les deux punissables, la juridiction de jugement est amenée à s'interroger sur la répartition de la culpabilité entre eux. Par exemple, l'instigation peut-elle s'avérer plus grave que l'acte criminel principal et, si tel est le cas, où se trouve le point de bascule ?

909. Certes, il peut être avancé qu'une part d'intuition est toujours nécessaire pour mener de telles évaluations. Cette idée forme toutefois un contraste frappant avec la pléthore d'incriminations autonomes et de circonstances aggravantes qui ne visent qu'à faire varier les peines encourues dans des sous-hypothèses pour en exprimer la gravité particulière. Ces variations en gravité exprimée devraient, d'une manière ou d'une autre, se répercuter sur l'évaluation qui est faite de la gravité concrète des infractions, sans quoi la loi pénale serait essentiellement dépourvue de portée normative dans un grand nombre de cas. En outre le principe de légalité criminelle est supposé permettre au justiciable d'anticiper non seulement sur la possibilité qu'il soit poursuivi et condamné, mais aussi sur la peine à laquelle il s'expose¹⁶⁰⁰. Il paraît à cet égard extrêmement difficile de réconcilier l'infinie variété des peines encourues *in abstracto* avec l'incertitude générale qui règne sur les critères d'aggravation et de mitigation au moment du prononcé de la sanction.

910. Des difficultés similaires apparaissent dans le domaine des peines. À nouveau, un certain ordre hiérarchique semble établi par le Code pénal comme par le Code de procédure pénale. Les peines privatives de liberté sont vraisemblablement les plus sévères par nature. D'abord elles correspondent à la fois à la seule nature de peine encourue à titre principal par les personnes physiques déclarées coupables de crimes et à la première sanction de l'échelle des peines correctionnelles, tandis qu'elles sont exclues en matière contraventionnelle. Ensuite les obligations de motivation spéciale prévues par l'article 132-19 du Code de procédure pénale attestent du caractère exceptionnel et subsidiaire que doit revêtir la privation de liberté. Cette hiérarchie est d'un certain secours lorsqu'un problème peut être réglé par un raisonnement en gravité abstraite. Tel est le cas, par exemple, en matière de conflits de lois dans le temps, lorsqu'il s'agit de déterminer si les dispositions indivisibles d'une loi nouvelle sont globalement plus sévères ou plus douces que celles de la loi ancienne¹⁶⁰¹. Toutefois, dès lors que le juge a la possibilité de choisir entre plusieurs natures de peines et d'en faire varier les modalités et les *quanta*, il est envisageable que le classement en soit bousculé. Un abaissement léger de la durée de la privation de liberté ne vaut pas toujours une

1600 B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 102.

1601 X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 125 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 1373 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 309-314 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 160.

augmentation considérable du montant d'une amende. En outre il importe alors également de tenir compte de la situation personnelle du condamné. Une peine complémentaire peut très vite être ressentie comme plus sévère qu'une peine d'emprisonnement assortie du sursis simple ou qu'une amende modérée, si elle est susceptible de priver la personne concernée de revenus en mettant fin à son activité principale. Tel peut être le cas, par exemple, des interdictions d'activité ou de la suspension ou de l'annulation du permis de conduire pour un chauffeur professionnel.

911. Afin d'alléger certaines de ces incertitudes, MM. von Hirsch et Jareborg ont proposé d'évaluer la gravité des crimes sur une échelle fondée sur la notion de « standard de vie »¹⁶⁰² présentée dans un ouvrage de M. Sen, *The Standard of Living*¹⁶⁰³. Plus récemment, M. von Hirsch a proposé, avec M. Ashworth, d'appliquer le même type de raisonnement au mal des peines¹⁶⁰⁴. Pour ces auteurs, ce qui importe avant tout, c'est la façon dont un crime ou une peine affectent la « qualité de vie » d'une personne, les intérêts liés à son « bien-être personnel »¹⁶⁰⁵, dans un sens qui inclut des facteurs non-économiques associés à l'épanouissement humain¹⁶⁰⁶. Le standard de vie ne se focalise pas sur la qualité de vie réelle ou la réalisation effective de buts personnels, mais sur les moyens et capacités dont dispose une personne pour atteindre cette qualité de vie¹⁶⁰⁷. Les auteurs définissent ensuite quatre niveaux de standard de vie, sur lesquels un intérêt peut être placé : 1°) la simple « survie » sans confort, 2°) le « niveau minimal de bien-être » où sont couverts des besoins élémentaires tels qu'un toit, une alimentation décente et un niveau minimum d'intimité, 3°) le « niveau “décent” » qui consiste en un confort de base sans avantage particulier et 4°) le « niveau standard de bien-être » qui suppose que rien ne manque réellement à la personne concernée¹⁶⁰⁸. Il est ensuite proposé d'envisager trois « intérêts génériques » dans lesquels la plupart des enjeux de qualité de vie peuvent être retrouvés : « l'intégrité physique », les « moyens matériels de subsistance et de confort » et « l'intimité et l'absence d'exposition à l'humiliation »¹⁶⁰⁹. Pour apprécier la gravité concrète d'un crime à l'égard d'une victime, les auteurs proposent de raisonner en identifiant lesquels de ces intérêts sont affectés et, pour chacun d'entre eux, quel niveau de

1602 A. VON HIRSCH et N. JAREBORG, « Gauging Criminal Harm : A Living-Standard Analysis », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, vol. 11, p. 1-38 ; cette étude a été republiée et augmentée sous la forme d'un appendice à A. VON HIRSCH et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing : exploring the principles*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, coll.« Oxford monographs on criminal law and justice », 2005, p. 186-219, nous nous référerons à cette seconde version pour les notes suivantes.

1603 A. SEN, *The Standard of Living*, Cambridge University Press, 1987.

1604 A. VON HIRSCH et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing*, *op. cit.*, p. 143-146.

1605 A. VON HIRSCH et N. JAREBORG, « Appendix 3 - Gauging Crime Seriousness : A “Living Standard” Conception of Criminal Harm », *Proportionate sentencing : exploring the principles*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, coll.« Oxford monographs on criminal law and justice », 2005, p. 191 : « *The guiding idea, which we have come to find most natural, is one concerned with the quality of a person's life. The most important interests are those central to personal wellbeing ; and, accordingly, the most grievous harms are those which drastically diminish one's standard of wellbeing.* »

1606 *Ibid.*, p. 194 : « *This refers to the quality of persons' existence in a sense that includes not only material support and amenity but other non-economic capabilities that affect the quality of a person's life.*

The living standard is one of a family of related notions, including wellbeing, that refer to the extent of human flourishing. »

1607 *Ibid.* : « *The living standard, however, does not focus on actual life quality or goal-achievement, but on the means and capabilities for achieving a certain quality of life.* » (mots soulignés en italiques dans le texte)

1608 Respectivement « *subsistence* », « *minimal wellbeing* », « *“adequate” wellbeing* » et « *standard wellbeing* » : *Ibid.*, p. 202-205.

1609 « *Physical integrity* », « *material support and amenity* », « *privacy/freedom from humiliation* » : *Ibid.*, p. 205.

satisfaction est perturbé. Par exemple, une agression violente qui laisse à la victime un œil au beurre noir affecte son intégrité physique et fait obstacle, au vu de ce premier intérêt, à un niveau standard de bien-être (4°) pendant le temps de la guérison. Elle produit aussi un effet humiliant, violent psychologiquement, qui abaisse le bien-être en dessous du niveau « décent » (3°) le temps que le traumatisme s'estompe¹⁶¹⁰.

912. La théorie du standard de vie présente l'avantage de fournir une méthode d'évaluation du mal du crime et, éventuellement, de celui de la peine, qui ne passe pas par la qualification juridique de l'infraction ou par les seuils de pénalité présents. Elle présente toutefois d'importantes lacunes. D'abord elle ne permet pas de prendre en compte les variations de l'élément psychologique de l'infraction, ni les cas de tentative ou les infractions formelles. La grande majorité des infractions contre l'État et toutes les infractions obstacles lui échappent également, à défaut de victime. Dans le même temps, le modèle est construit à partir d'une victime supposée « moyenne » qui bénéficie au départ du standard de vie le plus élevé. Comme c'est à partir de l'atteinte à ce standard que la gravité du crime est calculée, cela peut mener à négliger les besoins des personnes vulnérables voire, plus largement, à ce que le crime soit automatiquement jugé plus sévèrement lorsque la victime est issue d'une classe privilégiée et *vice versa*. L'analyse demeure enfin très imprécise, tant dans ses critères que dans ses résultats. Elle ne présente pas de méthode particulière pour prendre en compte les atteintes à plusieurs intérêts distincts ou aux intérêts de victimes multiples. Les mêmes difficultés se présentent lorsqu'il est question d'évaluer la sévérité d'une peine. De plus il faut alors ajouter, au moins pour les peines privatives de liberté, le facteur de la durée, qui peut avoir un impact déterminant mais n'est pas réellement pris en compte par le modèle du standard de vie.

913. La gravité concrète de l'infraction comme la sévérité de la peine envisagée paraissent ainsi très difficiles à apprécier concrètement d'une manière qui permette de se prononcer sur leur rapport de proportionnalité. Or, si l'évaluation séparée de ces deux valeurs est déjà affectée par un grand degré d'approximation, il ne peut qu'en aller de même et *a fortiori* lorsqu'il s'agit de réaliser une conversion d'une valeur à l'autre.

II. L'absence de critère de conversion satisfaisant entre crime et peine

914. Si la gravité du crime doit se refléter dans la peine, il est alors nécessaire d'avoir recours à une échelle intermédiaire qui permette de passer du premier à la seconde. Le mal de la répression est d'une nature différente du mal du crime. La peine est infligée par l'État, elle est un acte de puissance publique indétachable d'un sens juridique et politique particulier qui en fonde la légitimité. C'est d'ailleurs pourquoi l'une des questions classiques de philosophie pénale porte sur le droit de punir de la Société¹⁶¹¹ ou, de manière plus contemporaine, sur le pouvoir de punir de

1610 *Ibid.*, p. 209, avec d'autres exemples pp. 210-212.

1611 V., entre de nombreux autres exemples : J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal. Pénalité - juridictions - procédure. Suivant la science rationnelle, la législation positive, et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles*, 3^e éd., Paris, Plon, 1863, p. 80 et s. ; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, traduit par Faustin HÉLIE, 4^e éd., Paris, Librairie De Guillaumin et Cie, 1872, p. 104 : « la justice n'en est point concevable, si elle opère de l'inférieur au supérieur, même d'égal à égal. Elle suppose nécessairement un pouvoir, un pouvoir légitime, que la raison avoue, qui tire de la raison sa force morale, son autorité. » ; R. GARRAUD, *Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont*

l'État¹⁶¹². La violence de la peine se compare difficilement avec celle, individuelle ou même collective, des personnes soumises à l'autorité de l'État – fussent-elles des personnes morales de droit public.

915. Cette différence apparaît également dans les modalités matérielles de la peine qui, en droit français, ne correspondent pas à celles de l'infraction. Cela exclut donc que l'on considère la rétribution comme une application de la loi du talion. L'échelle des peines principales s'exprime exclusivement en privations de liberté et en valeurs monétaires, tandis que les comportements incriminés sont de natures extrêmement diverses. Qui plus est, même lorsqu'il existe une similitude entre l'infraction et la sanction, elle ne ressemble jamais à une véritable égalité. L'article 224-1 du Code pénal punit ainsi « *le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne* » de vingt ans de réclusion criminelle, peine qui peut être assortie d'une période de sûreté. L'alinéa 3 prévoit un tempérament : « *Toutefois, si la personne détenue ou séquestrée est libérée volontairement avant le septième jour accompli depuis celui de son appréhension, la peine est de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* » (nous soulignons). La différence de durée ne peut pas simplement s'expliquer par la finalité dissuasive de la répression, car il faudrait alors admettre que la rétribution ne représente qu'une part infime du sens de la peine. De même, la confiscation de la chose qui a été utilisée pour commettre le délit ne constitue pas une application de la loi du talion : la privation d'un droit dont il a été abusé n'est pas un retour de l'abus sanctionné mais bien une réplique à cet abus.

916. Le législateur n'employant pas la loi du talion comme modèle répressif, le juge ne peut pas non plus y avoir recours, sans quoi il attribue à la peine un sens différent de celui en vue duquel elle est édictée. En revanche, dès lors que l'échelle des peines est établie en correspondance à celle des délits, cela signifie qu'est mise en œuvre une forme de conversion symbolique d'un mal à l'autre. Une nouvelle difficulté apparaît alors. Lorsqu'il est question d'apprécier la gravité de l'infraction, l'échelle des peines peut être considérée comme indiquant un simple classement ordinal : tel acte est plus grave, moins grave ou de gravité équivalente à un autre. Pour arriver toutefois à choisir une peine juste, il faut pouvoir la définir non seulement en nature, mais aussi en *quantum*, en composant de plus avec l'ensemble des peines principales, complémentaires ou alternatives et des modalités d'exécution qui peuvent faire l'objet de l'individualisation. Le but de l'opération est d'arriver à une expression chiffrée et, le plus souvent, composite de ce qui constitue la juste rétribution. On en revient donc à une difficulté évoquée au chapitre précédent, celle de l'incommensurabilité des valeurs¹⁶¹³. Ce problème revêt une nouvelle forme dans le cadre de la proportionnalité-mesure. La conversion de valeurs qui y prend place diffère de celle qui est requise par le contrôle de proportionnalité-justification du point de vue à la fois de sa structure logique et de son objet.

917. Du point de vue de la structure logique, le contrôle de proportionnalité-justification consiste à apprécier l'équilibre global de la situation, à vérifier que l'atteinte aux libertés réalisée par l'autorité publique produise plus de bien que de mal. On compare donc, en prévision, les résultats

modifié ces deux codes, 11^e éd., Paris, Sirey, 1912, p. 16-19.

1612 P. PONCELA, « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, vol. 28, p. 123-135.

1613 V. *supra*, p. 379.

attendus d'une action ou d'une abstention avec ceux d'une ou plusieurs alternatives. Autrement dit, le contrôle vise pour l'autorité publique à s'assurer de choisir le moindre mal entre plusieurs hypothèses futures, dont l'une va nécessairement se réaliser. Il y a échange entre deux ensembles de valeurs, la perte de l'un étant la condition de l'obtention de l'autre, et l'on recherche à déterminer lequel est le plus avantageux ou, inversement, le plus désavantageux. Cet aspect explique qu'une rationalisation économique paraisse acceptable dans un certain nombre de cas, même si les contraintes épistémologiques dues à la présence des droits fondamentaux dans l'équation y font finalement échec¹⁶¹⁴. La structure de la décision à prendre s'approche déjà en grande partie du type de choix préférentiel que les sciences économiques visent à éclairer. En proportionnalité-mesure, en revanche, l'un des deux maux à comparer – l'infraction – s'est déjà produit et le but du raisonnement est d'établir la meilleure traduction possible dans le langage propre du second – la peine. La mesure à effectuer ne porte pas sur un échange de valeurs entre une perte et un gain concomitants (choisir un mal pour éviter l'autre), mais sur une opération plus complexe. Elle vise à la création de nouvelles valeurs, l'une négative – le mal de la peine – et l'autre positive – sa valeur expressive ou expiatoire –, en réaction à une perte antérieure. L'élaboration de la réaction pénale à partir des données du délit constitue un impératif de justice et, contrairement à un échange économique type, elle n'est pas défaisable logiquement, car l'un des termes de la conversion, le délit, en est aussi le fait générateur. Par exemple, le choix d'une mesure de sûreté repose sur une pesée entre deux effets futurs : le choix peut être de ne pas la prononcer et de n'obtenir ni le bien qu'elle pourrait produire, ni le mal qu'elle causerait. Au contraire, ne pas prononcer de peine ne fait pas disparaître le mal du délit. La décision est de l'ordre de la réaction.

918. À cela s'ajoute que les deux modèles ne partagent pas non plus leur objet. Le contrôle de proportionnalité-justification vise seulement à établir un rapport de supériorité ou d'égalité entre deux ensembles de valeurs prédéfinis – la décision envisagée et l'alternative proposée. Dans le contrôle de proportionnalité-mesure, un seul des deux éléments est déjà présent, le délit, et l'autre, la peine, doit y être mesuré. Il n'y a pas seulement appréciation d'un rapport comparatif, mais création d'une égalité ou, au moins, d'une équivalence. Ici se trouve à notre sens la difficulté centrale. **Pour établir quelle est la peine proportionnée au délit, il faut décider combien de souffrance de peine « vaut » le mal de l'infraction.** Il faut, concrètement, dire combien de jours de privation de liberté, combien d'euros d'amende « valent » par exemple le harcèlement sexuel d'un mineur par Internet, des violences commises par un dépositaire de l'ordre public ou encore l'abus de confiance commis au préjudice d'une association caritative par son président. Ainsi présentée, cette étape de la réflexion dérange, elle choque le sens de la dignité humaine à l'égard de chacune des personnes concernées. La raison n'en est pas seulement que l'on prétende calculer avec les droits fondamentaux, mais qu'il s'agisse précisément d'établir une comptabilité de la souffrance. À cet égard, si l'on se concentre exclusivement sur la rétribution, la recherche d'une précision mathématique paraît inhumaine, tandis qu'y renoncer revient à admettre que l'on punit pour partie d'une manière non seulement arbitraire mais aussi irrationnelle.

1614 *Ibid.*

919. Toutes les théories proportionnalistes contemporaines n'exigent pas une grande précision dans la détermination de la peine juste. Norval Morris, le fondateur de la théorie du *limiting retributivism* ou limite de rétribution s'accorde ainsi essentiellement avec la ligne jurisprudentielle qui ne contrôle, négativement, que l'absence de disproportion manifeste dans le choix de la sanction. Morris estime que la portée du « concept de peine méritée [...] se limite à l'usage qui peut en être fait pour définir le maximum de punition que la communauté exige du criminel [...] comme condition à sa réadmission dans la société. »¹⁶¹⁵ Pour déterminer ce maximum, il faut se tourner vers « le sentiment de la communauté » quant à ce qui constitue « le maximum de souffrance à se trouver dans une juste relation avec le dommage que le criminel a causé »¹⁶¹⁶. Cette présentation n'est pas très éloignée de l'état de la jurisprudence en la matière. Le Conseil constitutionnel estime ainsi qu'il ne lui appartient pas « de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions »¹⁶¹⁷, mais seulement de vérifier si ces peines ne sont pas « manifestement disproportionnées »¹⁶¹⁸. De même le Conseil d'État juge que « l'appréciation du caractère proportionné de la sanction au regard de la gravité des fautes commises relève [...] de l'appréciation des juges du fond et n'est susceptible d'être remise en cause par le juge de cassation que dans le cas où la solution qu'ils ont retenue quant au choix, par l'administration, de la sanction est hors de proportion avec les fautes commises »¹⁶¹⁹. La Cour de cassation, quant à elle, se contente d'un contrôle de la motivation qui porte davantage sur la présence des motifs de proportionnalité que sur leur articulation logique¹⁶²⁰. Enfin la Cour européenne des droits de l'homme a admis, dans ses arrêts *Vinter c. Royaume-Uni* et *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, que « la “nette disproportion” est un critère communément reconnu et appliqué aux fins de déterminer si une peine s'analyse en un traitement inhumain ou dégradant ou en une violation de règles constitutionnelles équivalentes »¹⁶²¹ mais elle n'a jamais constaté de violation de la Convention sur ce fondement.

1615 N. MORRIS, *The future of imprisonment*, op. cit., p. 74 : « The concept of desert in this chapter is thus limited to its use as defining the maximum of punishment that the community exacts from the criminal to express the severity of the injury his crime inflicted on the community as a condition of readmitting him to society. »

1616 *Ibid.*, p. 75 : « Punishment in excess of what is felt by the community to be the maximum suffering justly related to the harm the criminal has inflicted is, to the extent of that excess, a punishment of the “innocent”. » Sur le *limiting retributivism* et sa postérité, v. R.S. FRASE, « Sentencing principles in theory and practice », *Crime and Justice*, 1997, p. 363–433 ; R.S. FRASE, « Limiting Retributivism », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 135-142 ; R.S. FRASE, « Limiting Retributivism », M.H. TONRY (dir.), *The future of imprisonment*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004, p. 83-119.

1617 Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, §13 : D. 1981, p. 101, note PRADEL ; *ibid.*, 1982, p. 441, note DEKEUWER ; AJDA 1981, p. 278, note DE GOURNAY ; JCP G. 1981, II, 19701, note FRANCK.

1618 Cons. const., déc. n° 86-215 DC du 3 sept. 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, préc., §7.

1619 CE (sect.), 27 févr. 2015, *La Poste*, n° 376598 et 381828 : *Lebon* 2015, n° 1 ; AJDA 2015., p. 421 ; *ibid.* p. 1047, concl. DOMINO ; AJFP 2015, p. 230 ; AJCT 2015, p. 353, obs. ROUQUET. V. *supra*, p. 336.

1620 V. *supra*, p. 323.

1621 CEDH, 17 janv. 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, spéc. §88 : D. 2012, p. 1294, chron. CÉRÉ, HERZOG-EVANS et PÉCHILLON ; JCP G. 2012, n° 1531, chron. SUDRE. Comp. CEDH (4^e s.), 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, req. n° 9146/07 et 32650/07 [disponible en anglais uniquement].

920. Cette limitation du contrôle atténué en partie la difficulté. Toutefois elle ne la supprime pas. D'abord le caractère disproportionné de la peine peut procéder soit de son excès de rigueur, soit de son insuffisance. Cela est en partie confirmé par l'article 132-19 alinéa 2 du Code pénal, qui exige qu'une peine d'emprisonnement sans sursis ne soit prononcée que « *si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate* »¹⁶²². Pour répondre à cette obligation de motivation, il faudrait ainsi que le juge soit en mesure d'établir ce en quoi la privation de liberté constitue le *minimum* acceptable au regard, notamment, de la gravité de l'infraction. C'est donc, au moins en matière d'emprisonnement, un dipôle de rétribution qu'il s'agit d'identifier, entre le *maximum* tolérable et le *minimum* acceptable. Surtout, la notion de disproportion manifeste repose nécessairement sur le postulat qu'il existe une peine optimale à laquelle la peine prononcée peut être comparée. Une peine est manifestement disproportionnée si elle est trop éloignée de la peine juste pour qu'il soit envisageable qu'elle soit raisonnable. **Conclure en ce sens suppose encore qu'il existe une peine juste et qu'elle puisse, même de manière approximative, être déterminée de manière à ce que la comparaison puisse avoir lieu**¹⁶²³.

921. À cet égard, les théories proportionnalistes distinguent la question de la proportionnalité « ordinaire » ou « relative » et celle de la proportionnalité « cardinale » ou « absolue »¹⁶²⁴. La proportionnalité ordinaire correspond à l'idée qu'une peine ne peut être proportionnée à une infraction que si, comparativement, elle est à la fois plus sévère que celles qui sanctionnent des infractions moins graves et moins rigoureuse que celles qui répondent à des comportements plus répréhensibles. La proportionnalité cardinale, quant à elle, désigne le fait qu'en outre, il doit exister un certain degré de correspondance absolue entre le crime et la peine ou, au moins, une cohérence de *ratio* dans la façon dont les appariages crime-peine sont répartis le long de l'échelle. Autrement dit, la peine qui sanctionne le voleur de pommes n'est pas proportionnée simplement parce qu'elle est inférieure à celle qui sanctionne le meurtre, mais aussi parce qu'elle est suffisamment éloignée en sévérité de celle qui sanctionne le meurtrier. Or la proportionnalité ordinaire ne peut être assurée que dans une mesure limitée et la plupart des auteurs reconnaissent que la proportionnalité cardinale dépend de trop de paramètres pour faire l'objet d'une systématisation.

922. L'évaluation de la proportionnalité ordinaire ne semble possible que dans les cas les plus évidents. Supposons ainsi deux crimes, chacun assorti d'une peine. Il s'agit d'établir, d'une part, si l'un des deux crimes est plus grave que l'autre ou s'ils revêtent une gravité équivalente et, d'autre part, si cette inégalité ou cette équivalence se retrouve entre les deux peines. La comparaison ne peut être menée avec certitude que si, d'un terme à l'autre, tous les paramètres qui diffèrent évoluent dans le même sens. Tel est le cas si, par exemple, les deux infractions supposent le même

1622 Dans la rédaction issue de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 précitée, cette exigence ne concerne que les peines d'emprisonnement prononcées en matière correctionnelle. Elle s'applique à « *toute peine d'emprisonnement sans sursis* » à dater de l'entrée en vigueur, le 24 mars 2020, de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 précitée.

1623 V. *supra*, p. 338.

1624 A. VON HIRSCH et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing*, *op. cit.*, p. 138-139 ; R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Oxford University Press, 2001, p. 133 ; D.E. SCHEID, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, juillet 1997, vol. 10, n° 2, p. 491 et s. ; J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment*, *op. cit.*, p. 123 et s. V. également *supra*, p. 96.

degré d'intentionnalité, mais l'une cause un dommage manifestement plus important que l'autre. La même remarque s'applique également du côté des peines : le doute n'est exclu que si les peines présentes d'un côté de la balance sont toutes d'une sévérité égale ou supérieure à leurs équivalents sur l'autre plateau. Ajoutons à ces hypothèses rudimentaires celles où, en dépit d'une légère divergence, la solution tombe toujours sous le sens. Si un délit est légèrement moins grave que l'autre sous un aspect, mais considérablement plus grave sous un autre, il peut être possible de conclure que la différence la plus importante l'emporte. Il en va de même si une peine est, rapportée le cas échéant à la situation particulière de la personne condamnée, beaucoup plus sévère que l'autre sous un premier aspect et très légèrement plus clémente sous un second. Il n'est alors pas invraisemblable de reproduire dans le domaine du choix de la peine ce que l'on appellerait, dans la théorie des conflits de lois dans le temps, la règle de la disposition principale. Supposons donc qu'il soit possible, dans certaines limites, d'établir qu'un délit est plus grave qu'un autre et une peine donnée plus sévère qu'une autre. Cela ne suffit pas encore à déterminer la peine juste ou, inversement, la peine injuste. Il faut pour cela avoir recours à une échelle de proportionnalité cardinale, qui mette en rapport un délit donné avec une peine donnée.

923. Les théories de la proportionnalité des peines sont, sur ce point, assez décevantes. Les auteurs relèvent ainsi « qu'il ne semble exister aucun crime pour lequel on perçoive d'emblée qu'un quantum spécifique de peine soit le seul à être mérité »¹⁶²⁵, que « toute tentative de concevoir une échelle de peine (qu'il s'agisse de ses points d'ancrage ou de son contenu) à partir de rien est vouée à l'échec » car il n'existe pas de « point de vue archimédéen [...] duquel nous embarquer dans une telle entreprise »¹⁶²⁶. M. Kleinig, le fondateur de la principale théorie en la matière¹⁶²⁷, semble même y avoir renoncé dans des écrits postérieurs¹⁶²⁸. Il faut donc partir de l'existant et, en grande partie, se fonder sur le sentiment de justice – ce qui, sans être réellement surprenant, incite grandement à relativiser la portée justificatrice de la rétribution concernant la mesure de la peine. Pour dépasser ce blocage, certains auteurs proposent de diviser le problème en deux questions. La première est celle des *ratio* ou des écarts¹⁶²⁹. Il n'est pas possible de dire de chaque infraction quelle peine elle mérite absolument, mais il peut être envisageable, sur la base d'une conviction morale, de dire que telle infraction est globalement équivalente, un peu plus grave, beaucoup plus grave, considérablement plus grave qu'une autre et que, par conséquent, les peines qui les sanctionnent devraient refléter cet écart. De la même manière, il est possible, par exemple, de dire que le vol simple est moins grave que le viol, qui est lui-même moins grave que le meurtre, mais qu'il existe une différence de gravité plus importante entre le vol et le viol qu'entre le viol et le meurtre¹⁶³⁰. À partir de cette première

1625 A. VON HIRSCH et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing*, op. cit., p. 142 : « There seems to be no crime for which one can readily perceive a specific quantum of punishment as the unique deserved one. »

1626 R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, op. cit., p. 134 : « We must recognize, I think, that any attempt to work out a penalty scale (either its anchoring points or its content) from scratch is doomed to failure. There is no archimedean point, independent of all existing penal practice, from which we could embark on such an enterprise. »

1627 J. KLEINIG, *Punishment and desert*, Martinus Nijhoff, 1973, p. 110 et s.

1628 J. KLEINIG, *Ethics and Criminal Justice an Introduction.*, Leiden, Cambridge University Press, 2008, p. 205-206.

1629 J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment*, op. cit., p. 125 et s.

1630 J. KLEINIG, *Punishment and desert*, op. cit., p. 116-117 ; D.E. SCHEID, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », op. cit., p. 492.

classification en « proportionnalité vague » (« *loose proportionality* »)¹⁶³¹, un système peut être construit si l'on fixe quelques associations crime-peine comme des points de départ et que l'on en dérive les autres. C'est la seconde question, celle de « l'ancrage » de l'échelle (« *anchoring* »)¹⁶³². Il importe que ces points d'ancrage soient suffisamment représentatifs de l'esprit du système pénal dans son ensemble, sans quoi toute l'échelle des peines s'en trouve faussée. C'est pourquoi la solution principale consiste à prendre deux points de départ aussi éloignés que possible : « Nous ancrons la peine la plus sévère au crime le plus grave [...] et la peine la moins sévère au crime le moins grave [...], toutes les autres infractions retombant entre les deux »¹⁶³³ de la manière la plus cohérente possible.

924. Cette méthode, qui vise initialement à l'élaboration d'une échelle générale des peines, peut-elle être transposée dans le domaine du choix de la peine à prononcer ? D'un certain point de vue, le début de l'opération est plus aisé au niveau concret qu'au niveau abstrait : la peine maximale et, le cas échéant, la peine minimale sont déjà fixées. Il n'est pas très difficile non plus de se représenter mentalement les cas les plus extrêmes envisageables. Toutefois plusieurs difficultés apparaissent à nouveau. D'abord le fait d'avoir identifié un cas fictif comme étant le plus grave concevable ne signifie pas que ce cas justifierait le déchaînement de tout l'arsenal pénal légalement applicable. Les peines, qu'elles soient principales, complémentaires ou alternatives, ne représentent jamais qu'un catalogue de moyens pour réaliser les fins de la répression – même lorsqu'il s'agit de rétribution. Elles n'ont pas vocation à toutes se cumuler, mais à offrir au juge un choix ouvert pour personnaliser au mieux la sanction. Il est possible d'imaginer certains cas, notamment pour les crimes les plus graves, où les sanctions maximales seront effectivement prononcées, mais tel ne sera pas le cas pour toutes les infractions, notamment en matière correctionnelle. En quoi consisterait par exemple le vol simple qui justifierait réellement, sans considération pour les finalités prospectives de la peine, le prononcé d'une peine de trois ans d'emprisonnement sans sursis et de 45 000 euros d'amende ? Ensuite, à supposer que les points d'ancrage en question puissent être établis, il resterait encore soit à situer l'infraction présente entre ces extrêmes, soit à ajouter des repères supplémentaires. On peut ainsi imaginer bien des étapes de réflexion destinées à affiner le choix de la peine. Le juge pourrait par exemple essayer de déterminer ce à quoi ressemblerait l'infraction pour laquelle il entendrait prononcer la moitié de la peine encourue, puis comparer le cas présent avec cette expérience de pensée. **Quels que soient le nombre et la subtilité de ces spéculations, elles reviennent toujours, en dernier ressort, soit à l'évidence, soit à l'intime conviction.** Enfin il reste encore à envisager toutes les hypothèses de combinaison tels que les concours réels ou idéaux d'infractions, la présence de condamnations antérieures inscrites au casier judiciaire, le rôle des éventuels coauteurs ou complices, sans compter les causes possibles d'atténuation de la responsabilité ou les faits quasi-justificatifs tels que l'excès de légitime défense. Les auteurs proportionnalistes s'intéressent à certaines de ces problématiques au cas-par-cas¹⁶³⁴, mais ils ne proposent jamais de modèle général permettant de leur donner une expression pénale unifiée.

1631 D.E. SCHEID, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *op. cit.*, p. 492.

1632 J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment*, *op. cit.*, p. 131 et s.

1633 D.E. SCHEID, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *op. cit.*, p. 494 ; v. déjà J. KLEINIG, *Punishment and desert*, *op. cit.*, p. 123-124.

925. **Conclusion du premier paragraphe.** Fondée sur une logique rétrospective qui trouve dans le crime la principale mesure de la peine, la proportionnalité-mesure rencontre très rapidement ses limites méthodologiques lorsqu'il est question de choisir la peine à prononcer. Le législateur français fait un large usage de la fonction expressive de la peine et, ce faisant, il construit et renouvelle régulièrement une échelle très diversifiée de rapports entre infractions définies et sanctions encourues. Cet aspect encyclopédique du Code pénal n'est toutefois d'aucun secours lorsque l'on passe du niveau abstrait de la législation au niveau concret du jugement, car la personnalisation de la peine requiert alors que le juge puisse tenir compte d'un grand nombre de paramètres pour lesquels il n'existe pas d'unité de valeur commune. Quand bien même il serait possible d'évaluer avec précision la gravité d'un crime et la sévérité d'une peine, il manquerait encore la méthode de conversion permettant de les réunir suivant des critères rationnels. Or les tentatives théoriques d'élaborer une telle méthode en sont restées à des approches générales qui se fondent, tôt ou tard, sur une conception vague du sens commun de la justice. Cela se comprend, dans le sens où pour systématiser le passage de l'évaluation du crime au choix de la peine, il faudrait concevoir une valeur chiffrée de la souffrance, ce qui serait non seulement contraire à la dignité humaine, mais aussi très probablement arbitraire. À défaut de cela, la proportionnalité-mesure est cantonnée au domaine du bon sens et de l'évidence manifeste. Ce constat d'échec impose donc le recours à la proportionnalité-justification, laquelle est exposée à des difficultés similaires.

§2. L'incommensurabilité de la proportionnalité-justification des peines

926. Dès lors que le sens de la peine ne se limite pas à la réflexion du mal commis contre son auteur, elle peut être considérée, sous réserve de sa légalité, comme un cas particulier d'atteinte aux libertés réalisée par une autorité publique en vue d'un but légitime. La proportionnalité-justification, d'application générale, a alors vocation à intervenir et impose que cette atteinte permette effectivement de réaliser son but, qu'il n'existe pas de méthode moins coercitive pour ce faire et que, tout bien considéré, le bien obtenu n'excède pas le mal causé. Le principe général à valeur constitutionnelle de motivation de la peine, fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, constitue une garantie formelle de cette exigence¹⁶³⁵. Le juge devrait donc, pour s'y conformer, être en mesure d'établir si une ou plusieurs peines sont conformes aux fonctions et finalités prévues par l'article 130-1 du Code pénal et quelle peine, au regard de ces fonctions et finalités, est la plus avantageuse. Cela suppose, d'une part, de peser le pour et le contre de chaque sanction envisageable au regard de chaque fonction et finalité en question, d'autre part, de réaliser une synthèse de ces conclusions pour arriver à la peine optimale. On retrouve alors, sous une forme aggravée, les problématiques étudiées au chapitre précédent.

1634 Ces questions de proportionnalité spéciale représentent d'ailleurs souvent l'essentiel des ouvrages consacrés au sujet. V. par ex. les sommaires de R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, *op. cit.* ; A. VON HIRSCH et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing*, *op. cit.* ; M. TONRY, *Sentencing Matters*, Oxford University Press, 1996.

1635 Cons. const., décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]* : *D. actu.*, 6 mars 2018, obs. GOETZ ; *D.* 2018, p. 1191, obs. BOTTON ; *ibid.*, Pan. 2259, obs. GINESTET ; *AJ Pénal* 2018, p. 192, obs. ROBERT ; *Dr. pénal* 2018, Étude 9, note GUÉRIN ; *ibid.*, Comm. 68, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, Comm. 72, obs. BONIS.

927. D'abord, un plein contrôle de proportionnalité-justification requiert que les effets concrets de la peine puissent faire l'objet de prévisions à la fois suffisamment précises et suffisamment fiables pour permettre une décision éclairée. Ensuite il suppose également que ces prévisions puissent être appréciées au regard de critères normatifs, que la valeur de la réalisation plus ou moins importante et plus ou moins certaine de chaque fin puisse être pesée et comparée aux effets négatifs de la peine. Or les fonctions et finalités de la peine, telles qu'elles sont définies par le droit pénal actuel, sont divergentes. La fonction afflictive de la répression n'est notamment liée qu'à une partie de ces fins, nommément la dissuasion et la rétribution entendues au sens large. La souffrance de la peine ne semble pas entretenir de lien de justification particulière, notamment, avec l'idéal de réinsertion ou avec la simple protection des personnes contre la dangerosité du condamné. Il en résulte qu'il ne faut pas seulement peser chacune de ces fins par rapport au mal de la sanction mais aussi, le cas échéant, les opposer les unes aux autres pour déterminer laquelle devrait obtenir la priorité *in concreto*. Le problème de l'utilisation de la souffrance affecte alors non seulement l'examen de la proportionnalité de la peine au regard de ses finalités, prises séparément (I), mais aussi et à plus forte raison lorsqu'il s'agit de les satisfaire ensemble (II).

I. L'incommensurabilité dans les finalités de la peine prises séparément

928. Si la peine est justifiée *a priori* par les effets positifs qu'elle peut produire, le choix de la peine requiert que ces effets puissent être déterminés en nature, en ampleur et en probabilité. Les données empiriques issues des études de criminologie et de pénologie peuvent être d'un certain secours en ce qui concerne la nature de la sanction. Toutefois il importe alors de distinguer en fonction de la finalité pénale visée. Une partie de la peine obéit à une rationalité punitive : elle correspond notamment aux fins de dissuasion générale et spéciale et, ainsi qu'il a été précédemment exposé, à la fin de rétribution. D'autres éléments de justification reposent sur des finalités qui ne nécessitent pas de passer par une fonction afflictive pour se réaliser, telles que la réinsertion du condamné, son traitement ou la prévention de nouvelles infractions sans visée proprement dissuasive (par exemple par la confiscation d'une arme). L'un et l'autre de ces grands ensembles de rationalités sont des sources de justification pour la sanction et, en tant que tels, l'un et l'autre sont soumis au problème de l'incommensurabilité. Toutefois, sans que cela permette de présupposer que l'un de ces ensembles soit plus légitime que l'autre ou permette plus aisément d'assurer la proportionnalité de la peine, les formes d'incommensurabilité qui les affectent diffèrent.

929. Pour une partie, la sanction pénale se rapproche d'une mesure de sûreté. Certaines peines alternatives et complémentaires peuvent se justifier sans qu'il soit toujours besoin d'avoir recours à une logique de souffrance. Il en va ainsi, entre autres, des divers stages de sensibilisation¹⁶³⁶, de la confiscation de la chose qui a servi à la commission du délit, était destinée à le commettre ou qui en a été le produit¹⁶³⁷ ou de l'animal qui a servi à commettre l'infraction, qui était destiné à la commettre ou sur lequel l'infraction a été commise¹⁶³⁸, des interdictions de pratiquer certaines

1636 V. notamment Code pénal, art. 131-5-1 nouveau, issu de la loi du 23 mars 2019 précitée, en vigueur au 24 mars 2020.

1637 Code pénal, art. 131-6, 10° et 131-21.

1638 Code pénal, art. 131-21-1.

activités, de rencontrer certaines personnes ou de se rendre dans certains lieux¹⁶³⁹, ou encore de l'interdiction du territoire¹⁶⁴⁰, de l'interdiction de séjour¹⁶⁴¹ ou de l'interdiction de participer à des manifestations sur la voie publique. Même si elles constituent bien des peines du point de vue de leur régime, ces sanctions ne reposent pas toujours à titre principal sur une logique de punition, dans le sens où la souffrance qu'elles causent directement à la personne condamnée n'en constitue pas une fonction essentielle. **De manière générale, dans la mesure où il est possible de les justifier sans avoir recours à un argument d'ordre rétributif ou dissuasif, la proportionnalité des peines est seulement exposée au problème de l'incommensurabilité sous les formes générales présentées au chapitre précédent.** La sanction envisagée consiste, pour cette part qui peut en représenter la totalité, en une mesure coercitive dont les conséquences matérielles peuvent être directement mises en relation de cause à effet avec la réalisation des fins visées. Les peines de confiscation peuvent par exemple avoir pour objet de retirer à la personne condamnée les moyens de commettre ou tenter de commettre à nouveau l'infraction. L'effet recherché découle alors directement de la nature même de la sanction et c'est sur cet effet direct que peuvent porter les contrôles d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité. Cela ne signifie pas que le contrôle soit aisé, mais simplement que les obstacles qui s'y opposent ne diffèrent pas, dans leur structure logique, de ceux qui concernent à titre général la proportionnalité de toute atteinte aux libertés causée par l'autorité publique.

930. **L'intervention de la fonction afflictive complexifie ce contrôle de deux manières.** D'abord elle ajoute un élément intermédiaire dans la ligne causale. S'il s'agit d'utiliser la souffrance pour dissuader, la mise en œuvre matérielle de la sanction – par exemple la privation de liberté – a pour but immédiat la production d'un premier effet – la souffrance ou l'image de la souffrance – qui n'est lui-même que le moyen de produire un second effet correspondant à la véritable finalité visée, telle que l'absence de récidive ou la réduction de la criminalité. On passe donc d'une causalité en trois temps (mesure-effet-fin) à une causalité en quatre temps (mesure-effet immédiat-effet médiat-fin). Le contrôle doit donc porter à la fois sur la probabilité que l'effet immédiat se produise et sur la probabilité que cet effet immédiat cause la réalisation de l'effet médiat et de la fin visée. Ensuite, parce qu'il s'agit de causer intentionnellement un certain degré de souffrance et d'en faire l'instrument d'une fin ultérieure, la présence de la fonction afflictive signifie que le contrôle de proportionnalité doit être mené avec la plus grande rigueur pour éviter que la sanction constitue un acte de cruauté ou, simplement, de violence inutile.

931. Or les peines les plus fortement associées à la logique de la punition – c'est-à-dire les peines privatives de liberté et les peines d'amende – sont aussi celles à l'égard desquelles la marge de décision du juge est la plus grande et les enjeux les plus importants. Assurer la proportionnalité-justification d'une mesure attentatoire aux libertés suppose que le juge s'interroge non seulement sur sa nature, mais aussi sur son *quantum* et, en particulier, sur sa durée. Les mesures qui sont mises en œuvre de manière prolongée, telles que les mesures de surveillance ou les mesures privatives de liberté, supposent en temps normal un contrôle juridictionnel régulier qui permette d'assurer

1639 Code pénal, art. 131-6, 11° à 15°.

1640 Code pénal, art. 131-30 et s.

1641 Code pénal, art. 131-31 et 131-32.

qu'elles ne s'étendent pas au-delà de ce que justifient leurs finalités. Ce contrôle continu de la proportionnalité est exigé en droit constitutionnel comme en droit européen des droits de l'homme¹⁶⁴². Réciproquement, ces mesures peuvent parfois être étendues au-delà de la durée initialement prévue si leur nécessité persiste. Le juge d'instruction peut ainsi à tout moment décider par ordonnance la mise en liberté d'une personne maintenue en détention provisoire, soit d'office¹⁶⁴³, soit sur saisine du procureur de la République¹⁶⁴⁴ ou de la personne détenue ou de son avocat¹⁶⁴⁵. En cas de demande de cette dernière, le juge d'instruction doit soit y donner une suite favorable, soit la transmettre au juge des libertés et de la détention dans les cinq jours ouvrables. Ce second magistrat se prononce ensuite par ordonnance motivée conformément à l'article 144 du Code de procédure pénale. L'absence de l'une des conditions nécessaires au placement ou au maintien en détention provisoire peut ainsi, à tout moment et à bref délai, imposer la mise en liberté de la personne. Inversement, la détention peut être prolongée par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, sous réserve du respect d'une limite de durée absolue dépendant de l'infraction¹⁶⁴⁶. La durée de la mesure est ainsi en relation directe et continue avec ses justifications, ce qui permet d'en assurer la proportionnalité. Dans un esprit similaire, l'article 706-53-17 du Code de procédure pénale permet ainsi à la personne placée en rétention de sûreté, après un délai de trois mois à dater de la décision définitive de rétention de sûreté, de demander qu'il soit mis fin à cette mesure. L'article 706-53-16 prévoit que la durée de la mesure est d'un an, mais qu'elle peut être renouvelée si les conditions qui permettraient son prononcé sont toujours remplies. Cette garantie, dont l'importance a été relevée par le Conseil constitutionnel¹⁶⁴⁷, est nécessaire, d'une part, parce que le législateur n'a pas prévu de durée maximale à la rétention de sûreté et, d'autre part, parce que cette durée n'est pas non plus fixée par la juridiction de jugement au moment de la condamnation.

932. Là se trouvent la distinction essentielle et le point d'accroche. En matière de peines, la présence d'une rationalité punitive exige que le *quantum* de la sanction ou, au moins, son étendue maximale, soit fixé *ab initio* par la décision de condamnation. Cette exigence découle du principe de personnalisation des peines qui est lui-même un corollaire du principe de nécessité des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a reconnu en dépit de ses réticences initiales¹⁶⁴⁸. Il appartient donc à la juridiction de jugement de s'assurer que la peine qu'elle prononce est bien « *nécessaire* », qu'elle n'excédera en aucune hypothèse le maximum qui puisse être justifié. Rapporté à la rationalité punitive, cela signifie que le juge qui condamne doit vérifier, autant que faire se peut, que la part

1642 V. *supra*, p. 307.

1643 Code de procédure pénale, art. 147. V. également pour les mineurs : ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante (JORF du 4 février 1945 p. 530), art. 14-2, IV.

1644 Code de procédure pénale, art. 147, al. 2.

1645 Code de procédure pénale, art. 148.

1646 Code de procédure pénale, art. 145-1 et 145-2 (droit commun) et art. 706-24-3 (terrorisme). Pour les mineurs : ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 précitée, art. 11 (droit commun) et Code de procédure pénale, art. 706-24-4 (terrorisme).

1647 Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, §23 : D. 2008, Pan. 2035, obs. BERNAUD et GAY ; *ibid.* 2009, Pan. 125, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Gaz. Pal.* 2008, 1. 391 ; *RSC* 2009, p. 166, obs. DE LAMY ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 849.

1648 Cons. const., déc. n° 2005-520 DC du 22 juil. 2005, *préc.*, §3.

afflictive de la sanction permet bien de réaliser les finalités de punition, qu'elle constitue bien la mesure la moins répressive qui le permette et qu'elle ne cause pas plus de mal qu'elle n'apporte de bien. Cette exigence ne concerne pas seulement la nature de la peine mais aussi son *quantum*, ce qui signifie que le juge devrait prononcer la peine la plus légère possible qui soit effectivement dissuasive et rétributive. Cela suppose donc que les finalités visées soient suffisamment définies et qu'il soit possible d'y associer de manière précise des prévisions réalistes quant aux effets attendus de la sanction. En ce qui concerne la fin de rétribution, sa réalisation sans excès de rigueur est supposée être garantie par le respect de la proportionnalité-mesure, dont les limites ont été présentées au paragraphe précédent. Reste donc la finalité dissuasive de la peine, qui ne semble pas non plus permettre, en l'état des connaissances actuelles, un choix rationnel dans la mesure de la sanction.

933. La notion de dissuasion telle qu'elle est connue en criminologie contemporaine trouve son origine dans les travaux de Beccaria et de Bentham et, plus précisément, dans l'idée partagée par ces auteurs que le passage à l'acte criminel se produit lorsque, dans l'esprit du délinquant, l'avantage du crime dépasse le désavantage de la peine. Il en découle que pour prévenir le crime, la peine doit représenter un mal qui dépasse l'attrait de la violation de la loi et que, corrélativement, elle n'a pas besoin d'être plus sévère que cela. Se distinguent donc d'une part la finalité de dissuasion spéciale et la finalité de dissuasion générale. Au niveau spécial, la peine infligée doit laisser un souvenir suffisamment désagréable au condamné pour que la crainte d'un nouveau châtiment l'incite à ne plus violer la loi, ce qui équivaut à un effet de prévention de la réitération criminelle. Au niveau général, elle doit être suffisamment impressionnante pour que les criminels en puissance, sachant à quel risque ils s'exposent, en soient dissuadés de commettre des infractions, ce qui signifie que la sévérité des peines doit produire un effet de réduction des chiffres globaux de la délinquance. L'une et l'autre de ces finalités présupposent qu'il existe un lien de causalité fort entre l'intensité de la peine et son effet préventif, une sorte de courbe d'efficacité qui associe à une dosimétrie pénale un retour sur investissement en termes de gain de sécurité, soit au niveau spécial, soit au niveau général. En dessous d'un certain plancher, la peine n'est pas assez onéreuse pour intimider suffisamment le criminel et elle est donc inutile. Dans les termes de la proportionnalité, elle est inadéquate, elle ne permet pas de réaliser ses fins. L'accroissement de la sévérité mène à ce que la peine égale, puis dépasse l'attrait du crime. À partir de ce point, toute intensification de la punition ne produit qu'un effet néfaste, car la personne visée est déjà dissuadée : la peine est excessive et, dans la mesure de ce dépassement, elle est dépourvue de nécessité. Dans une théorie de la dissuasion, le rôle du juge au moment du choix de la peine consiste donc à identifier le « pic d'efficacité » sur la courbe de la dissuasion spéciale ou sur celle de la dissuasion générale et à prononcer la peine correspondante.

934. Or on atteint là la limite des connaissances disponibles quant aux effets concrets de la peine. « La mesure effective des effets de dissuasion est intrinsèquement difficile parce qu'elle requiert de mesurer des événements qui ne se sont pas produits – des crimes qui auraient été commis s'ils n'avaient pas été prévenus par la menace de la peine »¹⁶⁴⁹. Il existe bien des études empiriques sur

1649 D. GOLASH, *The case against punishment: retribution, crime prevention, and the law*, New York, New York University Press, 2005, p. 25 : « Actual measurement of deterrent effects is inherently difficult because it requires

les effets dissuasifs de la sanction pénale y compris, mais non exclusivement, sur ceux de l'emprisonnement¹⁶⁵⁰. Toutefois le consensus scientifique actuel offre peu de clés de raisonnement pour décider précisément quelle ampleur conférer à la punition au cas par cas.

935. En matière de prévention générale, les études semblent converger vers la conclusion qu'il existe bien un effet dissuasif du pénal, mais que sa portée doit être nuancée et qu'elle n'est en tout état de cause pas connue avec une grande précision. D'abord il importe de distinguer les « propriétés objectives » de la sanction de ses « propriétés perçues »¹⁶⁵¹ : « Une loi n'a aucun effet dissuasif sur un criminel potentiel s'il n'a pas conscience qu'elle existe »¹⁶⁵². La représentation mentale que se fait de la répression la personne que l'on vise à dissuader importe davantage que la répression réelle. Il en découle que l'action des autorités judiciaires – donc, pour ce qui nous intéresse, la peine – ne produit son effet dissuasif, au mieux, qu'indirectement. Ensuite les recherches empiriques tendent à indiquer que la seule propriété dont l'augmentation produise un effet dissuasif avéré est la certitude d'être pris et condamné¹⁶⁵³. En ce qui concerne l'effet dissuasif d'un accroissement de la sévérité des sanctions, les résultats sont beaucoup plus mitigés. Quelques études concluent que l'aggravation des peines ne produit qu'un effet très réduit sur la délinquance et, en tout état de cause, que cet effet est nettement inférieur à celui de la certitude de la répression¹⁶⁵⁴. La majorité des travaux récents considèrent soit que cette aggravation ne produit pas d'effet significatif sur les taux de criminalité¹⁶⁵⁵ soit que, les résultats n'étant pas assez marqués pour être statistiquement représentatifs, il n'est pas possible de tirer des conclusions fiables au regard des données empiriques produites¹⁶⁵⁶.

936. Des conclusions similaires ont pu être émises en ce qui concerne la dissuasion spéciale, c'est-à-dire l'effet de la menace de la peine comme moyen de prévention de la réitération du

the measurement of events that did not occur—crimes that would have been committed had they not been deterred by the threat of punishment. »

1650 V. pour un exposé général de l'état des connaissances : R. GASSIN, P. BONFILS, et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, 7^e éd., Dalloz, 2011, p. 712-727 ; R. PATERNOSTER, « How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence ? », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010, n° 3, art. 6, p. 765-823 ; D.S. NAGIN, « Deterrence in the Twenty-First Century », *Crime and Justice*, 2013, vol. 42, n° 1, p. 199-263.

1651 « *Objective and perceptual properties of punishment* » : R. PATERNOSTER, « How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence ? », *op. cit.*, p. 804 ; rapp. R. GASSIN, P. BONFILS, et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, *op. cit.*, p. 720 : « On a très vite été amené à distinguer entre la *certitude objective* de la peine, c'est-à-dire le risque d'être effectivement puni pour un acte criminel déterminé, et la *certitude subjective* des peines qui consiste différemment dans la croyance, vraie ou fausse, des "délinquants potentiels" dans le risque d'être arrêtés, condamnés et emprisonnés. » (italiques dans le texte)

1652 J.C. BALL, « The Deterrence Concept in Criminology and Law », *Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science*, 9 octobre 1955, vol. 46, n° 3, p. 351 : « *A law can have no deterrent influence upon a potential criminal if he is unaware of its existence.* »

1653 R. PATERNOSTER, « How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence ? », *op. cit.*, p. 811 et s.

1654 A. VON HIRSCH, A. BOTTOMS, E. BURNEY, et P.-O. WIKSTRÖM, « Deterrent Sentencing as a Crime Prevention Strategy », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 57-70 ; R. GASSIN, P. BONFILS, et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, *op. cit.*, p. 715-719.

1655 R. PATERNOSTER, « How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence ? », *op. cit.*, p. 811 et s. ; A.N. DOOB et C.M. WEBSTER, « Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis », *Crime and Justice*, 2003, vol. 30, p. 143-195.

1656 D.S. NAGIN, « Deterrence in the Twenty-First Century », *op. cit.*, p. 226-233 ; G. KLECK, B. SEVER, S. LI, et M. GERTZ, « The Missing Link in General Deterrence Research », *Criminology*, 2005, vol. 43, n° 3, p. 623-659.

comportement criminel. L'étude de cet effet peut s'avérer plus complexe encore que celle de la dissuasion générale car en se concentrant sur les personnes qui ont déjà fait l'objet d'au moins une condamnation, la recherche s'expose immédiatement au risque d'un biais de sélection¹⁶⁵⁷. De plus les facteurs alternatifs susceptibles d'expliquer, partiellement ou entièrement, les résultats observés, sont encore plus nombreux. La qualité du suivi social ou thérapeutique, le succès ou l'échec d'un parcours de réinsertion, sont autant d'éléments qui peuvent contribuer à la reprise d'une activité délictueuse après la condamnation ou à son abandon. S'ajoute à cela l'ensemble des facteurs individuels et contextuels de passage à l'acte qui peuvent évoluer dans le même temps que la peine, mais indépendamment d'elle. Les auteurs d'une importante méta-étude ont ainsi relevé que les travaux consacrés à la corrélation entre la durée d'incarcération et le taux de récidive négligeaient systématiquement le facteur du vieillissement des condamnés, alors que l'âge entretient lui-même un lien statistique important avec le taux de criminalité¹⁶⁵⁸. Même si l'on écarte ces incertitudes, les éléments probants semblent demeurer très faibles. Dans une étude publiée en 1990, il avait ainsi été proposé à de jeunes condamnés, mineurs au moment de l'infraction, de répondre à un questionnaire qui incluait notamment des questions sur leur approbation ou leur désapprobation de diverses interdictions, la probabilité qu'ils attribuaient au risque d'être pris s'ils commettaient une nouvelle infraction, le type de sanction auxquelles ils pensaient s'exposer dans un tel cas et leur intention d'enfreindre néanmoins la loi¹⁶⁵⁹. L'auteure a relevé que, dans cinq des six juridictions pour mineurs ayant participé à l'enquête, la certitude d'être à nouveau puni était corrélée à une réduction marginale de l'intention déclarée d'enfreindre à nouveau la loi. La corrélation n'était toutefois statistiquement significative que dans trois de ces cinq cas. La sévérité de la peine à laquelle les jeunes condamnés s'attendaient en cas de nouvelle infraction, quant à elle, était corrélée à une réduction de l'intention criminelle dans les six sites, mais n'était statistiquement fiable que dans le ressort d'une seule juridiction et ne représentait alors qu'une faible variation¹⁶⁶⁰. Ce chiffre lui-même n'indiquait qu'une intention déclarée, ce qui réduit encore la portée de la corrélation avec le risque réel de commission d'une nouvelle infraction et, partant, la valeur indicative de l'association entre sévérité de la peine subie ou attendue et prévention du comportement criminel futur¹⁶⁶¹. Au contraire et de manière remarquable, des statistiques fondées sur plusieurs dizaines de milliers de cas tendent à indiquer que le montant de l'amende imposée pour conduite en état d'ivresse est sans

1657 Par exemple, une personne identifiée comme présentant *a priori* un risque élevé de récidive est aussi, de ce fait, exposée à un risque de réincarcération important en cas de nouvelle infraction, tandis que celle dont le profil évoque aux autorités judiciaires un risque faible de récidive fera plus facilement l'objet d'une peine légère, voire d'une alternative aux poursuites. Un certain degré de corrélation entre le nombre d'incarcérations et la probabilité de récidive peut s'expliquer par cet effet de sélection, sans nécessairement signifier que c'est la peine qui est criminogène. V. R. GASSIN, P. BONFILS, et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, *op. cit.*, p. 726.

1658 D.S. NAGIN, F.T. CULLEN, et C. LERO JONSON, « Imprisonment and Reoffending », *Crime and Justice*, 2009, vol. 38, n° 1, p. 175-177.

1659 A.L. SCHNEIDER, *Deterrence and Juvenile Crime. Results from a National Policy Experiment*, New York, Springer-Verlag, coll.« Research in Criminology », 1990, p. 50-51, 59 et s.

1660 *Ibid.*, p. 60-62.

1661 Il faut en effet tenir compte de la différence qui peut exister entre l'intention déclarée, l'intention réelle et le risque de récidive avéré, ainsi que du degré de réalisme du scénario, dont la présentation peut biaiser à la fois la réponse et l'interprétation. A.N. DOOB et C.M. WEBSTER, « Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis », *op. cit.*, p. 163.

effet sur la probabilité de récidive¹⁶⁶². Enfin, au moins pour ce qui concerne les études menées aux États-Unis, il semble avéré que l’incarcération revêt un caractère essentiellement criminogène¹⁶⁶³.

937. Qu’en conclure en ce qui concerne la proportionnalité de la peine aux fins de la dissuasion ? Dans ce cadre de justification, le premier critère pour le choix de la sanction devrait être le lien de causalité supposé entre la nature et la mesure de la peine et l’effet concret de dissuasion qu’elle produit. Or il apparaît que ce lien est extrêmement réduit et que, dans la mesure où il existe, il n’est connu avec précision ni au niveau général, ni au niveau spécial. Si l’on en revient aux critères de la proportionnalité, le contrôle mène très rapidement à une impasse. L’adéquation de la peine à la fin de dissuasion peut être supposée : elle requiert simplement que la sanction produise un effet ou qu’il soit raisonnable de s’attendre à ce qu’elle en produise un¹⁶⁶⁴. Qu’en est-il toutefois de sa nécessité et, en particulier, de la nécessité du *quantum* de peine choisi ? **Si le lien de causalité qui mène de la mesure de la peine à l’effet dissuasif n’est pas connu, il devient impossible d’assurer qu’elle ne dépasse pas son seuil d’efficacité** ou même de déterminer quel peut être le niveau *minimum* en dessous duquel l’effet dissuasif est perdu... dans l’hypothèse où un tel *minimum* existe. Il en va de même et à plus forte raison de l’équilibre global de la situation qui résulte du prononcé de la sanction. En l’absence d’information suffisante sur l’ampleur de l’effet dissuasif, le juge ne dispose d’aucun moyen de s’assurer qu’il n’inflige pas bien plus de souffrance qu’il ne prévient de maux futurs.

938. Certes, le lien de corrélation plus avéré entre la certitude du châtement et l’effet de dissuasion générale constitue un argument valable en faveur de la sanction. Il pose toutefois plusieurs problèmes. D’abord l’effet dissuasif le mieux décrit par la littérature scientifique n’est pas strictement lié à la peur de la peine, mais à la crainte plus générale de l’arrestation¹⁶⁶⁵. Il faudrait donc, pour assurer la nécessité de la peine dans sa dimension afflictive, déterminer si elle représente une valeur de dissuasion ajoutée par rapport à l’ensemble du processus pénal qui la précède, de l’arrestation à la déclaration de culpabilité. Ensuite le fait est qu’en se focalisant sur cet argument, on sous-entend que la punition infligée a avant tout pour finalité de préserver la crédibilité du système pénal lui-même. **Outre le fait que le raisonnement risque de s’avérer circulaire, il fait perdre à l’affliction concrètement imposée au condamné sa dimension de justification individuelle au profit d’une rationalité exclusivement systémique.** La souffrance ne sert plus qu’à contribuer à une efficacité globale qui résulte de l’agglomération de l’ensemble des sanctions infligées. Réciproquement, la validité de la part afflictive de la peine individuelle dépend entièrement du fonctionnement du système pénal en question, car si celui-ci s’avère insuffisamment dissuasif dans son ensemble, la souffrance du condamné est infligée en pure perte. Supposons donc qu’il puisse être démontré, au niveau global, que les sanctions ne sont pas prononcées assez souvent pour exclure tout doute quant à l’efficacité de la dissuasion générale ou que la population pénale ciblée sous-estime considérablement le risque de la peine – par exemple en raison d’un taux

1662 D. WEATHERBURN et S. MOFFATT, « The Specific Deterrent Effect of Higher Fines on Drink-Driving Offenders », *British Journal of Criminology*, 2011, vol. 51, p. 789-803.

1663 D.S. NAGIN, F.T. CULLEN, et C. LERO JONSON, « Imprisonment and Reoffending », *op. cit.*

1664 V. *supra*, p. 364.

1665 D.S. NAGIN, « Deterrence in the Twenty-First Century », *op. cit.*

d'élucidation trop faible, de faiblesses dans la communication publique des institutions judiciaires, de leur engorgement, voire de la priorité accordée à des solutions non-afflictives. Il peut alors être soutenu, avec une validité argumentaire égale, soit que la sanction individuelle n'a pas à être prononcée parce que le système auquel elle devrait contribuer ne fonctionne pas normalement, soit qu'il est impératif de la prononcer pour contribuer au redressement potentiel de ce système, si celui-ci doit avoir lieu. Dans un cas comme dans l'autre, les caractéristiques concrètes de l'infraction et de son auteur sont écartées de la réflexion et la condamnation devient quasiment un acte de foi. Enfin, même dans la mesure où cette forme de justification peut être employée, elle ne fournit aucun critère en ce qui concerne la mesure de la répression et ne peut être suffisante pour arriver au prononcé d'une peine quantifiée.

939. La proportionnalité de la dimension afflictive de la peine semble ainsi particulièrement difficile à assurer. Tandis que la finalité rétributive, non scientifique, n'a jamais fait l'objet d'une systématisation théorique satisfaisante, les finalités de dissuasion reposent sur des preuves scientifiques ténues et en tout état de cause insuffisantes pour permettre une prise de décision éclairée quant à l'ampleur de la répression. Si son intention est de punir, le juge est, à nouveau, contraint à se fier à son intime conviction et à son sens de la justice plutôt qu'à une connaissance effective des conséquences concrètes qui peuvent être attendues de sa décision. Les rationalités strictement préventives de la peine ne présentent pas le même problème, mais elles ne permettent pas, par définition, de justifier la fonction afflictive.

II. L'incommensurabilité dans la combinaison des finalités de la peine

940. Les finalités de la peine reconnues par le législateur sont loin d'être exclusivement punitives. Les buts « *d'insertion ou de réinsertion du condamné* », la fonction de « *protection de la société* », ne requièrent pas qu'il soit fait usage de la souffrance pour être satisfaites. Ainsi qu'il a été relevé précédemment, certaines peines alternatives ou complémentaires peuvent parfois être entièrement expliquées par des considérations de prévention qui n'emportent pas de fonction afflictive. À cela s'ajoute que même les sanctions les plus punitives ne sont pas exclusivement tournées vers la rétribution ou la dissuasion. Au contraire, leur régime accorde en principe une large place aux autres fonctions et finalités de la peine. Des possibilités de personnalisation de la peine prononcée telles que l'application du sursis¹⁶⁶⁶, le cas échéant assorti d'une mise à l'épreuve¹⁶⁶⁷ ou de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général¹⁶⁶⁸, le principe de l'aménagement *ab initio* des courtes peines privatives de liberté¹⁶⁶⁹, illustrent la présence d'une rationalité mixte qui combine différentes logiques de sanction. Il en va de même des peines alternatives ou complémentaires telles que le jour-amende¹⁶⁷⁰, la sanction-réparation¹⁶⁷¹, le travail d'intérêt général¹⁶⁷² ou, à partir du 24

1666 Code pénal, art. 132-29 et s.

1667 Code pénal, art. 132-40 et s.

1668 Code pénal, art. 132-54 et s. Au 24 mars 2020, les formes spéciales du sursis sont remplacées par le sursis probatoire du fait de l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 précitée.

1669 Code pénal, art. 132-19.

1670 Code pénal, art. 131-3, 4° ; 131-5 ; 131-25.

1671 Code pénal, art. 131-3, 9° ; 13-8-1 ; 131-12 ; 131-37.

1672 Code pénal, art. 131-3, 6° ; 131-8 ; 131-22 et s.

mars 2020, la détention à domicile sous surveillance électronique¹⁶⁷³. Le travail d'intérêt général et la sanction-réparation, par exemple, reposent sur l'exécution d'une tâche jugée déplaisante et qui tend à la réparation ou à la compensation du trouble causé, dans un esprit mêlé de prévention, de réparation, de rétribution et de dissuasion. Quant aux autres sanctions et aménagements mentionnés, ils visent en premier lieu à prévenir un nouveau comportement criminel, qui n'a pas besoin d'être spécialement déterminé à l'avance, au moyen de la menace générale d'une répression plus forte. Dans l'ensemble de ces cas, la charge dissuasive principale n'est pas portée par les obligations auxquelles la personne condamnée est soumise, mais par la menace de la sanction subsidiaire qui peut être mise à exécution en cas de violation de ces obligations. Les problématiques de proportionnalité diffèrent peu de celles qui ont été présentées jusqu'ici. Il s'agit pour le juge de s'assurer, d'une part, que l'obligation qu'il impose permet bien la réalisation des fins visées sans en dépasser le cadre et, d'autre part, que la menace de l'aggravation de la répression est suffisamment dissuasive sans être excessive. Formellement, les opérations à réaliser ne sont pas plus complexes. En revanche, le cumul des conditions de proportionnalité emporte aussi le cumul des risques liés aux incertitudes et incommensurabilités présentes à chaque étape.

941. Cette mixité téléologique est plus délicate à appréhender lorsqu'elle se manifeste au cours de l'exécution de la peine. L'article 707, II, du Code de procédure pénale dispose ainsi dans son premier alinéa que « *le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions.* » Un second alinéa ajoute : « *Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières.* » Enfin le III du même article prévoit que « *Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire, dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou d'une libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire.* » À ces fins, les juridictions de l'application des peines se voient confier d'importants pouvoirs de modulation de la privation de liberté, en vue de l'exercice desquels elles sont épaulées par les services pénitentiaires d'insertion et de probation¹⁶⁷⁴. *A contrario*, les finalités énoncées par l'article 707 n'incluent ni la punition du condamné, ni son intimidation ou celle des autres par le mal de la peine. Ni la proportionnalité-mesure, ni la proportionnalité-justification au regard des rationalités punitives n'intéressent en principe la compétence des juridictions de l'application des peines.

942. Il pourrait être dit, en résumé, que **dans l'économie des textes, la punition réside entièrement dans le seul principe de la peine**, principe qui résulte de son prononcé et sert de fondement à son exécution. Cela ne signifie pas que la punition soit la seule logique pénale qui intervienne au moment du jugement. Le principe de la peine, le fondement téléologique de son

1673 Code pénal, art. 131-4-1, issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 précitée, en vigueur au 24 mars 2020.

1674 Sur les attributions de ces services, v. Code de procédure pénale, art. D. 572 et s.

caractère exécutoire, comprend l'ensemble des finalités en vue desquelles la sanction peut être appliquée et détermine la mesure dans laquelle elle peut être appliquée au regard de ces fins. Seulement, toute discussion sur la logique punitive est censée s'achever au moment du jugement. Au regard de la fonction afflictive, l'exécution de la peine n'est qu'une conséquence mécanique de la condamnation sur le fondement et l'étendue de laquelle il n'est pas nécessaire de revenir. Il y a, en quelque sorte, purge sentencielle des arguments sur le châtement.

943. **L'effet afflictif concret peut néanmoins varier en fonction des aménagements et modalités qui sont adoptés *sententiam* et *post-sententiam*.** Par exemple la réduction supplémentaire de peine accordée par le juge de l'application des peines, en application de l'article 721-1 du Code de procédure pénale, à un condamné qui manifeste des efforts sérieux de réadaptation sociale a pour effet de réduire le temps de détention et, en principe, la souffrance qui en résulte. Il en va de même de la permission de sortir accordée en application de l'article 723-3 pour préparer la réinsertion professionnelle ou sociale du condamné, maintenir ses liens familiaux ou lui permettre d'accomplir une obligation exigeant sa présence, ou encore de l'application du régime de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur. La question se pose alors de savoir comment ces variations dans l'affliction doivent s'interpréter en ce qui concerne l'équilibre entre les fonctions et finalités de la sanction, ce qui renvoie plus généralement au problème de la conciliation de ces fonctions et finalités dans l'appréciation de la proportionnalité de la peine. À cet égard, deux approches sont possibles, dont chacune présente des aspects problématiques.

944. La première réponse consiste à conserver la distinction légale entre le sens de la peine prononcée et celui de la peine exécutée. Cela revient donc à considérer que la valeur punitive de la peine prononcée fonde l'ensemble des variations possibles de la peine exécutée : la juridiction de jugement prononce une marge d'affliction potentielle dont la juridiction de l'application des peines déterminera l'ampleur de la réalisation. Cette approche paraît toutefois difficilement conciliable avec les principes d'adéquation et de nécessité. La recevabilité d'une personne détenue à former une demande d'aménagement de peine ne dépend *in abstracto* que des qualifications pénales et sanctions prononcées contre elle, de l'écoulement du temps et de la nature de l'aménagement demandé. Le critère temporel tient, selon l'aménagement en question, soit au délai restant avant la fin de l'exécution de la partie ferme de la privation de liberté, soit au rapport entre la partie exécutée et la partie restant à exécuter¹⁶⁷⁵. La période de sûreté qui assortit éventuellement la peine n'a pour effet que d'ajouter une contrainte supplémentaire, laquelle tient aussi à l'écoulement du temps. Avant que le seuil temporel ainsi déterminé soit atteint, l'aménagement n'est pas possible, excepté dans des cas d'urgence très limités¹⁶⁷⁶. Une fois que le seuil a été dépassé, les considérations de fond sur la base desquelles l'aménagement peut être accordé ou refusé sont sans lien avec les finalités punitives de la sanction en cours d'exécution. Par exemple, peuvent être désignés pour être employés à des travaux à l'extérieur les détenus qui « *présentent des garanties suffisantes pour la*

1675 V. *supra*, p. 431.

1676 Par exemple, l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale permet la suspension de la peine « *quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention* ».

sécurité et l'ordre public, notamment au regard de leur personnalité, de leurs antécédents, de leur conduite en détention et des gages de réinsertion dont ils ont fait preuve »¹⁶⁷⁷. De même l'article 729 du Code de procédure pénale prévoit que peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle les condamnés qui « manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale » et qui « justifient : 1° Soit de l'exercice d'une activité professionnelle, d'un stage ou d'un emploi temporaire ou de leur assiduité à un enseignement ou à une formation professionnelle ; 2° Soit de leur participation essentielle à la vie de leur famille ; 3° Soit de la nécessité de suivre un traitement médical ; 4° Soit de leurs efforts en vue d'indemniser leurs victimes ; 5° Soit de leur implication dans tout autre projet sérieux d'insertion ou de réinsertion. »

945. Admettons maintenant que la peine privative de liberté vise bien une finalité punitive et remplisse donc une fonction afflictive. Admettons également, ce qui paraît aller de soi, que le fait d'être effectivement incarcéré produise un effet afflictif qui participe de cette fonction, voire qui en représente la majeure partie. Si, à partir d'une date donnée, il devient possible d'alléger cette contrainte, voire d'y substituer une simple restriction de liberté ou une privation de liberté sans incarcération (au moyen, par exemple, d'une détention à domicile sous surveillance électronique), sur le fondement de considérations qui ne tiennent pas compte des finalités punitives initialement visées, il y a lieu de présumer que ces finalités, pour la part qui justifiait la détention dans un établissement pénitentiaire, ont été réalisées dans une mesure satisfaisante¹⁶⁷⁸. Dans le cas contraire, l'aménagement accordé au premier jour de recevabilité mettrait en péril la valeur punitive de la sanction et, par conséquent, son adéquation à une partie de ses fins. Toutefois, dans le même temps, le fait que la *fonction* afflictive de l'incarcération ait été remplie ne fait pas disparaître le *caractère* afflictif de cette incarcération. Si la personne concernée est alors maintenue en détention sous le même régime, une partie de la souffrance de la peine se trouve, à partir de cette date, inexplicée et dépourvue de nécessité. Des considérations sécuritaires ou liées au parcours de réinsertion, voire simplement à la discipline en détention, peuvent expliquer que la privation de liberté ne prenne pas fin immédiatement. Tel est, après tout, l'esprit de la rétention de sûreté pour ce qui concerne les condamnés atteints de graves troubles de la personnalité. Toutefois ces considérations ne suffisent pas pour justifier la soumission de la personne détenue au même régime que lorsque la part punitive de sa sanction n'était pas achevée. La souffrance supplémentaire qui lui est ainsi infligée n'est plus nécessaire.

946. La fiction juridique de la dissociation entre la peine prononcée et la peine exécutée peut ainsi mener à ce que, à peines prononcées égales, la personne condamnée qui rencontre des difficultés à se réinsérer socialement ou professionnellement subisse une peine concrètement plus lourde que celle dont, par exemple, la reprise d'activité ou la vie familiale à l'extérieur sont moins problématiques. Une seconde approche de ce problème peut consister à abandonner cette dissociation et à reconnaître, dès le moment du jugement, la part d'affliction et de punition susceptible d'être retirée par l'aménagement de la peine ou, au contraire, ajoutée par le refus de cet

1677 Code de procédure pénale, art. D.128.

1678 Une part résiduelle de la fonction afflictive peut encore être remplie, jusqu'à la fin de la peine, par la contrainte inhérente au régime des aménagements et par la menace de la réincarcération, mais l'incarcération n'est plus nécessaire pour que la punition paraisse dissuasive et proportionnée à l'infraction.

aménagement. Cela apporte toutefois une difficulté supplémentaire, car la juridiction de jugement est alors supposée, dès le moment de la condamnation, anticiper sur l'éventualité d'aménagements futurs et ajuster la peine prononcée en fonction de ces critères. Le condamné qui présente dès le moment du jugement de bonnes garanties de réinsertion serait ainsi condamné à une peine plus longue de manière pour la juridiction de jugement à s'assurer qu'il subisse une durée de détention effective proportionnée à la gravité de l'infraction et aux nécessités de la dissuasion. Un tel mode de décision semble aller à l'encontre à la fois de l'autonomie de la phase d'application des peines et du principe d'individualisation. Il semble en outre en résulter une aggravation de la condamnation plutôt qu'un abaissement de sa sévérité ce qui, étant donné que le point de départ en est le principe de proportionnalité, paraît paradoxal.

947. **Conclusion du second paragraphe.** En matière de proportionnalité-justification des peines, l'incommensurabilité se manifeste ainsi de manière très différente, selon que la finalité visée repose ou non sur une fonction afflictive. Dans la mesure où les fins visées ne sont pas spécifiquement punitives, la souffrance de la peine peut être considérée comme un effet secondaire, un mal à limiter, au même titre que celui qui résulte de toute mesure attentatoire aux libertés adoptée par l'autorité publique. La peine ne vise pas à produire cet effet et il n'entre en considération que comme une valeur négative. Cela ne signifie pas pour autant que le contrôle de proportionnalité en soit particulièrement aisé. Le problème général de l'incommensurabilité est toujours présent. La sanction reste un pari pour l'avenir fondé sur des connaissances parcellaires et des jeux de présomptions. La mise en balance du poids de la peine pour les libertés atteintes face au bien à espérer de ses effets préventifs ou réparatoires demeure une opération vague et potentiellement irrationnelle. Mais ces incertitudes et irrationalités ne procèdent pas de sources qui soient spécifiques à la notion de pénalité. En revanche, dès lors que l'on aborde la notion de dissuasion et, plus largement, celle de punition, le travail du juge se complexifie. Le contrôle de proportionnalité inclut des opérations supplémentaires et requiert que l'on y intègre la valeur instrumentale propre de la souffrance. Or celle-ci est d'autant plus difficile à déterminer que les connaissances empiriques à son sujet, en dépit de l'abondance des études déjà menées, restent très lacunaires. De plus, la logique de la punition s'accorde mal à la logique non-punitive. L'étude des interactions entre les différentes finalités de la répression dans la justification des aménagements de peine révèle des difficultés qui sont susceptibles d'apparaître ailleurs. Si la sanction est en partie justifiée par une finalité qui repose sur l'utilisation de la souffrance, alors une partie de cette souffrance doit être identifiée comme liée à cette fin particulière. Or le maximum de souffrance tolérable, au regard du principe de proportionnalité, doit correspondre à ce que le système pénal identifie comme le *minimum* acceptable. Il en résulte un effet pervers, une immutabilité de la portion de la peine prononcée identifiée à la fonction afflictive, qui semble révéler une incompatibilité entre la notion de punition, celle de proportionnalité et celle de personnalisation de la peine *post-sententiam*.

948. **Conclusion de la seconde section.** L'incommensurabilité se présente ainsi dans le domaine de la proportionnalité des châtiments sous deux aspects spécifiques mais bien distincts. Dans le domaine de la proportionnalité-mesure, c'est la comparaison des maux qui s'avère impossible. La peine ne peut jamais être totalement mesurée au délit, parce qu'il faudrait alors attribuer à la

souffrance du condamné une valeur intrinsèque et chiffrée à laquelle le mal de l'infraction puisse être converti. La proportionnalité-justification ne requiert pas une telle conversion mais, tant que la peine consiste en l'instrumentalisation d'une souffrance, elle requiert que l'utilité propre de cette souffrance soit démontrée et qu'elle soit limitée aussi strictement que possible. Or l'état actuel des connaissances sur la valeur dissuasive des peines ne fournit aucun critère fiable pour déterminer la sanction adéquate. En outre, les exigences de la proportionnalité semblent tendre à une rigidification des rapports entre les différentes justifications de la sanction, qui peut aller à l'encontre des pouvoirs d'aménagement confiés aux juridictions de l'application des peines.

949. Le plus grand diviseur commun entre ces deux formes d'incommensurabilité est assurément la fonction afflictive de la peine. Incidemment, ce qui les distingue n'est pas le type d'affliction en question, mais plutôt la façon dont cette affliction est justifiée. C'est parce que la souffrance est supposée reproduire un mal passé que l'incommensurabilité apparaît en proportionnalité-mesure. C'est parce qu'elle est supposée servir à dissuader que la structure de la proportionnalité-justification se trouve complexifiée. L'incommensurabilité sert en quelque sorte de révélateur aux défauts de cohérence internes à la justification de la peine dont la proportionnalité impose la reconnaissance.

950. **Conclusion du second chapitre.** En dépit du bouleversement contemporain des fonctions sociales et politiques de la peine, la façon dont usent les autorités publiques pour la justifier présente un certain traditionalisme. Ni l'apparition des doctrines positivistes et de défense sociale, ni la critique du droit pénal comme instrument de contrôle, n'ont fait disparaître la présentation ancienne de la peine qui en fait un mal intentionnellement infligé à raison d'un mal antérieurement commis. Les justifications apportées se sont diversifiées, ont crû en subtilité pour s'adapter aux paradigmes du libéralisme classique, des droits de l'homme et, plus récemment, de l'État sécuritaire¹⁶⁷⁹. La fonction afflictive a indéniablement perdu de son importance. Elle a cédé une partie de sa place aux notions de réinsertion, d'accompagnement, de traitement ou, plus récemment, de neutralisation mais, au lieu de disparaître, les sens anciens de la peine ont été conservés comme une strate fondamentale de la rationalité pénale, sur laquelle se seraient accumulées les autres sans la masquer entièrement. La peine n'a plus pour unique fonction ou pour fonction principale de faire souffrir, mais cette fonction est toujours ce qui définit le châtement.

951. Si cette spécificité apparaît si nettement sous la forme de l'incommensurabilité, c'est parce qu'elle ne tient pas à un caractère formel ou matériel de la notion, mais à ses fonctions et finalités, autrement dit aux sources de ses justifications. Le problème n'est ni que la peine soit une souffrance, ni même qu'elle soit fondée sur la culpabilité, mais qu'elle vise spécifiquement à être une souffrance et à constituer un bien en tant que telle. De ce point de vue, la proportionnalité ne fait rien d'autre que de répéter dans le domaine du droit positif une question déjà connue en philosophie : celle de la possibilité d'une souffrance juste dans un monde postérieur à la mort de Dieu¹⁶⁸⁰. Sans source transcendante pour justifier le choix du juge et pour pallier les limites de la connaissance humaine par la promesse de la salvation et du rachat de toute faute, le mal de la peine reste un mal tant qu'il n'est pas entièrement démontré qu'il est un bien. C'est la difficulté fondamentale de cette démonstration qui se manifeste lorsque, en recherchant à établir la proportionnalité de la peine, on se trouve confronté à l'incommensurable.

1679 V. à titre général : D. GARLAND, *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2002 ; MASSÉ M., J.-P. JEAN, et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll.« Droit et justice », 2009, p. 111-189 ; V. MALABAT, « Les mutations du droit pénal à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », J. ALIX et O. CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, coll.« Thèmes & Commentaires », 2017, p. 173-188.

1680 J. PARRAIN-VIAL, « La souffrance infligée par la peine juridique peut-elle être juste ? », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, vol. 28, p. 141-154.

952. **Conclusion du premier titre.** En interrompant le cours du raisonnement proportionnaliste, l'incommensurabilité ne le prive pas de tout fondement. Elle incite en revanche à relativiser les attentes qui peuvent être entretenues à l'égard du modèle de la proportionnalité. Surtout, elle fournit un moyen de raisonner ces attentes en révélant non seulement les limites du contrôle mais aussi les sources de ces limites. À cet égard, la distinction de l'incommensurabilité générale et du cas particulier de la proportionnalité des peines est éclairante, car tandis que la première tient aux limites du raisonnement développé, la seconde trouve un obstacle dans l'objet soumis à ce raisonnement.

953. Si l'incommensurabilité s'oppose en effet au contrôle de proportionnalité à titre général, c'est parce que ce contrôle lui-même est conçu comme un ensemble d'actes de connaissance dans un domaine où, par définition, la connaissance est limitée. La proportionnalité appelle un raisonnement sur l'avenir, la comparaison de pronostics nécessairement affectés d'une marge d'erreur et la mise en concurrence de principes qui, par définition, ne prévoient pas de solution unique déterminée à l'avance. Elle propose de raisonner par calcul avec des droits fondamentaux mais, se présentant comme un instrument formel, elle ne fournit aucun critère objectif pour chiffrer les valeurs avec lesquelles calculer. Avec le problème de l'incommensurabilité, ce sont les limites du perfectionnisme et du rationalisme de la proportionnalité elle-même qui sont mises en lumière, la nécessité du retour au jugement en tant qu'acte de volonté pour trancher ce qui se révèle comme un conflit de valeurs¹⁶⁸¹.

954. C'est un autre rationalisme qui trouve ses limites lorsque l'incommensurabilité fait obstacle au contrôle de la proportionnalité des peines. C'est peut-être le mirage de la peine juste qui s'évanouit, mais c'est aussi l'idée d'une punition raisonnable qui semble manquer d'assise. La punition reste l'utilisation d'une souffrance et l'échec du contrôle de proportionnalité renvoie à la difficulté de justifier, dans un système libéral non autoritaire, le fait de faire souffrir intentionnellement un individu. L'incommensurabilité, en cette matière, répète la question : « Pourquoi punir ? » et nous rappelle combien, à ce sujet, nous en savons peu¹⁶⁸².

955. Il reste alors à tirer les conséquences de ces premières conclusions. La proportionnalité, quoi qu'inaccessible, fait bien l'objet d'un contrôle dans le cadre de l'activité des juridictions. Il existe donc nécessairement un écart entre ce que prévoit ou prescrit l'approche théorique de la notion et la façon dont elle est réellement mise en œuvre. Plusieurs efforts doctrinaux tendent à modifier le modèle proportionnaliste pour tenir compte de l'incommensurabilité, tandis que la jurisprudence s'écarte nécessairement de ce modèle en pratique au moyen d'instruments méthodologiques variés. Se produit ainsi, en réponse à l'incommensurabilité, **une atténuation des espoirs liés à la proportionnalité, source de tempéraments indispensables** qu'il convient à présent d'étudier.

1681 M. ANTAKI, « The Rationalism of Proportionality's Culture of Justification », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 284-307.

1682 J. FERRAND, « Pérégrinations sur le sens-tiers de la peine. (Excès, Dette, Incommensurabilité) », D. BERNARD et K. LADD (dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, coll.« Collection générale », n° 151, 2019, p. 153 : « À y regarder de près, poser la question des buts, des fonctions ou des finalités de la peine ne revient à rien d'autre qu'à faire état de toutes les astuces que l'on a trouvé pour tenter de la justifier, autrement dit pour tenter de dissimuler, par le récit ou la rhétorique, l'excès ».

Titre II. Des tempéraments indispensables

956. Comment exercer le contrôle de proportionnalité en dépit de l'écueil de l'incommensurabilité ? De ce point de vue, la théorie qui présente les principes juridiques comme des exigences d'optimisation est en partie mise en échec dans la mesure où elle vise à fournir une méthode pour la décision et sa critique. Pour M. Alexy, toute doctrine juridique – y compris celle qu'il élabore – comprend une dimension prescriptive, un ensemble d'arguments rationnels pour dégager la bonne solution en présence de circonstances de fait et de droit¹⁶⁸³. M. Barak entend décrire la proportionnalité comme une méthodologie opérante, globalement adoptée en droit constitutionnel comparé et qui « détermine le niveau adéquat de protection pour les droits fondamentaux dans une société démocratique constitutionnellement fondée sur eux »¹⁶⁸⁴. Pour M. Möller, « le principe de proportionnalité fournit une structure qui guide les juges dans la tâche consistant à vérifier si un acte adopté par une autorité publique est constitutionnellement légitime »¹⁶⁸⁵. M. Beatty, particulièrement optimiste, estime que « la proportionnalité est ce que les droits à la liberté, à l'égalité et à la fraternité garantissent réellement, elle établit le standard auquel toute loi, tout acte d'autorité publique, doit se conformer. »¹⁶⁸⁶ Ces espoirs demeurent toutefois insatisfaits dès lors que la théorie s'appuie sur l'étape finale du contrôle, celle de la balance des intérêts, mais que le modèle proposé requiert de calculer avec des valeurs inconnues¹⁶⁸⁷. Une forme aggravée de cette difficulté se présente en matière de peines. Dans la mesure où ces sanctions visent à causer une certaine souffrance, les justifications apportées semblent insuffisantes pour déterminer la nature et la mesure appropriées, y compris lorsque la proportionnalité est placée au cœur des théories concernées¹⁶⁸⁸.

957. Il existe donc un écart à combler entre les théories « pures » de la proportionnalité et les besoins de l'activité juridique. Pour représenter effectivement la démarche d'un juge ou lui fournir des modèles et des critiques adéquats, la proportionnalité doit s'adapter au problème de l'incommensurabilité, ce qui signifie que la méthodologie initialement proposée doit être partiellement reformulée. Cette reformulation peut provenir à la fois de l'observation du droit positif et de contre-propositions théoriques. Les juges pratiquent bien le contrôle de proportionnalité, mais ils ne s'interrompent pas brusquement à mi-chemin pour relever qu'une opération est conceptuellement impossible et refuser de conclure. Il peut être entrepris d'identifier

1683 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2002, p. 8-10.

1684 A. BARAK, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, traduit par Doron KALIR, Cambridge University Press., Cambridge, pays multiples, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 4 : « *Thus, proportionality determines the proper level of protection for constitutional rights in a constitutionally rights-based democratic society.* » *Ibid.*, p. 5 : « *[The appeal to comparative law] is meant to show that this is not only a theoretical model disconnected from reality.* »

1685 K. MÖLLER, *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, 2012, p. 205 : « *Thus, the principle of proportionality provides a structure which guides judges in their task of assessing whether an act of a public authority is constitutionally legitimate in that it respects the conditions of democracy.* »

1686 D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004, p. 169-170 : « *As the jurisprudence shows, proportionality is what basic rights of liberty, equality, and fraternity actually guarantee, it sets the standard that every law, every act of government, must meet.* »

1687 V. *supra*, p. 379.

1688 V. *supra*, p. 443.

certaines des stratégies argumentaires auxquelles ils ont alors recours. De même, des théories complémentaires peuvent se substituer, en fonction des matières, à celle de la pondération des intérêts pour préciser le contrôle. Tel peut être le cas, par exemple, du *harm principle*, qui ne considère une incrimination comme justifiée que si elle permet effectivement de prévenir un dommage causé aux tiers¹⁶⁸⁹. Toutefois, le critère de la provenance doctrinale ou positive ne paraît pas adéquat pour distinguer entre ces diverses solutions, car il ne décrit pas une caractéristique essentielle des raisonnements concernés. Il est tout à fait possible, de plus, que certains d'entre eux relèvent à la fois de la construction théorique et d'une pratique établie.

958. Parce que le point de départ des développements présents est l'existence d'un écueil épistémologique, il paraît plus pertinent de considérer les différentes approches à présenter au travers du type de réponse qu'elles peuvent y apporter. Une source d'inspiration peut être trouvée dans la distinction, proposée par MM. Cohen-Eliya et Porat, entre « scepticisme épistémologique » et « optimisme épistémologique »¹⁶⁹⁰. Ces auteurs utilisent ces notions pour opposer le modèle américain du *balancing* à la proportionnalité à l'européenne, mais il est possible de les transposer dans le cadre de la présente étude en les redéfinissant légèrement. Le point de divergence concerne l'accès à la connaissance de la justice. Le scepticisme épistémologique – associé par ces auteurs au système américain – repose sur l'idée que la connaissance humaine est trop faillible pour qu'un juge seul puisse s'assurer de prendre une décision juste. L'optimisme épistémologique, au contraire, postule que la bonne décision peut être dégagée par l'usage de la logique et de la raison.

959. Ce critère permet effectivement de dégager deux grands ensembles de solutions au problème de l'incommensurabilité. Certaines, que l'on pourrait appeler épistémologiquement optimistes, permettent de conserver une garantie de la proportionnalité au niveau du contrôle juridictionnel. La pondération des intérêts n'a pas lieu et l'ambition proportionnaliste est donc revue à la baisse, mais elle est conservée. D'autres, au contraire, tendent à un abandon partiel ou total du contrôle en présence de l'incommensurabilité. Elles peuvent être qualifiées de solutions épistémologiquement pessimistes.

Chapitre 1. Les solutions épistémologiquement optimistes

Chapitre 2. Les solutions épistémologiquement pessimistes

1689 V. *supra*, 228.

1690 M. COHEN-ELIYA et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013, p. 82-94.

Chapitre 1. Les solutions épistémologiquement optimistes

960. L'optimisme épistémologique ne consiste pas à nier le problème de l'incommensurabilité, mais à le contourner en redéfinissant en partie la finalité du contrôle. Les approches de ce type, de natures et de fondements très divers, ont pour point commun qu'elles concèdent une certaine place au scepticisme, mais qu'elles le tempèrent par un principe de confiance. La décision juste ne peut pas être déterminée directement, la solution du conflit de principes en présence ne découle pas immédiatement des caractéristiques de l'espèce. Toutefois, la proportionnalité peut faire l'objet d'une approximation raisonnable. La ou les « bonnes solutions » ne sont pas entièrement accessibles à la connaissance mais, contrairement à ce que conclurait une lecture pessimiste, ces solutions optimales existent bien et la fonction du contrôle juridictionnel est de les approcher au mieux. L'idée centrale, commune à toutes ces méthodes, est qu'il existe en principe un moyen d'atteindre par la raison un degré de précision suffisant pour que la part de discrétion restante soit tolérable. Il peut demeurer envisageable, en présence d'un conflit extrêmement difficile à résoudre, de conclure que le système juridique est simplement incohérent et le problème indécidable, mais cette conclusion pessimiste ne constitue qu'un ultime recours en cas d'échec de toute autre interprétation de la situation¹⁶⁹¹.

961. Les solutions optimistes constituent ainsi, en quelque sorte, un *continuum* d'intermédiaires entre le pessimisme épistémologique et la théorie des exigences d'optimisation. En fonction du degré de confiance accordé au juge et, réciproquement, de la place laissée au scepticisme, le contrôle de proportionnalité est plus ou moins lourdement modifié. Il est par conséquent possible de distinguer entre ces approches suivant l'importance des tempéraments qu'elles apportent au contrôle. Certaines visent ainsi, à défaut d'un contrôle parfaitement rationnel, à assurer qu'il soit exercé de manière éclairée. L'une des principales sources de légitimité du jugement réside dans l'expérience et l'expertise juridique de son auteur ainsi que dans la qualité de l'information dont il dispose. Favoriser une prise de décision éclairée, assurer que le juge puisse prendre en considération autant de données pertinentes que possible, permet de pallier en partie le problème de la pesée des valeurs en garantissant le caractère raisonnable de la solution dégagée. D'autres solutions procèdent d'une plus grande défiance envers le contrôle de proportionnalité, dont le caractère casuistique fait redouter une variance trop forte et une atteinte à la sécurité juridique. La fonction normative de la jurisprudence, voire l'intervention d'une autorité indépendante, interviennent alors pour réduire la marge de discrétion du juge en lui imposant de se conformer à des critères prédéterminés. Le contrôle se voit ainsi amendé ou déterminé par l'intervention d'une contrainte supplémentaire.

Section 1. Le contrôle éclairé

Section 2. Le contrôle amendé

1691 V. en ce sens R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, p. 273-274.

Section 1. Le contrôle éclairé

962. Le contrôle éclairé correspond à l'idée selon laquelle le principe de proportionnalité représente, pour les autorités publiques, une obligation de moyens. Le but du contrôle n'est pas d'établir que la solution retenue est bien proportionnée, ce qui est impossible, mais qu'elle n'apparaît pas comme disproportionnée au regard de l'ensemble des connaissances disponibles, en droit comme en fait. À cela s'ajoute le postulat que les efforts qui tendent à l'information du juge lui permettent effectivement de se rapprocher d'une solution juste. Le modèle du « juge Hercule » imaginé par Dworkin représente cet idéal, selon lequel le juge qui aborde un conflit de principe doit avant tout faire preuve de diligence (§1), de manière à rendre une décision aussi cohérente que possible au regard du système juridique concerné. Un esprit similaire justifie l'intervention de sciences auxiliaires du droit dans le processus juridictionnel, ce qui correspond à la dimension empirique du contrôle de proportionnalité. Le juge proportionnaliste éclairé ne va pas seulement rechercher le sens des normes applicables, il s'informe aussi au mieux sur les conséquences concrètes qui peuvent découler de sa décision (§2).

§1. La diligence du juge

963. Nous appelons ici diligence du juge l'attitude intellectuelle qui est idéalement attendue de lui à partir de l'ensemble des informations à sa disposition. La question n'est pas de savoir comment il est renseigné mais comment il aborde ces renseignements. L'hypothèse ici étudiée suggère que le juge peut améliorer concrètement son jugement s'il use d'efforts et de précautions particuliers et si, ce faisant, il réduit la marge d'erreur due à l'incommensurabilité. Ces efforts consistent pour lui, d'un point de vue structurel, à rechercher la solution la plus cohérente possible avec l'esprit du système juridique dans le cadre duquel la décision doit s'insérer, ce qui suppose un important travail d'interprétation. Nous appellerons diligence herméneutique cette première forme de précaution, à laquelle Dworkin a notamment consacré d'importants travaux (I). Dans le même temps, d'un point de vue substantiel, il importe que le juge s'assure autant que possible de ne pas laisser ses préjugés personnels influencer indûment la solution retenue. Il lui faut s'efforcer de se placer au plus près des faits et émettre un jugement de valeur aussi neutre que possible, ce que nous appellerons ici diligence axiologique (II).

I. La diligence herméneutique fondée sur l'idéal de cohérence

964. Dans le quatrième chapitre de *Taking Rights Seriously*, Dworkin développe une théorie de l'interprétation juridique en présence de « *Hard Cases* », c'est-à-dire de « cas difficiles » dans lesquels le droit en vigueur ne fournit pas de règle claire et immédiatement applicable pour régler un conflit de normes¹⁶⁹². Tel est le cas, en particulier, lorsqu'il existe un doute quant à la légalité d'une atteinte imposée dans l'exercice d'un droit individuel. L'approche de Dworkin intéresse les présents développements à deux égards. D'abord, il estime que des difficultés de ce type doivent

1692 R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 81 et s.

être abordées comme des cas de concurrence entre principes revêtus d'un certain « poids »¹⁶⁹³, conception qui a inspiré la théorie des droits comme exigences d'optimisation. Ensuite l'un des éléments fondateurs de sa théorie est la thèse dite « *one right answer* » selon laquelle, même en cas de doute interprétatif, il existe toujours une solution objectivement meilleure, qui n'est pas simplement déterminée par la discrétion du juge mais qui peut être découverte par lui. Il est donc envisageable qu'une partie des solutions qu'il propose, mutatis mutandis, puissent être employées pour répondre au problème de l'incommensurabilité en matière de proportionnalité.

965. Pour Dworkin, lorsque la question à trancher est juridiquement controversée, la décision est en partie discrétionnaire. Toutefois il s'agit alors d'une discrétion « faible », qui signifie simplement « que pour une raison ou une autre, les standards » à appliquer « ne peuvent pas l'être mécaniquement et exigent que l'on fasse usage de son jugement »¹⁶⁹⁴ ou que la décision ne sera contrôlée par aucune autorité supérieure. Les standards – c'est-à-dire ici les principes juridiques – pèsent néanmoins sur le processus décisionnel. La discrétion au sens faible ne signifie pas que le pouvoir de décision est entièrement libre, mais que son encadrement présente une certaine souplesse due à la présence d'incertitudes quant au sens des normes en présence. Dworkin estime que ces incertitudes peuvent être compensées si le juge adopte deux approches complémentaires. D'abord, une étude téléologique de « "l'intention" ou [du] "but" d'une loi ou d'une disposition particulière » permet d'établir « un pont » entre « la justification politique ou l'idée générale que les lois créent des droits » et les problèmes de définition des droits « créés par une loi en particulier ». Ensuite, les « principes qui "soutiennent" ou sont "incorporés" dans les règles du droit positif » forment « un pont » entre « la justification politique de la doctrine suivant laquelle des cas similaires devraient être tranchés de manière similaire » et les problèmes « dans lesquels la solution exigée par cette doctrine générale n'est pas certaine »¹⁶⁹⁵. L'office du juge est d'exercer sa discrétion en recherchant la solution la plus conforme aux principes qui ressortent de cette double interprétation, téléologique et inductive, des normes en conflit.

966. Dworkin illustre cette théorie au moyen d'une expérience de pensée. Il propose d'imaginer comment travaillerait, en présence de cas difficiles, un « juge philosophe », un « juriste d'une compétence, d'une érudition, d'une patience et d'une sagacité surhumaines », qu'il appelle Hercule¹⁶⁹⁶. Les talents d'Hercule lui permettent, en présence d'un conflit à résoudre au sein d'un système de droit, de prendre connaissance de l'ensemble des données juridiques, historiques, politiques et culturelles pertinentes pour élaborer une approche théorique qui lui permette de fonder une solution concrète. Il procède à ces fins par ordre descendant. D'abord, il construit une « théorie

1693 *Ibid.*, p. 105.

1694 *Ibid.*, p. 31 : « Sometimes we use "discretion" in a weak sense, simply to say that for some reason the standards an official must attempt cannot be applied mechanically but demand the use of judgment. »

1695 *Ibid.*, p. 105 : « The first [concept] is the idea of the "intention" or "purpose" of a particular statute or statutory clause. This concept provides a bridge between the political justification of the general idea that statutes create rights and those hard cases that ask what rights a particular statute has created. The second is the concept of principles that "underlie" or are "embedded in" the positive rules of law. This concept provides a bridge between the political justification of the doctrine that like cases should be decided alike and those hard cases in which it is unclear what that general doctrine requires. »

1696 *Ibid.* : « We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require. [...] I have invented, for this purpose, a layer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules. »

de la constitution, sous la forme d'un assortiment complexe de principes et de politiques »¹⁶⁹⁷ qui explique de manière cohérente l'ensemble des dispositions constitutionnelles et des pratiques institutionnelles admises. Cette théorie vise notamment à déterminer dans quelles conditions la constitution reconnaît, limite, ou prévoit la reconnaissance ou la limitation de droits tels que ceux invoqués dans le cadre du litige. Ces éléments étant examinés, Hercule s'intéresse à la loi. Il en établit l'interprétation la plus conforme possible à sa théorie de la constitution, à la lettre du texte et à son sens téléologique. Le dernier critère ne suppose pas une spéculation sur « l'état d'esprit de certains législateurs particuliers », c'est-à-dire sur l'intention personnelle des parlementaires au moment de l'adoption du texte. Il s'agit d'identifier une « théorie politique particulière qui justifie cette loi [...] mieux que toute théorie alternative », des « arguments de principe et de politique » qui « pourraient avoir persuadé le législateur d'adopter exactement cette loi », ce libellé plutôt qu'un autre¹⁶⁹⁸. À chaque étape, le raisonnement part ainsi de normes et de pratiques particulières pour en rechercher les principes, c'est-à-dire les rationalités générales les plus cohérentes avec l'état du droit, avant de revenir au particulier pour établir la solution recherchée.

967. Ensuite, dans le cas où ni la constitution, ni la loi ne règlent la question, Hercule peut se référer au *common law*. À nouveau, son talent exceptionnel lui permet de connaître l'ensemble des précédents jurisprudentiels pertinents au regard du conflit à résoudre. Chacun d'entre eux exerce une certaine « force gravitationnelle » qui incite à adopter la même solution dans des cas similaires. Comme en ce qui concernait le droit écrit, il s'agit donc de construire le meilleur système explicatif possible, de révéler les principes qui sous-tendent le réseau des normes reconnues, avant d'en faire découler la solution d'espèce recherchée. Toutefois, Hercule nuance : la « force gravitationnelle » de chaque décision antérieure ne dépasse pas « l'étendue [ou la portée, n.d.r.] des arguments de principe qui sont nécessaires pour justifier ces décisions »¹⁶⁹⁹. Autrement dit, n'importe pour lui que la partie universalisable de chaque décision, celle qui repose sur des présupposés juridiques généraux. Réciproquement, il admet que les présupposés ainsi révélés de décisions distinctes puissent s'avérer totalement irréconciliables entre eux. Dans un tel cas, et seulement en dernier recours, il concède qu'une décision puisse être écartée comme erronée ou obsolète¹⁷⁰⁰. Reste alors le squelette de la jurisprudence relative à l'espèce, un ensemble de propositions normatives établissant, reconnaissant ou appliquant des droits, qu'Hercule est capable de rassembler en un discours cohérent, une « toile continue » (« *seamless web* ») de justification¹⁷⁰¹.

1697 *Ibid.*, p. 107 : « *He must develop a theory of the constitution, in the shape of a complex set of principles and policies that justify that scheme of government* ». Dworkin distingue les « principes » (« *principles* »), qui consacrent des droits individuels et sont de nature déontologique, des « politiques » (« *policies* »), qui représentent des intérêts collectifs et reposent sur des justifications utilitaristes.

1698 *Ibid.*, p. 108 : « *[The constitutional theory] calls for the construction, not of some hypothesis about the mental state of particular legislators, but of a special political theory that justifies this statute, in the light of the legislature's more general responsibilities, better than any alternative theory. Which arguments of principle and policy might properly have persuaded the legislature to enact just that statute ?* »

1699 *Ibid.*, p. 113 : « *He must limit the gravitational force of earlier decisions to the extension of the arguments of principle necessary to justify those decisions.* »

1700 *Ibid.*, p. 120-123.

1701 *Ibid.*, p. 115.

968. Pour Dworkin, la recherche d'un système explicatif cohérent à chaque niveau de la réflexion permet à Hercule d'exercer sa discrétion conformément aux principes qui la fondent. La théorie du droit d'Hercule est bien construite par lui, elle est le produit d'un travail d'interprétation globale qui vise à donner un sens à la coexistence de normes multiples. Prises individuellement, ces normes n'exigent pas que l'on arrive aux mêmes conclusions. En cela, Dworkin estime qu'Hercule rend bien un jugement fondé sur sa conviction plutôt que sur une règle pré-existante et qu'il exerce bien un pouvoir de nature politique. En revanche cette conviction est le produit d'un acte de connaissance : elle correspond à ce qu'Hercule pense être l'explication la plus cohérente de l'état présent du système juridique, plutôt qu'à sa morale personnelle¹⁷⁰². Autrement dit, **Dworkin soutient ainsi qu'en présence d'une information totale et d'une capacité d'analyse illimitée telles que celles qu'il prête à son demi-dieu, il est possible d'arriver à une solution juste, même dans le domaine discrétionnaire.** Cela ne signifie pas que la méthode proposée est infaillible ou que la décision rendue ne sera jamais controversée, car elle concerne quoi qu'il en soit des questions de principe d'ordre moral qui ne peuvent recevoir de réponse unanime. En revanche, cette méthode assure que le jugement soit aussi juste et impartial que le permet l'état du système juridique.

969. Dworkin conclut qu'une approche du même type devrait être privilégiée par les magistrats humains qui, ne disposant ni des ressources ni des capacités du demi-dieu, sont plus « faillibles » que lui. C'est ce qu'il appelle, dans *Law's Empire*, le « principe d'intégrité », qui « enjoint aux juges d'identifier les droits et devoirs juridiques, aussi loin que possible, à partir de la supposition qu'ils aient tous été créés par un auteur unique – la communauté personnifiée – exprimant une conception cohérente de la justice et de l'équité »¹⁷⁰³. Bien entendu, la méthode herculéenne n'est pas applicable pour un magistrat réel. Nul ne peut « composer [...] une interprétation totale et d'un seul tenant de l'entièreté du droit de sa communauté »¹⁷⁰⁴. Il s'agit, à défaut, « d'imiter Hercule de manière limitée » en « autorisant le champ de l'interprétation à s'étendre des cas les plus directement pertinents à ceux qui relèvent du même domaine juridique, puis plus loin encore, tant que cela semble fructueux. »¹⁷⁰⁵ Le droit comme intégrité est un horizon, une fin dernière qui ne peut jamais être atteinte mais vers laquelle le magistrat doit orienter son regard. « Les juges qui acceptent l'idéal interprétatif de l'intégrité décident, dans les cas difficiles, en essayant de trouver, dans un assortiment cohérent de principes concernant les droits et devoirs des personnes, la meilleure interprétation constructive de la structure politique et de la doctrine juridique de leur communauté. »¹⁷⁰⁶ **La décision n'est pas légitime parce qu'elle est parfaitement juste, mais**

1702 *Ibid.*, p. 125-128.

1703 R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 225 : « *The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception of justice and fairness.* »

1704 *Ibid.*, p. 245 : « *No actual judge could compose anything approaching a full interpretation of all of his community's law at once.* »

1705 *Ibid.*, p. 246 : « *An actual judge can imitate Hercules in a limited way. He can allow the scope of his interpretation to fan out from the cases immediately in point to cases in the same general area or department of law, and then still farther, so far as this seems promising.* »

1706 *Ibid.*, p. 255 : « *Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community.* »

parce qu'elle est le fruit du plus grand effort de cohérence que puisse fournir le juge étant données les limites épistémologiques qui s'imposent à lui¹⁷⁰⁷. Ce faisant, il se rapproche du jugement idéal qui pourrait être rendu par Hercule. La prémisse selon laquelle la décision herculéenne est juste permet de fonder la décision qui tente de l'approcher.

970. Employée dans un cadre proportionnaliste, cette présentation – si l'on en admet les conclusions – pourrait permettre de contourner l'obstacle de l'incommensurabilité, au prix d'une redéfinition partielle des enjeux du contrôle. La théorie de l'intégrité reconnaît la fonction normative de la jurisprudence, mais elle demande au juge de raisonner comme si les droits individuels qu'il reconnaît pré-existaient à la formation de la décision, comme s'ils étaient déjà sous-entendus par l'état du système juridique. Elle est focalisée sur l'intégration de la solution retenue au *corpus* juridique général et sur la cohérence d'ensemble qui en résulte. La théorie des exigences d'optimisation est plus casuistique et plus positiviste : les droits qui peuvent être soumis à des limites sous réserve de proportionnalité n'existent que comme des potentialités générales *a priori*, ils ne deviennent des droits effectifs qu'une fois que la décision du juge les a reconnus et uniquement au regard de l'espèce¹⁷⁰⁸. Réciproquement, l'autorité de chose interprétée du jugement est considérablement réduite¹⁷⁰⁹, car la portée de solution est limitée au cas d'espèce – elle n'a en principe pas vocation à servir de précédent. En pratique, toutefois, cette opposition semble devoir être nuancée. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre par exemple qu'une même juridiction peut avoir recours au contrôle de proportionnalité tout en attachant une autorité importante à ses propres décisions antérieures et à la cohérence interne et externe de sa production jurisprudentielle. Les « arrêts phares » de la cour sont parfois pour elle l'occasion de mettre un terme à une controverse, voire de réaliser un revirement, ce qu'elle fait en résumant l'ensemble de sa jurisprudence antérieure et en établissant les distinctions qu'elle juge adéquates, y compris dans le domaine de la proportionnalité. Tel est le cas, par exemple, dans l'arrêt *Beuze c. Belgique*, concernant l'assistance d'un avocat au cours de la phase préparatoire du procès pénal¹⁷¹⁰, ou dans l'arrêt *S., V. et A. c. Danemark* concernant les finalités de la détention autorisée par l'article 5, §1 c) de la Convention¹⁷¹¹. Certes, cette recherche d'une synthèse cohérente est moins liée à une règle de *stare decisis* qu'à la volonté d'assortir la jurisprudence d'une certaine force de persuasion à l'égard des juges nationaux¹⁷¹². Elle reflète néanmoins la continuité qui peut exister en la matière

1707 Il n'est peut-être pas absurde de voir une part d'éthique aristotélicienne dans cette façon qu'a Dworkin d'associer la justice à la pratique de la vertu.

1708 V. *supra*, p. 71 ; *supra*, p. 358.

1709 A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, France, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2014, p. 154-168.

1710 CEDH (Gr. Ch.), 9 nov. 2018, *Beuze c. Belgique*, req. n° 71409/10, §§123-150 : *AJ pénal* 2019, p. 30, comm. ÉLOI ; *RSC* 2019, p. 174, note ROETS ; *Gaz. Pal.* 9 janv. 2019, p. 40, note BERLAUD ; *JCP G.* 2019, doct. 32, chron. SUDRE ; *ibid.*, doct. 255, obs. G'SELL ; *ibid.*, chron. 4, obs. DREYER ; *RTDH* 2019, p. 519, obs. BEERNAERT ; *RDP* 2019, p. 859, chron. MILANO, SURREL, BLAY-GRABARCZYK et LARRALDE.

1711 CEDH, 22 oct. 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12 : *Gaz. Pal.* 27 nov. 2018, n° 335m2, p. 31, note ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *AJ pénal* 2018, p. 572, note GALLOIS ; *JCP G.* 2019, n° 32, chron. SUDRE.

1712 V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Presses universitaires de France, 2015, p. 398.

entre le casuistique et le général, entre la spécificité de l'espèce et l'occasion qu'elle fournit de développer la doctrine de la Cour.

971. Il importe donc de ne pas surestimer l'écart existant entre la théorie des droits développée par Dworkin et celle qui fonde la doctrine proportionnaliste majoritaire. Certains éléments de vocabulaire commun tendent d'ailleurs à les rapprocher, la seconde ayant été fortement inspirée par la première¹⁷¹³. Lorsqu'il décrit les caractéristiques des arguments de principe qui, selon lui, fondent la reconnaissance des droits, Dworkin adopte ainsi des formulations qui annoncent de manière remarquable la notion d'exigence d'optimisation. Par exemple, la « force gravitationnelle » d'un précédent ne peut pas être écartée au prétexte que « le but visé par ce précédent a été suffisamment rempli », « les raisons qui éclairent les décisions de justice » ne peuvent pas « être satisfaites ainsi de manière fragmentaire »¹⁷¹⁴. Deux principes peuvent « entrer en conflit dans certains cas, et la cohérence requiert alors » que l'on ait recours à « un système non-arbitraire de priorité, de pesée ou d'accommodation » pour les départager, mais ce serait « une grave erreur de compréhension » d'en déduire que ces principes sont contradictoires¹⁷¹⁵. Le droit-intégrité reconnaît, comme la proportionnalité, la nécessité d'une motivation approfondie du jugement discrétionnaire et l'idée que certaines normes juridiques, en particulier les droits fondamentaux, peuvent entrer en conflit d'une manière qui appelle, plutôt que la primauté totale d'une norme sur l'autre, un raisonnement de type conciliatoire. C'est sur la forme de la conciliation en question que s'opposent réellement les deux doctrines. Dworkin rejette les métaphores économiques du type de celles employées par M. Alexy et refuse de voir dans les conflits de droits des équations préférentielles que les juges équilibreraient par calcul. Il n'y a pas, dans sa théorie, d'équivalent à la formule de pondération¹⁷¹⁶, parce que l'équilibre à établir découle de l'interprétation des principes plutôt que de l'optimisation des valeurs.

972. Cette opposition ne signifie toutefois pas que les deux méthodes soient totalement incompatibles. Le droit-intégrité n'est contradictoire qu'avec l'idée de pondération des intérêts, qui n'est prédominante qu'à la dernière étape du contrôle de proportionnalité, au moment de la vérification de l'équilibre global de la mesure contrôlée. Le contrôle de l'adéquation d'un acte à ses fins et celui de l'absence d'alternative moins attentatoire aux libertés ne requièrent pas que l'on s'interroge sur l'équilibre des valeurs, même si elles supposent bien un acte de jugement qui dépasse la seule détermination empirique des faits. Ce jugement, qui consiste à établir si l'effet

1713 V. *supra*, 61.

1714 R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 115 : « *It is never taken to be a satisfactory argument against the gravitational force of some precedent that the goal that precedent served has now been served sufficiently [...]. The practices of precedent do not suppose that the rationales that recommend judicial decisions can be served piecemeal in that way* » (le mot souligné est en italiques dans le texte).

1715 R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 269 : « *“These are independent principles and it would be a serious misunderstanding of the logic of principle to consider them contradictory. [...] But in some cases they will conflict, and coherence does then require some nonarbitrary scheme of priority or weighting or accommodation between the two, a scheme that reflects their respective sources in a deeper level of political morality. [...]”* » Les guillemets sont dûs au fait que Dworkin présente un raisonnement imaginaire tenu par Hercule. Le personnage adhérent à la philosophie de son auteur, cela ne constitue guère plus qu'une figure de style pour ce qui concerne le fond du propos.

1716 V. *supra*, p. 393.

produit par la mesure peut être considéré comme significatif au regard des principes qui la justifient¹⁷¹⁷, peut tout à fait être conçu comme un acte d'interprétation au sens de la théorie de Dworkin. **Il est donc envisageable de modifier légèrement le contrôle de proportionnalité, de le repenser sous l'angle du droit-intégrité, tout en conservant ses aspects essentiels.** Les étapes de l'adéquation et de la nécessité sont maintenues à l'identique, tandis que celle de l'équilibre global suit le modèle du droit-intégrité. Le juge ne cherche plus à faire un bilan comptable des atteintes que risquent de subir chacun des principes en conflit, il aborde la mesure contrôlée comme une décision orientée qui s'insère dans un système de droits existant et dont il vérifie si elle n'est pas contraire à la cohérence d'ensemble de ce système. Les problèmes liés à l'incertitude empirique sont toujours présents et l'erreur demeure possible quant à l'interprétation des principes en conflit, mais l'écueil particulier de l'incommensurabilité des valeurs est écarté, parce que la pondération des valeurs est elle-même abandonnée.

973. Une telle option est envisageable, mais elle n'est pas exempte de difficultés. La plus importante d'entre elles tient au manque de précision méthodologique. Le droit-intégrité est avant tout une théorie générale et sa présentation consiste essentiellement en une description idéalisée des raisonnements les plus fondamentaux que puisse tenir Hercule. Dworkin soutient que les juges sont justifiés à rechercher les fondements de principe du système juridique pour en construire une interprétation globale tendant à la cohérence, mais il ne fournit pas de méthode particulière pour cette recherche en dehors d'un conseil général de prudence et d'humilité¹⁷¹⁸. Au contraire, il reconnaît que « tout juge développe, au cours de sa formation et avec l'expérience, une conception du droit qui lui sert personnellement, sur laquelle il s'appuie, peut-être sans y penser »¹⁷¹⁹. L'adoption du principe d'intégrité n'exige pas que chaque magistrat reconstruise toute sa théorie personnelle, mais simplement « qu'il traite ses principes et habitudes de travail [...] comme provisoires et se tienne prêt à les abandonner en faveur d'analyses plus sophistiquées et plus recherchées lorsque l'occasion l'exige. »¹⁷²⁰ Parce que la théorie du droit-intégrité vise avant tout à défendre l'activité normative du juge, elle n'est pas orientée dans un sens prescriptif très marqué qui comprendrait des éléments contraignants pour la prise de décision. Le but est de justifier une confiance de principe en la diligence du magistrat et non de déterminer dans quelles conditions cette diligence pourrait ou devrait être assurée. Le droit-intégrité relève dans ce sens davantage de la théorie générale du droit que de la théorie du contrôle juridictionnel en particulier.

974. Or le contrôle de proportionnalité tend précisément à interroger les raisonnements d'opportunité des autorités publiques, y compris ceux du juge et il requiert par conséquent un certain degré de systématisation. Sans cela, la confiance accordée au décideur risque de se muer en croyance « ésotérique », au sens où l'entend M. Kumm lorsqu'il envisage que le succès de la

1717 V. *supra*, p. 380.

1718 R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 130.

1719 R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 256 : « Any judge will develop, in the course of his training and experience, a fairly individualized working conception of law on which he will rely, perhaps unthinkingly, in making these various judgments and decisions ».

1720 *Ibid.*, p. 257-258 : « No mortal judge can or should try to articulate his instinctive working theory so far, or make that theory so concrete and detailed, that no further thought will be necessary case by case. He must treat any general principles or rules of thumb he has followed in the past as provisional and stand ready to abandon these in favor of more sophisticated and searching analysis when the occasion demands. »

proportionnalité soit en fait dû à « son camouflage technocratique » et à « son intégration au sein d'institutions juridiques qui travaillent ensemble à obscurcir sa vraie nature. »¹⁷²¹ Dans la mesure où le principe de proportionnalité relève au contraire d'une « culture de la justification »¹⁷²² qui exige des autorités publiques qu'elles s'expliquent sur le sens de leur action d'une manière convaincante, le simple maintien des pratiques habituelles et la seule affirmation selon laquelle le juge fait « du mieux qu'il peut » paraissent tout aussi insuffisantes que le recours à un langage technique qui occulte les apories sans les faire disparaître. Le principe d'intégrité et la finalité de cohérence à laquelle il se rattache ne peuvent, en tout état de cause, constituer qu'un cadre général pour la légitimation du contrôle, lequel doit toujours être associé à des garanties complémentaires.

975. Parmi ces garanties, l'une est évoquée par Dworkin lui-même à la fois comme un effet et comme une condition du respect du principe d'intégrité. Pour que le jugement soit cohérent avec l'esprit du système juridique dont il participe, il importe que le juge se réfère, dans l'exercice de sa discrétion, aux principes de ce système plutôt qu'à sa morale personnelle. Réciproquement, la diligence herméneutique est supposée le mener à dégager de tels principes d'une manière qui lui permette d'écarter ses préjugés. En réalité, toutefois, dès lors que l'on s'écarte du modèle herculéen où la connaissance du système est pure et parfaite, l'interprétation est elle-même élaborée au travers d'un filtre de convictions pré-existantes, lesquelles influent nécessairement sur l'orientation de tout choix discrétionnaire. L'impartialité du juge ne peut donc résulter simplement et directement de sa diligence herméneutique : elle doit être assurée par un travail réflexif distinct.

II. La diligence axiologique fondée sur l'idéal de neutralité

976. En présence d'une incertitude quant au sens de la décision à adopter, le juge peut, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, se référer à un principe de cohérence et mener une interprétation constructive du système juridique. Ce faisant, il comble en partie le vide informationnel par un travail positif : il recherche activement ce en quoi peuvent consister de bonnes raisons de décider à partir des fondements implicites du droit positif. Dans un temps voisin et à titre complémentaire, il peut également procéder dans le sens inverse et tenter d'identifier quelles raisons, parmi celles qu'il envisage, sont mauvaises ou mal fondées. Cela implique notamment qu'il distingue ses valeurs personnelles de celles qui sont reconnues par le système juridique. La théorie des exigences d'optimisation comme celle du droit-intégrité reconnaissent en effet, dans des termes différents, une certaine assimilation entre la notion de valeur éthique et celle de principe juridique. Pour les proportionnalistes, principe et valeur sont des équivalents : ce que la valeur désigne comme « le meilleur » correspond à ce que le principe désigne comme « ce qui devrait être »¹⁷²³. Dans la théorie

1721 M. KUMM, « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, n° 2, p. 174 : « Does the institutionalization of Socratic contestation itself have to follow an esoteric strategy to succeed ? Perhaps the secret of the success of rights-based proportionality review is directly connected to its technocratic camouflage (a multi-prong legalistic sounding test) and its embeddedness in legal institutions that work together to obscure its true nature. »

1722 M. COHEN-ELIYA et I. PORAT, « Proportionality and the Culture of Justification », *The American Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 59, n° 2, p. 463-490.

1723 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 92 : « The difference between principles and values is reduced to just one point. What under a system of values is prima facie the best, is under a system of principles what prima facie ought to be ; and what under a system of values is definitely the best, is what under of principles

des droits de Dworkin, les principes sont des normes incluses dans le système juridique en raison de leur fonction structurante et de leur fondement déontologique lié à « la justice, à l'équité ou à une autre dimension de la morale »¹⁷²⁴. Il importe donc que le juge, préalablement à sa décision, parvienne à reconnaître ses propres préjugés, entendus au sens large. Ceux-ci incluent d'abord les convictions personnelles susceptibles d'influencer son jugement, telles qu'une opinion déjà établie quant au fond d'une affaire. Dans ce premier sens, la diligence axiologique rejoint l'exigence d'impartialité. Peuvent ensuite être assimilés à des préjugés les biais cognitifs, c'est-à-dire les erreurs ou imprécisions d'appréhension des situations, tels que les biais de confirmation et autres tendances à la simplification. Ces biais, qui affectent naturellement le sens du jugement de tout un chacun, peuvent faire l'objet d'un travail réflexif pour en réduire les effets. Dans ce second sens, il s'agit d'améliorer l'objectivité du raisonnement.

977. Le versant axiologique de la diligence peut, en premier lieu, être utilement comparé à la notion d'impartialité de la juridiction, comprise non seulement comme un aspect du droit du justiciable à un procès équitable mais aussi comme un devoir plus général associé à la fonction de juger. Dans son interprétation de l'article 6, §1 de la Convention de sauvegarde, la Cour européenne des droits de l'homme distingue un volet subjectif et un volet objectif de l'impartialité. Le premier porte sur « *ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance* » et le second exige de lui qu'il fournisse « *des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* »¹⁷²⁵. L'impartialité subjective fait l'objet d'une présomption réfragable qui peut notamment être renversée lorsque le juge ou un membre de la juridiction tient des propos faisant part de préjugés ou de parti-pris¹⁷²⁶. L'impartialité objective, quant à elle, tient avant tout aux éventuelles incompatibilités, au regard d'une même affaire, de la fonction de juge avec d'autres fonctions susceptibles d'affecter le jugement¹⁷²⁷. Toutefois cette frontière n'est pas hermétique : dans certains cas, la conduite du juge peut à la fois « *suffire à fonder des craintes légitimes et objectivement justifiées* » et « *poser problème dans le cadre de la démarche subjective [...], voire révéler des préjugés personnels* »¹⁷²⁸. Qui plus est, la Cour a tendance à objectiver l'appréciation de

what definitely ought to be. »

1724 R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 22 : « I call a “principle” a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. » (« J'appelle “principe” un standard qui doit être observé non pas parce qu'il promet ou garantit une situation économique, politique ou sociale que l'on juge désirable, mais parce qu'il fait partie de ce qui est requis par la justice, l'équité ou une autre dimension de la moralité. ») Rapp. R. DWORKIN, *Law's Empire*, op. cit., p. 262-263.

1725 V. notamment CEDH (Ch.), 1^{er} oct. 1982, *Piersack c. Belgique*, req. n° 8692/79, §30 : *Ann. fr. dr. int.* 1985, 415, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1985, 210, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

1726 Par ex. : CEDH (Ch.), 23 avr. 1996, *Remli c. France*, req. n° 16839/90, §§43 et s. : *RSC* 1997, p. 473, obs. KOERING-JOULIN ; *Gaz. Pal.*, 11 juill. 1997, p. 19, note PUECHAVY. CEDH (2^e s.), 16 sept. 1999, *Buscemi c. Italie*, req. n° 29569/95, §§64 et s. CEDH (1^{ère} s.), 28 nov. 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n° 58442/00, §§117-121 : *JCP G.* 2003, I, 109, n° 4, obs. SUDRE. CEDH (Gr. Ch.), 15 déc. 2005, *Kyprianou c. Chypre*, req. n° 73797/01, §§129-133 : *JDI* 2006, p.1100, note MAURICE ; *JCP G.* 2006, I, 190, obs. BEIGNER, DE LAMY et DREYER.

1727

Pour une synthèse de la jurisprudence en la matière, plus développée qu'en ce qui concerne le versant subjectif, v. F. SUDRE, « Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l'homme. - Droits garantis. - Droit à un procès équitable. », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis, 2018, p. 163-184.

1728 CEDH (Gr. Ch.), 15 déc. 2005, *Kyprianou c. Chypre*, préc., §121.

l'impartialité quand, par exemple, elle relève dans ce domaine que « *l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif* » et que « *l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées* »¹⁷²⁹.

978. La jurisprudence de la Cour, fondée sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, appréhende logiquement l'impartialité du juge comme une prérogative du justiciable. De plus il ne s'agit pas pour elle d'évaluer la qualité au fond des jugements rendus par les juges nationaux et encore moins de les encourager à l'excellence, mais seulement de répondre à des allégations de violation des droits garantis par la Convention. En revanche, même dans les limites de cette compétence, elle semble attendre des juges nationaux qu'ils se mettent en mesure de reconnaître leur propre partialité. Dès son arrêt *Piersack c. Belgique* du 1^{er} octobre 1982, elle estime que « *doit se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Il y va de la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique.* »¹⁷³⁰ Dans l'arrêt *Remli c. France* du 23 avril 1996, elle ajoute que « *l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention implique pour toute juridiction nationale l'obligation de vérifier si, par sa composition, elle constitue "un tribunal impartial" au sens de cette disposition lorsque, comme en l'espèce, surgit sur ce point une contestation qui n'apparaît pas d'emblée manifestement dépourvue de sérieux* »¹⁷³¹. **Le juge ou la juridiction interrogé sur ce point doit donc vérifier sa propre impartialité et, au besoin, prendre les mesures de récusation qui s'imposent.** Observons que la formule de l'arrêt *Piersack* est plus stricte encore que celle de l'arrêt *Remli*, puisqu'elle semble requérir des membres de la juridiction qu'ils prennent d'office l'initiative de cet auto-contrôle dès lors que « *l'on peut légitimement craindre un manque d'impartialité* » de leur part. La garantie effective du droit subjectif protégé par l'article 6 de la Convention rejoint alors pour partie la déontologie du juge, qui doit faire preuve de prudence et d'auto-critique pour s'assurer de ne pas rendre une décision viciée.

979. En second lieu, il est possible que la décision du juge soit orientée non pas parce qu'il se détermine sur le fond avant d'avoir pris connaissance de l'entière de la cause, mais parce qu'il en apprécie les éléments d'une manière erronée ou biaisée en raison de raccourcis de pensée trompeurs. La question a notamment été abordée dans le domaine du choix de la peine, où la grande marge de discrétion dont bénéficie le juge laisse une place importante à l'approximation et à la subjectivité personnelle. Mme Fitzmaurice et M. Pease se sont ainsi penchés sur ce qu'ils appellent la « *psychologie du choix de la peine* »¹⁷³². Leur hypothèse de travail est que le juge qui choisit la peine à prononcer étant un être humain, sa décision et la façon dont il l'explique *a posteriori* sont exposées aux mêmes travers psychologiques que n'importe quelle décision humaine ordinaire. Il est donc possible que la façon dont le juge rationalise son processus décisionnel lorsqu'il motive sa décision masque, en toute bonne foi, les raisons concrètes qui l'ont réellement mené à choisir une peine plutôt qu'une autre.

1729 CEDH (Ch.), 23 avr. 1996, *Remli c. France*, préc., §46. Ce tempérament de la distinction, déjà ancien, se comprend aisément en ce que, d'une part, le for intérieur du juge demeure nécessairement inconnu et que, d'autre part, le critère du simple soupçon exprimé par le justiciable paraît très insuffisant.

1730 CEDH (Ch.), 1^{er} oct. 1982, *Piersack c. Belgique*, préc., §30.

1731 CEDH (Ch.), 23 avr. 1996, *Remli c. France*, préc., §48.

1732 C. FITZMAURICE et K. PEASE, *The psychology of judicial sentencing*, Manchester, UK, Royaume-Uni, 1986.

980. Les auteurs soulignent ainsi que les sens de la peine auxquels un juge peut se référer – rétribution, neutralisation, dissuasion et réinsertion – mènent tous *a priori* à ce que l'intensité de la sanction soit principalement liée à la gravité de l'infraction. Le fait de percevoir une infraction comme « plus sérieuse » emporte une réaction de réprobation plus grande, qui mène à considérer que l'agent devrait être neutralisé plus strictement, être soumis à une peine plus dissuasive ou à un effort plus important de réhabilitation sous la contrainte¹⁷³³. Par conséquent, la préférence donnée à une rationalité punitive plutôt qu'à une autre peut n'influer sur la peine prononcée que de manière marginale : « Si l'on tentait de décrire, par exemple, quelles attitudes d'un juge rétributiviste le distingueraient d'un autre favorisant la réhabilitation du point de vue d'un observateur qui n'aurait accès qu'aux statistiques des sanctions prononcées, alors la différence prédite se résumerait presque certainement à la fréquence à laquelle la peine s'aggraverait en fonction de variables secondaires »¹⁷³⁴ (nous soulignons). Il est donc suggéré que la motivation choisie est avant tout une forme de rationalisation *a posteriori* de la décision, fondée sur les critères de la disponibilité et de la représentativité. « L'heuristique de la disponibilité opère par la sélection du discours motivationnel le plus accessible aux processus mentaux de perception, de souvenir ou de construction par l'imagination », tandis que « l'heuristique de la représentativité » consiste à « établir dans quelle mesure un motif est considéré comme représentatif des motifs caractéristiques du comportement considéré »¹⁷³⁵. Ce sont, autrement dit, les poids respectifs de l'habitude et de la tradition : d'ordinaire, une personne qui explique sa décision tend à le faire à partir de la justification qu'elle conçoit le plus aisément ou qui semble être la plus typique, plutôt que par un travail introspectif approfondi. Il peut en résulter un effet pervers : « Plus [des motifs] sont utilisés, plus il est facile d'y croire [...] et, par conséquent, plus ils sont utilisés, et ainsi de suite. »¹⁷³⁶ Devant l'étendue des choix possibles et la variété des motifs proposés, une approche sceptique peut mener à voir dans le discours judiciaire « une rhétorique qui, étant crue par ceux qui l'expriment, se perpétue elle-même et n'est pas de la moindre utilité pour la compréhension du processus de choix de la peine. En suivant un raisonnement de cette sorte, un psychologue comportementaliste en viendrait à voir la littérature juridique sur la peine comme un épiphénomène. »¹⁷³⁷

1733 *Ibid.*, p. 49.

1734 *Ibid.*, p. 50 : « *If one attempts to describe how, say, a retributive judge would behave in ways that would distinguish him from a rehabilitator, from the perspective of an observer who had access only to the pattern of sentencing, then the predicted difference would almost certainly reduce itself to a discussion of the rate at which punishment increased as other relevant variables increased.* »

1735 *Ibid.*, p. 43 : « *The availability heuristic operates by the selection of that motivational account which is most accessible in the process of perception, memory or construction from imagination. The representativeness heuristic would suggest that people operate by assessing the extent to which a motive is deemed representative of motives characteristic of the category of behaviour under consideration.* »

1736 *Ibid.*, p. 44 : « *The motives take on an existence of their own. The more they are used the more they are believed (by both heuristics) and therefore the more they are used, and so on, in a process whose culmination teeters on the edge of clichéd excuse.* »

1737 *Ibid.*, p. 51-52 : « *Alternative causes of action within a very wide range are compatible with a very wide range of justifications. Put two and two together and the possibility exists for the development of a rhetoric of sentencing, which is believed by those who express it, which is self-perpetuating, and which is not of the slightest use in understanding the sentencing process. By this sort of reasoning the behaviourally oriented psychologist would come to see the legal literature on sentencing as epiphenomenal.* » Cette approche rejoint en grande partie celle, plus générale, du réalisme juridique.

981. Une interprétation de ce type pourrait mener à rejeter comme arbitraire le principe même de la personnalisation des peines. Il importe toutefois de la nuancer. D'abord, même si l'on admet que les raisons fournies par le juge ne correspondent pas directement aux causes réelles de sa décision, cela ne signifie pas que le lien est entièrement rompu. Ensuite il est possible de considérer, comme le proposent Mme Fitzmaurice et M. Pease, que du point de vue du droit, **ce qui importe n'est pas l'exactitude de la correspondance entre les raisons exprimées et les causes réelles du choix, mais le fait que les raisons exprimées font apparaître ce choix comme défendable**¹⁷³⁸. Une bonne motivation, en ce sens, ne vise pas à prouver que, dans le *for* intérieur du juge, la décision a été prise de manière rationnelle, mais seulement qu'il existe des raisons objectives de la considérer comme si tel était le cas. Ensuite, l'étude psychologique elle-même peut être le fondement d'un travail réflexif qui permette au juge de reconnaître le jeu de certains automatismes de pensée et d'en contrer ou atténuer les effets. Deux pistes de réflexion soulevées par ces auteurs peuvent être évoquées ici. La première concerne l'appréciation de la gravité de l'infraction, la seconde celle de la sévérité de la peine.

982. En ce qui concerne d'abord la perception par le juge de la gravité de l'infraction, l'ouvrage souligne divers biais cognitifs susceptibles d'intervenir lors de l'analyse des faits, généralement dans le sens de la répression. Par exemple, le jugement porté sur un fait relativement isolé peut tendre à ignorer ou à sous-estimer la probabilité antérieure que le dommage se produise et le rôle des circonstances, tandis qu'il surestimera la place causale du comportement individuel¹⁷³⁹. De même, le fait de porter un regard *a posteriori* sur un fait déjà advenu peut mener le juge à en surestimer la prévisibilité du point de vue des agents qui y ont été confrontés¹⁷⁴⁰. En droit français, l'affaire du barrage du Drac présente ainsi un cas remarquable d'accumulation de risques systémiques dont les conséquences dramatiques furent, dans un premier temps, rattachées à la faute d'une même personne¹⁷⁴¹. L'enseignante dont la classe en sortie avait été victime du lâcher d'eau d'EDF, d'abord condamnée en première instance et en appel par les juridictions grenobloises, fut relaxée par la cour d'appel de renvoi suite à la réforme de la responsabilité pénale en matière d'infractions involontaires portée par la loi du 10 juillet 2000¹⁷⁴². Ce sont surtout les motifs des deux premières décisions au fond, en partie reproduits par l'arrêt de cassation du 12 décembre 2000, qui

1738 *Ibid.*, p. 5 : « *The giving of reasons for sentence may be a good idea, but, if so, it is not because the reasons thus generated are the real reasons for passing sentence, or are credible as the reasons. It is because the giving of reasons may reveal the sentences as defensible in terms of a principle or set of principles* » (passage souligné en italiques dans le texte).

1739 *Ibid.*, p. 18-19, 22-24.

1740 *Ibid.*, p. 32-33. Les auteurs parlent de « *knew-it-all-along effect* », ce qui peut se traduire comme « l'impression de "l'avoir su depuis le début" ».

1741 V. Grenoble, 12 juin 1998 : *Gaz. Pal.* 1998, 2, 460, note PETIT. Cass. Crim., 12 déc. 2000, n° 98-83.969 : *Bull. Crim.*, n° 371 ; *BICC* 2001, n° 529, p. 3, concl. COMMARET et rapp. FERRARI ; *Gaz. Pal.* 2000, 2, 2456, note PETIT ; *ibid.* 2001, 2, 1196, note MONNET ; *Dr. pénal* 2001, n° 43, obs. VÉRON ; *RSC* 2001, p. 157, obs. MAYAUD ; *ibid.*, p. 372, obs. BOULOC. Cass. Crim., 18 juin 2002, n° 01-85.537 : *Bull. Crim.*, n° 139 ; *D.* 2003, Somm. 244, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Gaz. Pal.* 2002, 2, 994, note PETIT ; *Dr. pénal* 2002, 121, obs. VÉRON.

1742 Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels* : JORF n° 159 du 11 juillet 2000, p. 10484. V. X. PIN, *Droit pénal général*, 10^e éd., Dalloz, 2019, p. 200-206 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017, p. 265-269 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 708-711 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, p. 449, avec un tableau récapitulatif de l'évolution de l'article 121-3 du Code pénal.

sont ici notables par l'ampleur des responsabilités qu'ils faisaient notamment peser sur l'enseignante. Celle-ci aurait dû, pour échapper à la répression, mettre en doute l'expertise de son accompagnatrice, employée de la mairie connaissant bien les lieux, ainsi que du directeur du centre agréé dans le cadre duquel devait se dérouler l'activité, et découvrir par elle-même une dangerosité du site visité dont ni les associations ni les autorités administratives locales ne semblaient elles-mêmes avoir conscience. Le régime juridique applicable en ce qui concernait la qualification de la faute et de son lien de causalité avec le dommage pénal pouvait certes choquer par sa rigueur, mais c'est surtout la rhétorique déployée par les juges du fond à cet égard qui semble avoir alors été marquée par un fort effet de justification *a posteriori* de la sévérité dans l'interprétation de la loi.

983. Concernant ensuite la décision sur la peine, les auteurs observent que le quantum choisi peut être soumis au phénomène des « nombres préférés » (« *preferred numbers* »)¹⁷⁴³. L'idée est qu'une personne invitée à choisir un nombre dans un intervalle donné va spontanément se tourner vers certaines valeurs plutôt que d'autres, en particulier vers celles qui sont « rondes » ou correspondent à des divisions régulières de l'intervalle proposé. Il ressort ainsi d'études statistiques menées au Royaume-Uni que la durée des peines privatives de liberté encourues et prononcées s'agglomère autour de certaines valeurs arrondies, des multiples de trois, six ou douze mois et d'un ou cinq ans. Se produit ainsi un effet de gradation de la répression qui ne dépend pas seulement de l'appréciation des caractères de l'infraction et des sens de la peine, mais aussi de l'unité dans laquelle la durée de détention à subir est exprimée. **Le risque est alors que la sanction choisie soit davantage déterminée par l'impression générale de sévérité qu'évoque abstraitement le chiffre que par la considération de ses effets concrets pour le condamné et les tiers.** À cet égard, les auteurs rapportent la tenue d'une expérience dans laquelle, lorsque la consigne était d'exprimer la peine à prononcer en semaines de détention, « les sentences imposées étaient spectaculairement plus courtes que celles qui, pour les mêmes cas, étaient comptées en années »¹⁷⁴⁴. La technique est désormais employée par le *Sentencing Council for England and Wales*, dont les recommandations, lorsqu'elles portent sur une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure à un an, sont exprimées en semaines de détention. Le *Criminal Justice Act 2003* avait prévu d'imposer la même règle dans les peines prononcées par les juridictions anglaises et galloises, mais la disposition en question a été abrogée en 2012 sans être entrée en vigueur¹⁷⁴⁵.

984. Même sans être incorporée dans une norme s'imposant au juge, une expérience de ce type pourrait se révéler intéressante. M. Ashworth souligne ainsi que, en raison de la mécanique des nombres préférés, le juge peut, par exemple, vouloir marquer l'aggravation d'une peine de six mois de privation de liberté en l'élevant à neuf mois plutôt qu'à sept. Or la différence n'a rien de symbolique si l'on se rappelle que, même en tenant compte de la libération conditionnelle,

1743 C. FITZMAURICE et K. PEASE, *The psychology of judicial sentencing*, op. cit., p. 103 et s.

1744 *Ibid.*, p. 115 : « A small experiment [...] showed that when sentences were expressed in units of weeks, sentences imposed were spectacularly shorter than sentences passed on the same cases in year units. »

1745 V. *Criminal Justice Act 2003* (c. 44), s. 181(2)(a) : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/181/2004-01-26> [consulté le 14 août 2019], abrogé par *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* (c. 10), s. 81(1)(a) : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/10/section/89> [consulté le 14 août 2019].

l'aggravation équivaut alors « à trente jours et nuits d'incarcération supplémentaires »¹⁷⁴⁶. Peut-être, suggère-t-il, la décision du tribunal marquerait-elle tout aussi efficacement la différence de sévérité recherchée en l'exprimant par vingt ou même quinze jours de détention au lieu de trois mois. En se saisissant de la plus petite unité, le juge se fait peut-être une idée plus concrète de la sanction telle qu'elle va être appliquée et ressentie par la personne qu'il condamne. Certes, en droit français, l'article 716-1 du Code de procédure pénale dispose que la peine d'un mois d'emprisonnement « est de trente jours » et que « celle de plus d'un mois se calcule de quantième en quantième » et, concernant le calcul des réductions de peine, les articles 721 et 721-1 prennent pour unités de mesure principales l'année et le mois. Le législateur s'exprime également en mois et années quand il établit les peines encourues, ce qui porte à croire que le juge devrait s'exprimer de la même manière par souci de cohérence. Rien ne lui interdit en revanche, avant de rendre sa décision, de la soumettre à une expérience de pensée similaire à celle proposée par M. Ashworth : quel nombre de jours et de nuits de privation de liberté semble correspondre au mieux à l'idée qu'il se fait de la sanction juste ? Dans un domaine aussi méconnu que celui de la pratique du choix de la peine, ce type d'expérimentations et d'investigations mériterait davantage d'attention de la part des magistrats comme des universitaires.

985. **Conclusion du premier paragraphe.** En tant que réponse au problème de l'incommensurabilité, le renvoi à la diligence du juge semble nécessaire mais insuffisant. À l'exception du principe d'impartialité, qui se rapporte à la notion même de juridiction, les propositions étudiées relèvent surtout de l'appel au sens de la déontologie professionnelle du magistrat, plutôt que de garanties de droit positif dont le respect pourrait faire l'objet d'un contrôle effectif. Il importe toutefois de ne pas en minimiser l'importance. D'abord parce que la confiance publique, sans être seule suffisante pour assurer l'équilibre d'un système démocratique, n'en est pas moins indispensable à son fonctionnement et qu'il en va, à ce titre, des juridictions comme de tout autre organe public de décision. Ensuite parce que tant que progresse la compréhension des mécanismes qui guident cette décision, la part hermétique de l'acte de juger recule, pour le magistrat lui-même comme pour les justiciables. Toutefois, quand bien même l'état des savoirs en la matière permettrait effectivement la construction d'un jugement intégralement raisonné (ce qui est loin d'être le cas), la solution serait encore incomplète. La diligence du juge constitue une attitude intellectuelle par rapport à des informations déjà disponibles, en fait comme en droit. Le modèle d'Hercule est fondé sur le postulat d'une connaissance totale du système juridique et, par hypothèse, des circonstances de la cause. De même le principe d'impartialité comme l'approche psychologique de l'acte de juger décrivent des comportements à partir des données fournies au juge. Or la qualité de l'information dont il dispose représente un enjeu tout aussi important que la façon dont il reçoit cette information et l'intègre à son raisonnement.

§2. L'information du juge

986. Le contrôle de proportionnalité est marqué d'empirisme et d'instrumentalisme. La proportionnalité s'apprécie *in concreto*, à partir des faits de la cause et en particulier des

1746 A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 5^e éd., Cambridge University Press, 2010, p. 115.

conséquences prévisibles de la mesure contrôlée. Ce sont ces conséquences qui déterminent si la mesure permet bien d'atteindre les fins visées, si aucune alternative moins attentatoire aux libertés ne permet de réaliser ces fins. C'est également au regard de ses effets prévisibles qu'il peut être déterminé si elle est globalement équilibrée. Au moment où la proportionnalité est évaluée, ces faits constituent un pronostic et, par conséquent, ils sont nécessairement incertains¹⁷⁴⁷. La connaissance scientifique ne permet pas de supprimer cette incertitude, mais elle peut contribuer à la réduire et, en ce sens, à limiter le problème de l'incommensurabilité. Le juge peut donc être amené à s'informer auprès d'un ou plusieurs spécialistes – des « experts » au sens large – et c'est alors la question des rapports de pouvoir entre le savoir juridique et le savoir scientifique qui peut être posée.

987. L'interpénétration des discours juridique et scientifique est un phénomène particulièrement bien connu en droit pénal, la discipline s'étant construite, depuis le début du XIX^e siècle, par un dialogue constant avec les sciences criminelles modernes. L'enseignement du droit pénal général commence désormais souvent par une définition de la matière qui la distingue des sciences criminelles tout en soulignant les liens étroits qui existent entre leurs domaines et objets respectifs¹⁷⁴⁸. Réciproquement, certaines évolutions essentielles de la pensée scientifique sur le crime trouvent leur origine dans une évolution juridique. L'anthropométrie criminelle de Bertillon, précurseure de l'anthropologie criminelle de Lombroso, fut ainsi conçue, puis promue¹⁷⁴⁹, comme une méthode permettant de reconnaître les récidivistes en vue de l'application effective des lois qui aggravaient la répression à leur rencontre¹⁷⁵⁰. De nos jours, la dimension politique de la matière continue de causer d'importantes dissensions doctrinales et les débats qui s'ensuivent voient se former des argumentaires complexes mêlant le juridique au scientifique, ainsi que l'illustrent par exemple les publications relatives à l'usage de la notion de dangerosité¹⁷⁵¹.

988. Pour autant, toutes les interventions du savoir scientifique dans l'activité du juge n'intéressent pas nécessairement la proportionnalité. Par exemple, le travail de la police technique et scientifique ou la consultation d'un expert judiciaire remplissent le plus souvent une fonction exclusivement probatoire. Lorsqu'une expertise balistique ou médico-légale établit, avec plus ou moins de certitude, la plausibilité d'une hypothèse quant aux circonstances d'une infraction, elle peut participer à orienter la décision du juge en ce qui concerne la culpabilité, mais elle ne fait alors

1747 V. *supra*, p. 352.

1748 V. notamment et à titre général R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome I. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, dont toute la première partie (pp. 22-206) est consacrée au « phénomène criminel » ; B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1-45 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, 2016, p. 19-48.

1749 A. BERTILLON, *L'identité des récidivistes et la loi de relégation*, G. Masson., Paris, coll.« Annales de Démographie internationale », 1883.

1750 V. M. KALUZYNSKI, « Le criminel sous le regard du savant », É. HEILMANN (dir.), *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, Éditions Autrement, coll.« Série Mutations/Sciences en société », n° 145, 1994, p. 74-87.

1751 V. par exemple J.-L. SENON, « Dangerosités psychiatriques et criminologiques : des peurs sociales au questionnement sur l'évaluation actuarielle et les mesures de sûreté », M. MASSÉ, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll.« Droit et justice », 2009, p. 173-189 ; M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ Pénal*, 2012, p. 75 ; J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF et IRJS Éditions, 2011, p. 49-78.

que prouver un fait qui, s'il est reconnu, entraîne l'application d'une règle catégorique, nommément la règle d'incrimination¹⁷⁵². Il en va de même de l'expertise psychiatrique qui, établissant que l'auteur des faits a commis l'infraction « à son insu » au cours d'un épisode dissociatif, convainc ainsi le juge qu'il convient de retenir la cause de non-imputabilité prévue à l'article 122-1, alinéa 1 du Code pénal¹⁷⁵³. Dans ces cas, le discours scientifique ne participe pas à un contrôle de proportionnalité. Il est bien soumis à une appréciation du juge, mais celle-ci ne porte que sur la portée probatoire de l'élément de connaissance rapporté.

989. Le contexte du contrôle de proportionnalité présente des enjeux et des rapports d'influence différents. Même dans le cas où le fait que la mesure contrôlée va produire un effet donné est considéré comme prouvé, l'application de la norme n'en découle pas automatiquement, car il reste à apprécier ce que ces effets représentent en termes de rapport de valeurs. Il ne suffit pas de dire que tel effet présente telle probabilité de se produire, avec telle marge d'erreur : il reste encore à déterminer si cet effet est suffisamment important et probable pour que la mesure adoptée paraisse justifiée, ou *vice-versa*. **L'opinion exprimée par le spécialiste tend alors à remplir, outre sa fonction de preuve, une fonction de conseil**, en ce que l'interprétation du pronostic – qui peut elle-même faire l'objet d'un dialogue entre le juge et l'expert – mène à une appréciation en opportunité. Le juge ne se demande pas simplement si tel fait est avéré, mais quelle est l'importance de ce fait, parmi l'ensemble des circonstances pertinentes. Réciproquement, **le simple fait de requérir l'avis d'un tiers éclairé marque déjà une forme d'insistance, d'indication que la question qui lui est posée revêt une importance particulière dans le processus décisoire**. Ce fait, cet effet, sont importants et doivent ou peuvent être évalués par un expert ou un service spécialisé avant que le juge rende sa décision. Lorsque le droit applicable définit ce qui peut ou doit faire l'objet d'une consultation préalable, il fait donc plus que régler une question pratique de droit de la preuve : il désigne un certain *corpus* informationnel comme étant prioritaire, comme étant particulièrement lié au sens de la mesure à prononcer ou à contrôler. Il en va de même lorsque, en outre, l'étendue ou la teneur des questions à traiter sont définies à l'avance par la règle de droit.

990. En droit criminel, ce type d'échange entre le juge et l'expert scientifique ou le spécialiste de terrain concerne avant tout le domaine des sanctions, où les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) occupent désormais une place essentielle. À cet interlocuteur institutionnel de compétence générale (I), fortement institutionnalisé, s'adjoignent ou se substituent divers spécialistes, dont la présence marque souvent la médicalisation croissante de la répression et son orientation sécuritaire (II).

1752 Notons qu'il serait possible de soutenir que le juge ne cherche jamais une preuve absolue (qui n'existe pas) et qu'il lui appartient de déterminer si les preuves à sa disposition sont suffisantes pour emporter son intime conviction. Cette détermination relève du pouvoir souverain du juge du fond mais l'exigence de motivation qui pèse désormais sur lui pourrait entraîner un contrôle de la non-contradiction des motifs de fait et de droit, lequel constituerait alors une sorte de contrôle de proportionnalité. La jurisprudence ne semble pas envisager cette possibilité, qui tombe par conséquent en dehors du cadre de la présente étude.

1753 Cass. Crim., 18 févr. 1998, n° 97-81.702, 97-84.855 : *Bull. Crim.*, n° 66.

I. Le service pénitentiaire d'insertion et de probation, interlocuteur de compétence générale

991. Véritable « couteau suisse » de la procédure pénale, le SPIP peut intervenir dès la phase préparatoire du procès, lorsque le procureur de la République ou le juge d'instruction le sollicite en vue « *de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale* » d'une personne mise en cause « *et de l'informer sur les mesures propres à favoriser l'insertion sociale de l'intéressé[e]* »¹⁷⁵⁴. L'acte d'investigation en question peut alors éclairer la décision portant sur l'orientation des poursuites ou sur le prononcé d'une éventuelle mesure de contrainte avant jugement, mais il revêt aussi une certaine coloration de préparation au choix de la peine dans l'éventualité d'une future condamnation. Le critère de la « *situation matérielle, familiale et sociale* » est en effet employé à de très nombreuses reprises en matière de sanction, notamment par les articles 132-1, 132-19 et 132-70-1 du Code pénal en ce qui concerne l'individualisation de la peine ou par l'article 707, II du Code de procédure pénale pour ce qui concerne son exécution et son aménagement. La référence à « *l'insertion sociale de l'intéressé[e]* » confirme cette tendance répressive, la personne concernée étant à cette étape présumée innocente et la phase préparatoire n'ayant pas pour finalité de garantir son insertion ou la réinsertion.

992. L'essentiel des compétences du SPIP concernent toutefois la phase d'exécution de la peine. Les articles D. 573 et suivants du Code de procédure pénale lui confient un ensemble de missions qui incluent, sans s'y limiter, des fonctions liées au suivi du parcours de peine du condamné et au contrôle du respect de ses obligations. En outre, l'article D. 574, alinéa 1, prévoit : « *Le service pénitentiaire d'insertion et de probation concourt, sur saisine des autorités judiciaires, à la préparation des décisions de justice à caractère pénal ; il peut être chargé de l'exécution des enquêtes et des mesures préalables au jugement. À cet effet, il effectue les vérifications sur la situation matérielle, familiale et sociale des personnes faisant l'objet d'enquêtes ou de poursuites judiciaires afin de permettre une meilleure individualisation des mesures ou peines et de favoriser l'insertion des intéressés.* » L'article D. 575, alinéa 3, ajoute qu'il « *propose au magistrat mandant les aménagements de peine ou les modifications des mesures de contrôle et obligations et rend compte de leur respect ou de leur violation* ». Les attributions du service mêlent ainsi étroitement, du côté du condamné, le suivi, la surveillance et l'assistance et, du côté du juge, l'information et l'aide à la décision. Cette dernière fonction de conseil constitue une évolution notable par rapport aux anciens comités de probation et d'assistance aux libérés, remplacés par les SPIP par un décret

1754 V. Code de procédure pénale, respectivement art. 41 et 81. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 *de programmation relative à l'exécution des peines* (JORF n° 0075 du 28 mars 2012, p. 5592), les enquêtes sur la personnalité et la situation personnelle étaient en principe confiées à une personne habilitée et le SPIP n'est sollicité qu'en cas « *d'impossibilité matérielle* ». Ce rapport de subsidiarité, destiné à alléger la charge de travail des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation pour leur permettre de se focaliser sur la phase post-sentencielle, n'a connu qu'un succès mitigé car dans de nombreux ressorts, aucune association habilitée n'est disponible pour réaliser ces enquêtes et le SPIP demeure *de facto* le seul interlocuteur des magistrats en la matière. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (JORF n° 0071 du 24 mars 2019, texte n° 2) a abandonné cet ordre de priorité au profit d'une simple alternative à la discrétion du magistrat.

du 13 avril 1999¹⁷⁵⁵. Elle a été régulièrement étendue au gré des réformes, accompagnant les phases tardives de la juridictionnalisation de l'application des peines¹⁷⁵⁶.

993. La loi *pénitentiaire* du 24 novembre 2009¹⁷⁵⁷ a par exemple étroitement associé le SPIP au principe de l'aménagement des courtes peines privatives de liberté dès le début de leur exécution. Les articles 474 et 723-15, prévoient désormais que la personne non incarcérée, condamnée à une ou plusieurs peines d'emprisonnement pour lesquelles la durée de détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans¹⁷⁵⁸, est convoquée d'abord devant le juge de l'application des peines, puis devant le service pénitentiaire d'insertion et de probation, « *en vue de déterminer les modalités d'exécution de la peine* »¹⁷⁵⁹. En cas de condamnation à une peine d'emprisonnement assortie du sursis avec mise à l'épreuve ou du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ou à une peine de travail d'intérêt général, la personne est uniquement convoquée devant le SPIP¹⁷⁶⁰. Plus récemment et à titre plus général, la loi du 23 mars 2019¹⁷⁶¹ a modifié l'article 712-4-1 du Code de procédure pénale pour ajouter à la composition de la commission de l'application des peines « *un représentant du service pénitentiaire d'insertion et de probation* ». Le geste revêt peut-être surtout une portée symbolique, la présence des « *personnels d'insertion et de probation* » au sein de la commission étant déjà prévue par l'article D. 49-28. Cette « élévation législative »¹⁷⁶² de la disposition confirme toutefois qu'aux yeux du législateur, le SPIP joue un véritable rôle de conseil auprès des magistrats et que ses fonctions ne se limitent pas à des actes d'exécution, de suivi ou d'instruction¹⁷⁶³. En effet l'avis de la commission de l'application des peines est requis à titre

1755 Décret n° 99-276 du 13 avril 1999 *modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation* : JORF n°87 du 14 avril 1999, p. 5478.

1756

Pour un historique de ce mouvement, v. L. DE GRAËVE, « Juridictions de l'application des peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, p. 35-55.

1757 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *pénitentiaire* : JORF n° 0273 du 25 novembre 2009, p. 20192, texte n° 1.

1758 Au 24 mars 2020, ce seuil est abaissé à un an en raison de l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 précitée.

1759 Code de procédure pénale, art. 474, ensemble art. 723-15, al. 3. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi *pénitentiaire*, la personne était seulement convoquée devant le juge de l'application des peines, qui pouvait charger le SPIP de « *vérifier sa situation matérielle, familiale et sociale* ».

1760 Code de procédure pénale, art. 474, al. 3.

1761 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc.

1762 M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, coll.« Dalloz action », 2016, p. 213.100.

1763 La portée exacte de ce passage de la partie réglementaire à la partie législative est en fait difficile à évaluer, car l'article D. 49-28 prévoit encore que « *la commission de l'application des peines qui siège dans chaque établissement pénitentiaire comprend, outre les membres de droit mentionnés à l'article 712-5 (alinéa 3), les membres du personnel de direction, un membre du corps de commandement et un membre du corps d'encadrement et d'application du personnel de surveillance et les personnels d'insertion et de probation.* » Outre la redondance, le renvoi est désormais erroné. Avant le 25 mars 2019, l'article 712-5 désignait comme « *membres de droit* » le procureur de la République et le chef d'établissement. La loi du 23 mars 2019 a toutefois déplacé les dispositions relatives à la composition de la commission de l'article 712-5 à l'article 712-4-1 et elle y a ajouté le représentant du SPIP, tout en supprimant la dénomination de « *membres de droit* ». Or non seulement le premier alinéa de l'article D. 49-28 renvoie désormais aux mauvaises dispositions et à une catégorie de membres qui, textuellement, n'existe plus, mais son alinéa 5 prévoit toujours « *qu'en l'absence de l'un de ses membres de droit, la commission de l'application des peines n'est pas valablement réunie* ». Selon que l'on adopte une interprétation globale de ces dispositions ou que l'on préfère les lire de manière stricte, il est donc possible que l'absence du représentant du SPIP entraîne l'invalidité de la réunion de la commission ou, inversement, que cette condition soit supprimée jusqu'à son éventuel rétablissement par un décret ultérieur.

préalable pour un large éventail de décisions. L'article 712-5 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que « *sauf en cas d'urgence, les ordonnances concernant les réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir sont prises après avis de la commission de l'application des peines* »¹⁷⁶⁴. De même, l'article 720, alinéa 3, dispose que « *la libération sous contrainte est décidée par le juge de l'application des peines qui, après avis de la commission d'application des peines, détermine* » quelle mesure est « *la mieux adaptée à la situation du condamné* » parmi la libération conditionnelle, la détention à domicile sous surveillance électronique, le placement à l'extérieur ou la semi-liberté. En outre, la commission est présidée par le juge de l'application des peines, c'est-à-dire en principe par le magistrat qui adoptera ensuite la décision proprement dite¹⁷⁶⁵, ce qui confère au processus un aspect de quasi-collégialité.

994. Le SPIP occupe ainsi une place d'interlocuteur privilégié auprès du juge de l'application des peines. D'un point de vue proportionnaliste, cela signifie que la qualité de l'information du magistrat, lorsqu'il évalue l'opportunité des décisions à prendre, dépend pour une large mesure des moyens dont dispose ce service pour mener ses missions à bien et de l'orientation méthodologique de son activité. De ce point de vue, la multiplicité des fonctions confiées au service peut tout autant constituer un inconvénient qu'un atout. En théorie, elle permet un suivi personnalisé et continu de l'évolution de la situation de la personne mise en cause ou condamnée. Dans le même temps, la surcharge de travail qui en résulte pour les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation est également susceptible de faire obstacle à l'individualisation de ce même suivi. Pour ce qui est des outils techniques à employer, le législateur comme l'autorité réglementaire n'imposent aucune règle particulière et c'est essentiellement dans la formation initiale et continue des membres du SPIP que réside l'encadrement méthodologique de leur activité.

995. La compétence générale du SPIP se voit substituer celle de conseils techniques plus spécialisés lorsque la répression prend une tournure fortement médico-sécuritaire. La prise de décision des juridictions est alors assistée soit d'experts, soit de commissions comprenant des experts qui, contrairement aux membres des SPIP, ne sont pas des agents de l'administration pénitentiaire et représentent, plus que la culture du travail social, celle du savoir médical.

II. La place renforcée des experts dans le domaine spécial des mesures de sûreté anti-récidive

996. Au cours des années 2000, le législateur a créé une série de sanctions pénales qui ont vocation à maintenir le condamné sous la contrainte au moment où la privation de liberté due à la peine prend fin. Ces mesures ont pour finalité générale la prévention de la récidive, qu'elles visent à assurer au moyen d'une combinaison de soins et de coercition. Toutes peuvent impliquer l'intervention d'experts, dont le pouvoir d'influence varie d'une sanction à l'autre et semble croître

1764 Code de procédure pénale, art. 712-5.

1765 La Cour de cassation a d'ailleurs refusé de transmettre au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité qui alléguaient que cette succession de fonctions méconnaîtrait le droit du condamné à un procès équitable : Cass. Crim., 15 mars 2011, n° 11-90.005 : *D. actu*, 12 avr. 2011, obs. PRIOU-ALIBERT ; *AJ pénal* 2013, p. 484, obs. HERZOG-EVANS ; *Dr. pénal* 2012, Chron. 2, obs. GARÇON. Cass. Crim., 28 sept. 2011, n° 11-90.084 : *AJ pénal* 2013, p. 484, obs. HERZOG-EVANS ; *Dr. pénal* 2012, Chron. 2, obs. GARÇON et PELTIER.

à mesure que l'on s'éloigne d'une logique de peine au sens classique. Cela peut s'observer à l'étude des régimes du suivi socio-judiciaire, du placement sous surveillance électronique à titre de mesure de sûreté, de surveillance judiciaire des personnes dangereuses, de la surveillance de sûreté et de la rétention de sûreté.

997. Parmi ces sanctions, le suivi socio-judiciaire est la seule à n'être pas qualifiée de mesure de sûreté. Il est ordonné, dans les cas prévus par la loi, par la juridiction de jugement, qui en détermine la durée dans les conditions prévues par l'article 131-36-1 du Code pénal. La personne condamnée est alors tenue de se soumettre à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive, sous le contrôle du juge de l'application des peines ou du service pénitentiaire d'insertion et de probation par lui désigné. De plus, « *sauf décision contraire de la juridiction* » de jugement, la personne est soumise à une injonction de soins « *s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du code de procédure pénale* »¹⁷⁶⁶. Le suivi socio-judiciaire peut donc être prononcé quel que soit le résultat de l'expertise, mais l'intervention de celle-ci et l'injonction susceptible d'y faire suite sont en partie automatiques. En outre, si l'injonction de soins n'est pas prononcée *ab initio*, l'article 763-3 du Code de procédure pénale prévoit qu'une nouvelle expertise est ordonnée par le juge de l'application des peines au terme de la détention. Si ce nouvel examen fait apparaître la possibilité d'un traitement, l'injonction est prononcée à cette seconde occasion, sauf décision contraire du juge de l'application des peines.

998. Si la raison médicale est alors en partie imposée au magistrat, la logique sécuritaire n'est encore qu'implicite : les textes cités n'emploient pas la notion de dangerosité, ce qui peut se comprendre dans le sens où le suivi socio-judiciaire est considéré comme une peine. Tel n'est pas le cas, en revanche, du placement sous surveillance électronique mobile qui peut en être l'accessoire « *à titre de mesure de sûreté* »¹⁷⁶⁷. Cette mesure ne peut être prononcée que si une expertise médicale a « *constaté la dangerosité* » de la personne et « *lorsque cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin* »¹⁷⁶⁸. Au stade de l'exécution, l'article 763-10, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale prévoit « *qu'un an au moins avant sa libération, la personne condamnée au placement sous surveillance électronique mobile [...] fait l'objet d'un examen destiné à évaluer sa dangerosité et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction.* » L'alinéa 2 précise que cet examen « *est mis en œuvre par le juge de l'application des peines ; celui-ci peut solliciter l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté* »¹⁷⁶⁹. Une première expertise ayant déjà été réalisée au

1766 Code pénal, art. 131-36-4.

1767 Code pénal, art. 131-36-9.

1768 Code pénal, art. 131-36-10. La seconde condition ne s'applique pas en cas de condamnation pour des violences domestiques (Code pénal, art. 131-36-12-1).

1769 Conformément à l'article R. 61-8 du Code de procédure pénale, cette commission est présidée par un président de chambre à la cour d'appel désigné par le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle la commission siège. Elle est composée, outre son président, du préfet de région ou de son représentant ; du directeur interrégional des services pénitentiaires compétent ou de son représentant ; d'un expert psychiatre ; d'un expert psychologue titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisées ou d'un master de psychologie ; d'un représentant d'une association d'aide aux victimes ; d'un avocat, membre du conseil de l'ordre. Toutefois la commission peut statuer dès lors que, outre son président, quatre au moins de ses membres sont présents ou représentés, ce qui signifie qu'en pratique, la décision peut être prise même en l'absence des experts.

moment de la condamnation, l'avis de la commission n'est que facultatif, ce qui peut paraître légèrement contradictoire dans la mesure où, si le placement sous surveillance constitue bien une mesure de sûreté, c'est au moment de sa mise en œuvre que la dangerosité de la personne devrait faire l'objet de l'examen le plus rigoureux.

999. Contrairement au suivi socio-judiciaire, la surveillance judiciaire n'est pas prononcée par la juridiction de jugement mais par le tribunal de l'application des peines. Elle est en effet limitée à la durée des réductions de peine, dont elle constitue une modalité d'exécution¹⁷⁷⁰. L'article 723-29 du Code de procédure pénale prévoit que la surveillance judiciaire est applicable « à titre de mesure de sûreté » à l'encontre d'une personne condamnée soit « à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru », soit à une peine privative de liberté « d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale ». La mesure ne peut toutefois être ordonnée qu'aux fins « de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré ». L'article 723-31 précise que ce risque de récidive doit « être constaté par une expertise médicale ordonnée par le juge de l'application des peines » ou par le procureur de la République « et dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné et détermine si le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement ». Enfin l'article 723-31-1 prévoit que « la situation de tous les condamnés susceptibles de faire l'objet d'une surveillance judiciaire [...] doit être examinée avant la date prévue pour leur libération » et permet au juge de l'application des peines ou au procureur de la République, « à cette fin », de « demander le placement du condamné, pour une durée comprise entre deux et six semaines, dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité » et de « saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté ».

1000. La situation de la personne condamnée peut ainsi faire l'objet d'une longue série d'examens, tantôt par les magistrats, tantôt par les experts et organes pluridisciplinaires. Peuvent ainsi être amenés à se prononcer : le juge de l'application des peines et le procureur de la République ; le service spécialisé du Centre national d'évaluation et/ou la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté ; le ou les experts médicaux dont les conclusions ont pour effet soit de permettre la surveillance et d'imposer au parquet de la requérir¹⁷⁷¹, soit de l'empêcher totalement ; enfin le tribunal de l'application des peines s'il est finalement saisi par le procureur de la République. Ce réseau complexe de consultations souligne la gravité de la mesure et le souci de l'appuyer sur une connaissance précise de la situation de la personne, quoique elle ne soit comprise qu'en termes de dangerosité.

1770 V. notamment, en matière de droit transitoire, Cass. Crim., 27 juin 2007, n° 06-86.911 : *AJ pénal* 2007, p. 532, obs. HERZOG-EVANS ; *D.* 2008, Pan. 1020, obs. HERZOG-EVANS. Cass. Crim., 1^{er} avr. 2009, n° 08-84.367 : *AJ pénal* 2009, p. 321, obs. HERZOG-EVANS ; *Dr. pénal* 2009, n° 103, obs. MARON et HAAS ; *ibid.*, 2010, Chron. 2, obs. PELTIER. Cass. Crim., 2 sept. 2009, n° 09-80.951 : *D.* 2009, Pan. 2827, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *AJ pénal* 2009, p. 498, obs. HERZOG-EVANS.

1771 L'article D. 147-35 du Code de procédure pénale prévoit que « si l'expertise ordonnée en application des dispositions de l'article 723-31 conclut à la dangerosité du condamné et constate un risque de récidive qui paraît avéré, le procureur requiert que le condamné soit placé sous surveillance judiciaire dès sa libération conformément aux dispositions de l'article 723-29 et transmet ses réquisitions au juge de l'application des peines aux fins de saisine du tribunal de l'application des peines. »

1001. Cet alourdissement procédural est encore plus fort en ce qui concerne la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté, seules mesures susceptibles d'être imposées à la personne condamnée dont la peine a entièrement été exécutée. La surveillance de sûreté consiste à « *prolonger tout ou partie des obligations auxquelles est astreinte la personne* » soumise à une surveillance judiciaire au-delà du terme de celle-ci, tandis que la rétention de sûreté est une mesure privative de liberté après peine. La seconde ne peut être mise en œuvre que si elle a été prononcée par la juridiction de jugement, tandis que la première n'est pas soumise à cette condition. La procédure, commune aux deux mesures, est régie par les articles 706-53-13 à 706-53-15 du Code de procédure pénale. La surveillance de sûreté comme la rétention de sûreté ne peuvent donc être ordonnées par la juridiction régionale de la rétention de sûreté que sur saisine du procureur général et sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Celle-ci ne se prononce, par avis motivé, qu'après que la personne a été placée pendant une durée d'au moins six semaines au Centre national d'évaluation et qu'ont été réalisées une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité ainsi qu'une expertise médicale réalisée par deux experts¹⁷⁷². La juridiction régionale de la rétention de sûreté motive spécialement sa décision au regard de ces évaluations et de la proposition de la commission. Elle doit en outre vérifier que la personne condamnée a été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée.

1002. **La collaboration entre le juge et l'expert ou le spécialiste de terrain est ainsi répartie de manière très inégale au long de la procédure pénale, suivant une distribution qui révèle une certaine orientation idéologique de la répression et de ses rapports avec les savoirs scientifiques.** La finalité sécuritaire n'est pas seulement présente, elle est aussi fortement technicisée. Qui plus est, elle est la seule rationalité pénale à l'être à ce point, la seule à faire l'objet d'une approche aussi centrée sur la connaissance empirique comme source principale de légitimité.

1003. Lorsque le médecin ou l'expert psychologue intervient en qualité d'expert indépendant ou dans le cadre institutionnalisé du Centre national d'évaluation de Fresnes, le droit accorde à son opinion une portée prescriptive très importante. La simple possibilité de traitement, dans le cadre du suivi socio-judiciaire, suffit à imposer l'injonction de soins « *sauf décision contraire de la juridiction* », qui doit alors choisir soit de se plier simplement aux conclusions du médecin, soit de s'opposer expressément à lui. De même l'examen obligatoire de la situation de tous les condamnés susceptibles de faire l'objet d'une surveillance judiciaire réduit la marge de manœuvre du juge en lui imposant d'avoir recours à l'expertise. Qui plus est, même si le Code de procédure pénale n'impose pas toujours au juge de prononcer la mesure de sûreté, il ne lui fournit généralement pas d'autre critère pour fonder sa décision que ceux sur lesquels l'expert est interrogé. Tout se passe donc comme si l'expert exerçait en fait directement la majeure partie du contrôle de proportionnalité en fournissant un avis professionnel sur l'opportunité de la mesure que le juge

¹⁷⁷² L'article R. 53-8-45 du Code de procédure pénale apporte un tempérament : la commission pluridisciplinaire peut proposer un placement sous surveillance de sûreté « *au vu des éléments figurant dans le dossier individuel de la personne tenu, selon le cas, à l'établissement pénitentiaire ou par le juge de l'application des peines et d'une expertise médicale constatant la persistance de sa dangerosité, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'évaluation pluridisciplinaire dans le service spécialisé* » du Centre national d'évaluation.

serait invité à enregistrer. Cette tendance peut se comprendre dans son principe en ce que les mesures en question reposent par conception sur un fondement (néo-)positiviste. Elles tirent leur légitimité du savoir scientifique qui les préconise et, par conséquent, dans ce cadre de discours, elles sont supposées être injustifiées tant qu'elles ne sont pas approuvées par la science et impératives dès lors qu'elles le sont. Il reste toutefois qu'à bien des égards, l'orientation générale de ces mécanismes peut paraître déséquilibrée, voire incohérente, notamment en raison du fait que tout le système est centré sur la seule dangerosité de la personne en fin de peine.

1004. En effet les mesures de sûreté étudiées concernent toutes soit l'après-incarcération, soit même l'après-peine. Leur mise en œuvre ne consiste donc pas à fonder sur une approche pragmatique un traitement coercitif nouveau, mais toujours à poursuivre ou à moduler une contrainte déjà en œuvre – celle de la peine –, qui était initialement fondée sur d'autres raisons ou, au moins, sur des raisons plus variées. *A contrario*, la législation actuelle accorde peu d'intérêt à l'avant-peine, à la décision sur la sanction initiale et à l'exécution de celle-ci. La loi du 15 août 2014¹⁷⁷³ a fait un pas symbolique dans cette direction en insérant dans le Code pénal un article 132-70-1 qui permet à la juridiction de jugement d'ajourner le prononcé de la peine contre une personne physique « *lorsqu'il apparaît nécessaire d'ordonner à son égard des investigations complémentaires sur sa personnalité ou sa situation matérielle, familiale et sociale* ». Toutefois cette césure du procès pénal, qui n'est jamais obligatoire, a rencontré très peu de succès en pratique¹⁷⁷⁴. Il faut dire qu'elle suppose l'organisation d'une audience supplémentaire et la mobilisation soit du service pénitentiaire d'insertion et de probation, soit d'une association agréée. De manière regrettable, l'ensemble des acteurs, débordés par l'activité judiciaire ordinaire, ont bien peu de temps à consacrer à des procédures supplémentaires, aussi intéressantes puissent-elles paraître du point de vue de la qualité de la justice. Deux auteurs avaient proposé, lors de la réflexion qui a précédé l'adoption de la loi du 23 mars 2019, d'aller plus loin et « d'imposer la mise en œuvre d'une procédure spécifique d'ajournement s'agissant des personnes primo-délinquantes renvoyées devant la juridiction correctionnelle pour des infractions punies d'un emprisonnement n'excédant pas 2 ans. »¹⁷⁷⁵ Comme ils le remarquaient, toutefois, la césure impose en tout état de cause, « au-delà d'un changement de culture professionnelle, l'existence de moyens dédiés » et il n'est pas surprenant que le législateur ne se soit pas engagé aussi loin dans cette voie, même s'il est permis de regretter cette relative stagnation.

1005. La loi n'accorde donc qu'un intérêt très limité aux conditions du prononcé de la peine. Dans un même ordre d'idée, même lorsqu'il est question de faire suite à la détention par une mesure de sûreté, les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'exécution de la peine ne sont quasiment pas abordées. Sur ce point, la position du législateur est pour le moins ambiguë. Les articles 706-53-14 et 706-53-15 du Code de procédure pénale prévoient que placement en rétention de sûreté ne peut

1773 Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* : *JORF* n° 0189 du 17 août 2014, p. 13 647.

1774 Entre 2014 et 2016, les statistiques judiciaires ne rendaient compte que de 87 décisions d'ajournement aux fins d'investigations sur la personnalité ou la situation matérielle, familiale et sociale. M. LÉNA, « Deux ans après, qu'en est-il de la mise en œuvre de la loi du 15 août 2014 ? », *AJ Pénal*, 2016, p. 509.

1775 J. FICARA et P. KUENTZ, « La peine de contrainte pénale, entre constat d'échec et perspectives d'évolution », *AJ Pénal*, 2017, p. 172.

être ordonné que si « *la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre* ». La logique sous-jacente semble être que l'autorité publique ne peut prolonger une privation de liberté au-delà du terme prévu en se fondant sur la nécessité de soins dont elle ne s'est pas préoccupée auparavant. Ce raisonnement résulte toutefois d'une approche en partie subjective de la situation, dans le sens où la personne condamnée à qui les soins ont été proposés, mais qui les a refusés, peut néanmoins être placée en rétention de sûreté si les conditions en sont réunies. Autrement dit la question est d'établir soit que les soins ont été inefficaces, soit que leur absence est due à l'attitude de la personne privée de sa liberté, qui est donc en quelque sorte responsable de sa situation dans la mesure où elle n'a pas su saisir l'opportunité qui lui était offerte. Réciproquement, l'autorité publique ne peut poursuivre la coercition que si elle s'est auparavant assurée de rendre cette solution aussi subsidiaire que possible en prenant, lorsqu'il en était temps, les mesures moins rigoureuses qui présentaient une chance de succès.

1006. Il y a là, dans un sens comme dans l'autre, un raisonnement implicite en termes de responsabilité qui ne correspond pas tout à fait à l'idée selon laquelle la mesure de sûreté est une simple technique de gestion d'un risque pour l'avenir. On ne recherche pas seulement à déterminer l'ampleur du risque, mais aussi à identifier ses causes passées, même si celles-ci sont indifférentes au regard du pronostic de récidive tel qu'il est établi, pour l'avenir, au jour de la décision. Toutefois cette recherche des causes ne va pas plus loin. Or l'hypothèse ne peut *a priori* pas être totalement écartée que d'autres aspects de la prise en charge pénale antérieure soient en lien avec la dangerosité actuelle de la personne. La peine passée a pu contribuer à aggraver le risque de récidive ou aller à l'encontre de sa diminution. Il est par exemple envisageable que l'expérience carcérale ait participé à l'apparition ou à l'aggravation du « *trouble grave de la personnalité* » auquel doit, d'après l'article 706-53-13, être liée la « *particulière dangerosité* » de la personne placée en rétention de sûreté. De même, certains éléments du contexte carcéral ont pu réduire l'efficacité des traitements et accompagnements proposés au cours de l'exécution de la peine.

1007. Ces observations peuvent être étendues à l'ensemble des mesures de sûreté ici étudiées. Se pose alors, à titre général, un problème de proportionnalité continue : celui de la justification du renouvellement de la coercition lorsqu'il est envisageable qu'elle ait d'ores et déjà été inefficace, voire contre-productive. La focalisation du droit positif sur le seul critère de la dangerosité tend à empêcher l'intervention d'un tel discours critique dans le contrôle de proportionnalité de la mesure de sûreté. En imposant l'intervention du médecin et en ne lui demandant de rendre qu'une analyse à but pronostique, on écarte la possibilité d'une discussion sur le point de savoir si la répression a, *in concreto*, créé ses propres conditions d'intervention.

1008. **Conclusion du second paragraphe.** Lorsque le juge est invité, voire contraint, à se tourner vers un spécialiste pour prendre une décision en proportionnalité, il apparaît ainsi que le savoir scientifique n'est pas consulté en vue d'éclairer le contrôle dans un esprit de neutralité, mais qu'il est instrumentalisé au service d'une raison répressive particulière. Ces mécanismes de consultation se focalisent sur une problématique unique, celle de la prévention de la récidive contre la dangerosité de l'individu. Est écartée de la discussion toute réflexion sur les finalités de la

répression ou sur la pertinence des outils employés pour rendre compte de la situation, alors même que le consensus est loin d'être atteint en ce qui concerne les techniques actuarielles de prédiction du passage à l'acte criminel¹⁷⁷⁶. Ces observations ne permettent pas, en revanche, de conclure que le principe même de l'intervention du savant dans le champ de compétence du juge serait néfaste pour le contrôle de proportionnalité. Le fait est qu'ici, leur dialogue est de toute façon contraint par la loi qui, pour une grande part, détermine à la fois les questions à poser et les conséquences à donner aux réponses.

1009. **Conclusion de la première section.** En l'état actuel du droit, le contrôle éclairé semble encore relever de l'espoir irréalisé. Des efforts tendent indéniablement soit à l'amélioration de l'information du juge, soit à l'approfondissement de sa réflexion, mais ils paraissent trop clairsemés et convergent trop peu pour qu'un schéma complet et satisfaisant puisse en être dégagé. Leur étude incite toutefois à émettre deux observations générales plus optimistes.

1010. En premier lieu, le bilan est certes insatisfaisant, mais il est aussi prometteur pour l'avenir. Qu'il soit possible ou non d'atteindre un état parfait de connaissance et de compréhension de l'ensemble des données nécessaires à la prise de décision, cette connaissance et cette compréhension sont bien susceptibles de progresser. Les travaux déjà menés sur la psychologie du choix de la peine révèlent que nous en savons peu à ce sujet mais, aussi, qu'il est très probablement possible d'en savoir plus. De même, si l'on admet que le magistrat puisse, sur des questions d'ordre scientifique ou circonstanciel, s'entourer de conseils adaptés, il reste encore une grande marge d'amélioration dans ce domaine. Le renforcement des moyens techniques, humains et budgétaires dont disposent les juridictions et les services pénitentiaires, perpétuellement demandé par les professionnels et les universitaires, contribuerait certainement à une meilleure individualisation de la peine dès le stade du prononcé. Si l'on entend tenir compte, dans le système pénal, des progrès des sciences criminelles, la participation du médecin et du criminologue pourrait être étendue à d'autres problématiques que celle de la seule dangerosité, tout en voyant son régime défini de manière à ce qu'elle constitue une véritable consultation plutôt qu'une pré-décision. Malheureusement, les politiques criminelles des dernières décennies ne paraissent pas aller dans le sens de telles évolutions.

1011. En second lieu, l'objectif général de cohérence fournit, à défaut d'une solution définitive, au moins un cadre général, compatible avec l'esprit de garantie des droits qui devrait animer le raisonnement proportionnaliste. Lorsque, une fois les éléments de fait et de droit connus au mieux, il appartient au juge de trancher et d'imposer, ce faisant, un jugement de valeur, l'idée d'une recherche de cohérence maximale peut constituer à la fois une méthode de réflexion appropriée et une justification acceptable, fût-elle établie *a posteriori*. Toutefois le modèle du droit-intégrité présente également d'importantes limites. Il ne semble pas, en pratique, que les juridictions se réfèrent à des systèmes globaux et complexes du type de ceux décrits par cette théorie, y compris lorsqu'elles font évoluer leur pratique jurisprudentielle.

1776 B.E. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *Déviance et Société*, 22 mars 2011, Vol. 35, n° 1, p. 5-33 ; B.E. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II) », *Déviance et Société*, 2011, vol. 35, n° 2, p. 163-194 ; M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *op. cit.*

1012. Il reste donc, en l'état actuel, une part importante de discrétion, au sens fort du terme, dans le contrôle de proportionnalité, discrétion qui s'impose même dans l'hypothèse d'un contrôle éclairé. À défaut de pouvoir expliquer entièrement la décision, une solution complémentaire ou subsidiaire peut consister à modifier les termes du contrôle pour réduire le champ de cette part discrétionnaire là où elle est toujours présente.

Section 2. Le contrôle amendé

1013. Le contrôle de proportionnalité amendé procède de deux phénomènes différents. Dans le domaine de la doctrine, certains auteurs défendent le principe de proportionnalité, mais admettent que sa mise en œuvre rencontre des obstacles d'ordre épistémologique qui ne peuvent simplement être écartés par une meilleure information du juge ou une formalisation différente de son raisonnement. Ils entreprennent alors de modifier le modèle pour remédier à ces difficultés en retirant les aspects les plus problématiques. Parallèlement à cela, il apparaît, sans réelle surprise, que la pratique du contrôle de proportionnalité ne correspond pas toujours aux systèmes théoriques qui ont vocation à expliquer la jurisprudence ou à en inspirer les évolutions. Les juridictions et les législateurs utilisent le principe de proportionnalité en fonction des besoins de leur activité et, ce faisant, ils en redéfinissent les contours. Ce faisant, ils tendent à réduire l'importance des aspects théoriquement les plus complexes et incertains du contrôle. Ces deux mouvements ont pour point commun d'inciter à relativiser les ambitions proportionnalistes, sans pour autant y renoncer entièrement. Ils établissent un ensemble de compromis possibles entre l'idéal rationaliste et les nécessités de la pratique du droit.

1014. Pour décrire ces compromis, il convient ici, à nouveau, de distinguer entre le régime général du contrôle de proportionnalité-justification et celui, plus spécifique, du contrôle de proportionnalité des peines. Pour l'essentiel, les solutions étudiées procèdent de logiques similaires, mais leur mise en œuvre concrète diffère considérablement par ses modalités d'un cadre à l'autre. En matière de proportionnalité-justification, c'est le contrôle de l'équilibre global qui attire le plus l'attention des juridictions et des auteurs (§1). Le modèle de la « formule de pondération » ayant montré ses limites¹⁷⁷⁷, la jurisprudence et la doctrine tendent soit à reformuler la dernière étape du contrôle, soit à en réduire la portée. Le domaine de la proportionnalité des peines a quant à lui été marqué, à partir des années 70, par une résurgence de la logique rétributive dans la doctrine juridique de *common law*. Ce mouvement est à l'origine d'importantes études du principe de proportionnalité-mesure et de la généralisation du système des *sentencing guidelines*. Dans ce système, une autorité indépendante opère un contrôle général *a priori* de la proportionnalité des peines et adresse aux juridictions des « lignes directrices » contraignantes pour le choix de la peine. La garantie de la proportionnalité passe en ce sens par une centralisation du contrôle (§2), dont est dépossédé le juge compétent pour connaître de l'affaire au fond.

§1. La modulation du contrôle d'équilibre global

1015. Ainsi qu'il a été précédemment observé, le contrôle de proportionnalité-justification repose sur une série d'appréciations qui mêlent une approche probabiliste des données empiriques de la cause et une pesée des valeurs en conflit au regard de ces éléments circonstanciels. L'incommensurabilité affecte à la fois la part empirique et la part normative du raisonnement, mais elle ne les atteint pas de la même manière en fonction de l'étape du contrôle qui est en question. Toutefois ces différentes manifestations du problème ont pour point commun que lorsqu'elles se

¹⁷⁷⁷ V. *supra*, p. 393.

présentent, elles privent le contrôle de son fondement rationaliste et forcent le juge proportionnaliste à reconnaître qu'il prend bien une décision, qu'il établit lui-même le jugement de valeur sur lequel repose la solution choisie. Il lui faut décider si une conséquence est suffisamment probable ou suffisamment importante pour que le but auquel elle correspond soit considéré comme réalisé ; si une alternative proposée produit des effets suffisamment semblables pour que la comparaison soit valable ; ou encore si la liberté perdue par la personne atteinte vaut bien le coût de la protection ainsi assurée pour les tiers. Se posent alors une question de légitimité et une question de sécurité juridique. La première objection concerne la compétence du juge qui, s'il lui appartient bien d'interpréter les normes juridiques qu'il applique, n'en est pas pour autant habilité à déterminer les poids respectifs des valeurs sociales qui fondent ces normes¹⁷⁷⁸. La seconde objection repose sur l'observation que si chaque conflit est tranché au cas par cas par une pesée de valeurs, alors la prévisibilité de l'application du droit est en grande partie mise en échec¹⁷⁷⁹. Les droits ne bénéficient plus d'une garantie certaine, mais d'une garantie *a priori*, toujours susceptible d'être écartée au bénéfice d'une valeur que le juge estimera supérieure au cas par cas¹⁷⁸⁰.

1016. Plusieurs techniques développées en jurisprudence et en doctrine permettent de relativiser ces critiques, même si elles ne les effacent pas entièrement. Certaines portent spécifiquement sur le contrôle d'équilibre global. Le modèle de la formule de pondération ayant essentiellement été mis en échec, il est abandonné au profit d'un contrôle moins ambitieux, mais plus fiable. D'autres solutions ne se préoccupent pas de la structure du contrôle mais de son niveau de généralité. Une situation individuelle, même si elle reçoit une réponse qui tient compte de l'ensemble de ses caractéristiques, peut être rapprochée de cas antérieurs. Si l'on admet un tel raisonnement par analogie, la jurisprudence peut élaborer des critères de contrôle spécifiques à diverses catégories de cas. Le contrôle de proportionnalité peut même, le cas échéant, faire l'objet de questions distinctes, relevant de juridictions différentes en fonction de leur degré de généralité et du rapport hiérarchique existant entre les normes applicables. Parce qu'elles conservent l'idée de pondération des intérêts, ces approches qui organisent le contrôle en divers niveaux de généralité (§1) seront présentées avant celles, plus spécifiques, qui abandonnent la formule de pondération (§2).

I. L'organisation du contrôle en différents niveaux de généralité

1017. Interrogé sur le point de savoir si l'atteinte portée aux droits d'une personne par une mesure donnée est proportionnée, le juge peut en théorie répondre en exerçant un contrôle unique qui prenne en considération l'ensemble des enjeux de la cause. Dans un temps préliminaire, il interprète les normes en présence pour déterminer les termes exacts du contrôle. Cela consiste pour lui à établir quels sont les fondements légaux invoqués, de manière à identifier à quel niveau de la

1778 V. *supra*, 286.

1779 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2001, p. 212-215, 291-306 ; A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 178-186.

1780 G.C.N. WEBBER, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009, p. 110-114 ; G. HUSCROFT, « Proportionality and the Relevance of Interpretation », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 186-202.

hiérarchie des normes se situe le conflit de principes à régler et quels sont les principes concernés. En effet l'objet du contrôle diffère selon qu'il s'agit pour le juge, par exemple, de motiver une décision conformément à la loi qui le déclare compétent ou d'écarter l'application de la loi pour respecter la Convention européenne des droits de l'homme ou le droit de l'Union européenne¹⁷⁸¹. Ensuite, le juge opère son contrôle de proportionnalité proprement dit en appréciant l'impact positif ou négatif de la mesure concernée sur la situation individuelle au regard des principes identifiés. Cela suppose qu'il détermine, pour chaque principe, quels sont d'une part son contenu substantiel et son poids abstrait et, d'autre part, la nature et l'intensité de l'atteinte qu'il risque de subir *in concreto*, c'est-à-dire ce en quoi son optimisation risque d'être contrariée.

1018. Si l'on considère les droits comme de pures exigences d'optimisation, des normes dont l'application dépend des circonstances et qui ne permettent pas d'interprétation catégorique, alors ce contrôle devrait en principe être entièrement exercé à l'occasion de chaque litige. Le même juge devrait, quelle que soit la similarité entre les cas qui lui seraient successivement soumis, revenir systématiquement aux principes fondamentaux et les peser les uns contre les autres à chaque niveau de la hiérarchie des normes. Même un raisonnement analogique devrait être justifié à la lumière du sens général des principes en conflit et à l'intensité des atteintes qu'ils subissent *in concreto*. Non seulement la sécurité juridique ne serait jamais réellement assurée, mais le juge se trouverait confronté à une tâche herculéenne, au sens commun comme à celui de Dworkin, puisqu'il lui faudrait reconstruire toute sa théorie à l'occasion de chaque affaire.

1019. C'est devant cette problématique qu'apparaît la pertinence de la distinction entre la pesée des intérêts au niveau particulier et celles qui peuvent être réalisées à divers degrés de généralité. L'expression *ad hoc balancing* (pesée *in casu*) désigne le travail du juge qui concerne spécifiquement le cas individuel et ne vaut donc que pour celui-ci¹⁷⁸². Il est opposé à des opérations plus générales nommées *definitional balancing*¹⁷⁸³ (pesée définitoire), *categorical balancing*¹⁷⁸⁴ (pesée catégorique) ou *principled balancing* (principes de pesée)¹⁷⁸⁵. Le niveau particulier et le niveau général peuvent être réunis au sein d'une même décision de justice mais, quel que soit le vocabulaire utilisé, toutes les terminologies désignent une différence de portée. L'*ad hoc balancing* n'a vocation à s'appliquer qu'au cas présent. Inversement, le *definitional balancing* et les notions voisines désignent le fait que la décision établit, à titre général et pour l'avenir, une règle destinée à guider le jugement d'affaires similaires. Leur mise en œuvre constitue donc une exception

1781 V. *supra*, 256.

1782 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 249 ; T.A. ALENIKOFF, « Constitutional Law in the Age of Balancing », *The Yale Law Journal*, avril 1987, vol. 96, n° 5, p. 980 ; M. NOVAK, « Three Models of Balancing (in Constitutional Review) », *Ratio Juris*, mars 2010, vol. 23, n° 1, p. 106.

1783 T.A. ALENIKOFF, « Constitutional Law in the Age of Balancing », *op. cit.*, p. 979-981 ; A. BARAK, *Proportionality*, *op. cit.*, p. 546 ; N. PETERSEN, « How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones : Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 8, p. 1401 ; G.C.N. WEBBER, *The Negotiable Constitution*, *op. cit.*, p. 80.

1784 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 249 ; M. NOVAK, « Three Models of Balancing (in Constitutional Review) », *op. cit.*, p. 107.

1785 A. BARAK, *Proportionality*, *op. cit.*, p. 542-547 ; M. NOVAK, « Three Models of Balancing (in Constitutional Review) », *op. cit.*, p. 108. Ce dernier auteur parle plus précisément de « *principled (categorical) balancing* », c'est-à-dire de « principes de pesée (entre catégories) ».

importante au caractère casuistique du contrôle de proportionnalité : il s'agit d'établir une jurisprudence de fond.

1020. Cette distinction élémentaire étant posée, les variations terminologiques dépendent ensuite des modalités selon lesquelles cette jurisprudence s'établit. Les expressions *definitional balancing* et *categorical balancing* décrivent en fait le même procédé : le juge, en réglant une situation de concurrence entre deux principes à partir d'un cas d'espèce, établit une règle générale de type catégorique. Il « définit » dans sa décision une « catégorie » de cas similaires, pour lesquels la solution sera automatiquement la même que dans celui dont il est saisi. C'est un contrôle de proportionnalité dans le sens où la question est posée initialement en termes d'équilibre à trouver entre des normes concurrentes. En revanche la règle jurisprudentielle qui en découle a les mêmes caractéristiques que celle qui pourrait être dégagée par une interprétation de type syllogistique : il suffira d'appliquer la même solution dans les cas correspondants sans exercer un nouveau contrôle. Les juges judiciaire et administratif raisonnent ainsi lorsqu'ils exercent un contrôle abstrait de conventionnalité de la loi¹⁷⁸⁶ ou du règlement – hypothèse qui s'est toutefois raréfiée au profit d'un contrôle concret et casuistique avec l'évolution jurisprudentielle des dernières années¹⁷⁸⁷. Du point de vue du problème de l'incommensurabilité, une telle méthode peut constituer un compromis entre la promesse d'équité portée par la proportionnalité et l'exigence de sécurité juridique. Toutefois, comme l'observe M. Aleinikoff, ce passage non seulement du particulier au général, mais aussi du concret à l'abstrait, a quelque chose d'artificiel. Il est toujours possible qu'un nouveau cas se présente et que la règle établie par *definitional balancing* soit renversée, au profit d'un nouveau contrôle entier de proportionnalité. « La pesée n'est "définitoire" que si la Cour [suprême] ne veut plus réfléchir à la question posée. »¹⁷⁸⁸

1021. Le *principled balancing* s'expose moins à cette critique car il est plus proche du modèle théorique du contrôle de proportionnalité. Comme dans le *definitional balancing*, le contrôle débouche, en plus de la solution au fond, sur une règle de portée plus générale applicable aux cas analogues. Toutefois cette norme générale, au lieu de fixer directement les solutions à adopter, précise le sens et les critères du contrôle de proportionnalité à mener à l'avenir en cas de conflit similaire. Certaines réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel évoquent cette conception, lorsqu'il confie aux autorités judiciaires le soin de contrôler la mise en œuvre de mesures prévues par la loi dans les conditions qu'il fixe¹⁷⁸⁹. M. Barak voit dans une telle méthode

1786 V. par ex. Cass. Crim., 16 janv. 2001, n° 00-83.608 : Bull. Crim., n° 10 ; D. 2001, p. 1067, note RENUCCI ; *ibid.*, p. 2346, note DE LAMY. Cass. Crim., 4 sept. 2001, n° 00-85.329 : Bull. Crim., n° 170 ; D. 2002, Somm. 1794, obs. DE LAMY ; JCP G. 2001, II. 10623, concl. COMMARET et note LEPAGE ; Gaz. Pal. 2001, 2. 1874, note MONNET ; *ibid.* 2002, 1. 47, note BARBRY et GROSS ; Dr. pénal 2002, n° 31, obs. ROBERT ; RSC 2002, p. 95, obs. BOULOC ; *ibid.*, p. 125, obs. FRANCILLON ; RTD civ. 2002, p. 181, obs. LIBCHABER.

1787 J. BONNET et A. ROBOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », RFDA, 2017, p. 821.

1788 T.A. ALEINIKOFF, « Constitutional Law in the Age of Balancing », *op. cit.*, p. 981 : « Balances are "definitional" only if the Court wants to stop thinking about the question. »

1789 V. par exemple, concernant les conditions de mise en œuvre des vérifications de la détention et du port, par les étrangers se trouvant sur le territoire de la République, de titres réguliers d'identité, d'entrée et de séjour : Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, §16 : RFDC 1993, 587, note Favoreu ; RDP 1994, p. 5, note LUCHAIRE ; *ibid.*, p. 1165, obs. FABRE-ALIBERT ; Dr. soc. 1994, 69, note DUPEYROUX et PRÉTOT ; LPA 9 sept. 1994, note MATHIEU et VERPEAUX ; Pouvoirs 1993, 166, obs. GIQUEL et AVRIL ; RFDA 1993, 871, obs. GENEVOIS ; JCP

l'avenir du contrôle de l'équilibre global¹⁷⁹⁰ : un niveau intermédiaire de contrôle qui éviterait une transition brutale entre la règle générale de pondération, excessivement abstraite, et le règlement du litige concret, trop casuistique. Il n'existerait ainsi plus un principe unique de proportionnalité mais une multitude de principes fondés sur des critères spécifiques à chaque droit fondamental et à chaque principe limitateur.

1022. Ces présentations générales présentent un défaut commun qui est d'omettre la dimension verticale de la problématique. **La balance n'est pas seulement concrète ou abstraite et spéciale ou générale, elle peut aussi être effectuée à différents niveaux de la hiérarchie des normes.** Un contrôle de *definitional balancing* ou de *principled balancing* peut permettre, par exemple, de formuler une règle générale à appliquer dans toutes les situations de conflit entre deux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, mais elle peut aussi servir à trancher au regard du droit d'un État partie en particulier. De la même manière, ces types de régulation du contrôle de proportionnalité, fixent une jurisprudence qui peut avoir vocation à être reprise par d'autres juges. Le *definitional balancing* ou le *principled balancing* ne décrivent pas seulement comment la même juridiction entend exercer son contrôle à l'avenir, mais aussi, bien souvent, comment devraient l'exercer les juridictions dont les décisions peuvent mener à ce que la première soit saisie. Pour ces raisons le choix d'une présentation plus ou moins abstraite, plus ou moins générale, plus ou moins catégorique, dépend aussi de la portée normative dont le juge entend revêtir sa décision. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui servira ici d'exemple, mêle ces différentes modalités. D'abord, il arrive régulièrement que la Cour règle une question de compatibilité d'une pratique juridique de droit interne avec les droits garantis par la Convention. Cet examen concret et général peut parfois l'amener à émettre de véritables recommandations abstraites. Tel est notamment le cas lorsque la situation individuelle dont elle a à connaître résulte de l'application d'une règle catégorique prévue par le droit national. Ensuite la Cour indique dans ses motivations quels sont les critères essentiels du contrôle de proportionnalité qu'elle exerce. Or, parce qu'elle entend proposer une interprétation cohérente de la Convention, elle tend ainsi à spécialiser le contrôle et à l'encadrer. Les critères varient donc en fonction des droits et des principes en présence, mais ils restent aussi relativement constants entre espèces similaires.

1023. Parmi les instruments contentieux à disposition de la Cour, un seul est spécifiquement destiné à lui permettre de rendre des décisions de portée générale. Il s'agit de la procédure de l'arrêt pilote, désormais organisée par l'article 61 du Règlement de la Cour. D'après ce texte, la Cour peut adopter un arrêt pilote « *lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues.* » Dans ce cas la Cour indique dans son arrêt « *la nature du problème structurel ou systémique ou du dysfonctionnement qu'elle a constaté et le type de mesures de redressement que la Partie contractante concernée doit prendre au niveau interne* »

G. 1994, I, 3728, obs. GUIMEZANES ; *Rev. crit. DIP* 1994, 1, obs. TURPIN.

1790 A. BARAK, *Proportionality*, *op. cit.*, p. 542-547 ; A. BARAK, « Proportionality and Principled Balancing », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 1, p. 12-14.

(art. 61, §3). Elle peut ensuite « *ajourner l'examen de toutes les requêtes procédant du même motif dans l'attente de l'adoption des mesures de redressement indiquées* » (art. 61, §6, a).

1024. La méthode a été utilisée à plusieurs reprises en matière pénale. Elle a par exemple permis de répondre à l'afflux de requêtes liées aux conditions de détention provisoire en Russie¹⁷⁹¹ ou au problème de la surpopulation carcérale en Italie¹⁷⁹² et en Roumanie¹⁷⁹³. Dans le dernier arrêt, elle relève que le gouvernement n'a « *pas réussi à démontrer la présence de facteurs propres à compenser de manière adéquate le manque d'espace personnel* »¹⁷⁹⁴, indiquant que la question de la proportionnalité a bien été abordée, sans succès pour l'État défendeur. Dans l'arrêt *Greens et M.T. c. Royaume-Uni* du 23 novembre 2010, était en cause une législation qui privait les personnes détenues condamnées de l'exercice du droit de vote aux élections nationales et européennes¹⁷⁹⁵. Sans exercer directement le contrôle de proportionnalité à cette occasion, la Cour s'est référée directement au raisonnement tenu dans une décision antérieure, rendue à la suite d'une requête critiquant la même législation et dans laquelle elle avait mené un contrôle de proportionnalité long et détaillé¹⁷⁹⁶. Ce contrôle est donc bien exercé à l'occasion d'une saisine à titre particulier, mais sa solution est étendue à un grand nombre de cas voisins en raison du caractère systémique de la violation constatée.

1025. Il importe de distinguer cette démarche du contrôle de proportionnalité exercé sur une saisine *in abstracto*, typique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁷⁹⁷. Dans ces cas, le juge est saisi dès le départ d'un conflit de normes au niveau abstrait. Il peut se trouver, à l'origine de la saisine, un litige lié à une application particulière de la norme attaquée, mais il n'appartient pas à la juridiction qui exerce le contrôle de

1791 CEDH (1^{re} s.), 10 janv. 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n° 42525/07, 60800/08 : D. 2013, p. 201, obs. RENUCCI, FRICERO et STRICKLER.

1792 CEDH (2^e s.), 8 janv. 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n° 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10 : *Gaz. Pal.* 2013, n° 67-71, p. 16, note SENNA ; *JCP G.* 2013, n° 117, obs. PASTREBELDA ; *ibid.*, n° 319, note LAFFAILLE ; D. 2013, p. 1304, obs. CÉRÉ ; *AJDA* 2013, p. 1803, obs. BURGORGUE-LARSEN.

1793 CEDH (4^e s.), 25 avr. 2017, *Rezmiveş et autres c. Roumanie*, req. n° 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13 : *D. actu.*, 26 mai 2017, note AUTIER ; *RJPF* 2017, n° 7, p. 25, note PUTMAN ; *JCP G.* 2017, n° 579, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2018, chron. 4, obs. DREYER.

1794 CEDH (4^e s.), 25 avr. 2017, *Rezmiveş et autres c. Roumanie*, préc., §88.

1795 CEDH (4^e s.), 23 nov. 2010, *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, req. n° 60041/08 et 60054/08 [en anglais uniquement] : *RSC* 2011, p. 226, note MARGUÉNAUD ; *JDI* 2011, p. 1378, note SOUVIGNET.

1796 CEDH (Gr. ch.), 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01, §§76-85 : *AJDA* 2005, p. 541, obs. FLAUSS ; *JCP A.* 2006, n° 1021, note SZYMCZAK ; *JDI* 2006, p. 1169, note EUDES.

1797 L'expression de contrôle abstrait est généralement exacte, mais elle connaît quelques exceptions. Il arrive que le juge tienne compte des conséquences concrètes de l'application de la norme pour se prononcer sur sa proportionnalité. Le Conseil constitutionnel a par exemple déclaré contraires à la Constitution des dispositions qui pourraient, « *dans nombre de cas* », donner lieu à des applications « *manifestement disproportionnées* ». Le contrôle est alors bien exercé sur la base de considérations concrètes, mais son dispositif est exprimé sur le plan abstrait de la validité de la loi ou, le cas échéant, de son interprétation. V. Cons. const., déc. n° 87-327 DC du 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, §16 : *Ann. Int. Just. Const.* 1987, III, p. 578, note GENEVOIS ; *RDP* 1989, p. 399, note FAVOREU ; *Pouvoirs* 1988, n° 45, p. 174, note GICQUEL. Cons. const., déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, *Loi de finances pour 1998*, §39 : *AJDA* 1998, p. 118, obs. SCHOETTL ; *RFD Const.* 1998, n° 33, p. 141, obs. GAÏA et PHILIP ; *LPA* 1997, n° 74, p. 9, obs. MATHIEU ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 210, p. 3, obs. RIBS. Il en va de même et à plus forte raison de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui, même si le dispositif de ses arrêts concerne la compatibilité d'une disposition de droit interne avec le droit de l'Union, apprécie cette compatibilité en termes d'effets concrets.

proportionnalité de se prononcer à cet égard. Du point de vue du Conseil ou de la Cour de justice, le conflit de normes déferé demeure un cas particulier, dont la solution ne détermine pas à l'avance le sens de décisions futures qui seront rendues par la même juridiction sur des cas voisins, sauf pour cette juridiction à établir cette orientation par un *obiter dictum*. Il n'y a donc pas de gain particulier en sécurité juridique, car la conclusion atteinte dans un cas ne préfigure pas celle qui peut être obtenue dans un autre¹⁷⁹⁸. Ce qui fait la particularité méthodologique de l'arrêt pilote n'est pas le fait qu'il établit une solution applicable à plusieurs situations individuelles, mais qu'il procure à cette solution une portée qui dépasse le cadre ordinaire de la saisine. La technique est en effet distincte de la jonction de requêtes, prévue par l'article 42 du Règlement, en ce que des requêtes jointes sont jugées ensemble, mais en tenant compte des particularités individuelles de chacune. Dans le cas d'un arrêt pilote, la Cour offre une solution commune unique. En revanche la portée de cet engagement ne s'étend pas nécessairement au-delà contentieux présent. Régler ensemble un grand nombre d'affaires ne signifie pas construire une jurisprudence. La procédure de l'arrêt pilote a avant tout vocation à permettre à la Cour de remédier aux difficultés liées à l'afflux des requêtes individuelles. Il ne s'agit pas au premier chef d'un instrument interprétatif.

1026. La Cour peut toutefois également se prononcer sur la compatibilité *in abstracto* du droit interne avec la Convention en dehors de ses arrêts pilotes. Cet examen n'est pas automatique, car en vertu du principe de subsidiarité, « *les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention* » et le contrôle ne porte en principe « *que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention* »¹⁷⁹⁹. La marge d'appréciation dont disposent les États parties à la Convention est à la fois accordée « *au législateur national [...] et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur* »¹⁸⁰⁰ et il n'appartient pas à la Cour de « *se substituer* » à eux pour interpréter le droit interne¹⁸⁰¹. De même la recevabilité du recours individuel est toujours subordonnée à ce que le requérant ait bien la qualité de « victime » d'une atteinte à ses droits garantis par la Convention, au sens autonome de cette notion¹⁸⁰². Toutefois, lorsque cette atteinte résulte directement de l'application d'une norme de droit interne, il peut être nécessaire que contrôle de proportionnalité s'étende à l'économie de cette norme.

1027. Un exemple classique en est fourni par l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, où était contestée l'existence, en Irlande du Nord, d'une incrimination s'appliquant à titre général à l'ensemble des

1798 Au contraire, M. Marzal observe que les décisions antérieures jouent en fait un « rôle insignifiant » dans le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice : A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit., p. 157 et s.

1799 CEDH (Plén.), 23 juil. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, req. n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, « En droit », I, B, §10 : *Ann. fr. dr. int.* 1967, p. 205 ; *ibid.* 1968, p. 201, obs. PELLOUX ; *Cah. dr. eur.* 1967, p. 423, obs. VANWELKENHUYZEN.

1800 CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, §48 : *Cah. dr. eur.* 1978, p. 350, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, p. 494, obs. PELLOUX ; *JDI* 1978, p. 706, obs. ROLLAND.

1801 CEDH (Gr. ch.), 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90, §40 : *Ann. fr. dr. int.* 1996, 749, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1997, 212, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RTDH* 1996, 444, obs. DE FONTBRESSIN ; *D.* 1997, Somm. 211, obs. FRICERO ; *RFDA* 1997, 999, obs. LEVINET ; *RTD civ.* 1996, 1026, obs. MARGUÉNAUD ; *JCP G.* 1996, I, 4000, obs. SUDRE ; *RTDH* 1996, 452, obs. TOUSSAINT.

1802 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 301 et s.

actes sexuels accomplis en public ou en privé entre personnes de sexe masculin¹⁸⁰³. La Cour a estimé que « *par son maintien en vigueur, la législation attaquée représent[ait] une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée* »¹⁸⁰⁴ (nous soulignons). C'était l'existence de cette règle générale qui, par ses effets concrets, causait une atteinte aux droits garantis par la Convention, plutôt qu'un acte individuel isolé dont il aurait convenu d'apprécier la proportionnalité au regard de la situation particulière du requérant. Le contrôle a donc porté sur les justifications du maintien de cette règle générale au regard de ses effets concrets et la Cour a considéré à cet égard que « *les motifs avancés par le Gouvernement ne suffis[ai]ent pas, malgré leur pertinence, à justifier le maintien des règles juridiques litigieuses dans la mesure où elles [avaient] pour résultat général la prohibition pénale de rapports homosexuels auxquels se livreraient en privé des hommes adultes capables d'y consentir* »¹⁸⁰⁵. C'est de cette observation générale qu'elle a fait découler, à titre particulier, la conclusion que « *la restriction imposée à M. Dudgeon en vertu du droit nord-irlandais se [révéla]it par son ampleur et son caractère absolu, indépendamment même de la sévérité des peines encourues, disproportionnée aux buts recherchés.* »¹⁸⁰⁶ Un raisonnement structurellement similaire – mais très différent sur le plan substantiel – a été développé dans l'arrêt *S.A.S. c. France* concernant l'incrimination de la dissimulation du visage dans l'espace public¹⁸⁰⁷. De manière voisine, c'est bien le principe de l'incrimination des actes sadomasochistes qui a été envisagé par la Cour à titre général dans les arrêts *Laskey, Jaggard et Brown*¹⁸⁰⁸ et *K.A. et A.D.*¹⁸⁰⁹, même si le contrôle opéré dans ces espèces a également fortement tenu compte des situations particulières des requérants.

1028. Il y a ainsi bien un raisonnement *in abstracto* de portée générale lorsque la Cour examine la proportionnalité de l'atteinte constituée par l'incrimination d'un comportement. Tel peut également être le cas lorsque, inversement, c'est le caractère lacunaire du droit interne qui est alléguée. Apprécier la possible méconnaissance d'une obligation positive peut nécessiter que le juge raisonne à partir d'un droit interne fictif, qu'il envisage « une modification normative générale et abstraite au sein de l'État défendeur »¹⁸¹⁰, notamment dans le domaine de l'application horizontale des droits garantis. La jurisprudence de la Cour a tenu des raisonnements de ce type à plusieurs reprises en ce qui concernait notamment la protection des personnes contre de graves atteintes à l'intégrité physique ou psychique ou à la vie privée commises par des tiers. Dès l'arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, a ainsi été jugée « *insuffisante la protection du droit civil dans le cas de méfaits* »

1803 CEDH (Plén.), 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, §60 : *Cah. dr. Eur.* 1982, p. 221, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. Int.* 1982, p. 504, obs. PELLOUX ; *JDI* 1985, p. 185, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

1804 *Ibid.*, §41.

1805 *Ibid.*, §61.

1806 *Ibid.*

1807 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juil. 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11, §141 : *D.* 2014, p. 1451 ; *ibid.* p. 1701, chron. CHASSANG ; *JCP G.* 2014, n° 826, obs. SURREL ; *ibid.* n° 974, note LEVADE ; *RSC* 2014, p. 626, obs. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2014, p. 620, obs. HAUSER.

1808 CEDH (Ch.), 19 févr. 1997, *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93 : *RTD Civ.* 2005, p. 341, note MARGUÉNAUD. V. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 259.

1809 CEDH (1^{ère} s.), 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99.

1810 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 257.

tels que le viol infligé en l'espèce à la requérante, mineure au moment des faits, au sein du « foyer privé pour enfants atteints de déficience mentale » dont elle était pensionnaire¹⁸¹¹. « Seule une législation criminelle [pourrait] assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine »¹⁸¹², et, sur ce point, la législation néerlandaise n'assurait pas à la requérante « une protection concrète et effective »¹⁸¹³. L'arrêt *M.C. c. Bulgarie* a repris et généralisé ces considérations : « Si le choix des moyens d'assurer le respect de l'article 8 dans le domaine de la protection contre les actes d'individus relève en principe de la marge d'appréciation de l'État, une dissuasion effective contre un acte aussi grave que le viol, qui met en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, appelle des dispositions pénales efficaces. »¹⁸¹⁴ Il appartient donc à la Cour, saisie d'une requête alléguant de lacunes dans la mise en œuvre de la répression du viol, de « rechercher si oui ou non la législation et la pratique incriminées, ainsi que leur application en l'espèce, associées aux insuffisances alléguées de l'enquête, ont été défailtantes au point d'emporter violation des obligations positives qui incombent à l'Etat défendeur en vertu des articles 3 et 8 de la Convention »¹⁸¹⁵ (nous soulignons).

1029. Le raisonnement se tient ici à trois degrés d'abstraction différents. À un niveau concret, c'est l'atteinte personnellement subie par le requérant et la qualité de la protection dont il a effectivement bénéficié qui est évaluée. L'étude de la législation pénale de l'État défendeur est liée à cette problématique, mais elle en est en partie distincte, car la Cour s'intéresse à la fois aux dispositions en vigueur et à la leur application effective dans la pratique des institutions nationales. La possibilité d'une telle prise en compte de la situation à la fois *de jure* et *de facto* a été expressément reconnue, dans un autre domaine, par les arrêts *Vinter* et *Bodein*¹⁸¹⁶, concernant l'exigence de mécanismes permettant le réexamen des peines de perpétuité au cours de leur exécution. S'ajoute à cela un contrôle exercé au niveau plus abstrait des dispositions de la Convention, par lequel la Cour estime qu'en présence de certaines atteintes commises par des personnes privées, seule une législation pénale efficace peut fournir une protection suffisante pour satisfaire aux obligations positives qui pèsent sur les États parties. Il y a bien là un raisonnement en proportionnalité, car c'est de la gravité de ces actes que la Cour fait dépendre le degré de protection nécessaire à titre général,

1811 CEDH (Ch.), 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, §§27, 7-8 : *Cah. dr. eur.* 1988, 462, obs. COHEN-JONATHAN ; RSC 1985, p. 629, obs. PETTITI ; *JDI* 1986, 1082, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

1812 CEDH (Ch.), 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, préc., §27.

1813 *Ibid.*, §30.

1814 CEDH (1^{ère} s.), 4 déc. 2003, *M.C. c. Bulgarie*, req. n° 39272/98, §150 : *Europe* 2004, Comm. 165, comm. DEFFAINS ; *RTD Civ.* 2004, p. 364, note MARGUÉNAUD.

1815 CEDH (1^{ère} s.), 4 déc. 2003, *M.C. c. Bulgarie*, req. n° 39272/98, préc., §167.

1816 « Infliger à un adulte une peine perpétuelle incompressible peut soulever une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention. Ce qu'interdit cette disposition, c'est que la peine soit de jure et de facto incompressible » : CEDH (5^e s.), 13 nov. 2004, *Bodein c. France*, req. n° 40014/10, §54 : *D. actu.* 17 nov. 2014, obs. LÉNA ; *D.* 2014, Actu. 2303 ; *AJ pénal* 2015, p. 105, obs. CÉRÉ ; RSC 2015, p. 158, note ROETS ; *Dr. pénal* 2015, n° 15, note BONIS-GARÇON ; *ibid.*, Chron. 4, obs. DREYER. La possibilité d'une libération au bénéfice d'une grâce accordée par un membre de l'exécutif ne suffit pas pour satisfaire à cette exigence en « l'absence d'un mécanisme spécial permettant de réexaminer les peines de perpétuité réelle » : CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, §129 : *D.*, 2013, p. 1748, obs. LÉNA ; *ibid.*, p. 2081, note RENUCCI ; *ibid.*, 2014, Pan. 1235, obs. CÉRÉ ; *AJ Pénal*, 2013, p. 494, obs. VAN ZYL SMIT ; RSC, 2013, p. 625, note PONCELA ; *ibid.*, p. 649, obs. ROETS ; *JCP G.*, 2013, n° 918, obs. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2013, n° 165, obs. BONIS-GARÇON.

ainsi qu'elle l'a elle-même résumé dans son arrêt *Söderman c. Suède*¹⁸¹⁷. Ce faisant, elle fait apparaître des règles d'interprétation de la Convention pour l'avenir qui dépassent à la fois le cadre de l'atteinte subie *in concreto* et celui du droit national concerné.

1030. Dans certains cas, tels que celui de l'obligation positive d'incriminer le viol, la conclusion de la Cour à l'échelle de la Convention prend la forme d'une règle catégorique. Elle peut toutefois être plus nuancée et s'approcher davantage de ce que M. Barak appelle un *principled balancing*, un principe d'organisation du contrôle de proportionnalité pour les affaires similaires qui n'impose pas directement de conclusion au fond. Tel est le cas, par exemple, dans le domaine du droit à un procès équitable ou en matière de liberté de la presse. La Cour préfère généralement, dans ces matières, fixer sa jurisprudence sur la proportionnalité en énonçant un faisceau de critères qu'elle juge pertinents. Elle estime par exemple que l'équité de la procédure s'apprécie « *dans sa globalité* »¹⁸¹⁸, tout en précisant au fil des espèces les paramètres essentiels de cette appréciation globale en fonction des caractères du litige. Elle retient ainsi, en matière d'administration de la preuve, que l'on « *ne saurait [...] exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale* »¹⁸¹⁹ et qu'il importe de tenir compte, pour déterminer si la procédure a été équitable dans son ensemble, de « *la qualité de l'élément de preuve* », qui inclut « *le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude* »¹⁸²⁰, ainsi que du respect des droits de la défense, « *notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation, ainsi que la faculté d'interroger tel ou tel témoin* »¹⁸²¹. De même, la Cour a énoncé, dans son arrêt *Ibrahim*, une liste non exhaustive de dix « *facteurs* » qui « *doivent être pris en compte s'il y a lieu* » « *lorsque la procédure est examinée dans son ensemble de manière à mesurer les conséquences de lacunes procédurales survenues au stade de l'enquête sur l'équité globale du procès pénal* »¹⁸²².

1031. Quant au domaine de la liberté d'expression, le *principled balancing* y apparaît pour ainsi dire en même temps que le contrôle de proportionnalité lui-même, lorsque la Cour indique, dans l'arrêt *Handyside*, que cette liberté « *vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population* », ainsi que le veulent « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société*

1817 V., résumant la jurisprudence antérieure en se référant spécifiquement à la gravité des atteintes subies, CEDH (Gr. Ch.), 12 nov. 2011, *Söderman c. Suède*, req. n° 5786/08, §§82-85 : *RJPF* 2014, n° 1, p. 15, note PELLÉ ; *JCP G.* 2013, n° 1282, note PICHÉRAL ; *ibid.*, 2014, n° 78, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2014, Chron. 4, obs. DREYER ; *JDI* 2014, p. 992, note ISSA.

1818 CEDH (Ch.), 16 déc. 1992, *Edwards c. Royaume-Uni*, req. n° 13071/87, §34 : *RSC* 1993, p. 369, note PETTITI.

1819 CEDH (Plén.), 12 juil 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, §46 : *RSC* 1988, p. 840, obs. PETTITI et TEITGEN.

1820 CEDH (4^e s.), 11 mai 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, req. n° 48539/99, §43.

1821 *Ibid.*

1822 CEDH (Gr. Ch.), 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, §274 : *JCP G.* 2016, n° 39, p. 1753, obs. MILANO ; *ibid.*, Chron. 45, obs. ROBERT, CLAVERIE-ROUSSET, DETRAZ et PERRIER ; *ibid.*, 2017, Chron. 1, obs. SUDRE ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 34, p. 38, obs. BERLAUD ; *ibid.*, n° 39, p. 17, note MÉSA ; *ibid.*, n° 41, p. 34, note ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *RSC* 2017, p. 130, chron. MARGUÉNAUD ; *Dr. pénal* 2017, Chron. 4, obs. DREYER ; *JDI* 2017, p. 1065, note GODEFROY.

démocratique” »¹⁸²³. Elle ne décrit alors pas seulement le champ d’application du droit garanti par l’article 10 de la Convention mais aussi une orientation générale que le juge doit garder à l’esprit lorsqu’il apprécie la justification des atteintes portées à ce droit. Cette orientation est ensuite précisée par la jurisprudence ultérieure, notamment, dès l’arrêt *Sunday Times*¹⁸²⁴, concernant le cas plus spécifique de la liberté de la presse. Les critères en la matière incluent, entre autres, le caractère d’intérêt public de l’information, en particulier lorsqu’elle concerne la vie politique¹⁸²⁵, ou le fait que le journaliste fournisse « des informations “fiables et précises” dans le respect de la déontologie »¹⁸²⁶. La Cour développe ainsi progressivement une interprétation de la notion de « nécessité dans une société démocratique » qui, appliquée à un ensemble de problématiques spéciales, se traduit par un contrôle de proportionnalité répondant à des critères pré-déterminés, mais non catégoriques.

1032. La lecture de la jurisprudence la Cour européenne des droits de l’homme révèle ainsi que le contrôle de proportionnalité se situe bien, en pratique, à un niveau d’abstraction intermédiaire entre le théorique et le casuistique. Cette systématisation progressive ne supprime pas le problème de l’incommensurabilité, mais elle permet d’en atténuer l’impact de deux manières. En premier lieu, elle offre un compromis entre la proportionnalité et la sécurité juridique. Une partie de la décision relève toujours du jugement de valeur et ne peut donc pas être expliquée rationnellement, mais chaque décision n’est pas exposée pleinement à cette irrationalité. Les arrêts plus tardifs peuvent être fondés sur les principes dégagés par ceux qui les ont précédés et, en les précisant ou en les amendant, tempérer l’inévitable part d’arbitraire qui demeure présente. La mécanique de la construction jurisprudentielle se rapproche, sous cet aspect, de celle qui intervient dans le cadre de l’interprétation catégorique, même si, dans un cas comme dans l’autre, les hésitations, les inflexions, les revirements et les incertitudes qui les accompagnent peuvent toujours se produire.

1033. En second lieu, cet ensemble de techniques permettent d’inscrire le contrôle de proportionnalité dans le dialogue des juges. Le juge national a la possibilité de connaître les principes directeurs du contrôle de proportionnalité tenu par le juge européen ou les règles catégoriques qui en ont été déduites. Il peut, dès lors, se référer à ces principes dans le cadre de sa propre activité juridictionnelle, sans devoir mener intégralement le contrôle de proportionnalité. Il existe donc toujours un pouvoir de décision sur les valeurs mais, conformément aux principes de primauté et de subsidiarité, ce pouvoir est réparti en fonction de la compétence propre de chaque juridiction. Idéalement, cette répartition tend à garantir que le juge qui adopte un jugement de valeur soit aussi celui qui est le plus légitime (ou le moins illégitime) pour le faire.

1034. Dire que la proportionnalité s’apprécie *in concreto* et qu’elle résout une situation de concurrence entre deux normes non catégoriques ne signifie donc pas nécessairement, en pratique,

1823 CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §49.

1824 CEDH (Plén.), 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, §62 : *Cah. dr. eur.* 1980, p. 481, obs. Cohen-Jonathan ; *Ann. fr. dr. int.* 1980, p. 311, obs. PELLOUX ; JDI 1980, p. 471, obs. ROLLAND.

1825 CEDH (Plén.), 8 juil. 1986, *Lingens c. Autriche*, req. n° 9815/82, §42 : *Cah. dr. eur.* 1988, 470, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1987, 239, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; JDI 1987, 790, obs. ROLLAND et TAVERNIER ; RSC 1987, p. 269, obs. PETTITI et TEITGEN.

1826 CEDH (Gr. ch.), 10 déc. 2007, *Stoll c. Suisse*, req. n° 69698/01, §106 : *AJDA* 2008, p. 978, chron. FLAUSS ; *JCP G.* 2008, I. 110, chron. SUDRE.

qu'il faille toujours revenir aux principes fondamentaux et construire un raisonnement différent, rigoureusement spécifique à chaque espèce. **Le principe de proportionnalité, en ce sens, n'est pas seulement un instrument formel d'interprétation et de contrôle, mais aussi un principe substantiel qui est lui-même soumis à interprétation au contact des autres normes.** Il importe donc d'insister à nouveau sur le lien étroit qui unit la proportionnalité et la motivation des décisions de justice. La Cour européenne des droits de l'homme n'exige jamais directement des juges nationaux qu'ils exercent un contrôle de proportionnalité, mais les motivations de ses arrêts contiennent des indications méthodologiques utiles à cet objet. De même le juge de cassation qui entend renforcer l'usage de la technique de la proportionnalité dans sa jurisprudence et qui, ce faisant, en impose en partie l'adoption aux juges du fond, se doit de leur exposer dans quelles conditions le contrôle doit être mené. À cet égard, les motivations renforcées adoptées par la Cour de cassation constituent un pas en avant utile et nécessaire¹⁸²⁷. Il est toutefois possible qu'elles s'avèrent insuffisantes, car elles n'éclairent pour l'instant pas réellement les paramètres du contrôle que devraient adopter les juges du fond et leur laissent donc une large marge de décision et, partant, de variation.

1035. Il convient enfin de tempérer légèrement les remarques qui précèdent. Le *definitional balancing* et le *principled balancing* décrivent des modalités d'organisation du contrôle qui paraissent à peu près indispensables si l'on entend adopter la proportionnalité sans abandonner la sécurité juridique. Pour autant, ces méthodes réduisent l'impact du problème, elles ne permettent pas de le supprimer entièrement. La prévisibilité du contrôle n'est garantie que dans la mesure où le juge qui établit les règles structurantes entend se tenir à sa propre jurisprudence. De plus, l'incommensurabilité est toujours présente. La décision qui initie une ligne jurisprudentielle ou qui établit une solution nouvelle ne peut pas fonder le point d'équilibre qu'elle fixe entre deux principes autrement qu'au moyen d'une approximation fondatrice. Le fait que des arrêts ultérieurs partent de ce point d'équilibre évite au juge de se poser à nouveau la question de la pesée des valeurs, mais il pourrait être soutenu que cela ne fait que masquer l'irrationalité sans y remédier. Il faut donc nécessairement soit s'en remettre à la légitimité du juge pour fixer les valeurs en question, soit envisager d'abandonner purement et simplement l'idée de pondération des intérêts.

II. L'abandon de la formule de pondération

1036. Il paraît communément admis que les caractères les moins rationnels du contrôle de proportionnalité sont concentrés dans la dernière phase du test, celle du contrôle de l'équilibre global. Plus précisément, c'est la notion de pesée des intérêts qui pose problème dans la mesure où elle implique de mesurer entre elles des valeurs sociales fondamentales pour lesquelles il n'existe pas d'échelle de conversion objective¹⁸²⁸. Une solution envisageable peut alors être de ne pas

1827 V. par ex., à propos de la proportionnalité de la saisie pénale en cas de pluralité d'auteurs : Cass. Crim., 24 oct. 2018, n° 18-80.834 : *Gaz. Pal.* 2018, n° 38, p. 32, note BERLAUD ; *D.* 2018, p. 2259, obs. TRICOIRE ; *Dr. pénal* 2018, comm. 217, comm. CAMOUS ; *JCP G.* 2019, n° 18, note ROBERT ; *Procédures* 2019, comm. 22, comm. CHAVENT-LECLÈRE, *RTD Com.* 2019, p. 233, note SAENKO.

1828 G. WEBBER, « Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, vol. 23, n° 1, p. 194-198 ; G.C.N. WEBBER, *The Negotiable Constitution*, *op. cit.*, p. 89-100 ; T.A. ALEINIKOFF, « Constitutional Law in the Age of Balancing », *op. cit.*, p. 972-979 ; D. ŠUŠNJAR,

prendre en charge cette pondération, tout en conservant les contrôles de l'adéquation et de la nécessité de la mesure, qui ne s'exposent pas à la même critique. Deux variantes de cette proposition peuvent être opposées. La plus répandue consiste à n'exercer effectivement que les deux premières étapes du contrôle et à écarter entièrement tout contrôle de l'équilibre global¹⁸²⁹. L'alternative est le fruit des travaux de M. Šušnjar, qui propose de conserver le contrôle d'équilibre global, mais de le structurer par l'examen d'une série de règles catégoriques qui écartent en fait la pondération d'intérêts abstraits. Cet auteur appelle cette conception « *rule-based balancing* ».

1037. La première approche a pour avantage de correspondre à la pratique de certaines juridictions suprêmes. M. Rivers relève ainsi que le contrôle exercé par les juges du Royaume-uni, du Canada et d'Afrique du Sud tend « à traiter la “nécessité” comme la dernière étape du contrôle de proportionnalité et à refouler les éléments de langage du *balancing* »¹⁸³⁰. M. Marzal a également consacré une importante partie de sa thèse à démontrer « l'absence d'une forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸³¹.

1038. L'observation peut assurément être étendue à une partie du droit pénal français. Le plus souvent, en effet, les dispositions du Code de procédure pénale qui imposent une motivation de type proportionnaliste au soutien d'une mesure sont focalisées sur les aspects instrumentaux du contrôle. Les mesures coercitives auxquelles peut être soumise une personne mise en examen sont ainsi soumises par l'article 137 à une condition de nécessité, mais il n'y est pas fait mention d'un équilibre à préserver entre les nécessités de l'enquête et les droits de la personne. L'article 144 prévoit, dans le même sens, que « *la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré [...] qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs* » en vue desquels elle est prévue « *et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique* ». Les conditions sont l'adéquation, la nécessité et la subsidiarité, mais pas l'équilibre des intérêts. Il en va de même des dispositions analogues de l'article 62-2 en ce qui concerne la garde à vue.

Proportionality, fundamental rights, and balance of powers, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 201 et s. ; A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 92-93, présente une variante intéressante de cette critique qui considère que si les valeurs sont incommensurables et que la pesée est impossible, alors elle n'a simplement pas lieu et parler de pesée est une fausse interprétation de la pratique des juridictions concernées.

1829 N. PETERSEN, « How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones », *op. cit.*, p. 1394-1397 ; J. RIVERS, « Proportionality and variable intensity of review », *The Cambridge Law Journal*, 12 mars 2006, vol. 65, n° 1, p. 178-179 ; A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 79-123.

1830 J. RIVERS, « Proportionality and variable intensity of review », *op. cit.*, p. 179 : « ... *the tendency of British, and it would seem, Canadian and South African courts, to treat “necessity” as the final stage of proportionality review and to suppress the language of balancing.* »

1831 A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 79-123. Cet auteur soutient plus généralement que la métaphore de la balance est trompeuse, parce qu'elle peut être utilisée pour décrire n'importe quel jugement, sans pour autant renseigner sur la véritable nature du raisonnement tenu. *Ibid.*, p. 107-123 ; T. MARZAL, « La Cour de cassation à “l'âge de la balance”. Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD Civ.*, 2017, p. 789. L'argument se situe donc dans un discours analytique, distinct de l'approche en partie prescriptive adoptée par la plupart des proportionnalistes et de leurs détracteurs. Toutefois, fonctionnellement, la conclusion est la même : les valeurs étant incommensurables, il n'y a pas de pondération possible et parler de pondération masque la réalité du pouvoir exercé par le juge au cours du contrôle de l'équilibre global. Du point de vue des présents développements, ces deux approches peuvent donc être considérées comme équivalentes.

L'usage fréquent de la référence aux « *nécessités de l'enquête* » ou « *de l'instruction* » ou à celles liées à « *la manifestation de la vérité* »¹⁸³² témoigne de la même orientation instrumentale de l'exigence de proportionnalité au sein du code.

1039. Toutefois cette tendance générale ne suffit pas à exclure tout contrôle d'équilibre global en procédure pénale française. Par exemple, les articles 60-1, 77-1-1 et 99-3 du Code de procédure pénale permettent aux magistrats compétents et, le cas échéant, aux enquêteurs, de requérir de toute personne la remise d'informations intéressant les investigations, « *sans que puisse [leur] être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel* ». Le législateur n'ayant pas davantage défini le « *motif légitime* » en question, l'appréciation de sa pertinence semble bien relever d'un contrôle de proportionnalité portant sur l'ensemble des critères classiques¹⁸³³. À titre plus général, l'article préliminaire, III, prévoit que les mesures de contrainte et celles qui portent atteinte à la vie privée des personnes ne peuvent être prises que si elles sont non seulement nécessaires, mais aussi « *proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée* ». Or une telle proportionnalité ne peut s'entendre en termes purement instrumentaux : elle requiert que le juge compare abstraitement la gravité de l'infraction et les enjeux procéduraux aux libertés atteintes par la mesure qu'il ordonne, qu'il autorise ou qu'il approuve *a posteriori*.

1040. **Le législateur a donc bien intégré, dans la conception de la proportionnalité qui régit le Code de procédure pénale, des éléments de pesée des intérêts.** Il est rejoint sur ce point par la jurisprudence de la Cour de cassation lorsque celle-ci, par exemple, reproche aux juges du fond d'avoir validé un mandat d'arrêt sans avoir préalablement apprécié « *le caractère nécessaire et proportionné du recours à cette mesure de contrainte en fonction des circonstances de l'espèce* »¹⁸³⁴ (nous soulignons) ou d'avoir autorisé l'exécution d'un mandat d'arrêt européen sans avoir « *vérifié que la remise sollicitée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale* »¹⁸³⁵. Il ne paraît pas davantage possible de décrire la méthodologie de la Cour européenne des droits de l'homme comme exclusive de tout contrôle d'équilibre global. Bien au contraire, elle présente fréquemment son raisonnement comme découlant d'une conciliation de facteurs variés dont les poids décisifs dépendent des circonstances de la cause, facteurs qu'elle prend parfois le soin d'énumérer dans ses arrêts sans pour autant les hiérarchiser entre eux¹⁸³⁶.

1041. Le modèle du contrôle réduit à l'adéquation et à la nécessité ne paraît donc pas à même de constituer une réponse valable à titre général au problème de l'incommensurabilité. Il faudrait pour cela qu'il puisse s'appliquer à un système juridique entier, sans pour autant vider de son sens le principe de proportionnalité. À défaut, il ne peut être considéré que comme une modalité d'intensité

1832 V. les exemples cités *supra*, p. 241.

1833 La question n'est pas réellement tranchée en jurisprudence. Une auteure a toutefois suggéré que le droit à ne pas participer à sa propre accusation constituerait probablement un tel motif : C. GHICA-LEMARCHAND, « Art. 99-3 et 99-4 - Fasc. 20 : Réquisitions judiciaires au cours de l'instruction », *JurisClasseur Procédure pénale*, LexisNexis, 2017, p. 39.

1834 Cass. Crim., 11 janv. 2017, n° 16-80.619 : *Bull. Crim.*, n° 16 ; *D. actu.* 23 févr. 2017, obs. PRIOU-ALIBERT ; *AJ pénal* 2017, p. 196, obs. RECOTILLET ; *Dr. pénal* 2017, n° 49, note MARON et HAAS ; *Procédures* 2017, n° 46, note CHAVENT-LECLÈRE.

1835 Cass. Crim., 12 avr. 2016, n° 16-82.175 : *Bull. Crim.*, n° 132 ; *D. actu.* 2 mai 2016, obs. GOETZ.

1836 V. par ex. CEDH (Gr. Ch.), 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, préc., §274.

du contrôle, un équivalent du contrôle restreint pour la théorie des exigences d'optimisation. Cette idée diffère toutefois de celle selon laquelle le contrôle serait suffisamment rationnel en tout état de cause sans inclure de pesée des intérêts : elle suppose plutôt qu'il existe des cas dans lesquels cette pesée peut être suffisamment rationnelle ou suffisamment légitime et d'autres dans lesquels elle ne l'est pas. Cela correspond donc en partie à des notions telles que la « déférence » du juge, la marge d'appréciation de l'autorité contrôlée ou l'erreur manifeste, qui seront étudiées ensemble au chapitre suivant.

1042. Si l'on s'en tient aux propositions à caractère général, susceptibles de s'appliquer à l'ensemble de la pratique du contrôle de proportionnalité, il reste donc à envisager celle du *rule-based balancing*. M. Šušnjar, s'inspirant des écrits de l'économiste H. A. Simon¹⁸³⁷, suggère que le contrôle de proportionnalité vise à assurer non pas la réalisation optimale des droits, mais simplement une réalisation « satisfaisante » (« *satisficing* »)¹⁸³⁸, qui soit au moins égale à un *minimum* susceptible d'être contrôlé objectivement. Sont proportionnées toutes les décisions qui respectent ce *minimum* à l'égard de l'ensemble des principes en présence, quel que soit le point d'équilibre choisi en dehors de cette considération. Il propose donc de penser l'ensemble du contrôle comme répondant à une « heuristique de priorité »¹⁸³⁹, une méthode de prise de décision simplifiée qui vérifie le respect de garanties essentielles. Plus précisément, le raisonnement est de type « lexicographique »¹⁸⁴⁰ : il passe successivement par chaque critère pertinent, dans un ordre défini par leur ordre d'importance ou de conditionnalité, jusqu'à ce que l'un de ces critères ne soit pas rempli (auquel cas la conclusion est négative) ou que tous aient été satisfaits (auquel cas le test est positif). Le contrôle de proportionnalité en général correspond à cette description. Il n'y a pas de mesure adéquate à un but illégitime, pas de nécessité sans adéquation, pas d'équilibre global d'un acte qui ne soit pas nécessaire et la mesure contrôlée n'est proportionnée que si elle répond cumulativement à l'ensemble de ces conditions¹⁸⁴¹. La proposition de M. Šušnjar est d'appliquer la même structure à l'intérieur du contrôle d'équilibre global et de le présenter comme une série de vérifications qui portent sur des questions résiduelles, objectives mais non couvertes par les étapes précédentes¹⁸⁴². Les critères qu'il propose, extraits de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de celle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, concernent moins le contenu substantiel de la mesure que son encadrement par des normes de compensation et d'adaptation. Il en va ainsi, par exemple, de la prévision de périodes transitoires adéquates, de l'existence d'une marge de discrétion laissée aux États membres (ou, plus généralement, aux autorités compétentes) pour prévenir des violations des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la mesure choisie, de la présence de garde-fous contre les abus éventuels ou encore des divers mécanismes qui peuvent être destinés à compenser ou à distribuer équitablement les charges qui découlent de l'application de la décision.

1837 SIMON H.A. (dir.), « A Behavioral Model of Rational Choice », H.A. SIMON (dir.), *Models of Man: Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, John Wiley & Sons, 1966, p. 241 et s. ; cit. par D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, op. cit., p. 203, note 1355.

1838 D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, op. cit., p. 299-300.

1839 *Ibid.*, p. 231-234.

1840 *Ibid.*, p. 300-301.

1841 *Ibid.*, p. 235.

1842 *Ibid.*, p. 348-351.

1043. D'une manière quelque peu ironique, les éléments sur lesquels se focalise ce modèle de contrôle sont, peu ou prou, ceux qui ont pu être critiqués par la doctrine française comme étant insuffisamment protecteurs dans le cadre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁸⁴³. Les critères énumérés dans la description du *rule-based balancing* ont en effet tous en commun de relever d'une appréciation très générale (et, le plus souvent, exclusivement procédurale) des situations. La prévention et la correction des excès est le plus souvent laissée à l'appréciation des autorités chargées d'appliquer la mesure. Une telle conception peut, dans une certaine mesure, décrire effectivement une méthode de contrôle restreint applicable au niveau abstrait des rapports entre normes générales – dans le cadre, par exemple du contrôle de la constitutionnalité d'une loi antérieurement à sa promulgation. Au-delà de ce cas, toutefois, le modèle lexicographique devient rapidement insuffisant pour rendre compte de la prise de décision *in concreto* typiquement associée à la notion de proportionnalité. Les règles du *rule-based balancing* ne sont en fait ni exhaustives, ni réellement catégoriques. Il est tout à fait possible qu'un acte qui ne satisfait pas à l'ensemble de ces critères paraisse pour autant proportionné. Il serait par exemple incongru d'exiger une période transitoire pour l'application d'une mesure d'urgence telle que le placement d'une personne ivre et violente en cellule de dégrisement ou la saisie d'une chose dangereuse. Inversement, la présence de garde-fous procéduraux ou d'un contrôle régulier en cours d'exécution ne suffit pas nécessairement : il faut également que ces garde-fous et ce contrôle soient appropriés aux spécificités de l'atteinte aux libertés en question. Autrement dit, le *rule-based balancing* ne peut assurer un niveau de protection satisfaisant que si les règles qui en constituent les conditions sont elles-mêmes interprétées au regard de l'importance des enjeux concrets... ce qui revient à exiger qu'elles soient appliquées conformément au principe de proportionnalité et à revenir au problème initial.

1044. **Conclusion du premier paragraphe.** Les alternatives à la théorie des exigences d'optimisation offrent de nombreux avantages par rapport à cette dernière. La plupart de ces modèles peuvent être illustrés par l'étude de la jurisprudence, qu'il permettent de décrire d'une manière toujours limitée, mais plus fidèle à la réalité que la métaphore de la « formule de pondération ». Chacun d'entre eux semble également contribuer, d'une manière ou d'une autre, à tempérer les effets de l'incommensurabilité des valeurs.

1045. Pour autant, ils présentent également un certain nombre de défauts qui laissent parfois l'impression que le problème est déplacé ou reformulé plus qu'il n'est vraiment résolu. Les propositions qui tendent à opérer un retour aux règles catégoriques semblent se heurter systématiquement à l'exigence de souplesse intrinsèque au contrôle *in concreto* : la règle catégorique ne constitue une garantie contre l'insécurité juridique que tant que le juge n'est pas confronté à une situation où il faudrait la renverser pour faire valoir un intérêt supérieur. Le

1843 R. BOUSTA, « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, vol. 4, p. 859 ; R. BOUSTA, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011, vol. 4, n° 88, p. 913 ; P. WACHSMANN, « De la légitimité de l'atteinte à un droit individuel pour des motifs d'intérêt général », *AJDA*, 1991, p. 382 ; P. WACHSMANN, « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, décembre 2010, n° 5.

principled balancing paraît à cet égard plus prometteur, mais il présente en réalité les mêmes défauts structurels que la conception alexyenne dont il est inspiré.

1046. Il semble vain, en réalité, de rechercher à synthétiser le contrôle de l'équilibre global sous un seul de ces modèles, car la jurisprudence présente un aspect composite et n'adhère pas spécifiquement à un modèle particulier. Ce caractère variable semble d'ailleurs être moins dû à une hésitation quant à la doctrine à adopter qu'à une indifférence générale vis-à-vis de la question et à des considérations d'opportunité. Telle argumentation plus ou moins abstraite, plus ou moins casuistique, est avant tout préférée en fonction du sens et la portée dont le juge entend revêtir sa décision. Ajoutons enfin qu'aucune de ces propositions ne paraît applicable au domaine du choix de la peine, où le juge est bien tenu d'établir une évaluation chiffrée. Dans ce champ particulier, le contrôle ne peut consister simplement à vérifier le respect d'un *maximum* ou d'un *minimum* déjà établis ou à déterminer un principe d'orientation générale à suivre dans l'exécution de la décision du juge. Il faut trancher, fixer la valeur de la peine. Outre la possibilité d'une meilleure information empirique, précédemment étudiée, se présente alors comme une solution potentielle la technique des *sentencing guidelines* qui, en vue d'assurer une cohérence minimale dans la pratique du choix de la peine, retirent au juge une partie de son pouvoir d'individualisation au profit d'une autorité centralisée.

§2. Une technique *sui generis* : la centralisation du contrôle de proportionnalité des peines au moyen de *sentencing guidelines* aux États-Unis et en Angleterre

1047. Inconnues du droit français, les *sentencing guidelines* n'en constituent pas moins un détour nécessaire au sein d'une étude consacrée à la proportionnalité de la répression. Cet instrument, dont l'adoption avait été recommandée aux États membres du Conseil de l'Europe par le Comité des ministres¹⁸⁴⁴, a en effet été spécifiquement conçu pour orienter l'application du principe de proportionnalité en matière pénale. Il s'agissait, lors de la création des premières *guidelines* aux États-Unis, de remédier au désenchantement du modèle de la *rehabilitation*¹⁸⁴⁵, associé au choix discrétionnaire de la peine et à l'individualisation au niveau carcéral¹⁸⁴⁶, jugé inefficace et inégalitaire¹⁸⁴⁷ – bien qu'il ait tant impressionné Saleilles au début du XX^e siècle¹⁸⁴⁸.

1048. Le principe des *sentencing guidelines* se résume en quelques mots. Un organe judiciaire central – juridiction suprême ou institution indépendante *sui generis* – est reconnu compétent pour

1844 Recommandation n° R (92) 17 du Comité des ministres aux États membres *relative à la cohérence dans le prononcé des peines*, 19 oct. 1992, p. 2.

1845 F.A. ALLEN, « The Decline of the Rehabilitative Ideal », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, vol. 1/ p. 11-15 ; P.L. GRISET, *Determinate Sentencing: The Promise and the Reality of Retributive Justice*, State University of New York Press, 1991, p. 25-30.

1846 M. TONRY, *Sentencing Matters*, Oxford University Press, 1996, p. 4 ; D.A. BERMAN, « Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 95, n° 3, p. 654-659.

1847 A.J. ASHWORTH, « Sentencing reform structures », *Crime and Justice*, 1992, vol. 16, p. 183-196 ; P.L. GRISET, *Determinate Sentencing*, *op. cit.*, p. 30-38.

1848 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, Félix Alcan, 1927, p. 270-275.

adresser aux juridictions pénales de son ressort des « directives sur le choix de la peine ». Ces directives indiquent, parmi les peines prévues par la loi pour chaque infraction, lesquelles devraient être prononcées dans un certain nombre de cas types, ainsi que les principales causes d'aggravation ou d'atténuation à prendre en considération. Les juges sont ensuite incités à ou contraints de respecter ces prescriptions, par rapport auxquelles ils bénéficient d'une éventuelle marge discrétionnaire d'adaptation et/ou d'une possibilité de dérogation en présence de circonstances exceptionnelles. L'individualisation de la peine est donc en partie retirée au juge compétent pour prononcer la condamnation. Les critères d'appréciation de la proportionnalité sont codifiés et standardisés.

1049. La problématique de la proportionnalité des peines ne peut qu'être au cœur d'un système de *sentencing guidelines*. On compte d'ailleurs parmi les plus importants partisans historiques de ce mode de régulation¹⁸⁴⁹ et parmi les plus grands spécialistes de la matière au niveau technique¹⁸⁵⁰ des contributeurs majeurs à la doctrine proportionnaliste des *just deserts*¹⁸⁵¹ précédemment évoquée. Pourtant, si on la compare aux doctrines de la proportionnalité-justification, l'institution paraît aller en sens inverse du mouvement général, puisqu'elle prétend mieux garantir la proportionnalité en retirant une part de la confiance précédemment accordée au juge. L'étude de ses traits principaux paraît donc indispensable pour qui entend faire le tour de la question. Le mécanisme est par ailleurs d'autant plus intéressant qu'il est extrêmement controversé¹⁸⁵². Des auteurs qui militaient ardemment pour l'adoption du système de *guidelines* du Royaume-Uni¹⁸⁵³ sont aussi de fervents critiques de son analogue américain¹⁸⁵⁴. Une brève présentation de ces deux modèles peut par conséquent s'avérer très instructive. Elle permet d'envisager certains des espoirs associés au principe de proportionnalité à la lumière de leur concrétisation sous des formes institutionnelles originales. À cet égard, le statut et la méthodologie de l'organe chargé d'émettre les directives paraissent aussi essentiels que les changements de pratique qu'elles impliquent pour le juge. C'est donc par les conditions d'élaboration des directives (I) et par celles de leur application (II) qu'il convient de les aborder successivement.

I. L'élaboration des directives

1050. L'élaboration des directives pose deux questions, l'une de compétence (A), l'autre de méthodologie (B). La première concerne la désignation et le statut de l'organe auquel il incombe

1849 A. VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Committee for the Study of Incarceration, 1976 ; A. VON HIRSCH, K.A. KNAPP, et M. TONRY, *The Sentencing Commission and its Guidelines*, Northeastern University Press, 1987.

1850 A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, *op. cit.*

1851 A. VON HIRSCH et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing : exploring the principles*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, coll.« Oxford monographs on criminal law and justice », 2005.

1852 O. CAHN, « Le sentencing anglo-américain, avenir de l'administration des peines en France ? », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, p. 249-266.

1853 M. TONRY, *Sentencing Matters*, *op. cit.* ; M. TONRY, « Setting sentencing policy through guidelines », S. REX et M. TONRY (dir.), *Reform and Punishment: The Future of Sentencing*, Devon, Royaume-Uni, Willan, 2002, p. 75-104.

1854 M. TONRY, « The Functions of Sentencing and Sentencing Reform », *Stanford Law Review*, 2005, vol. 58, n° 1, p. 37-66 ; M. TONRY, « Federal Sentencing "Reform" since 1984: the Awful as Enemy of the Good », *Crime and Justice*, vol. 44, n° 1, p. 99-164.

d'établir les *guidelines* et, en particulier, son positionnement exact entre le corps législatif et le judiciaire. La seconde concerne les critères et finalités de leur adoption et les méthodes de recherche qui peuvent y contribuer.

A. Les organes spécialisés en *sentencing*

1051. D'un point de vue organique, la notion de *sentencing guidelines* interroge d'abord quant à sa place entre les pouvoirs constitués, voire quant à sa nature normative, ce qui se répercute sur la conception de l'organe chargé de les édicter. Le principe de légalité criminelle prévoit bien que le législateur fixe la peine encourue et que le juge prononce la peine à exécuter, mais les directives constituent une sorte d'échelon intermédiaire et, en ce qui concerne leur rattachement à un pouvoir plutôt qu'à un autre, les inspirations historiques sont contradictoires. Est par exemple considéré comme fondateur¹⁸⁵⁵ un arrêt de 1970 par lequel la *High Court* australienne admettait l'instauration de peines légales obligatoires pour certaines infractions, en retenant notamment que même si « *il est inhabituel et, en général [...], peu souhaitable que la juridiction n'ait aucune discrétion dans le champ des sanctions et des peines imposées* », « *le fait qu'une telle discrétion soit ou non accordée à la juridiction au regard d'une infraction légale relève de la décision du Parlement.* »¹⁸⁵⁶ Elle ouvrait ainsi la possibilité d'un retour partiel aux anciens systèmes de peines fixes ou de discrétion restreinte, dont l'origine aurait été essentiellement législative. Toutefois, la première forme des directives de choix de la peine fut celle de *guideline judgments*, des décisions de la *Court of Appeal* d'Angleterre et du Pays de Galles, par lesquelles elle adressait aux juges soumis à l'autorité de ses précédents des recommandations précises concernant les peines à prononcer pour certaines catégories d'infractions¹⁸⁵⁷. Elles ont conservé ce caractère juridictionnel au Royaume-Uni jusqu'en 2004. Parallèlement, certains États fédérés américains se dotèrent de commissions du choix de la peine (*sentencing commissions*) à partir de 1980¹⁸⁵⁸, ce en quoi ils furent rejoints par l'État fédéral en 1984¹⁸⁵⁹.

1052. La Cour suprême des États-unis a été la première juridiction suprême à se prononcer sur la conformité d'un tel système au principe de la séparation des pouvoirs, dans un arrêt *Mistretta* du 18 janvier 1989¹⁸⁶⁰. Elle a d'abord appliqué à la *United States Sentencing Commission*, créée par la loi de 1984, les principes dégagés par sa jurisprudence en matière de délégations législatives – lesquels

1855 A.J. ASHWORTH, « Sentencing reform structures », *op. cit.*, p. 197-198.

1856 *High Court of Australia*, 9 déc. 1970, *Palling v. Corfield*, (1970) 123 CLR 52, p. 58 : « *It is both unusual and in general, in my opinion, undesirable that the court should not have a discretion in the imposition of penalties and sentences, for circumstances alter cases and it is a traditional function of a court of justice to endeavour to make the punishment appropriate to the circumstances as well as to the nature of the crime. But whether or not such a discretion shall be given to the court in relation to a statutory offence is for the decision of the Parliament.* »

1857 *Cour of Appeal of England and Wales (Criminal Division)*, *R. v. Willis*, (1974) 60 Cr App 146, 36. *Cour of Appeal of England and Wales (Criminal Division)*, *R. v. Taylor, Roberts and Simmons*, (1977) 64 Cr App R (S) 182, 36. Cités par A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 36.

1858 R.S. FRASE, « State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues », *Columbia Law Review*, 2005, vol. 105, n° 4, p. 1190-1232 ; R.S. FRASE, « Forty Years of American Sentencing Guidelines: What Have We Learned », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 82-85.

1859 *Sentencing Reform Act of 1984*, in *Comprehensive Crime Control Act of 1984*, S.1762 — 98th Congress (1983-1984). Sur l'adoption de cette loi, V. F.O. BOWMAN III, « Mr. Madison Meets a Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform », *Stanford Law Review*, 2005, vol. 58, n° 1, p. 235-265.

1860 *Supreme Court of the United States*, 18 janv. 1989, *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989).

visent essentiellement à prévenir la création d'autorités dotées d'une compétence normative générale¹⁸⁶¹. Après avoir passé en revue les conditions substantielles et formelles de l'élaboration des guidelines, la Cour suprême a non seulement conclu que les standards établis par le législateur étaient suffisamment précis, mais elle a même ajouté que « *le développement de peines proportionnées pour des centaines de crimes différents commis par une gamme presque infinie d'auteurs est précisément le genre de tâche complexe et laborieuse pour laquelle la délégation à un organe expert paraît particulièrement adéquate* »¹⁸⁶². Elle a ensuite estimé que le *Sentencing Reform Act 1984* ne méconnaissait pas le principe de séparation des pouvoirs en plaçant cet organe indépendant, délégataire de compétence législative, au sein de la branche judiciaire du gouvernement. Au contraire, toujours selon l'arrêt *Mistretta*, « *la fonction de choix de la peine est depuis longtemps une responsabilité partagée entre les branches du gouvernement et n'a jamais été considérée comme le domaine constitutionnel exclusif de l'une d'entre elles* »¹⁸⁶³. La Cour suprême a insisté sur la nécessité de conserver une conception souple de la séparation des pouvoirs, qui admette des cas de compétences concurrentes ou conjointes. Il n'y a, autrement dit, pas de violation de la séparation des pouvoirs là où un organe mixte exerce une compétence mixte par nature.

1053. La reconnaissance de cette mixité accompagne toutefois un autre constat tout aussi important : celui de « *la nature éminemment politique du travail de la Commission* »¹⁸⁶⁴. **Dans la conception fédérale américaine, il ne fait pas de doute que l'élaboration de ces directives n'est pas une activité strictement technique, ni peut-être même réellement à dominante technique.** La Commission est un véritable lieu de pouvoir, comme le confirme d'ailleurs sa composition. Le titre 28, section 991(a) du *Code of Laws of the United States of America (U.S. Code)* prévoit ainsi que la *United States Sentencing Commission* comprend sept membres votants et un membre non votant. Les membres votants sont nommés par le Président, « *après consultation de représentants des juges, des procureurs, des avocats de la défense, des forces de l'ordre, des citoyens seniors, des victimes d'infractions et d'autres parties intéressées par la procédure pénale* » et « *avec l'avis et l'accord du Sénat* ». « *Au moins trois des membres devront être des juges fédéraux choisis après considération d'une liste de six juges recommandés au Président par la Conférence des magistrats des États-Unis.* »¹⁸⁶⁵ La nomination des membres de la Commission est donc avant tout le fruit d'une collaboration entre les pouvoirs exécutif et législatif, dans laquelle le pouvoir judiciaire n'intervient qu'indirectement. Les magistrats n'ont, de plus, pas de majorité garantie au sein de l'institution, tandis qu'aucune qualification particulière n'est requise pour les autres membres. Observons en outre la place manifestement aménagée à la sensibilité de l'opinion publique dans la

1861 É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, France, Dalloz, 2010, p. 176 et s.

1862 *Mistretta*, 488 U.S. 361 (1989), 379 : « *Developing proportionate penalties for hundreds of different crimes by a virtually limitless array of offenders is precisely the sort of intricate, labor-intensive task for which delegation to an expert body is especially appropriate.* »

1863 *Ibid.*, 390.

1864 *Ibid.*, 393.

1865 « *The President, after consultation with representatives of judges, prosecuting attorneys, defense attorneys, law enforcement officials, senior citizens, victims of crime, and others interested in the criminal justice process, shall appoint the voting members of the Commission, by and with the advice and consent of the Senate, one of whom shall be appointed, by and with the advice and consent of the Senate, as the Chair and three of whom shall be designated by the President as Vice Chairs. At least 3 of the members shall be Federal judges selected after considering a list of six judges recommended to the President by the Judicial Conference of the United States.* »

discussion : on ne consulte de plein droit de représentants ni des agents de probation, ni des détenus, mais les victimes d'infractions et les « *citoyens seniors* » doivent avoir leur mot à dire.

1054. Cette politisation ancrée dans l'institution contraste de manière remarquable avec le modèle adopté en Angleterre et au Pays de Galles, qui semble avoir conservé des liens très forts avec le pouvoir judiciaire. Trois organes ont été créés successivement entre 1998 et 2009, d'abord pour soutenir l'élaboration de directives par la *Court of Appeal*, puis pour se substituer à elle dans l'exercice de cette fonction. Le *Crime And Disorder Act 1998* a d'abord apporté un encadrement législatif à la pratique des *guideline judgments*¹⁸⁶⁶. Il y adjoignait la création d'un comité consultatif, le *Sentencing Advisory Panel*, chargé d'une mission de recherches et de conseil auprès de la Cour¹⁸⁶⁷. Le comité était habilité à émettre des propositions de nouvelles directives auprès la cour, qui devait également solliciter son avis lorsqu'elle envisageait d'adopter une nouvelle directive ou d'en modifier une ancienne à l'occasion d'une affaire présentée devant elle¹⁸⁶⁸. Les recommandations et avis du *Sentencing Advisory Panel* n'avaient qu'une valeur consultative, de sorte que « l'établissement des directives était vu comme une partie de la fonction judiciaire »¹⁸⁶⁹.

1055. L'expérience fut ensuite approfondie par le *Criminal Justice Act 2003*, dont une part importante (plus de cent cinquante articles!) fut consacrée à la procédure de *sentencing*, aux critères substantiels du choix de la peine et aux *sentencing guidelines*¹⁸⁷⁰. À côté du *Sentencing Advisory Panel*, le *Criminal Justice Act* créait un conseil des directives sur le choix de la peine, le *Sentencing Guidelines Council*, chargé de l'élaboration des directives avec l'assistance du comité¹⁸⁷¹. Le but de la réforme était notamment de séparer les fonctions juridictionnelles de l'appel et les fonctions normatives de l'établissement des *guidelines*, ainsi que d'offrir au Parlement une possibilité d'intervenir dans ce procédé¹⁸⁷². Le Conseil, présidé par le *Lord Chief Justice*, était composé de sept « membres judiciaires » (« *judicial members* »), nommés par le *Lord Chancellor* parmi les juges pénaux de tous les échelons de compétence juridictionnelle, ainsi que de quatre « membres non judiciaires » (« *non-judicial members* »), nommés par le *Secretary of State* à raison de leur expérience dans le domaine de la police, des poursuites ou de la défense pénale ou des droits des victimes¹⁸⁷³. **C'était donc une institution mixte mais au sein de laquelle les magistrats détenaient la majorité.**

1056. L'état actuel des institutions est issu du *Coroners and Justice Act 2009*. Une fois les fonctions relatives à l'élaboration des *guidelines* séparées des fonctions juridictionnelles, il ne paraissait plus nécessaire de maintenir une séparation organique entre le travail de recherche et celui de décision. C'est pourquoi le *Sentencing Advisory Panel* et le *Sentencing Guidelines Council* ont

1866 *Crime and Disorder Act 1998* (1998 c. 37), s. 80.

1867 *Crime and Disorder Act 1998*, s. 81.

1868 *Crime and Disorder Act 1998*, s. 80(1), 81(2), 81(3).

1869 A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 56 : « The constitutional effect of these arrangements was that the laying down of guidelines was seen as part of the judicial function. »

1870 *Criminal Justice Act 2003* (2003 c. 44), s. 142-305.

1871 *Criminal Justice Act 2003*, s. 167-171.

1872 A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 57 : « Two reasons for the creation of the SGC in 2003 remained – the need to divorce the creation of guidelines from the function of determining appeals, and the importance of providing an opportunity for parliamentary input into the process of creating guidelines. »

1873 *Criminal Justice Act 2003*, s. 167(1)-167(4).

été remplacés par une institution unique qui exerce l'ensemble des compétences qui leur étaient dévolues, le *Sentencing Council for England and Wales*, plus communément appelé *Sentencing Council*¹⁸⁷⁴. Ce nouveau conseil, très fortement inspiré par son prédécesseur dont il reprend le nom, est formé de quatorze membres. Le *Lord Chief Justice*, avec l'accord du *Lord Chancellor*, nomme huit « membres judiciaires » et désigne parmi eux un président et son suppléant¹⁸⁷⁵. Ils sont rejoints par six « membres non-judiciaires » nommés par le *Lord Chancellor* avec l'accord du *Lord Chief Justice*¹⁸⁷⁶. La liste des spécialités qualifiantes pour les membres non-judiciaires a été étendue : peuvent désormais être nommés à ces fonctions, entre autres, des universitaires spécialisés dans le droit pénal ou la criminologie, des experts en statistiques ou des spécialistes de la réinsertion des condamnés¹⁸⁷⁷. Les juges occupent ainsi toujours la majorité des sièges et la nomination reste entre les mains des plus hauts représentants du pouvoir judiciaire. Le nombre des membres a été augmenté et la diversité de leurs compétences techniques renforcée, pour tenir compte de l'absorption du comité par le conseil à la fois du point de vue des effectifs et de la nature des activités. Les dispositions du *Coroners and Justice Act 2009* insistent en effet grandement sur les fonctions de recherche et de suivi que le conseil hérite du *Sentencing Advisory Panel*. Il ne fait aucun doute qu'aux yeux des juristes et du législateur anglais, l'élaboration de *sentencing guidelines* ne se conçoit que sur le fondement d'informations fiables et abondantes. Cela nous amène à la question de la méthode de travail des institutions étudiées.

B. Les fonctions des organes spécialisés

1057. Au-delà de la composition des organes chargés d'établir les directives sur le choix de la peine, la conception que se font les législateurs de l'équilibre à trouver entre le politique et le technique peut également s'observer dans la définition de cette activité. La *United States Sentencing Commission* comme le *Sentencing Council for England and Wales* sont chargés par la loi non seulement d'émettre des directives sur le fondement des principes définis par le législateur, mais aussi de rassembler et de publier périodiquement des données sur la pratique du *sentencing*, données qui doivent permettre d'éclairer et de fonder leurs recommandations. Le normatif et l'empirique convergent, mais ils se font aussi concurrence dans la détermination des priorités. À nouveau, le modèle américain semble donner une nette préférence au critère des principes directeurs, tandis que le modèle anglais et gallois réserve une place plus importante à la production du savoir.

1058. Le titre 18, section 3553(a) du *U.S. Code* établit les « *facteurs à considérer lors de l'imposition d'une sentence* ». Ces facteurs comprennent, entre autres, « *la nature et les circonstances de l'infraction et l'historique et les caractères du défendeur* », ainsi que les finalités classiques de rétribution, dissuasion, protection du public et d'éducation ou de traitement (mais pas de réinsertion). Doit également être prise en compte « *la nécessité [need] de prévenir toute disparité injustifiée par rapport aux défendeurs présentant un casier judiciaire similaire et déclarés*

1874 *Coroners and Justice Act 2009* (2009 c. 25), s. 118-119, Sch. 15.

1875 *Coroners and Justice Act 2009*, Sch. 15.1(a), 15.2.

1876 *Coroners and Justice Act 2009*, Sch. 15.1(b).

1877 *Coroners and Justice Act 2009*, Sch. 15.4.

coupables de comportements similaires »¹⁸⁷⁸. Il s'agit d'une préoccupation essentielle dans la construction des systèmes de *sentencing*¹⁸⁷⁹, en particulier aux États-Unis, où la crainte du biais raciste dans le choix de la peine demeure particulièrement vivace¹⁸⁸⁰. Le principe même des directives compte parmi ses fins principales celle de remédier aux inégalités de traitement associées au modèle de la peine discrétionnaire. Le titre 28, section 991(b) du *U.S. Code* y insiste donc particulièrement dans la définition des deux « *buts* » de la Commission. Le premier de ces buts est « *d'établir des politiques et des pratiques de choix de la peine pour le système judiciaire fédéral* », qui prennent la forme des *sentencing guidelines*. Ces pratiques doivent « *assurer la satisfaction des buts de la peine définis à la section 3553(a)(2) du titre 18* », tout en offrant « *des garanties de certitude et d'équité* » qui consistent notamment à « *prévenir toute disparité injustifiée entre des défendeurs présentant un casier judiciaire similaire et déclarés coupables de comportements similaires* ». Elles doivent enfin « *refléter, dans la mesure du possible, les avancées de la connaissance du comportement humain en rapport avec la procédure pénale.* » Le second but de la Commission est de « *développer des moyens de mesurer le degré d'effectivité des pratiques de choix de la peine, [d'exécution] des sentences et de correction [des auteurs d'infractions] pour la réalisation des buts de la peine* »¹⁸⁸¹. L'activité de recherche est placée en seconde position et définie, sans grande précision, par un renvoi aux objectifs de la peine fixés par le Congrès. La priorité est clairement donnée à l'élaboration des directives, comme le révèle la section 994, consacrée aux « *fonctions de la Commission* » (« *Duties of the Commission* »). La quasi-totalité de

1878 18 U.S. Code, s. 227(a) : « *Factors To Be Considered in Imposing a Sentence.—The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider—*

- (1) *the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;*
- (2) *the need for the sentence imposed—*

- (A) *to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense;*

- (B) *to afford adequate deterrence to criminal conduct;*

- (C) *to protect the public from further crimes of the defendant; and*

- (D) *to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or correctional treatment in the most effective manner;*

other

[...]

- (6) *the need to avoid unwarranted sentence disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar conduct* »

1879 A.J. ASHWORTH, « Sentencing reform structures », *op. cit.*, p. 183-196.

1880 V. par ex. R.D. KING et M.T. LIGHT, « Have Racial and Ethnic Disparities in Sentencing Declined? », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 365-437.

1881 28 U.S. Code, s. 991(b) : « *The purposes of the United States Sentencing Commission are to—*

- (1) *establish sentencing policies and practices for the Federal criminal justice system that—*

- (A) *assure the meeting of the purposes of sentencing as set forth in section 3553(a)(2) of title 18, United States Code;*

- (B) *provide certainty and fairness in meeting the purposes of sentencing, avoiding unwarranted sentencing disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar criminal conduct while maintaining sufficient flexibility to permit individualized sentences when warranted by mitigating or aggravating factors not taken into account in the establishment of general sentencing practices; and*

- (C) *reflect, to the extent practicable, advancement in knowledge of human behavior as it relates to the criminal justice process; and*

- (2) *develop means of measuring the degree to which the sentencing, penal, and correctional practices are effective in meeting the purposes of sentencing as set forth in section 3553(a)(2) of title 18, United States Code.* »

la section détermine les conditions de fond et de forme d'établissement des *guidelines*, en énumérant notamment de manière détaillée les critères à prendre en considération. Est notamment prévue la détermination de « *catégories d'infractions* » en fonction de divers facteurs de gravité et de « *catégories de défendeurs* » qui dépendent de traits personnels tels que l'âge ou la situation sociale, familiale et professionnelle¹⁸⁸². Seuls deux paragraphes font plus précisément référence à la collecte d'informations. Au point (m), il est précisé que « *la Commission devra s'assurer que ses directives reflètent le fait que, dans bien des cas, les sentences actuelles ne reflètent pas adéquatement la gravité du crime* », en vue de quoi elle devra « *établir quelles peines étaient imposées en moyenne dans [chaque] catégorie de cas antérieurement à sa création* », sans pour autant être liée par ces constatations¹⁸⁸³. Le point (w) est en fait le seul à concerner les fonctions informationnelles exercées par la Commission à moyen et long terme. Il impose notamment à chaque président de district court de faire transmettre à la Commission, dans les 30 jours suivant tout jugement criminel, un rapport écrit détaillant la peine prononcée et toutes les informations pertinentes au regard des *sentencing guidelines*. La Commission est chargée de tenir ces rapports et tous les registres les accompagnant à la disposition des *Committees on the Judiciary* de la Chambre et du Sénat et d'en présenter au Congrès, une analyse détaillée annuelle. Ainsi présenté, son travail relève donc surtout à cet égard du traitement de données judiciaires.

1059. En comparaison, la collecte d'informations, la veille et la communication publique paraissent occuper une place plus importante au sein des missions du *Sentencing Council*. La section 119 du *Coroners and Justice Act 2009* prévoit ainsi que le Conseil rend au *Lord Chancellor* un rapport annuel, dont une copie est adressée au Parlement et qui est ensuite publié. Les sections 128, 130 et 131 précisent le contenu de ce rapport et chargent également le Conseil de missions de veille et de communication au public. La section 128 prévoit que le *Sentencing Council* doit « *tenir une veille sur la mise en œuvre et les effets de ses directives* », en particulier concernant « *la fréquence à laquelle les juridictions s'écartent des directives* », « *les facteurs qui influencent les sentences prononcées* », ainsi que « *les effets des directives quant à la promotion de la cohésion [consistency] dans le choix des peines* » et « *quant à confiance du public envers le système judiciaire pénal* »¹⁸⁸⁴. La section 129 le charge de publier périodiquement des informations sur les

1882 28 U.S. Code, s. 994(c)-(d).

1883 28 U.S. Code, s. 994(m) : « *The Commission shall insure that the guidelines reflect the fact that, in many cases, current sentences do not accurately reflect the seriousness of the offense. This will require that, as a starting point in its development of the initial sets of guidelines for particular categories of cases, the Commission ascertain the average sentences imposed in such categories of cases prior to the creation of the Commission, and in cases involving sentences to terms of imprisonment, the length of such terms actually served. The Commission shall not be bound by such average sentences, and shall independently develop a sentencing range that is consistent with the purposes of sentencing described in section 3553(a)(2) of title 18, United States Code.* »

1884 *Coroners and Justice Act 2009*, s. 128 (« *Monitoring* ») : « (1)The Council must—

(a) *monitor the operation and effect of its sentencing guidelines, and*

(b) *consider what conclusions can be drawn from the information obtained by virtue of paragraph (a).*

(2)The Council must, in particular, discharge its duty under subsection (1)(a) with a view to drawing conclusions about—

(a) *the frequency with which, and extent to which, courts depart from sentencing guidelines;*

(b) *the factors which influence the sentences imposed by courts;*

(c) *the effect of the guidelines on the promotion of consistency in sentencing;*

(d) *the effect of the guidelines on the promotion of public confidence in the criminal justice system.*

pratiques de *sentencing* des magistrate's courts et de la *Crown Court* en chaque lieu où elle siège, en séparant ces données par ressort géographique. Elle l'habilite également à agir pour la sensibilisation du public aux questions de *sentencing* à titre plus général. Les sections 130 et 131 prévoient enfin respectivement que le rapport annuel doit inclure deux rapports portant, d'une part, sur les effets prévisibles que peuvent avoir les pratiques actuelles de choix de la peine sur les ressources des systèmes pénitentiaire et de probation et, d'autre part, sur la façon dont des facteurs autres que le *sentencing* peuvent affecter les moyens disponibles qui permettent d'assurer l'effectivité des peines. Sans qu'il soit réellement possible de parler de démarche scientifique, le texte favorise au moins une approche globale des problématiques, qui associe la veille judiciaire aux études d'impact et à une certaine volonté de transparence vis-à-vis du public.

1060. Cette conception systémique du *sentencing* apparaît également dans les dispositions relatives à l'élaboration des *guidelines*. La section 120 de l'Act de 2009 commence par en décrire la procédure d'adoption. Elle conclut en énonçant les éléments que le Conseil « doit tenir en considération » lorsqu'il exerce ses fonctions normatives. Ces éléments sont : « *Les sentences imposées par les juridictions d'Angleterre et du Pays de Galles* », « *la nécessité [need] de favoriser la cohérence [consistency] dans le choix des peines* », « *l'impact des décisions de sentencing sur les victimes d'infractions* », « *la nécessité de favoriser la confiance du public dans le système judiciaire pénal* », « *le coût des différentes peines et leur effectivité relative en ce qui concerne la prévention de la réitération d'infractions* » et « *les résultats de la veille tenue en application de la section 128* »¹⁸⁸⁵. Notons l'absence de référence aux fonctions classiques de rétribution, dissuasion, prévention et réinsertion, auxquelles est préféré un subtil mélange de pragmatisme et de dogmatique. L'objectif général de cohésion et de réalisme technique est mis en avant par la prise en compte des pratiques déjà en place et des études d'impact relatives à l'application des *guidelines* déjà adoptées. Toutefois l'inspiration du système est aussi utilitariste : on raisonne en termes de coût et d'effectivité. Enfin il ne fait pas de doute que la satisfaction de l'opinion publique entre bien dans la composition de l'équilibre recherché. La caution technocratique occupe une place plus importante dans ce modèle que dans celui adopté au niveau fédéral aux États-Unis, mais elle ne prime pas entièrement sur le sentiment moral de la société. Du reste, même si ces éléments doivent être dûment pris en considération, les « *facteurs* » qui influent sur le classement des cas-types dans les *guidelines* renvoient, de manière prévisible, à un esprit de proportionnalité-mesure tout à fait classique. Ce sont, d'après la section 121 de l'Act de 2009, le degré de « *culpabilité de l'auteur dans la commission de l'infraction* », « *le dommage engendré,*

(3)When reporting on the exercise of its functions under this section in its annual report for a financial year, the Council must include—

- (a) a summary of the information obtained under subsection (1)(a), and
- (b) a report of any conclusions drawn by the Council under subsection (1)(b). »

1885 Coroners and Justice Act 2009, s. 120 (« Sentencing Guidelines ») : « (11) When exercising functions under this section, the Council must have regard to the following matters—

- (a) the sentences imposed by courts in England and Wales for offences;
- (b) the need to promote consistency in sentencing;
- (c) the impact of sentencing decisions on victims of offences;
- (d) the need to promote public confidence in the criminal justice system;
- (e) the cost of different sentences and their relative effectiveness in preventing re-offending;
- (f) the results of the monitoring carried out under section 128. »

que l'auteur entendait engendrer, ou qui, de manière prévisible, aurait pu être engendré par l'infraction » et « tout autre facteur dont le Conseil considère qu'ils revêtent une pertinence particulière pour [déterminer] la gravité de l'infraction. »¹⁸⁸⁶ À cela s'ajoute l'exigence que soient intégrées aux directives « toute circonstance aggravante ou atténuante dont le juge pénal est tenu de tenir compte en application de la loi ou de toute autre règle de droit », « toute autre circonstance atténuante que le Conseil juge pertinente » et des « critères et recommandations pour la détermination du poids à attribuer aux condamnations antérieures de l'auteur »¹⁸⁸⁷. La présence de ces critères n'est en soi pas surprenante. Au contraire, ils sont assez peu détaillés et restent en général ouverts à l'interprétation du Conseil, ce qui les rend, au moins en théorie, conciliables avec les exigences de la section 120 susmentionnées.

1061. La simple lecture des dispositions légales qui instituent les organes spécialisés et encadrent leurs compétences révèle déjà combien peuvent différer les conceptions de la proportionnalité qui se mettent en place à partir de finalités similaires – nommément, assurer la cohésion d'ensemble des peines prononcées. L'un et l'autre modèle reposent sur le postulat commun qu'il est à la fois possible et souhaitable de construire, dans le domaine du choix de la peine, un système cohérent, fondé sur l'ensemble des critères et contraintes qui devraient ordinairement peser sur le juge. L'un et l'autre admettent en outre d'importants compromis, qui sont toutefois d'une nature bien différente. Dans le droit des États-Unis, la *Sentencing Commission* exerce une compétence qui est considérée comme relevant au moins autant du pouvoir législatif que du judiciaire. Ses directives sont organisées en système, mais leur élaboration est supposée résulter d'un consensus politique entre intérêts divergents – le *U.S. Code* prévoit d'ailleurs expressément qu'elle ne peut pas comprendre plus de quatre membres d'un même parti politique. La proportionnalité est bien possible, mais elle procède de la recherche d'un terrain d'entente minimal plutôt que d'une construction rationnelle, conformément à ce que MM. Cohen-Eliya et Porat appellent le « scepticisme épistémologique américain »¹⁸⁸⁸. Au contraire le compromis proposé par le modèle du *Sentencing Council*, sans être exactement analogue à celui de la doctrine des exigences d'optimisation, s'en rapproche par la recherche d'une sorte d'excellence technique qui permettrait de trouver un point d'équilibre raisonnable entre des contraintes multiples. Le *Sentencing Council* trouve ses origines dans la pratique de la *Court of Appeal*. Même s'il est indépendant, l'Act de 2009

1886 *Coroners and Justice Act 2009*, s. 121 (*Sentencing Ranges*) : « (3) Those factors are—

(a) the offender's culpability in committing the offence;

(b) the harm caused, or intended to be caused or which might foreseeably have been caused, by the offence;

(c) such other factors as the Council considers to be particularly relevant to the seriousness of the offence in question. »

1887 *Ibid.* : « (6) The guidelines should—

(a) [...] list any aggravating or mitigating factors which, by virtue of any enactment or other rule of law, the court is required to take into account when considering the seriousness of the offence and any other aggravating or mitigating factors which the Council considers are relevant to such a consideration,

(b) list any other mitigating factors which the Council considers are relevant in mitigation of sentence for the offence, and

(c) include criteria, and provide guidance, for determining the weight to be given to previous convictions of the offender and such of the other factors within paragraph (a) or (b) as the Council considers to be of particular significance in relation to the offence or the offender. »

1888 M. COHEN-ELIYA et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 82-85.

lui enjoint de tenir compte en premier lieu de la pratique – pour ne pas dire : des usages – des juridictions anglaises et galloises. Son ancrage dans la tradition judiciaire est ainsi plus marqué, tout comme l’est son attachement à une forme de légitimité utilitariste : du savoir empirique naissent des décisions efficaces et conformes aux exigences de la société. Les études de terrain produisent une connaissance qui permet l’édiction de directives, dont l’impact est mesuré par de nouvelles études qui peuvent mener à la révision des directives, et ainsi de suite, peut-être perpétuellement. Pour autant, ces modèles ont peu de sens si leur application n’emporte pas les effets recherchés. Or, sur ce point, le bilan semble aller du médiocre au catastrophique.

II. Le régime des directives

1062. Le contraste entre le modèle américain et le modèle anglo-gallois de *sentencing guidelines* est peut-être plus marqué encore en ce qui concerne les directives elles-mêmes que pour les institutions chargées de les élaborer. Elles s’opposent à la fois par leur structure, par leurs conditions d’applications et par l’état actuel des connaissances sur les résultats de leur application. Ces dernières ne s’avèrent toutefois particulièrement satisfaisantes dans aucun des deux systèmes : les *guidelines* fédérales américaines sont considérées par beaucoup d’auteurs comme ayant gravement échoué à remplir leurs objectifs, tandis que les données sur celles du *Sentencing Council* sont simplement insuffisantes pour en permettre une évaluation claire.

1063. Les directives fédérales américaines se présentent sous la forme d’un volume unique, le *Guidelines Manual*, édité et mis à jour annuellement¹⁸⁸⁹. Il est associé à un tableau à deux entrées, le *Sentencing Table*¹⁸⁹⁰. Au sein du manuel, chaque infraction se voit attribuer un score chiffré de 1 à 43, le *Offense Level*, qui renvoie à une des lignes du tableau. Le *Offense Level* peut être augmenté ou abaissé par diverses circonstances atténuantes ou aggravantes, également indiquées dans le manuel. Une fois ce score déterminé, le manuel fixe un système de points lié au casier judiciaire, les *Criminal History Points*. Les *Criminal History Points* déterminent dans quelle colonne du tableau se situe l’auteur des faits. L’intersection du niveau d’infraction et du passé criminel désigne une cellule, qui indique les peines minimale et maximale, exprimées en mois d’emprisonnement. Le *Sentencing Table* comporte en outre quatre « zones », des groupes de cellules qui déterminent notamment dans quelles limites la peine de probation peut être prononcée en remplacement partiel ou total de l’emprisonnement¹⁸⁹¹. Pour un pénaliste français, la lecture du manuel frappe surtout par sa tendance très répressive et quasi-mécanique. Le casier judiciaire est une cause d’aggravation automatique de la répression et il constitue même le second critère principal de la peine, aux côtés de la gravité de l’infraction. Or les *Criminal History Points* s’accumulent très rapidement¹⁸⁹². En

1889 Pour la version la plus récente : *Guidelines Manual*, United States Sentencing Commission, 2018. [<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>], consulté le 22 août 2019.

1890 *Ibid.*, p. 417. Le tableau peut aussi être téléchargé seul : [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/Sentencing_Table.pdf], consulté le 22 août 2019.

1891 *Guidelines Manual*, *op. cit.*, §5B1.1 (p. 409), §5C1.1 (p. 418).

1892 Seuls les scores de casier judiciaire de 0 à 13 importent pour le *Sentencing Table*, tout score supérieur tombant automatiquement dans la colonne la plus sévère du tableau. 3 points sont attribués par peine antérieurement subie d’une durée supérieure à un an et un mois et 2 pour toute peine antérieure inférieure à cette durée, mais supérieure à soixante jours. Ces scores peuvent se cumuler sans limite. S’y ajoutent 1 point par autre sanction, cumulables jusqu’à un total de 4 points, et 2 points supplémentaires si l’infraction à l’origine de la peine qu’il s’agit de fixer a

outre les peines minimales s'accroissent elles aussi très vite. Ces effets sont particulièrement remarquables au milieu du tableau, par exemple au rang 22 : en l'absence de toute condamnation antérieure, la peine minimale est de 41 mois d'emprisonnement, tandis qu'en cas de casier judiciaire chargé, elle peut aller jusqu'à 84 mois, pour des *maxima*, respectivement, de 51 et 105 mois. Quant à la classification des infractions, elle est présentée à la manière d'un inventaire très descriptif qui évoque fortement une grille tarifaire. Le trafic de stupéfiants couvre par exemple tous les niveaux de gravité pairs entre 6 et 38, en fonction des seules nature et quantité de drogues en question¹⁸⁹³. Inversement, les atténuations possibles occupent une place bien moins importante au sein du manuel et dépendent toujours, au premier chef, des deux critères-clés.

1064. Cette automaticité et cette focalisation sur quelques paramètres, certes objectifs, mais non nécessairement pertinents, ont été très violemment critiqués en doctrine dès la création des premières directives. Comme le résume M. Tonry, « les premières *guidelines* furent critiquées pour des raisons normatives (parce qu'elles étaient trop rigoureuses), pour des raisons d'équité (parce qu'elles interdisaient de prendre en considération des caractéristiques des auteurs d'infractions que les juges estimaient importantes), pour des raisons technocratiques (parce qu'elles étaient trop complexes), pour des raisons pratiques (parce que leur complexité rendait inévitables les erreurs de calcul), pour des raisons de politique (parce qu'elles réduisaient la discrétion du juge et amplifiaient les pouvoirs du procureur) et pour des raisons processuelles (parce qu'elles poussaient les praticiens à les contourner) »¹⁸⁹⁴. Les effets de leur adoption furent d'autant plus graves que l'Act de 1984 leur conférait un effet quasi-impératif. Le juge était tenu de prononcer une peine prévue par les directives, sauf dans les cas où existerait « *une circonstance aggravante ou atténuante d'une nature ou d'un degré qui n'aurait pas été pris en considération par la Commission sur le choix de la peine lors de la formulation des directives et dont la prise en compte devrait avoir pour effet le choix d'une peine différente de celle indiquée* »¹⁸⁹⁵. D'après les statistiques fournies par la Commission elle-même, entre 1984 et 1995, la peine moyenne prononcée pour l'ensemble des crimes fédéraux passa de 24 à 66,9 mois, tandis qu'entre 1984 et 2002, le pourcentage d'auteurs d'infraction condamnés à la probation sans incarcération chutait de 48 % à 9,1 %¹⁸⁹⁶.

été commise alors que l'auteur était encore sous le coup d'au moins une condamnation antérieure (par exemple s'il était sous probation ou s'il bénéficiait d'une libération supervisée). Il n'est pas difficile d'imaginer avec quelle vitesse l'effet boule de neige peut se produire. V. *Ibid.* §4A1.1, (p. 379-380).

1893 *Ibid.*, §2D1.1 (p. 147-153).

1894 M. TONRY, « Federal Sentencing "Reform" since 1984: the Awful as Enemy of the Good », *op. cit.*, p. 100 : « *The initial guidelines were criticized on normative grounds (because they were too harsh), on fairness grounds (because they forbade consideration of offender characteristics most judges believe to be important), on outcome grounds (because they would not reduce sentencing disparities), on technocratic grounds (because they were too complex), on practical grounds (because their complexity made calculation errors inevitable), on policy grounds (because they narrowed judicial discretion and increased prosecutorial power), and on process grounds (because they foreseeably led practitioners to circumvent them)* ».

1895 « [T]he court shall impose a sentence of the kind, and within the range [...] unless the court finds that there exists an aggravating or mitigating circumstance of a kind, or to a degree, not adequately taken into consideration by the Sentencing Commission in formulating the guidelines that should result in a sentence different from that described. » : 18 U.S. Code, s. 3553(b)(1) (1988), cit. par R. HOWELL, « Sentencing Reform Lessons: From the Sentencing Reform Act of 1984 to the Feeney Amendment », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2004, vol. 94, n° 4, p. 1077.

1896 V. F.O. BOWMAN III, « The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis », *Columbia Law Review*, 2005, vol. 105, n° 4, p. 1328, et les références citées.

1065. Le régime des directives fédérales fut adouci – trop tard – par l’arrêt *Booker* de la Cour suprême, rendu en 2005¹⁸⁹⁷. Il concernait les cas de deux condamnés pour lesquels des éléments de faits supplémentaires, prouvés devant les juges de *sentencing*, mais qui ne l’avaient pas encore été au moment de la déclaration de culpabilité par le jury, menaient à une élévation importante de la peine commandée par les *Guidelines*. Il n’existait donc plus de correspondance entre la peine qui aurait dû être prononcée au regard du verdict du jury et celle qui aurait dû l’être au regard de l’ensemble des faits prouvés au-delà de tout doute raisonnable. La Cour suprême estima que dans ces circonstances, les dispositions du *U.S. Code* qui imposaient au juge le respect des *Guidelines* violaient le droit à être jugé par un jury, garanti par le Sixième amendement. D’après l’opinion de la Cour, le retrait de ces dispositions donne aux directives un sens effectif « d’incitation » : le *Sentencing Reform Act*, ainsi amendé, « *requiert de la juridiction de sentencing qu’elle prenne en considération les éventails de peines des Guidelines, mais il l’autorise aussi à adapter la sentence à la lumière d’autres préoccupations légales* »¹⁸⁹⁸. Plusieurs auteurs estimèrent qu’il s’agissait d’une occasion unique de rectifier le tir et de refonder le système des *guidelines*¹⁸⁹⁹, mais cette évolution ne s’est pas réellement produite depuis lors. Un effet modéré d’adoucissement des peines prononcées a pu être constaté, mais les directives demeurent la référence de départ de la discussion sur la peine et elles ont conservé l’essentiel de leur sévérité comme de leurs incohérences¹⁹⁰⁰.

1066. Le système anglais, s’il n’est pas exempt de critiques, paraît tout de même éloigné de telles extrémités. Les *guidelines* du *Sentencing Council* sont établies conformément aux dispositions de la section 121 du *Coroners and Justice Act 2009*, qui reprend elle-même, dans l’esprit, la méthode auparavant employée par le *Sentencing Guidelines Council* et la *Court of Appeal*. Il n’existe pas de manuel tenu à jour périodiquement ni de tableau commun. Au lieu de cela, le Conseil édicte des directives thématiques, généralement sur une catégorie particulière d’infractions ou de délinquants ou sur une problématique spéciale. L’Act de 2009 le charge d’ailleurs d’abord de préparer des directives sur « *la réduction de la peine en cas de plaider coupable* » et sur « *l’application de toute règle de droit concernant le concours d’infractions* », avant de l’habiliter à « *préparer des directives sur tout autre sujet* »¹⁹⁰¹. Quant à la forme, les directives sont composées, pour chaque infraction et pour chaque cas particulier, d’une « *gamme de peines* » (« *sentencing range* ») et d’un « *point de départ* » (« *sentencing starting point* ») situé à l’intérieur de cette gamme. La gamme de peines correspond aux sanctions qu’il « *peut être approprié, d’après l’opinion du Conseil, qu’une Cour applique à un auteur déclaré coupable d’avoir commis cette infraction* »¹⁹⁰². Le « *point de*

1897 *Supreme Court of the United States*, 11 janv. 2005, *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

1898 *Ibid.*, p. 3 : « *So modified, the Act makes the Guidelines effectively advisory, requiring a sentencing court to consider Guidelines ranges, but permitting it to tailor the sentence in light of other statutory concerns* ».

1899 V. par ex. D.A. BERMAN, « *Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process* », *op. cit.* ; K. STITH et K. DUNN, « *A Second Chance for Sentencing Reform: Establishing a Sentencing Agency in the Judicial Branch* », *Stanford Law Review*, vol. 58, n° 1, p. 217-234.

1900 V. P.J. HOFER, « *Federal Sentencing after Booker* », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 137-186.

1901 *Coroners and Justice Act 2009*, s. 120 : « (3) *The Council must prepare—*

(a) *sentencing guidelines about the discharge of a court's duty under section 144 of the Criminal Justice Act 2003 (c. 44) (reduction in sentences for guilty pleas), and*

(b) *sentencing guidelines about the application of any rule of law as to the totality of sentences.*

(4) *The Council may prepare sentencing guidelines about any other matter. »*

1902 *Coroners and Justice Act 2009*, s. 121 : « (4) *The guidelines should—*

départ » correspond à la peine théorique, celle qui paraît appropriée avant toute considération de circonstances aggravantes ou atténuantes et en supposant que l’auteur de l’infraction n’a pas plaidé coupable.

1067. Les directives ne prévoient toutefois pas simplement une fourchette minimum-maximum et une peine-type. « *Lorsque cela est faisable étant donnée la nature de l’infraction, [elles] devraient décrire [...] différentes catégories de cas qui impliquent la commission de l’infraction et illustrent en termes généraux les divers degrés de gravité auxquels l’infraction peut être commise* »¹⁹⁰³. Dans un tel cas, une gamme de peines et un point de départ sont en principe prévus pour chaque catégorie. Les directives « *devraient* » en outre, en-dehors des cas déjà couverts par la définition des catégories, « *lister tout facteur d’aggravation ou d’atténuation que la juridiction est tenue, en vertu de la loi ou de toute règle de droit, de prendre en compte lorsqu’elle apprécie la gravité de l’infraction* », « *tout autre facteur aggravant ou atténuant que le Conseil considère pertinents pour cette appréciation* » et « *tout autre facteur atténuant* » pertinent. Enfin elles « *devraient* » également « *inclure des critères et fournir des indications en vue de la détermination du poids à attribuer aux condamnations précédentes de l’auteur de l’infraction, ainsi qu’à ceux des facteurs [précédemment mentionnés] que le Conseil considère être d’une importance particulière concernant l’infraction ou son auteur* »¹⁹⁰⁴.

1068. Depuis sa création en 2009, le Conseil a rédigé plus de 130 directives, dont la plupart sont des *Offence Guidelines* consacrées à une infraction ou à un nombre réduit d’infractions similaires et quelques unes, les *Overarching Guidelines*, traitent de problématiques plus générales telles que le choix de la peine pour les délinquants jeunes ou mineurs¹⁹⁰⁵ ou le choix entre l’emprisonnement et les peines alternatives¹⁹⁰⁶. Les *Overarching Guidelines* constituent avant tout des recommandations, car elles incluent rarement des gammes de peines et proposent plutôt des principes directeurs pour la décision et l’interprétation des *Offence Guidelines*. Ces dernières définissent d’abord les conditions d’appréciation de la gravité du dommage et le degré de culpabilité, à partir de critères

(a) *specify the range of sentences (“the offence range”) which, in the opinion of the Council, it may be appropriate for a court to impose on an offender convicted of that offence, »*

1903 *Ibid.* : « (2) *The guidelines should, if reasonably practicable given the nature of the offence, describe, by reference to one or more of the factors mentioned in subsection (3), different categories of case involving the commission of the offence which illustrate in general terms the varying degrees of seriousness with which the offence may be committed. »*

1904 *Ibid.* : « (6) *The guidelines should—*

(a) *(to the extent not already taken into account by categories of case described in accordance with subsection (2)) list any aggravating or mitigating factors which, by virtue of any enactment or other rule of law, the court is required to take into account when considering the seriousness of the offence and any other aggravating or mitigating factors which the Council considers are relevant to such a consideration,*

(b) *list any other mitigating factors which the Council considers are relevant in mitigation of sentence for the offence, and*

(c) *include criteria, and provide guidance, for determining the weight to be given to previous convictions of the offender and such of the other factors within paragraph (a) or (b) as the Council considers to be of particular significance in relation to the offence or the offender. »*

1905 *Sentencing Children and Young People*, Sentencing Council for England and Wales, 2017 : [\[https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/sentencing-children-and-young-people/\]](https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/sentencing-children-and-young-people/), consulté le 22 août 2019.

1906 *Imposition of community and custodial sentences*, Sentencing Council for England and Wales, 2017 : [\[https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/imposition-of-community-and-custodial-sentences/\]](https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/imposition-of-community-and-custodial-sentences/), consulté le 22 août 2019.

qualitatifs qui sont établis par le Conseil en fonction des caractéristiques propres à chaque infraction¹⁹⁰⁷. Elles permettent de situer la « catégorie » d'infraction sur un tableau à double entrée, qui fixe la gamme de peines et le point de départ. Les circonstances aggravantes et atténuantes sont ensuite énumérées, en distinguant celles qui résultent de la loi de celles qui sont suggérées par le Conseil. Enfin les principes généraux sont rappelés, tels que la nécessité de prendre en compte l'assistance fournie par les repentis ou la place du plaider coupable.

1069. Globalement, ces *guidelines* se distinguent fortement de celles émises par la *Sentencing Commission* des États-Unis. Elles sont particulièrement lisibles, elles définissent de manière concrète les éléments à prendre en compte et elles abordent avec une certaine souplesse les circonstances aggravantes secondaires. Elles paraissent aussi généralement moins répressives que les directives fédérales américaines et, en particulier, elles accordent une importance bien moindre aux antécédents judiciaires. En revanche, les critères principaux tiennent invariablement à la gravité des dommages et au degré de culpabilité, ce qui semble écarter en grande partie la question de la réinsertion et du suivi social au stade du choix de la peine. De plus, ces deux paramètres-clés ne sont pas toujours clairement distingués, ni même précisément définis. Par exemple, dans le cas du proxénétisme, l'un des éléments permettant de retenir le degré de culpabilité A, le plus élevé, est « *l'abus de confiance* » (« *Abuse of trust* »), sans plus de précision¹⁹⁰⁸.

1070. Les *guidelines* d'Angleterre et du Pays de Galles sont contraignantes, mais elles le sont considérablement moins que l'étaient celles de la *Sentencing Commission* avant l'arrêt *Booker*. La section 125 du *Coroners and Justice Act 2009* prévoit en effet que toute juridiction pénale « *doit suivre toute directive qui soit pertinente à l'égard du cas du condamné* », « *à moins qu'elle soit convaincue que cela serait contraire à l'intérêt de la justice* ». Toutefois, la juridiction n'est considérée comme ne suivant pas une directive que si elle prononce une peine qui n'est pas comprise dans la gamme prévue pour l'infraction en général¹⁹⁰⁹. Autrement dit, la gamme de peines prévue pour chaque catégorie de situations en fonction du dommage et de la culpabilité n'a qu'une valeur indicative. Or, si les gammes prévues pour des catégories de cas particulières peuvent être relativement étroites, celles qui concernent une infraction à titre général sont bien plus étendues. Par exemple, la *sentencing guideline* pour les usages d'explosifs à fins terroristes comprend douze catégories de gravité. Si elles sont prises comme une recommandation unique, alors la juridiction ne refuse d'appliquer la directive que lorsqu'elle prononce une peine inférieure à 3 ans d'emprisonnement, quelles que soient les circonstances de la cause¹⁹¹⁰. En dépit de l'existence des

1907 Par exemple, dans le cas du proxénétisme (« *Causing or inciting prostitution for gain / Controlling prostitution for gain* »), le dommage correspond à la catégorie 1 (la plus grave) en cas d'enlèvement ou de séquestration, de violence ou de menace de violence, d'abus psychologiques habituels et systématiques, ainsi que si une ou plusieurs personnes prostituées ont été forcées ou contraintes à participer à des activités sexuelles dangereuses ou dégradantes, à servir des « clients » nombreux, ou si elles ont été menées à la prostitution par la force, la contrainte ou la tromperie. V. *Causing or inciting prostitution for gain/ Controlling prostitution for gain*, Sentencing Council for England and Wales, 2014 : [<https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/causing-or-inciting-prostitution-for-gain/>], consulté le 22 août 2019.

1908 *Ibid.*

1909 J.V. ROBERTS, « Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues », *Law and Contemporary Problems*, 2013, vol. 76, n° 1, p. 13.

1910 *Explosive substances (terrorism only)*, Sentencing Council for England and Wales, en vigueur au 27 avr. 2018 : [<https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/explosive-substances-terrorism-only/>], consulté

directives, les peines sont donc essentiellement discrétionnaires en droit positif. Ces éléments rendent les effets du système adopté très délicats à évaluer et la recherche universitaire à ce sujet est assez limitée¹⁹¹¹. Les rares changements constatés dans la sévérité des peines prononcées semblent être restés marginaux, tout comme l'effet de cohésion recherché pour l'ensemble.

1071. **Conclusion du second paragraphe.** Il convient de se garder des conclusions hâtives, car les *guidelines* fédérales et anglo-galloises peuvent ne pas être représentatives de l'état général de cette technique de régulation. Certains partisans de ce système soutiennent qu'il faut surtout se tourner vers les États américains pour trouver des *guidelines* fonctionnelles, mais ils admettent dans le même temps que d'importantes questions – telles que les rapports de priorité à établir entre les finalités de la peine – ne s'en trouvent pas davantage résolues¹⁹¹². D'autres facteurs non abordés ici, tels que les pouvoirs du procureur sur l'orientation de la procédure ou la *war on drugs*, ont également contribué à la situation américaine¹⁹¹³. Pour le domaine ici présenté, le bilan à tirer paraît néanmoins fort décevant, entre les graves retombées de l'échec fédéral américain et la relative indolence du modèle anglais. Cela est d'autant plus significatif qu'à travers l'arrêt *Willis* de 1974, le Royaume-Uni avait initialement devancé les États américains dans l'établissement des premières directives sur le choix de la peine.

1072. L'observation de ces systèmes, fort originaux aux yeux du lecteur habitué à un choix de la peine discrétionnaire et à un droit de l'exécution souple et juridictionnalisé, rappelle si le besoin en était qu'il n'existe pas de solution simple au problème de la proportionnalité des peines. L'enthousiasme libéral qui avait animé les premiers temps du mouvement *just deserts* a, d'un côté de l'Atlantique, « provoqué un retour de flamme »¹⁹¹⁴ sans précédent, tandis que, de l'autre, il restait essentiellement sans effet. Cela confirme en outre combien, en matière de proportionnalité le placement des curseurs, d'une part entre la discrétion et la constance, d'autre part entre le politique et le technique, peut entraîner des effets considérables. Chaque choix d'orientation générale de ce type entre en résonance avec l'ensemble du système dans lequel il s'inscrit, parfois pour le pire. Observons enfin que dans aucun des deux cas, les questions initiales de la proportionnalité n'ont été réellement dépassées. Il paraît impossible de soutenir que le système de choix de la peine fédéral soit, à ce jour, conforme à un principe de juste modération. En tranchant de manière systématique à partir des quelques paramètres dont elle avait la maîtrise, la Commission a créé un système mécanique qui, finalement, se soucie assez peu de proportionnalité. Quant aux *guidelines* du *Sentencing Council*, elles sont si peu contraignantes que, dans les faits, elles ne valent guère mieux que des recommandations, ce qui revient en fait pour l'essentiel à continuer de faire confiance à la sagesse des juges.

le 23 août 2019.

1911 Pour un résumé, v. J.V. ROBERTS, « The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 210-213 ; M.K. DHAMI, « Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities? », *Law and Contemporary Problems*, 2013, vol. 76, n° 1, p. 289-307.

1912 R.S. FRASE, « State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues », *op. cit.*

1913 V. à titre général F.O. BOWMAN III, « The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis », *op. cit.*, sur les responsabilités partagées du Congrès, de la Commission et des juges fédéraux ; M. TONRY, *Sentencing Matters*, *op. cit.*, p. 83-89, dépeint également la Sentencing Commission des premiers temps comme une institution désorganisée, sans méthodologie précise ou plan de long terme et grevée de conflits d'intérêts.

1914 M. TONRY, *Sentencing Matters*, *op. cit.*, p. 13 : « The irony of "just deserts" is that it backfired. »

1073. **Conclusion de la seconde section.** Aborder les techniques qui tendent à amender le contrôle de proportionnalité mène à s'interroger, à plusieurs reprises mais sous des angles différents, sur les mêmes sujets. Chacune de ces méthodes vise à fixer un point d'équilibre entre deux extrêmes, celui d'une décision purement casuistique et celui d'une codification inflexible. Les *sentencing guidelines* pourraient donc passer pour analogues, suivant le modèle choisi, au *rule-based balancing* ou au *categorical balancing*. La différence qu'emporte, de ce point de vue, la spécificité de la proportionnalité des peines, tient davantage aux rapports que l'on entend établir entre institutions. L'ensemble des techniques présentées au cours du premier paragraphe relèvent de l'autorégulation. Ce sont les institutions juridictionnelles qui déterminent au premier chef les conditions d'exercice de leur contrôle de manière à en assurer la qualité et, avec elle, la légitimité. Au contraire les *sentencing guidelines*, lorsqu'elles sont édictées par un organe non juridictionnel, manifestent la mainmise du législateur dans le domaine du choix de la peine. La limitation de la discrétion judiciaire ne vise donc plus à prévenir un empiétement de l'arbitraire du juge sur le domaine du législateur mais à mettre en œuvre le pouvoir de contrainte que détient le second sur le premier. Cette distinction ne signifie pas au demeurant qu'un système soit plus ou moins désirable que l'autre. Seulement, ils se situent à des niveaux normatifs différents, ce qui explique aussi pourquoi ils paraissent, de prime abord, formellement si éloignés. Pourtant, en ce qui concerne la proportionnalité, c'est la même tension fondamentale, entre la justice du cas concret et la sécurité juridique, qui demeure au cœur du problème et explique pourquoi aucune solution globale ne paraît entièrement satisfaisante.

1074. **Conclusion du premier chapitre.** Les méthodes qui permettent, à des degrés divers, de conserver un contrôle de proportionnalité au niveau judiciaire, sont extrêmement variées en nature et en modalités. Toutefois, en les étudiant successivement et en tentant de les classer en fonction du degré de confiance ou de défiance dont elles témoignent envers le juge, deux tendances communes se révèlent.

1075. En premier lieu, l'importance de la part du contrôle de proportionnalité qui peut être préservée dépend directement du degré d'optimisme épistémologique adopté. Plus le postulat initial est sceptique, plus la compétence de principe du juge se voit substituer une combinaison d'expertises et de contraintes normatives. Le conseil de l'expert est progressivement imposé, le contrôle devient encadré, voire partagé avec une autorité tierce qui détermine à l'avance, selon des règles strictes, comment le cas doit être réglé. Ces modalités peuvent se substituer les unes aux autres ou se cumuler. La place de l'expert dans le domaine de mesures de sûreté est ainsi renforcée par des conditions précises concernant la motivation des décisions en la matière. De même la *Sentencing Commission of the United States* est compétente pour émettre des directives non seulement sur le choix de la peine, mais aussi sur l'application de la probation lorsque celle-ci est prononcée.

1076. En second lieu, le scepticisme épistémologique redéfinit la nature des enjeux qui entourent le contrôle de proportionnalité. Lorsque le contrôle est encadré, que ce soit par le juge lui-même ou par l'intervention du législateur, il passe progressivement d'un enjeu de savoir à un enjeu de pouvoir. Il ne s'agit plus seulement de déterminer comment atteindre la meilleure solution, mais aussi d'établir ou de garantir l'équilibre institutionnel entre les différents acteurs habilités à adopter cette solution. Réguler le contrôle au-delà des conditions dans lesquelles le juge s'informe et rend compte de son raisonnement, c'est postuler que la casuistique ne peut suffire à faire émerger un système de droit fiable et équilibré. C'est donc reconnaître que même la connaissance de toutes les données pertinentes ne suffit pas à dégager une solution objectivement bonne. C'est, enfin, affirmer que la sécurité juridique requiert qu'une autorité décide, avec une part d'arbitraire, comment doivent être résolus les conflits. La question de l'équilibre à trouver entre la prévisibilité du droit et la proportionnalité des mesures adoptées renvoie ainsi, fondamentalement, à celle de la répartition des pouvoirs. Dans une perspective radicalement sceptique, la proportionnalité ne constitue alors plus qu'un instrument parmi d'autres au sein d'une lutte d'influence et n'a plus rien à voir avec l'esprit de la « culture de justification »¹⁹¹⁵ dont elle est issue.

1077. Sans atteindre cette extrémité, la réflexion peut par conséquent être ouverte sur une autre hypothèse. Si la proportionnalité est incommensurable et si la décision finale ne peut, en réalité, résulter que d'un acte politique lorsque la connaissance est insuffisante, alors s'ouvre la possibilité d'abandonner réellement le contrôle lorsque apparaît cet écueil. Il reste donc à envisager cette catégorie de solutions et c'est pourquoi le second chapitre sera consacré aux **réponses épistémologiquement pessimistes au problème de l'incommensurabilité.**

1915 M. COHEN-ELIYA et I. PORAT, « Proportionality and the Culture of Justification », *op. cit.*

Chapitre 2. Les solutions épistémologiquement pessimistes

1078. Supposons que l'auteur d'un contrôle de proportionnalité constate, au terme de l'examen d'une situation, qu'il ne parvient pas à déterminer une solution en raisonnant seulement à partir des critères du contrôle et des éléments d'information dont il dispose. Peut-être la question, irrésolue en droit positif, est-elle liée à un intense débat de société sur un problème éthique non encore tranché. Peut-être les enjeux se situent-ils sur des registres si différents qu'il paraît impossible de les comparer, si par exemple toutes les décisions possibles atteignent la substance même d'un ou plusieurs droits fondamentaux. Peut-être, plus simplement, les informations factuelles sont-elles manquantes, soit en ce qui concerne le contexte dans lequel a été adoptée la décision contrôlée, soit en ce qui concerne les effets concrets qu'elle pouvait produire de façon prévisible. Dans de tels cas, il existe probablement une solution pour laquelle le juge pourrait exprimer sa préférence, mais il admet simplement que cette préférence ne relève plus d'un calcul rationaliste en termes de probabilités et de droits. L'incommensurabilité s'impose dans le raisonnement, non plus comme un obstacle à contourner par la méthodologie, mais comme le début d'une conclusion.

1079. Que la proportionnalité soit indécidable ne signifie toutefois pas que le litige l'est. L'incertitude du juge quant à l'équilibre à ménager entre principes peut aussi indiquer qu'il a atteint les limites de sa compétence, qu'il ne lui revient simplement pas de trancher les questions restant en suspens. Même si l'on admet, ainsi que le fait la doctrine proportionnaliste majoritaire, une conception très extensive du champ des droits fondamentaux¹⁹¹⁶, le pouvoir de contrôle et de décision du juge n'est pas illimité pour autant. D'une part, la mesure litigieuse a, après tout, été adoptée par une autorité légitime dans le cadre de la compétence matérielle qui lui est dévolue et, en cas de doute, il peut revenir à cette autorité de décider. D'autre part, la compétence attribuée au juge étant limitée au champ d'application des normes qu'il applique, certains points échappent nécessairement à son contrôle, même si des éléments objectifs existent par ailleurs qui permettraient à une autre autorité publique de se prononcer. **La question de l'incommensurabilité rejoint ainsi celle de la marge d'appréciation ou de la compétence discrétionnaire du décideur initial, comprise dans un sens large comme un ensemble de questions sur lesquelles il lui revient de prendre position sans que le contrôle du juge puisse lui imposer une solution déterminée.**

1080. L'incommensurabilité peut ainsi, en règle générale, entraîner un retrait du contrôle de proportionnalité. Le juge exerce son contrôle jusqu'à atteindre un point qu'il ne peut dépasser sans excéder sa compétence. Il reconnaît alors sa propre incompétence et la compétence de l'autorité contrôlée, faute d'être parvenu à une solution suffisamment fondée répondant à cette contrainte. Il agit cependant ainsi par autolimitation, ce qui signifie aussi qu'il apprécie lui-même, au premier chef, ce qui constitue une incommensurabilité insurmontable et ce qui peut être dépassé.

1081. Toutefois une alternative peut également être envisagée, pour certains cas extrêmes ou à titre d'interrogation plus générale. Si l'on entend s'en tenir à la logique de la proportionnalité, si l'on estime qu'une atteinte aux libertés devrait être, sinon toujours justifiée rationnellement, au moins toujours susceptible d'être expliquée sans que l'on ait recours à un argument d'autorité, alors il est

1916 V. *supra*, p. 71.

possible que dans certains cas, l'incommensurabilité révèle, plutôt qu'une imperfection du mode de raisonnement, un défaut fondamental de l'objet soumis au contrôle. Il est possible, autrement dit, qu'il existe de véritables indécidables, non pas parce que la justification recherchée repose sur des prémisses difficiles à vérifier, mais parce qu'elle est simplement paradoxale ou aporétique. La question pourrait notamment être soulevée au vu de l'ampleur des incertitudes qui entourent la proportionnalité des peines¹⁹¹⁷. Admettons ainsi qu'il soit impossible d'établir un lien de justification satisfaisant entre le choix de la nature et de la mesure d'une peine et les fonctions en vue desquelles elle est supposée être prononcée. Admettons que cette impossibilité découle de la nature même de cette sanction, parce qu'elle constitue une instrumentalisation de la souffrance dont l'efficacité ne peut être prouvée ni mesurée. Peut-être y a-t-il alors matière à envisager, non seulement que le juge ne peut pas prendre la décision, mais qu'elle ne peut en réalité être prise rationnellement par personne. Il faudrait alors revenir au principe de la primauté de la liberté. Toutefois le contrôle juridictionnel ne peut pas servir de cadre à de telles interrogations. À défaut, pour le juge, de compétence pour se prononcer sur une problématique si vaste, **le contrôle de proportionnalité de la répression repose donc sur une présomption irréfragable de nécessité du système pénal.**

Section 1. La reconnaissance d'une marge de discrétion

Section 2. La présomption de nécessité de la répression

1917 V. *supra*, p. 443.

Section 1. La reconnaissance d'une marge de discrétion

1082. La notion de marge d'appréciation se conçoit originellement comme une conséquence du caractère subsidiaire de l'intervention du juge. Selon la célèbre formule de l'arrêt *Handyside* de la Cour européenne des droits de l'homme, « *la Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. [...] Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre.* »¹⁹¹⁸ Le Protocole additionnel n° 15, non encore entré en vigueur, consacre cette association en l'inscrivant au préambule de la Convention¹⁹¹⁹. Suivant une telle approche, le contrôle de proportionnalité constitue une limite à une compétence de principe : il est l'une des modalités privilégiées par le juge pour s'assurer que les autorités nationales n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui leur est dévolue¹⁹²⁰.

1083. Du point de vue des rapports entre autorité de contrôle et autorité contrôlée, cette description peut être rapprochée, *mutatis mutandis*, du contexte d'élaboration et de justification du contrôle de proportionnalité dans d'autres champs contentieux. Le juge administratif développe ainsi son contrôle de proportionnalité comme une limite à un pouvoir discrétionnaire de l'administration qui demeure le principe¹⁹²¹. De même le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas « *un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* » lorsqu'il limite son contrôle de proportionnalité à l'erreur manifeste d'appréciation¹⁹²². Dans chacun de ces cas, il revient en premier lieu à l'autorité dont l'acte est soumis au contrôle d'apprécier la proportionnalité de sa décision. Le juge n'a pas vocation à se substituer à elle dans l'exercice de cette compétence mais à s'assurer qu'elle en a fait un usage qui n'est pas objectivement déraisonnable. Cela signifie aussi que si le juge reconnaît la marge d'appréciation du décideur initial, il admet en même temps l'existence d'une limite à son propre

1918 CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, §48 : *Cah. dr. eur.* 1978, p. 350, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, p. 494, obs. PELLOUX ; *JDI* 1978, p. 706, obs. ROLLAND.

1919 Protocole additionnel n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signé par la France le 24 juin 2013 et ratifié le 3 février 2016. L'article 1 ajoute au préambule de la Convention un alinéa final rédigé ainsi : « *Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention,* »

1920 V. en ce sens F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Presses universitaires de France, 2015, p. 218 ; P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2018, p. 118 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2016, p. 73.

1921 G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1996, p. 29-38.

1922 Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, §12-13 : *D.* 1982, p. 441, note DEKEUWER ; *AJDA* 1981, p. 275, note RIVERO ; *RDP* 1981, n° 1, note PHILIP. ; *D.* 1981, p. 101, note PRADEL. Cons. Const., déc. n° 2018-761 QPC du 1^{er} févr. 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, §12 : *Gaz. Pal.* 2019, n° 10, p. 30, note RICHAUD ; *ibid.*, n° 11, p. 23, note LE MAIGAT.

pouvoir de contrôle. Il ne lui appartient pas d’empiéter sur la marge discrétionnaire de l’autorité contrôlée.

1084. Cette présentation est peu adoptée par les auteurs proportionnalistes. Elle est en effet en partie incompatible avec la théorie qui fait des droits des exigences d’optimisation susceptibles en toute hypothèse d’une mise en balance rationnelle. Dans le cadre de cette doctrine, les notions de marge d’appréciation ou de compétence discrétionnaire pourraient passer pour des arguments d’autorité que le principe de proportionnalité devrait justement écarter¹⁹²³. Il existe donc une forte corrélation entre le rejet de la notion de marge discrétionnaire et les lacunes de la même théorie vis-à-vis de l’incommensurabilité (§1). Cette corrélation permet toutefois de rapprocher les deux notions, ce qui a été proposé par des auteurs ayant adopté une conception plus pragmatique du contrôle de proportionnalité (§2).

§1. La place réduite de la marge d’appréciation dans la théorie des exigences d’optimisation

1085. La théorie des exigences d’optimisation¹⁹²⁴ prévoit bien des limites au-delà desquelles le contrôle de proportionnalité cède la place à la compétence discrétionnaire de l’autorité contrôlée. Toutefois, parce que cette doctrine tend à nier ou, au moins, à minimiser les conséquences de l’incommensurabilité des valeurs pour la réalisation du contrôle, elle confère à ce dernier une portée de principe très étendue. Réciproquement, la possibilité que l’autorité contrôlée puisse se trouver soit mieux placée que le juge, soit plus légitime que lui, pour connaître de certains aspects de la situation litigieuse, lorsqu’elle n’est pas exclue ou ignorée, est fortement minimisée. Certains auteurs ne reconnaissent ainsi à l’autorité contrôlée qu’un champ de discrétion réduit, strictement délimité par les critères de la proportionnalité. Le législateur ou l’autorité administrative sont simplement libres de prendre toute décision qui puisse être considérée comme proportionnée par le juge. Toutefois le contrôle de proportionnalité demeure maximal en toute hypothèse. La discrétion est donc étroitement supervisée (I). Une version plus modérée de cette approche, développée par M. Rivers, admet que contrôle puisse varier en intensité. Le juge reconnaît alors un certain champ discrétionnaire au législateur, dans lequel le contrôle peut être restreint ou simplement arrêté. Toutefois, pour demeurer cohérente avec la conception des droits comme exigences d’optimisation, cette marge discrétionnaire demeure encore réduite. Pour cet auteur, l’importance de la discrétion à accorder à l’autorité contrôlée dépend essentiellement de la gravité de l’atteinte aux droits causée par la mesure litigieuse. Le juge est donc amené à se poser des questions similaires pour exercer le contrôle ou s’abstenir. La marge d’appréciation est reconnue comme un aspect accessoire de la proportionnalité plutôt que comme un principe extérieur ou concurrent (II).

I. La discrétion supervisée

1086. Les deux auteurs proportionnalistes les plus influents, M. Alexy et M. Barak, admettent que le contrôle de proportionnalité doit ménager un champ discrétionnaire à l’autorité contrôlée – c’est-

1923 V. *supra*, p. 64.

1924 Sur cette théorie, v. *supra*, p. 61.

à-dire, dans le cadre de leurs ouvrages, au législateur au cours du contrôle de constitutionnalité. Toutefois cette marge de discrétion, chez l'un comme chez l'autre, dépend elle-même des exigences de la proportionnalité. Cela peut s'observer à deux degrés. D'abord, ces auteurs identifient à une marge de discrétion le fait que certaines décisions soient équivalentes ou indifférentes au regard des critères de la proportionnalité. Ensuite, lorsqu'ils abordent la répartition des compétences entre juge et législateur, y compris dans des domaines fortement politisés ou sujets à des incertitudes importantes, leur réponse découle également des exigences du principe de proportionnalité, plutôt que d'une considération de rapports institutionnels.

1087. Pour M. Alexy, l'équilibre des pouvoirs entre le législateur et le juge constitutionnel répond à deux principes. D'une part, le législateur étant démocratiquement légitime, il doit être en capacité de prendre des décisions¹⁹²⁵. D'autre part, il est juridiquement obligé de respecter les droits fondamentaux¹⁹²⁶. La constitution établit donc à son égard un « cadre » (« *framework* ») constitué de limites substantielles ou procédurales, des « commandements » ou des « prohibitions » entre lesquels reste un espace de décisions possibles. « Ce qui est laissé vacant, c'est-à-dire qui n'est ni commandé ni prohibé, [...] définit la discrétion du législateur. »¹⁹²⁷ Cette discrétion est « structurelle » (« *structural discretion* »), en ce qu'elle trouve sa limite dans « ce que la constitution commande et prohibe de manière certaine »¹⁹²⁸. M. Alexy la distingue de ce qu'il appelle la « discrétion épistémique » (« *epistemic discretion* »), qui tient aux « limites de notre capacité à connaître, d'un côté, ce que la constitution commande ou prohibe et, de l'autre, [...] ce qu'elle laisse vacant »¹⁹²⁹. Il semble ainsi admettre que le législateur bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire constitué, d'une part, d'un domaine de compétence réservé qui échappe au contrôle du juge et, d'autre part, d'un pouvoir de décision de principe, qui intervient lorsque la conclusion du contrôle de proportionnalité est incertaine. Toutefois, en réalité, les exemples et développements fournis par l'auteur montrent que dans sa conception, l'ensemble de ce pouvoir supposément discrétionnaire reste essentiellement subordonné au contrôle juridictionnel.

1088. La discrétion structurelle, celle qui découle de la certitude qu'aucun impératif constitutionnel n'impose de solution déterminée, se situe ainsi simplement dans les angles morts du contrôle de proportionnalité. Elle correspond par exemple à la liberté qu'a le législateur de choisir quelles fins viser dans l'exercice de sa compétence (« *ends-setting discretion* ») et, en principe,

1925 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2002, p. 392 : « *The principle of the decision-taking capacity of the democratically legitimated legislature* ».

1926 *Ibid.* : « *The legal obligation of the legislature to respect constitutional rights* ».

1927 *Ibid.*, p. 393 : « *What is left free, that is, neither commanded nor prohibited, is what can be found within the framework. In this way, what is left free defines the discretion of the legislature.* » Le nom de H.L.A. Hart n'est pas cité dans cette partie de l'ouvrage, mais l'influence de ses écrits paraît ici manifeste : le « cadre » constitutionnel qui laisse « vacant » un espace de discrétion ressemble fortement à la « texture ouverte du droit » du constitutionnaliste américain.

1928 *Ibid.* : « *Structural discretion is constituted by the limits of what the constitution definitely commands and prohibits.* »

1929 *Ibid.* : « *Epistemic discretion is not constituted by the limits of what the constitution commands or prohibits, but by the limits of our capacity to know on one hand what the constitution commands and prohibits and on the other hand what it neither commands nor prohibits, that is, what it leaves free.* »

quels moyens employer pour les réaliser (« *means-selecting discretion* »)¹⁹³⁰. Toutefois, dans la logique alexyenne, cela signifie seulement que le législateur est libre de choisir parmi les possibilités qui lui sont ouvertes par la constitution et donc, notamment, à condition que sa décision soit conforme au principe de proportionnalité. Supposons par exemple deux moyens différents qui permettent de contribuer à la même fin, l'un étant à la fois plus répressif et plus efficace que l'autre – tels que deux variantes d'une même incrimination fondés sur un seuil chiffré plus ou moins sévère. Pour M. Alexy, ce choix alternatif relève de la « discrétion structurelle » du législateur, car le principe de nécessité ne permet de discriminer qu'entre des mesures de même efficacité¹⁹³¹. Encore faut-il, à ce stade, que le juge admette que les deux moyens sont effectivement incomparables selon ce critère¹⁹³². En outre, cette concession n'écarte pas l'application du contrôle d'équilibre global pour la mesure choisie, ce qui réduit considérablement cette marge discrétionnaire. La dernière étape du contrôle est en effet supposée être réalisée suivant la technique de la « formule de pondération », qui donne un résultat approximatif chiffré¹⁹³³. Or si le juge conclut à ce stade que l'enjeu est plus important d'un côté de la balance que de l'autre, le législateur est tenu par cette conclusion. Ce n'est que si la balance des intérêts est, dans la mesure du connu, exactement équilibrée, que se produit « une partie nulle » (« *a balancing stalemate* », littéralement un « pat »¹⁹³⁴) qui laisse au législateur la liberté d'agir ou de ne pas agir¹⁹³⁵. Dans un tel cas, les conséquences de l'action sont considérées comme de gravité équivalente à celles de l'abstention. Si l'on s'en tient au domaine du déterminé ou du déterminable, la marge discrétionnaire paraît donc particulièrement étroite.

1089. La « discrétion épistémique », qui représente la place des incertitudes dans le contrôle de proportionnalité, peut paraître *a priori* plus étendue, mais elle doit aussi être relativisée. M. Alexy en distingue deux aspects. D'abord, la discrétion épistémique est d'ordre empirique lorsque ce sont les conséquences concrètes à attendre de la mesure litigieuse qui ne sont pas connues précisément. L'auteur cite à titre d'exemple le cas de la prohibition du cannabis, au sujet de laquelle la Cour constitutionnelle fédérale allemande a estimé que les données scientifiques disponibles étaient insuffisantes pour fonder une conclusion certaine¹⁹³⁶. Toutefois, il ramène rapidement l'incertitude elle-même dans le giron du contrôle de proportionnalité. D'une part, il n'est pas possible de conférer une primauté absolue aux droits fondamentaux atteints en présence de toute incertitude empirique, car cela mènerait « à une paralysie législative totale ou quasi-totale »¹⁹³⁷. D'autre part, laisser à l'entière discrétion du législateur tous les cas incertains lui permettrait « de fonder même

1930 *Ibid.*, p. 395-396.

1931 *Ibid.*, p. 309-310, 399. V. également *supra*, p. 367.

1932 V. *supra*, p. 371.

1933 V. *supra*, p. 393.

1934 Au jeu d'échecs, le pat est un cas de partie nulle qui intervient lorsque le joueur dont c'est le tour ne peut jouer aucun coup légal, sans pour autant que son roi soit en échec. Notons l'ironie accidentelle de la métaphore : pour décrire un cas où le législateur est supposé être libre d'agir, l'auteur le compare à une situation de jeu dans laquelle il n'est plus possible de faire quoi que ce soit.

1935 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 411-412.

1936 BVerfGE 90, 145, cit. par *Ibid.*, p. 414-415.

1937 *Ibid.*, p. 417 : « *Absolute precedence for the substantive constitutional rights principle would thus lead in wide area to complete or nearly complete legislative paralysis.* »

des interférences d'intensité extrême sur des pronostics hautement douteux »¹⁹³⁸. La solution doit donc être intermédiaire et se déterminer en fonction des circonstances et, notamment, de l'importance des enjeux de la pesée des intérêts. La conclusion de cette démonstration n'est donc pas une atténuation de l'intensité du contrôle de proportionnalité, mais l'ajout d'un critère supplémentaire. De chaque côté de la balance des intérêts, une valeur représentera le degré de certitude empirique des prédictions. « Plus lourde » ou « plus intense » « est l'interférence dans un droit fondamental, plus les prémisses qui la fondent doivent être certaines »¹⁹³⁹. La formule de pondération est simplement modifiée pour intégrer ces considérations¹⁹⁴⁰ et c'est à nouveau un acte de connaissance du juge qui est supposé déterminer la solution du litige. Il n'y a à proprement parler ni reconnaissance d'une marge de discrétion législative, ni remise en question de la pertinence du contrôle de proportionnalité d'un point de vue épistémologique.

1090. La « discrétion épistémique » peut enfin être d'ordre « normatif » (« *normative epistemic discretion* »), lorsque « le meilleur équilibre possible entre les droits fondamentaux en présence n'est pas clairement défini » et qu'il est « donné au législateur certaines limites dans le respect desquelles il peut décider selon ses propres évaluations »¹⁹⁴¹. Tel est le cas lorsqu'il est établi que, quelle que soit la solution retenue, l'ensemble des parties au conflit continueront de bénéficier d'une protection satisfaisante de leurs droits¹⁹⁴². En réalité, toutefois, cette hypothèse ne constitue qu'un cas particulier de discrétion structurelle, ce que M. Alexy admet lui-même¹⁹⁴³. Dire que, quelle que soit la situation, aucun des droits en présence n'est violé, revient à dire que la décision adoptée est simplement indifférente du point de vue de la proportionnalité, que la confrontation des possibilités résulte en une « partie nulle ». Il n'y a, à nouveau, pas de champ discrétionnaire spécifique qui puisse être défini autrement que par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité, ou de situation dans laquelle le juge peut être amené à considérer qu'il ne lui appartient pas de décider à la place du législateur. Le juge est toujours supposé pouvoir connaître suffisamment le fait et le droit pour atteindre une conclusion rationnelle.

1091. Des observations similaires peuvent être émises concernant l'approche de M. Barak. Sans utiliser les distinctions entre discrétion épistémique et discrétion structurelle, il adopte pour

1938 *Ibid.*, p. 418 : « *It would mean that the legislature could base even extremely intensive interferences in constitutional rights on highly dubious prognoses.* »

1939 *Ibid.*, p. 418-419 : « *The more heavily an interference in a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premises.* » « *The more intensive an interference in a constitutional right is, the greater must be the certainty of its underlying premises.* »

1940 *V. supra*, p. 397.

1941 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 415 : « *By contrast, normative epistemic discretion, or normative knowledge-related discretion, arises when it is not clear what the best weighting of the relevant constitutional rights is, and the legislature is given certain limits within which it can take decisions according to its own evaluation.* »

1942 *Ibid.*, citant pour exemple un arrêt relatif au licenciement dans les entreprises employant moins de 5 salariés : BVerfGE 97, 169.

1943 *Ibid.*, p. 420-421. Une interprétation alternative pourrait consister à considérer qu'il y a discrétion épistémique normative lorsque deux droits sont en conflit, sans qu'aucune des solutions envisageables ne porte atteinte à la « substance même » ou au « noyau dur » d'un de ces droits. Toutefois la notion même de substance intangible se définit soit de manière absolue – auquel cas elle est indépendante de la proportionnalité et le contrôle doit toujours être effectué car il porte sur un objet différent –, soit de manière relative – auquel cas la substance des droits est ce qu'il en reste lorsque le contrôle de proportionnalité est effectué (*V. supra*, p. 176). Il n'y a donc, dans tous les cas, pas d'exception à la mise en œuvre du contrôle.

l'essentiel des conclusions très proches de celles de M. Alexy. Au lieu de parler de cadre constitutionnel laissant un espace vacant qui correspondrait à la discrétion du législateur, il emploie l'expression de « zone de proportionnalité » (« *zone of proportionality* »)¹⁹⁴⁴. En dépit du changement de vocabulaire, les principes présentés sont presque identiques. Ainsi, « l'exigence de proportionnalité n'emporte pas la suppression de la discrétion législative ; elle la réduit simplement. Le législateur jouit d'une discrétion très étendue pour choisir de légiférer ou non » et « pour choisir ses fins »¹⁹⁴⁵. Quant aux moyens adoptés, le contrôle de proportionnalité préserve la liberté de décision du législateur par sa souplesse. Le fait que le principe de nécessité ne permette de discriminer qu'entre des mesures de même efficacité, mais de sévérité différente est ainsi à nouveau présenté comme une preuve de ce que le législateur demeure libre de choisir des moyens moins efficaces mais moins stricts, ou plus stricts mais plus efficaces. « À supposer que chacune de ces options satisfasse au contrôle de nécessité, le législateur est libre de choisir. »¹⁹⁴⁶ La discrétion législative est enfin réduite sans pour autant être annihilée par l'exigence d'équilibre global : à nouveau, parce qu'il est possible que plusieurs méthodes possibles s'avèrent proportionnées, le législateur est libre d'adopter celle qui reçoit sa préférence¹⁹⁴⁷. Ces « zones variables de discrétion législative correspondent aux champs dans lesquels le législateur bénéficie d'une marge de manœuvre. Voilà la zone de proportionnalité. [...] Elle est le produit de la discrétion législative concernant la décision de légiférer, la sélection des fins de la législation et les moyens qui limitent les droits fondamentaux. »¹⁹⁴⁸

1092. Cet exposé ressemble fortement à la description du « cadre constitutionnel » dans lequel s'exerce la discrétion structurelle de M. Alexy. Toutefois deux nuances supplémentaires sont apportées. En premier lieu, M. Barak aborde expressément la notion de marge d'appréciation et se réfère à cet égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il considère néanmoins la marge d'appréciation comme un analogue presque parfait de la zone de proportionnalité, transposé dans un contexte international¹⁹⁴⁹. Pour lui, la distinction entre ces notions tient simplement à leurs champs d'intervention et à leurs fondements respectifs. La marge d'appréciation est fondée sur « les rapports particuliers entre les traités internationaux [...] et le droit national » et s'applique « dans les relations entre le juge national et le juge international »,

1944 A. BARAK, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, traduit par Doron KALIR, Cambridge University Press., Cambridge, pays multiples, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 415.

1945 *Ibid.* : « *The requirement of proportionality does not entail the removal of legislative discretion ; rather, it merely reduces it. The legislator still enjoys a very wide discretion as to whether to legislate at all. Once the decision has been made, the legislator enjoys a wide discretion as to the legislator's purposes.* »

1946 *Ibid.*, p. 407 : « *The legislator determines the statutory purposes it is interested in fulfilling. This can be determined according to its discretion, at different levels of intensity. Assuming that both options satisfy the necessity test – the legislator is free to choose between them.* »

1947 *Ibid.*, p. 413-414. De manière quelque peu ironique, l'auteur relève à cet égard que lorsqu'une seule option proportionnée est envisageable, le législateur est toujours libre de ne pas légiférer du tout (p. 414). Il lui conseille également, « avant de légiférer, [de] vérifier si les fins » visées « peuvent être atteintes par des moyens proportionnés (*stricto sensu*) » (p. 413).

1948 *Ibid.*, p. 416 : « *These varying zones of legislative discretion are the areas in which the legislator has the leeway to operate. This is the zone of proportionality. This is the zone of legislative discretion. It is the result of the legislative discretion in deciding to legislate, in selecting the legislative purposes and the means that legally limit the constitutional right.* »

1949 *Ibid.*, p. 419-421.

tandis que la zone de proportionnalité, qui « est dérivée du principe de séparation des pouvoirs », « ne concerne pas les relations entre différentes juridictions au sein d'un système juridique unique. »¹⁹⁵⁰

1093. Cette présentation semble négliger un aspect essentiel de la notion de marge d'appréciation ou, plus généralement, de pouvoir discrétionnaire : l'idée que certaines questions doivent être laissées à la discrétion de l'autorité matériellement compétente – notamment, dans le cadre conventionnel, les autorités nationales –, même si elles entrent dans le champ de certains droits protégés. Or, en second lieu, M. Barak paraît fermement opposé à ce type de considérations lorsqu'il aborde la question de la « déférence judiciaire » (« *judicial deference* »). Pour lui, il est inadmissible qu'un juge « adopte l'opinion exprimée par une autre branche du gouvernement [...] en ce qui concerne les composantes de la proportionnalité lorsque, en l'absence de cette expression, il n'aurait pas adopté la même opinion. » Ni un « manque de légitimité démocratique pour juger », ni un manque de « capacité institutionnelle » pour connaître et apprécier les enjeux, ni « la sagesse du juge » ne peuvent justifier une telle autolimitation dans l'exercice de son contrôle¹⁹⁵¹. La seule question qui importe n'est pas de savoir si le juge doit déférer à l'opinion du législateur ou du pouvoir exécutif, mais si cette opinion « tombe dans la “zone de proportionnalité” »¹⁹⁵². En est-il de même, par analogie, pour la marge d'appréciation ? M. Barak ne se prononce pas expressément sur ce point, mais la formulation catégorique de sa position semble indiquer que tel est le cas : « L'approche selon laquelle un juge devrait déférer au législateur ou à l'Exécutif ne convient pas à une démocratie constitutionnelle. Elle limite le principe de la séparation des pouvoirs. Elle crée un instrument juridictionnel sans règles ni fondement juridique. Elle fournit au juge un pouvoir discrétionnaire injustifié, qu'elle lui refuse lorsqu'il faudrait l'exercer. »¹⁹⁵³

1094. Les présentations de ces deux auteurs se rejoignent ainsi en ce qu'ils ne conçoivent pas, en matière de droits fondamentaux, la possibilité que l'autorité contrôlée bénéficie d'un champ discrétionnaire lorsque le principe de proportionnalité est susceptible de s'appliquer. Pour eux, la marge de discrétion ne fait pas exception au contrôle, elle n'est pas en conflit avec lui, car elle est toujours définie par lui. Le contrôle de proportionnalité a toujours vocation à être entièrement exercé, les éléments d'incertitude n'en constituant qu'un paramètre parmi d'autres. Cette solution semble en grande partie être imposée par la conception des droits fondamentaux comme des

1950 *Ibid.*, p. 420 : « [*The zone of proportionality*] is derived from the principle of the separation of powers. The margin of appreciation, in contrast, [...] is not related to the principle of the separation of powers, but rather is derived from the special relationship of international law treaties (such as the European Convention on Human Rights) to the national law. Accordingly, the concept of the margin of appreciation would apply in the relations between the national judge and the international judge, while the zone of proportionality is not relevant in examining the relationship between the different courts within a single legal system. »

1951 *Ibid.*, p. 398 : « In the present context [...] we can define deference as the situation where a judge adopts an opinion expressed by another branch of government [...] regarding the components of proportionality when, without this expression, the judge would not have adopted that opinion. The three most common justifications for this deference are : the lack of democratic legitimacy for judging ; the lack of institutional capacity ; and, finally, judicial wisdom. None of these justifications is proper. »

1952 *Ibid.*, p. 399.

1953 *Ibid.* : « The approach that a judge should defer to the legislative or executive branches does not fit a constitutional democracy. It limits the principle of the separation of powers. It is a judicial tool without rules or a proper legal foundation. It provides the judge with discretion where discretion is unwarranted, and denies judicial discretion when it should be exercised. »

exigences d'optimisation. Ceux-ci sont en effet supposés présenter une grande souplesse interprétative, s'appliquer à un très grand nombre d'espèces tout en s'adaptant aux spécificités concrètes de chacune, mais ils doivent aussi, dans le même temps, garder toute la force normative qui correspond à leur valeur constitutionnelle¹⁹⁵⁴. Dans une conception stricte des exigences d'optimisation, ces deux propriétés ne sont compatibles que si le juge détient un pouvoir de contrôle très étendu. S'il raisonne en termes plus généraux et catégoriques, il conserve la force normative des droits mais abandonne une partie de la souplesse et risque ainsi de laisser commettre de véritables violations. S'il se réfère à l'appréciation d'autres autorités, les droits s'adaptent bien aux situations concrètes, mais ils perdent une partie de leur valeur contraignante. Il faut donc postuler que le contrôle reste pertinent en toute hypothèse, au prix de quelques adaptations. Un lien conceptuel profond unit donc tous ces éléments. **L'optimisme épistémologique de la théorie des exigences d'optimisation et le fait qu'elle ne reconnaisse au législateur qu'une marge d'appréciation entièrement subordonnée au contrôle de proportionnalité sont a priori indissociables. Ils forment une solution commune à la tension que crée cette théorie entre la souplesse de la mise en œuvre des droits fondamentaux et leur force normative.**

1095. Ces conceptions très attachées à la pureté théorique de la proportionnalité peuvent toutefois être nuancées. Tout en conservant le modèle de la formule de pondération, M. Rivers a ainsi proposé quelques concessions pragmatiques qui permettent d'intégrer la notion de marge d'appréciation au raisonnement proportionnaliste. Contrairement à MM. Alexy et Barak, il admet par principe que le contrôle de proportionnalité puisse varier en intensité. La marge d'appréciation est donc un accessoire du contrôle, elle résulte de la modulation du niveau d'exigence du juge.

II. La marge d'appréciation comme accessoire du contrôle de proportionnalité

1096. Après avoir traduit en anglais l'ouvrage de M. Alexy, M. Rivers a proposé plusieurs approfondissements structurels pour la méthodologie de contrôle qui y est présentée¹⁹⁵⁵. Le but commun de ces travaux est de « traduire la marge d'appréciation et des doctrines similaires, dans la mesure du possible, en un “principe jurisprudentiel cohérent” »¹⁹⁵⁶, tout en restant fidèle au cadre théorique de la proportionnalité. En particulier, il intègre à cette théorie le fait que le contrôle de

1954 V. R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 282 : « *The mere fact that [the rights'] recognition is uncertain, and that their enforcement by a constitutional court excludes a certain discretion on the part of the legislature, is not a sufficient argument against their existence. It is precisely the point of constitutional rights not to leave certain individual positions at the mercy of the legislature, they are meant to limit the discretion of the legislature, and it is characteristic of constitutional rights that their precise content can be controversial.* »

1955 J. RIVERS, « Proportionality and variable intensity of review », *The Cambridge Law Journal*, 12 mars 2006, vol. 65, n° 1, p. 174-207 ; J. RIVERS, « Proportionality and discretion in international and European law », N. TSAGOURIAS (dir.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge University Press, 2007, p. 107-132 ; J. RIVERS, « Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing », G. PAVLAKOS (dir.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, p. 167-188 ; J. RIVERS, « The Presumption of Proportionality », *The Modern Law Review*, 2014, vol. 77, n° 3, p. 409-433.

1956 J. RIVERS, « Proportionality and discretion in international and European law », op. cit., p. 108 : « *The principal aim of this essay is simply to render the margin of appreciation and other similar doctrines if at all possible 'coherent jurisprudential principle'.* »

proportionnalité puisse varier en intensité pour s'adapter à l'étendue de la discrétion reconnue à l'autorité contrôlée.

1097. M. Rivers semble distinguer deux composantes au sein de la doctrine de la marge d'appréciation et des théories voisines. Il relève d'abord que le contrôle de proportionnalité présente une « intensité variable » (« *variable intensity of review* »)¹⁹⁵⁷ : le juge peut s'abstenir de contrôler certains éléments ou se montrer plus ou moins exigeant pour admettre la proportionnalité d'une mesure donnée. Ces variations peuvent se présenter comme des cas de « déférence » (« *deference* ») ou de « retenue » du contrôle (« *restraint* ») ou comme des adaptations de la charge de la preuve¹⁹⁵⁸. Ces trois techniques diffèrent par leur objet et leurs effets. Il y a « déférence » lorsque le juge fait sienne l'appréciation des faits adoptée par l'autorité contrôlée sans la soumettre à un nouvel examen, ce qui peut l'amener plus facilement à reconnaître la proportionnalité de la mesure litigieuse¹⁹⁵⁹. La « retenue » du contrôle décrit quant à elle le cas où le juge considère qu'il existe plus d'une solution admissible, même si l'une de ces solutions peut lui paraître meilleure. Il adopte une marge de tolérance qui laisse une certaine liberté de décision à l'autorité contrôlée. Cela correspond à l'idée classique selon laquelle le contrôle est en principe négatif : sont acceptables toutes les mesures qui ne sont pas disproportionnées¹⁹⁶⁰. Enfin la charge de la preuve peut également être répartie de manière plus ou moins sévère envers l'auteur de la mesure contestée. M. Rivers soutient à cet égard qu'une « présomption de proportionnalité » devrait être adoptée par le juge, dans les cas où il est difficile de démontrer qu'il n'existe aucune alternative plus douce que la mesure litigieuse ou qu'elle est parfaitement équilibrée¹⁹⁶¹.

1098. Ensuite, ces techniques qui affectent l'intensité du contrôle ménagent ou reconnaissent diverses formes de « discrétion » (« *discretion* ») dont bénéficie l'autorité dont la décision est soumise au contrôle. M. Rivers reprend, en l'approfondissant, la distinction entre « discrétion structurelle » et « discrétion épistémique » proposée par M. Alexy. Comme chez ce dernier, la « discrétion structurelle », correspond à la situation dans laquelle plusieurs solutions possibles sont toutes considérées comme satisfaisantes à l'issue du contrôle de proportionnalité¹⁹⁶². En revanche la discrétion épistémique fait l'objet de nouvelles divisions qui couvrent trois hypothèses différentes et se rapprochent en partie du problème de l'incommensurabilité des valeurs.

1099. La discrétion est « d'ordre culturel » (« *cultural discretion* ») lorsque les principes en conflits sont difficiles à hiérarchiser parce que leur importance respective varie trop d'un système

1957 J. RIVERS, « Proportionality and variable intensity of review », *op. cit.*

1958 J. RIVERS, « The Presumption of Proportionality », *op. cit.*, p. 412 : « *In this way, the burden of proof in proportionality is revealed to be a feature of variable intensity of review* ».

1959 J. RIVERS, « Proportionality and variable intensity of review », *op. cit.*, p. 192.

1960 *Ibid.*, p. 193.

1961 J. RIVERS, « The Presumption of Proportionality », *op. cit.*, p. 427-431. Ces cas incluent les « conflits entre droits fondamentaux », les litiges qui impliquent des « distinctions de degré arbitraires mais inévitables » (comme la fixation d'un seuil chiffré tel qu'une limite de vitesse), les « atteintes mineures aux droits dans la poursuite de biens publics importants mais diffus », les « décisions adoptées en application d'un système de règles proportionné », les « jugements en proportionnalité adoptés par des institutions publiques qualifiées suivant des procédures rigoureuses » et enfin les cas d'appel contre la décision rendue par une autre juridiction.

1962 J. RIVERS, « Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing », *op. cit.*, p. 170-177.

juridique à un autre¹⁹⁶³. Cela correspond par exemple, dans la doctrine de la marge d'appréciation, à l'argument tiré de l'existence ou de l'absence d'un consensus européen sur une question posée à la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un tel cas, le juge est placé devant « un éventail de positions [...] allant du relativisme à l'absolutisme » axiologiques. « Une juridiction relativiste pourrait arguer qu'il n'y a pas de réponse juste concernant la valeur abstraite relative des principes », tandis qu'une cour « absolutiste ne permettra aucune variation culturelle par rapport au système de valeurs abstraites qu'elle adopte. »¹⁹⁶⁴ La discrétion culturelle constitue en ce sens un équivalent, dans le domaine des relations entre le juge international et les autorités nationales, de ce que représente la discrétion structurelle dans le cadre du droit interne¹⁹⁶⁵. Diverses approches de la même relation d'équilibre sont possibles et le juge doit décider soit d'en imposer une, soit de reconnaître à l'autorité contrôlée la compétence pour choisir à laquelle rattacher sa décision.

1100. La « discrétion probatoire » (« *evidential discretion* ») correspond à ce que M. Alexy appelle discrétion épistémique empirique. Elle désigne le fait que les effets de la mesure litigieuse peuvent être incertains et que le juge peut par conséquent exiger un degré de certitude plus ou moins élevé dans les pronostics¹⁹⁶⁶. Ici, deux questions sont distinguées. L'une concerne la probabilité que l'effet incertain se réalise, tandis que la seconde porte sur la fiabilité du pronostic ainsi établi. Si le contrôle de proportionnalité portait seulement sur la question de la probabilité, les juges devraient, pour apprécier cette probabilité, « s'engager eux-mêmes dans les recherches empiriques », ce qu'ils ne sont pas en mesure de faire¹⁹⁶⁷. En revanche, ils peuvent exiger de l'auteur d'une mesure litigieuse qu'il procède aux études requises avant de s'engager dans la décision, de manière à présenter un pronostic positif. Le juge peut alors se référer à ce pronostic, dont la fiabilité en termes de crédibilité méthodologique sera plus aisée à apprécier que les conclusions au fond. Cette fiabilité peut elle-même faire l'objet d'un examen d'intensité variable, ce qui offre au décideur initial une marge de manœuvre plus ou moins étendue.

1101. M. Rivers distingue enfin une quatrième forme de discrétion qu'il appelle « scalaire » (« *scalar discretion* »), la plus proche du problème de l'incommensurabilité normative¹⁹⁶⁸. Elle est spécifique au contrôle de l'équilibre global de la mesure et, plus précisément, à la technique de la « formule de pondération ». Rappelons que selon cette métaphore proposée par M. Alexy, les juges contrôlent l'équilibre d'une mesure en évaluant, d'une part, l'intensité de l'atteinte susceptible d'être subie par chaque principe en conflit ainsi que, d'autre part, le « poids » abstrait de chacun de ces principes. Ils rapportent ensuite ces évaluations sur une échelle graduée, généralement à trois

1963 *Ibid.*, p. 178-180.

1964 *Ibid.*, p. 179 : « A relativist court could argue that there is no right answer to the relative abstract values of principles; since objectively speaking, the values are incommensurable, virtually any scheme of values is plausible, so long as it does not deny the minimum basis of human rights instruments that the values represented there must count for something. An absolutist international court will not permit any cultural variation to the scheme of abstract values it adopts. »

1965 *Ibid.*, p. 180.

1966 *Ibid.*, p. 180-183.

1967 *Ibid.*, p. 182 : « Courts cannot engage in empirical research themselves; they are in practice reliant on the other branches of government. »

1968 *Ibid.*, p. 183-185.

niveaux (« léger », « moyen » et « lourd »), mais qui peut en comprendre davantage¹⁹⁶⁹. M. Rivers approuve la présentation, mais il relève très justement que le niveau de précision du contrôle varie considérablement selon le nombre de graduations que comprend l'échelle, c'est-à-dire selon le degré d'approximation avec lequel le juge peut établir ses évaluations chiffrées¹⁹⁷⁰. « L'étendue de la discrétion d'un décideur est inversement proportionnelle à la capacité qu'a une juridiction d'établir dans quelle mesure les principes en concurrence dont il est question sont satisfaits. »¹⁹⁷¹

1102. Les notions ainsi développées et les nuances qu'elles apportent peuvent s'avérer fort utiles pour une étude plus avancée des rapports entre proportionnalité et marge discrétionnaire. Elles décrivent de manière détaillée divers paramètres du contrôle de proportionnalité qui peuvent varier indépendamment les uns des autres en fonction des espèces. Néanmoins, le cadre théorique employé semble limiter la portée pratique de ces considérations. L'ensemble de ces travaux sont établis en vue de proposer une vision plus avancée de la théorie des exigences d'optimisation, tout en demeurant fidèle à ses postulats de base. Il en découle que quel que soit le nombre des paramètres définis, ils ne peuvent varier qu'en fonction des facteurs qui sont reconnus comme pertinents au sein de ce cadre théorique. Or ces facteurs sont en nombre assez réduit et ils semblent ramener l'ensemble de la discussion au même critère. M. Rivers résume ainsi dès son article de 2006 : « Une fois que l'on a distingué les fondements de la déférence et de la retenue de leur portée, il devient possible de contrôler l'intensité de l'examen de proportionnalité en se référant à une caractéristique unique pour l'ensemble des cas. Si les juridictions doivent être les garants des droits, cette caractéristique doit être la gravité [*seriousness*] de la limite apportée au droit conventionnel en question, qui est une fonction à la fois de l'importance intrinsèque de ce droit [...] et du point jusqu'auquel en est refusée la jouissance. »¹⁹⁷² De même, lorsqu'il distingue différentes sources de discrétion, il conclut en proposant trois règles supplémentaires pour le contrôle de proportionnalité. « Plus un droit impliqué est lourd¹⁹⁷³, moins la discrétion structurelle doit être étendue » ; « plus une limitation dans l'exercice des droits est sérieuse, plus les ressources procédurales destinées à fonder en fait la décision contrôlée doivent être importantes » ; « plus une limitation dans l'exercice des droits est sérieuse, plus le juge se préoccupera de trouver des améliorations possibles dans la jouissance des droits qui ne coûtent rien à l'efficacité de la mesure et plus il devra être enclin à établir l'écart éventuel entre [la valeur de] la réalisation de cette mesure et l'importance de la limitation ainsi imposée. »¹⁹⁷⁴ Parce qu'il s'agit seulement d'adapter la méthode de pesée des

1969 R. ALEXU, *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 408-409 ; R. ALEXU, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, décembre 2003, vol. 16, n° 4, p. 433-449 ; R. ALEXU, « The Construction of Constitutional Rights », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 1, p. 20-32. V. également *supra*, p. 393.

1970 J. RIVERS, « Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing », op. cit., p. 184-185.

1971 *Ibid.*, p. 184 : « To put all this in (tolerably) plain English, the extent of discretion of a decision-taker is inversely proportional to the ability of a court to assess degrees of realisation of the relevant competing principles. Let us call this discretion, 'scalar discretion'. Its scope is determined by the number of points on the scale. »

1972 J. RIVERS, « Proportionality and variable intensity of review », op. cit., p. 205 : « If courts are to be the guardians of rights, that characteristic must be the seriousness of the limitation of the Convention right in question, which is a function both of its intrinsic importance (life is more important than liberty, which is more important than property, etc.) and the degree to which enjoyment of the right is denied. »

1973 La notion ici utilisée est celle de « poids abstrait » du droit, c'est-à-dire son importance, sa valeur hiérarchique parmi les principes fondamentaux, conçue de manière quantitative dans la perspective de la pesée des intérêts. V. *supra*, p. 380.

intérêts, tout revient finalement au critère de l'importance relative de l'atteinte aux droits et le juge n'échappe donc en rien à la nécessité d'évaluer quantitativement cette atteinte.

1103. Cette présentation paraît éclairante mais incomplète. Certes, il ne fait pas de doute que le contrôle de proportionnalité peut être atténué en intensité lorsque sont en question des atteintes aux droits de gravité réduite. L'incommensurabilité peut donc être simplement négligée lorsque les enjeux sont faibles, parce que la précision nécessaire à l'examen de la situation ne requiert pas que cette incommensurabilité soit résolue. Toutefois, dès lors que l'on maintient l'usage de la « formule de pondération » comme mode de règlement des questions les plus graves, le problème ne peut que se présenter à nouveau. La proposition ne fournit par exemple aucune clé de raisonnement supplémentaire pour apprécier la proportionnalité d'une privation de liberté avant jugement de longue durée, dans le cadre d'investigations sur des faits graves dont les résultats se feraient attendre. De manière plus générale, cette approche ne semble pas non plus rendre compte de la variété réelle des applications de notions telles que la marge nationale d'appréciation. Elle suppose en effet qu'en présence des atteintes aux droits les plus graves, le contrôle soit automatiquement maximal. Or tel n'est pas toujours le cas en pratique. À plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a soit renvoyé à l'appréciation des États, soit réglé sur la base d'une interprétation consensuelle, des questions concernant la mise en œuvre de droits supposés « indérogeables ». Tel a notamment été le cas concernant les peines privatives de liberté à perpétuité incompressible¹⁹⁷⁵. De même, prendre pour critère premier la gravité de l'atteinte n'explique en rien, par exemple, la solution de l'arrêt *Vo c. France* selon laquelle « le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États » en l'absence d'un consensus normatif ou scientifique à l'échelle européenne¹⁹⁷⁶.

1104. **Conclusion du premier paragraphe.** Les conceptions de la marge d'appréciation ou de la discrétion du décideur qui, dans le champ du contrôle de proportionnalité, la subordonnent entièrement à ce dernier semblent incomplètes et, de ce fait, partiellement inopérantes. On ne saurait véritablement leur reprocher de ne pas offrir de solution au problème de

1974 J. RIVERS, « Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing », *op. cit.*, p. 187 : « *The more weighty a right is engaged, the less will be the scope of structural discretion ; the more serious a limitation of rights is, the more procedural resources must be devoted to establishing the factual basis of the policy under review ; the more serious a limitation of rights is, the more concerned the court will be to identify slight gains to rights enjoyment at no cost to the policy and the more willing it will be to differentiate the level of policy achievement from the level of rights limitation.* »

1975 CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, §§104-105, 116-118, 120-122 : *D.*, 2013, p. 1748, obs. LÉNA ; *ibid.*, p. 2081, note RENUCCI ; *ibid.*, 2014, Pan. 1235, obs. CÉRÉ ; *AJ Pénal*, 2013, p. 494, obs. VAN ZYL SMIT ; *RSC*, 2013, p. 625, note PONCELA ; *ibid.*, p. 649, obs. ROETS ; *JCP G.*, 2013, n° 918, obs. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2013, n° 165, obs. BONIS-GARÇON. CEDH (5^e s.), 13 nov. 2014, *Bodein c. France*, req. n° 40014/10, §61 : *D. actu.* 17 nov. 2014, obs. LÉNA ; *D.* 2014, *Actu.* 2303 ; *AJ pénal* 2015, p. 105, obs. Céré ; *RSC* 2015, p. 158, note ROETS ; *Dr. pénal* 2015, n° 15, note BONIS-GARÇON ; *ibid.*, Chron. 4, obs. DREYER. V. également CEDH (Gr. ch.), 12 févr. 2008, *Kafkaris c. Chypre*, req. n° 21906/04, §99 : *RSC*, 2008, p. 692, chron. MARGUÉNAUD et ROETS ; *ibid.*, 2009, p. 431, chron. PONCELA ; *ibid.*, p. 700, obs. ROETS ; *RDP*, 2009, n° 901, obs. SUDRE.

1976 CEDH (Gr. Ch.), 8 juil. 2004, *Vo c. France*, req. n° 53924/00, §82 : *D.* 2004, p. 2456, note PRADEL ; *ibid.*, p. 2535, obs. BERRO-LEFÈVRE ; *ibid.*, p. 2754, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 2801, note SERVERIN ; *Dr. fam.* 2004, Alerte 42, obs. GOUTTENOIRE ; *RTD civ.* 2004, p. 714, obs. HAUSER ; *ibid.*, p. 799, obs. MARGUÉNAUD ; *JCP G.* 2004, II, 10158, note LEVINET ; *ibid.*, 2005, doct. 103, obs. SUDRE ; *RJPF* 2004, n° 9, p. 25, note FRICÉRO.

l'incommensurabilité des valeurs, car tel n'est pas leur objet. Elles s'inscrivent au contraire dans un cadre rationaliste commun, celui de la théorie des exigences d'optimisation, qui ne tient pas compte de l'incommensurabilité ou ne la considère, plutôt qu'un obstacle au contrôle, que comme un des critères de la pesée des intérêts. Tout au plus les objections qui valent pour la théorie générale valent-elles également pour ses applications particulières. Si l'on admet la critique, externe à cette théorie, selon laquelle la méthode de la « formule de pondération » repose sur des prémisses irrationnelles, le fait d'y intégrer l'incertitude comme une variable supplémentaire ou d'atténuer l'intensité du contrôle dans certains cas ne règle en rien le problème.

1105. La véritable faiblesse de ces approches est plutôt qu'elles ne permettent pas réellement d'éclairer l'usage qui est fait en pratique des notions décrites. En revenant systématiquement soit à la définition des composantes du principe de proportionnalité, soit aux critères du contrôle d'équilibre global – importance abstraite du droit, intensité concrète de l'atteinte et probabilité empirique de sa réalisation – il semble en fait que l'on passe à côté de l'essentiel. La possibilité de voir reconnaître une marge d'appréciation étendue pour des questions aussi fondamentales que celle de la protection pénale du fœtus ou, inversement, la diligence avec laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a pu détailler ses *obiter dicta* en matière de répression des abus sado-masochistes¹⁹⁷⁷, indiquent assez manifestement que les critères proposés par cette doctrine ne reflètent pas la réalité jurisprudentielle. Il paraît donc nécessaire d'abandonner ces présentations, trop abstraites et trop générales, en faveur d'approches plus pragmatiques, qui ne considèrent pas l'incertitude et l'incommensurabilité comme des modalités du contrôle de proportionnalité, mais bien comme des limites à celui-ci.

§2. La convergence de l'incommensurabilité et de la marge d'appréciation

1106. Reprenons l'idée selon laquelle la notion de marge d'appréciation ou, plus largement, de marge discrétionnaire, trouve son fondement dans la subsidiarité du contrôle juridictionnel par rapport à la compétence du décideur initial. Il en résulte que dans le champ du contrôle de proportionnalité, une mesure peut relever de cette marge discrétionnaire à deux titres différents. D'abord, le contrôle peut être mené jusqu'à son terme et le juge conclure que la mesure est bien proportionnée ou, au moins, qu'elle n'est pas disproportionnée. Le contrôle constitue en ce sens une limite au pouvoir de l'autorité qui y est soumise, limite qui n'a pas été outrepassée. Ensuite, le juge peut également retenir son contrôle ou faire preuve d'un certain degré de déférence envers le décideur. Dans ce second sens, la mesure relève du champ discrétionnaire parce qu'il n'y a pas lieu de porter le contrôle plus loin. La reconnaissance d'une marge d'appréciation constitue alors une forme « d'autolimitation »¹⁹⁷⁸.

1107. Pour les auteurs qui adhèrent à la théorie des exigences d'optimisation, dont les propositions ont été étudiées au paragraphe précédent, cette autolimitation est une forme de tolérance. La

1977 CEDH (1^{ère} s.), 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n^{os} 42758/98 et 45558/99, §84-85.

1978 P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme: essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, France, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 2/, p. 382.

justification de certaines mesures, d'un point de vue factuel ou axiologique, est difficile à établir parfaitement et un certain degré d'imprécision est admis. Le juge allège la charge argumentaire qui pèse sur l'autorité contrôlée, mais il pourrait toujours exiger davantage de précision. Toutefois, d'un point de vue plus sceptique, il est également possible de considérer que lorsqu'il agit ainsi par retenue ou par déférence, le juge reconnaît en fait les limites de sa propre compétence. Si la décision revient à l'autorité compétente en principe, c'est parce que le contrôle ne peut pas être mené plus loin. Plusieurs variantes de cette lecture sceptique ont été proposées dans le cadre d'études spécifiquement consacrées à la proportionnalité. M. Marzal estime ainsi que la notion permet au juge d'établir une dichotomie entre ce qui relève à ses yeux du « fonctionnel » et le domaine de la « dogmatique » et des jugements de valeur qu'il ne lui appartient pas d'adopter¹⁹⁷⁹. Pour M. Van Drooghenbroeck, c'est le manque d'assurance du juge au regard de « l'incertitude qui pèse sur les paramètres du litige »¹⁹⁸⁰ qui explique le retrait de son contrôle, ce en quoi il est rejoint par M. Muzny¹⁹⁸¹. M. Šušnjar conclut, dans un sens voisin, que la marge d'appréciation « est principalement influencée par la complexité des questions présentes et par la mesure dans laquelle il est possible d'y remédier »¹⁹⁸². Si les approches de ces auteurs diffèrent en partie dans le détail de leurs conclusions, ils s'accordent tous sur l'existence d'une forte corrélation entre la présence de l'incommensurabilité et le renvoi à la marge d'appréciation. Le juge abandonne la décision à la discrétion de l'autorité contrôlée lorsque sa connaissance des enjeux de l'espèce ne lui permet pas de trancher (I) ou lorsque la solution ne peut être dégagée qu'au moyen d'un jugement de valeur qui échappe à sa légitimité (II).

I. Les limites de la connaissance

1108. Dans un certain nombre de cas, la marge d'appréciation reconnue au décideur initial tient à la complexité technique des questions restant à trancher. L'autorité contrôlée est en quelque sorte mieux placée que le juge pour apprécier le problème. Le juge ne peut plus se renseigner avec davantage de certitude sur les éléments pertinents sans excéder son office. C'est alors la fonction « probatoire »¹⁹⁸³ ou procédurale de la marge d'appréciation qui intervient : la mesure litigieuse est présumée proportionnée.

1109. Dans un tel cas, le juge de la proportionnalité, qui aborde la situation d'un point de vue externe et *a posteriori*, reconnaît que le contexte dans lequel il prend connaissance des circonstances de l'espèce n'est pas identique à celui des autorités qui ont agi initialement et que le

1979 A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, France, Institut universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », 2014, p. 460-488.

1980 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2001, p. 509.

1981 P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 396.

1982 D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 114 : « *The margin is principally influenced by the complexity of the questions involved and the possibility to reduce it.* »

1983 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 510-511.

domaine de son contrôle peut s'en trouver limité. Cela peut notamment être observé dans la façon dont la Cour européenne des droits de l'homme exprime parfois les conclusions de son contrôle comme une distinction entre le domaine du droit interne et celui de la Convention. Dès l'arrêt *Handyside*, la Cour relève que la marge d'appréciation est accordée non seulement « *au législateur national* », mais aussi « *aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur* »¹⁹⁸⁴. Dans l'arrêt *Kruslin c. France*, en 1990, elle rappelle « “*qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales*”, et singulièrement “*aux cours et tribunaux d'interpréter et appliquer*” le droit interne »¹⁹⁸⁵. En dépit de la similarité de vocabulaire, les deux formules ne sont pas exactement porteuses du même sens. Dans le cas de l'arrêt *Kruslin*, en effet, la Cour indique à la fois, d'une part, qu'elle n'a pas à se prononcer sur les controverses interprétatives qui peuvent exister au niveau national, mais aussi, d'autre part, que ces discussions et leurs conclusions ne sont pas contraignantes à son égard, car elle appréhende les faits au regard des notions autonomes issues de la Convention¹⁹⁸⁶. Cette indication ne présume en rien de l'intensité de son contrôle. L'interprétation de notions autonomes telles que « *l'accusation en matière pénale* » ou la « *peine* » peut bien mener à un examen substantiel approfondi de la situation du requérant, en vue pour la Cour de déterminer, par exemple, si la mesure subie présente bien un caractère répressif¹⁹⁸⁷. En revanche, la formule de l'arrêt *Handyside* confie aux institutions nationales le soin d'apprécier les conditions de mise en œuvre concrète des garanties conventionnelles. Elle indique l'intention de la Cour de retenir son contrôle et de s'en remettre à l'appréciation des juges du droit interne.

1110. En matière de droit criminel, c'est avant tout en procédure pénale que ce type de retenue se présente. Elle est alors marquée par une concentration du juge sur le volet formel de la garantie des droits. En présence d'une atteinte aux libertés, la Cour ne recherche pas en principe à s'assurer de l'exacte correspondance entre les justifications avancées et la mesure adoptée. Au lieu de cela, elle vérifie que les explications des autorités nationales paraissent vraisemblables et que leur appréciation a été déterminée dans un cadre juridique suffisamment protecteur¹⁹⁸⁸. Elle estime ainsi, par exemple, qu'il « *ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention* » et que, faute de prévision conventionnelle à cet

1984 CEDH (Plén.), 7 déc. 1976, *Handyside*, préc., §48.

1985 CEDH (Ch.), 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85, §29 : RUDH 1990, 185, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1991, 606, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *D.* 1990, p. 353, note PRADEL.

1986 V. à cet égard CEDH (Plén.), 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §68 : RUDH 1990, 119, obs. CALLEWAERT et al. ; *Cah. dr. eur.* 1978, 364, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1977, 481, obs. PELLOUX ; *JDI* 1978, 695, obs. ROLLAND. « *La Cour relève [...] que [l'article 5, §1, a] ne distingue pas selon le caractère juridique de l'infraction dont une personne a été déclarée coupable. Il s'applique à toute "condamnation" privative de liberté prononcée par un "tribunal", que le droit interne de l'Etat en cause la qualifie de pénale ou de disciplinaire.* »

1987 V. par exemple, en matière de permis de conduire : CEDH (Ch.), 23 sept. 1998, *Malige c. France*, req. n° 27812/95 : *D.* 1999, Somm. 154, obs. DE LAMY ; *ibid.*, p. 267, obs. RENUCCI ; *JCP G.* 1999, II, 10086, note SUDRE ; *RSC* 1999, p. 145, obs. MASSIAS ; *Dr. pénal* 1999, n° 87, note ROBERT ; *Gaz. Pal.* 1998, 2, Somm. 508 ; *ibid.*, 2-3 déc. 1998, note BERTHELOT et RIO. CEDH (3^e s.), 24 janv. 2012, *Mihai Toma c. Roumanie* (en anglais uniquement), req. n° 1051/06.

1988 É. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Anthemis & Nemesis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, p. 265-300.

objet, « l'admissibilité des preuves en tant que telle [...] relève au premier chef du droit interne »¹⁹⁸⁹. Que la question relève de la compétence des juridictions internes ne signifie pas que le contrôle de la Cour est anéanti. En revanche elle se contente alors de vérifier que les preuves ont été administrées dans des conditions formelles suffisamment protectrices¹⁹⁹⁰. De même, en matière de mesures de surveillance ou d'investigations attentatoires à la vie privée, le contrôle, tout en étant strict, porte avant tout et souvent exclusivement sur l'encadrement juridique de la décision litigieuse. Si celui-ci offre une protection satisfaisante, la Cour ne s'intéressera à la substance de la décision qu'en présence de circonstances objectives qui en font apparaître manifestement le caractère disproportionné.

1111. Dès l'arrêt *Klass* du 6 septembre 1968, il est ainsi indiqué que, « caractéristique de l'États [sic] policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques »¹⁹⁹¹. La Cour admet néanmoins que la surveillance secrète des communications peut être, « devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales. »¹⁹⁹² Le législateur national « jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire » pour déterminer les modalités de la surveillance et la Cour « n'a pas qualité » pour se substituer à lui¹⁹⁹³. Toutefois, au vu du risque liberticide que représente pareille législation, les États contractants « ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée. »¹⁹⁹⁴ La Cour entend donc exercer son contrôle tout en respectant le domaine réservé à la discrétion des autorités nationales. Cela consiste pour elle à vérifier « l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus », au regard « de toutes les circonstances de la cause, par exemple la nature, l'étendue et la durée des mesures éventuelles, les raisons requises pour les ordonner, les autorités compétentes pour les permettre, exécuter et contrôler, le type de recours fourni par le droit interne »¹⁹⁹⁵. La question est essentiellement procédurale : il s'agit d'établir « si les procédures destinées au contrôle de l'adoption et de l'application des mesures restrictives sont aptes à limiter à ce qui est "nécessaire dans une société démocratique" l'"ingérence" résultant de la législation incriminée. »¹⁹⁹⁶ La Cour résume ces exigences en un standard de « contrôle efficace »¹⁹⁹⁷. Observons qu'en l'espèce les requérants invoquaient la qualité de victimes potentielles en raison de l'état général de la législation et qu'ils critiquaient spécifiquement le manque de garanties formelles plutôt que le principe même des investigations secrètes. Toutefois le standard du « contrôle efficace » a ensuite également été employé par la Cour pour examiner la proportionnalité de

1989 CEDH (Plén.), 12 juil 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, §§45-46 : RSC 1988, p. 840, obs. PETTITI et TEITGEN.

1990 V. notamment CEDH (4^e s.), 11 mai 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, req. n° 48539/99, §43.

1991 CEDH (Plén.), 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, §42 : *Cah. dr. eur.* 1979, 474, obs. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1979, 338, obs. PELLOUX ; *JDI* 1980, 463, obs. ROLLAND.

1992 *Ibid.*, §48.

1993 *Ibid.*, §49.

1994 *Ibid.*

1995 *Ibid.*, §50.

1996 *Ibid.*, §54.

1997 *Ibid.*, §55.

mesures individuelles. Tel a été le cas, notamment, dans les arrêts *Lambert*¹⁹⁹⁸ et *Matheron*¹⁹⁹⁹, concernant l'encadrement procédural des écoutes téléphoniques ordonnées par le juge d'instruction en droit français. Dans un sens voisin, la Cour a également indiqué dans l'arrêt *Roman Zakharov* du 4 décembre 2015 qu'il lui revenait de « *déterminer si les procédures d'autorisation sont à même de garantir que la surveillance secrète n'est pas ordonnée au hasard, irrégulièrement ou sans examen approprié et convenable* » en s'appuyant notamment sur des critères tels que « *le service compétent pour autoriser la surveillance, la portée de l'examen qu'il effectue et le contenu de l'autorisation d'interception* »²⁰⁰⁰. Le contrôle peut ainsi être très détaillé, mais il demeure en principe procédural, ce qu'a encore rappelé le récent arrêt de chambre rendu dans l'affaire *Big Brother Watch*²⁰⁰¹ concernant les programmes de surveillance électronique généralisée mis en œuvre par les autorités britanniques.

1112. *A contrario*, il arrive que la Cour s'intéresse à la justification substantielle de la mesure contestée. Tel est le cas en ce qui concerne l'enregistrement, la conservation et le traitement automatisé des données personnelles dans les fichiers tenus par les autorités publiques. L'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* indique ainsi que « *le droit interne doit notamment assurer que ces données sont pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées, et qu'elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées* ». Doivent en outre être prévues « *des garanties aptes à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs* »²⁰⁰². La Cour considère à cet égard qu'un pouvoir « *général et indifférencié* » de conservation des données biologiques concernant « *des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées [...] ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu* »²⁰⁰³. L'arrêt insiste en particulier sur le « *risque de stigmatisation* » qui résulte de la soumission de personnes ayant été simplement soupçonnées au même régime juridique que celui des personnes condamnées²⁰⁰⁴. S'ajoute à ce critère celui de la gravité des infractions susceptibles de fonder la collecte et la conservation des données. Dans l'arrêt *M.K. c. France*, la Cour relève que l'inscription d'une personne au Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) peut intervenir pour « *toutes les infractions, y compris les simples contraventions* » et que « *les circonstances de l'espèce, relatives à des faits de vol de livres classés sans suite, témoignent de ce que le texte*

1998 CEDH (Ch.), 24 août 1998, *Lambert c. France*, req. n° 23618/94, §§30-34 : *JCP G.* 1999, I, 105, obs. SUDRE ; *D.* 1999, Somm. 271, obs. RENUCCI ; *RSC* 1998, p. 829, obs. PETTITI ; *ibid.*, p. 393, obs. KOERING-JOULIN.

1999 CEDH (4^e s.), 29 mars 2005, *Matheron c. France*, req. n° 57752/00, §§34-36 : *D.* 2005, p. 1755, note PRADEL ; *RSC* 2007, p. 331, obs. FINIELZ ; *JCP G.* 2005, II, 10091, note DI RAIMONDO.

2000 CEDH (Gr. Ch.), 4 déc. 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06, §257 : *JDI* 2016, p. 1336, note GLAZEWSKI.

2001 CEDH (1^{er} s.), 13 sept. 2018, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 58170/13, 62322/14 et 24960/15 [affaire renvoyée devant la Grande chambre le 4 févr. 2019], §§307-310, 422-424 : *D.* 2018, p. 151, note RENUCCI ; *AJ pénal* 2018, p. 529, obs. TALEB-KARLSSON ; *JCP G.* 2018, n° 990, obs. SCHAHMANECHE ; *ibid.* 2019, n° 32, obs. SUDRE ; *Communication Commerce électronique* 2019, comm. 5, CAPRIOLI.

2002 CEDH (Gr. Ch.), 4 déc. 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, §103 : *RSC* 2009, p. 182, obs. MARGUÉNAUD ; *RDIP* 2009, p. 910, obs. GONZALEZ ; *JCP G.* 2009, I, 104, n° 10, obs. SUDRE ; *AJ pénal* 2009, p. 81, obs. ROUSSEL ; *Dr. pénal* 2009, Chron. 4, obs. DREYER.

2003 *Ibid.*, §124.

2004 *Ibid.*, §122.

s'applique pour des infractions mineures »²⁰⁰⁵. Cette observation contribue au constat de violation qui aurait toutefois pu être emporté du simple fait de l'insuffisance des recours prévus par le droit interne et de l'absence de distinction entre les personnes mises hors de cause et celles ayant été condamnées²⁰⁰⁶. L'arrêt *Aycaguer* présente le même raisonnement concernant un requérant ayant bien été condamné, mais pour « des agissements qui s'inscrivaient dans un contexte politique et syndical, concernant de simples coups de parapluie donnés en direction de gendarmes qui n'ont pas même été identifiés, par comparaison avec la gravité des faits susceptibles de relever des infractions particulièrement graves visées par l'article 706-55 » du Code de procédure pénale²⁰⁰⁷.

1113. Pourquoi le contrôle porte-t-il presque exclusivement sur des garanties procédurales lorsqu'il est question de surveillance secrète des communications, mais s'étend-il à la gravité des infractions concernées et à l'existence d'une condamnation en matière de fichiers automatisés ? Il paraît vain de rechercher une explication qui serait fondée sur l'importance comparée des atteintes en question ou des intérêts publics en jeu. De plus, même si la jurisprudence *Klass* est indéniablement plus ancienne que celle qui concerne la collecte et la conservation des empreintes biologiques, ces deux lignes d'interprétation ont été réaffirmées à plusieurs reprises par des arrêts récents et il n'est donc pas possible de considérer que l'une aurait remplacé l'autre. L'adoption des mesures concernées à titre général relève indéniablement d'un choix de politique criminelle important, ce qui peut expliquer que la Cour en admette l'existence en principe au sein des systèmes juridiques concernés, mais cela n'éclaire pas davantage la différence de critères au niveau du contrôle *in concreto*. Enfin il ne semble pas raisonnable non plus d'attribuer cet écart à une simple incohérence interprétative, s'agissant d'orientations jurisprudentielles qui sont à la fois claires et relativement constantes.

1114. La distinction des conditions de contrôle s'explique plus vraisemblablement par la différence des contextes dans lesquels les mesures en question peuvent être adoptées. Ainsi que la Cour le relève dès l'arrêt *Klass*, le principe même d'une surveillance secrète exclut la réalisation d'un contrôle juridictionnel *a priori* qui, respectueux de l'ensemble des garanties du procès équitable, permettrait notamment un débat contradictoire au fond sur les justifications substantielles de la mesure²⁰⁰⁸. Elle est également sensible à l'argument tiré de ce qu'il peut s'avérer nécessaire, après la fin de l'opération de surveillance, de ne pas la divulguer immédiatement à l'intéressé, de manière à ne pas compromettre la poursuite d'opérations connexes²⁰⁰⁹. En outre une telle mesure est par hypothèse réalisée avant toute condamnation, sur la base de soupçons et d'indices qui, aussi raisonnables puissent-ils être, n'ont pas la valeur de preuves définitives. Toute qualification pénale envisagée à ce stade, toute implication supposée de la personne surveillée dans une infraction ou

2005 CEDH (5^e s.), 18 avr. 2013, *M.K. c. France*, req. n° 19522/09, §41 : *D. actu.*, 14 mai 2013, obs. LÉNA ; *RSC* 2013, p. 666, obs. ROETS ; *Procédures* 2013, n° 197, obs. CHAVENT-LECLÈRE ; *JCP G.* 2013, n° 855, obs. SUDRE.

2006 *Ibid.*, §§42-44.

2007 CEDH (5^e s.), 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. n° 8806/12, §43 : *D. actu.*, 27 juin 2017, obs. DE MONTECLER ; *AJ pénal* 2017, p. 391, note GAUTRON.

2008 CEDH (Plén.), 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, préc., §55.

2009 *Ibid.*, §58 : « De l'avis de la Cour, dès lors que l'"ingérence" résultant de la législation contestée se justifie en principe au regard de l'article 8 par. 2 [...], il ne saurait être incompatible avec cette disposition de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance, car c'est précisément cette abstention qui assure l'efficacité de l'"ingérence". »

une organisation criminelle ne sont encore juridiquement que des hypothèses. L'ensemble de ces éléments ont pour effet cumulé que dès lors que le juge européen admet le principe de la surveillance à titre général, il accepte de se contenter, pour se prononcer sur un cas individuel, d'informations limitées, potentiellement anciennes et qui tiendront avant tout au déroulement des procédures concernées. C'est pourquoi la Cour conclut que « *si l'on ne peut jamais, quel que soit le système, écarter complètement l'éventualité de l'action irrégulière d'un fonctionnaire malhonnête, négligent ou trop zélé, ce sont la probabilité d'une telle action et les garanties fournies pour se protéger contre elle qui importent* » aux fins du contrôle. « *En l'absence de preuve ou indice montrant que la pratique réellement suivie est différente, la Cour doit présumer que dans la société démocratique* » d'un État partie à la Convention « *les autorités compétentes appliquent correctement la législation en cause* »²⁰¹⁰.

1115. La situation est très différente dans le cas des fichiers de traitement de données personnelles. Ceux-ci, sauf exception, ne sont pas tenus secrets. La collecte des informations, les conditions de leur consultation par les autorités publiques et de leur conservation sont portés à la connaissance des individus concernés au cours d'une procédure pénale dans laquelle ils sont personnellement mis en cause. Dans le cas de prélèvements biologiques, ils ne peuvent en principe être réalisés qu'avec le consentement de l'intéressé²⁰¹¹, ce qui implique *a minima* son information²⁰¹². De même l'inscription d'une personne au FIJAIS crée à son égard un certain nombre d'obligations qui supposent qu'elle soit informée de sa situation. En outre, les données collectées ont vocation à être conservées et consultées à la suite d'une décision judiciaire, dans un but de prévention de la récidive et/ou de surveillance de personnes spécialement désignées en raison de la dangerosité qu'est supposée révéler leur première mise en cause. Les informations disponibles, pour le requérant comme pour le juge de la proportionnalité, sont donc plus importantes à cet égard. Lorsque les autorités nationales ont formellement exprimé leur opinion quant aux faits reprochés, il devient aisé d'apprécier la relation de cohérence existant entre ces éléments de fond, le régime juridique imposé et les recours existants. De la même manière les similarités ou différences de traitement – notamment entre des personnes simplement mises en cause et celles qui ont été condamnées – peuvent être aisément relevées. Le besoin que peut avoir le juge européen de recourir à un système de présomptions se fait donc moins ressentir que pour ce qui concerne les investigations secrètes.

1116. En résumé, ce qui distingue ces deux ensembles de mesures, du point de vue de la marge d'appréciation, tient pour l'essentiel à la nature et à l'étendue des informations disponibles pour fonder le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un cas comme dans l'autre,

2010 *Ibid.*, §59.

2011 Tel n'est pas toujours le cas. Par exemple l'article 706-56, I du Code de procédure pénale, alinéas 5 et 6, permet que les prélèvements biologiques destinés à l'inscription au FNAEG peuvent être réalisés sans l'accord de l'intéressé « *lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement* » (al. 5) ou ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental à la suite de poursuites pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement (al. 6).

2012 Par exception l'article 706-56, I, al. 4 du Code de procédure pénale dispose : « *Lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne mentionnée au premier alinéa, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé.* » Observons toutefois que cette prévision ne peut intervenir qu'à titre subsidiaire.

la Cour interrompt son contrôle concret à un point où, pour aller plus loin, elle devrait essentiellement se fonder sur des spéculations, ce qui reviendrait pour elle non seulement à se substituer aux autorités nationales, mais surtout à le faire à partir d'une connaissance inférieure des circonstances qui ont pu être déterminantes pour la décision initiale. Les décideurs initiaux disposent d'informations essentielles auxquelles le juge de la proportionnalité n'a qu'un accès indirect et limité. Autrement dit, l'étendue de la « présomption de proportionnalité » qui peut s'appliquer dans ce contexte relève avant tout d'une question de légitimité technique.

1117. Observons que ce critère ne se limite ni au domaine de l'article 8, ni à la compétence des seules juridictions. La Cour associe notamment la marge d'appréciation à la compétence technique des autorités nationales, à un niveau particulier, en matière d'opérations policières. Selon la formule consacrée par la Grande chambre dans l'arrêt *Austin* du 15 mars 2012, « *la police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles. Pareilles décisions sont presque toujours compliquées et la police, qui a accès à des informations et renseignements non accessibles au grand public, est généralement la mieux placée pour les prendre* »²⁰¹³. L'espèce concernait une question relative au droit à la liberté d'aller et de venir et, en particulier, l'usage de la technique du *kettling*, méthode de contrôle des manifestants consistant à isoler et encercler des groupes virulents pour immobiliser leur progression sans nécessairement procéder à des interpellations formelles systématiques. Toutefois la Cour s'est référée à cette occasion à sa jurisprudence relative aux conditions du recours à la force meurtrière dans le champ de l'article 2 de la Convention, ce qui indique la portée transversale de son interprétation. À cet égard elle estime, depuis son arrêt *McCann* du 27 septembre 1995, que pour apprécier la nécessité du recours à la force, il convient de « *prendre en considération non seulement les actes des agents de l'Etat ayant eu recours à la force mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment la préparation et le contrôle des actes en question* »²⁰¹⁴. Les autorités compétentes doivent notamment avoir « *pris dûment en considération le droit à la vie* » des éventuelles victimes et ne pas avoir rendu le recours à la force meurtrière inévitable du fait de leur propre négligence²⁰¹⁵. L'arrêt *Osman* du 28 octobre 1998 ajoute que l'obligation positive de l'État de « *prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction* » doit être interprétée « *sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources* » et « *de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* »²⁰¹⁶ (nous soulignons). Le contrôle est alors très strict, mais il s'arrête à nouveau là où le juge considère que commencent les « *choix opérationnels* », autrement dit les décisions de terrain qui, même si elles constituent encore un choix de l'autorité, sont trop soumises à la pression des circonstances matérielles et temporelles pour pouvoir être discutées *a posteriori*. Comme l'illustre

2013 CEDH (Gr. ch.), 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, §56 : *Dr. pénal* 2013, chron. 4, obs. DREYER ; *AJDA* 2012, p. 1726, obs. BURGORGUE-LARSEN. V. déjà CEDH (4^e s.), décision du 23 nov. 2010, *P.F. et E.F. c. Royaume-Uni* (en anglais uniquement), req. n° 28326/09, §41.

2014 CEDH (Gr. ch.), 27 sept. 1995, *McCann c. Royaume-Uni*, req. n° 18984/91, §150 : *RSC* 1996, p. 184, obs. PETTITI ; *ibid.*, p. 461, obs. KOERING-JOULIN.

2015 *Ibid.*, §201.

2016 CEDH (Gr. ch.), 28 oct. 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, n° 23452/94, §§115-116 : *JCP G.* 1998, I, n° 105, obs. SUDRE.

un extrait de l'arrêt *Giuliani et Gaggio*, ce retrait du contrôle en présence d'une décision opérationnelle équivaut à une présomption de sa proportionnalité : « *Les jeeps ont ensuite suivi le peloton des carabinieri lorsque celui-ci s'est dirigé vers la rue Caffa ; les raisons de ce choix ne ressortent pas clairement du dossier. Quoi qu'il en soit, il pouvait s'agir d'une manœuvre visant à leur éviter de rester isolées, ce qui, comme le démontre la suite des événements, pouvait se révéler extrêmement dangereux* »²⁰¹⁷. En l'absence de preuve d'un manquement particulier des autorités organisatrices à leur devoir de prudence, la Cour présume bien, dans le doute, qu'elles ont agi de bonne foi et de manière raisonnable.

1118. Il semble ainsi que le contrôle s'arrête lorsqu'il paraît trop difficile, aux yeux de la Cour, de l'étendre davantage sans s'adonner à la spéculation. Cela signifie, d'une part, que le juge reste maître des conditions de sa propre intervention, puisqu'il lui revient de déterminer les limites de l'incertitude acceptable. D'autre part, cela emporte également un effet potentiellement pervers dont il convient pour le juge de se prémunir. En acceptant de présumer, à défaut de preuve contraire, que les autorités nationales ont adopté une attitude compatible avec la garantie des droits, la Cour risque d'encourager malgré elle un affaiblissement des procédures protectrices, puisque moins celles-ci seront développées, moins il existera de données permettant de fonder le contrôle de proportionnalité au niveau supranational. **Cette marge d'appréciation opérationnelle, pour ne pas vider de son sens le contrôle de proportionnalité, doit donc être associée à des exigences strictes en matière procédurale, qui peuvent être considérées comme une contrepartie nécessaire.** Cette précaution est d'autant plus importante concernant des mesures secrètes ou de portée générale, qui ne permettent qu'un examen au fond limité. Il paraît d'ailleurs difficile de ne pas remarquer le contraste entre l'approbation de principe exprimée par la Cour dans le domaine des surveillances secrètes et les doutes qu'elle dit entretenir à leur égard, concernant à la fois le danger antidémocratique représenté par l'emploi systématique de telles méthodes à grande échelle et les difficultés inhérentes de leur contrôle. La marge d'appréciation est aussi, en ce sens, une manière de ménager la liberté des autorités étatiques dans des choix de politique générale impliquant d'importants jugements de valeur. Cette fonction, relativement diffuse dans les contentieux techniques étudiés jusqu'ici, devient centrale lorsque le contrôle touche des questions d'ordre culturel ou éthique. La fonction probatoire de la marge d'appréciation s'efface alors en grande partie. Elle devient un instrument de délimitation entre le champ du « fonctionnel » et celui du « dogmatique »²⁰¹⁸.

II. Les frontières du jugement de valeur

1119. La part la plus visible de la notion de marge d'appréciation n'est pas liée à la connaissance fine des situations, mais à l'idée que le juge est tenu de respecter certaines orientations culturelles ou éthiques qui relèvent de la liberté politique des autorités nationales. La problématique rejoint alors en grande partie celle de l'incommensurabilité des valeurs fondamentales. Le juge peut ainsi considérer qu'une question entre bien dans le champ des droits protégés, mais qu'elle relève d'un

2017 CEDH (Gr. ch.), 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, req. n° 23458/02, §259 : *RPDP* 2011, p. 447, chron. POPESCU ; *JDI* 2012, p. 1065, note BACHELET.

2018 A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 460-464.

jugement de valeur trop complexe pour qu'il puisse l'effectuer seul et imposer sa conclusion à chacun des États parties à la Convention. L'interprétation consensuelle lui permet de pallier ce doute axiologique. Là où il existe une convergence de vues, la question peut être considérée comme tranchée, sans qu'il soit nécessaire de s'hasarder à une tentative de rationalisation artificielle. À défaut, l'incommensurabilité l'emporte et la solution revient à la discrétion du premier décideur. En droit criminel comme dans d'autres matières, cette technique mène à des applications très diverses qui peuvent parfois concerner des sujets d'une gravité considérable.

1120. L'exemple le plus remarquable en est probablement fourni par la jurisprudence conventionnelle concernant la protection pénale du fœtus humain. Dans les arrêts *Vo c. France*²⁰¹⁹ et *A., B. et C. c. Irlande*²⁰²⁰, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé de se prononcer sur la question, alors qu'elle admettait y être directement appelée par les termes des litiges. Or, à ces deux occasions, la Cour a précisément fondé le renvoi à la marge nationale d'appréciation en arguant de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de décider.

1121. Dans l'arrêt *Vo*, la Cour remarque l'absence de consensus éthique ou scientifique à l'échelle européenne concernant le statut du fœtus. Elle relève la grande diversité des points de vue entre lesquels un équilibre doit être trouvé : « *La position des organes de la Convention, au regard des dimensions juridiques, médicales, philosophiques, éthiques ou religieuses de la définition de la personne humaine, a pris en considération les différentes approches nationales du problème* »²⁰²¹. La convergence des instruments juridiques tendant à la protection de l'embryon et/ou du fœtus relève surtout à ses yeux de la bioéthique et ne permet donc pas de trancher la question en ce qui concerne la notion de personnalité juridique²⁰²². Devant une telle incertitude, la Cour dit être « *convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention* »²⁰²³. Notons l'association du factuel et du normatif dans cette formule : même s'il était possible de donner une définition scientifique de la personnalité humaine, la Cour indique qu'elle se refuserait probablement encore à en tirer une conclusion juridique.

1122. L'arrêt *A., B. et C.* va plus loin. La Cour y indique son indécision au sujet de l'incrimination de l'avortement, alors même qu'elle constate l'existence d'un consensus à l'échelle européenne. Interrogée sous l'angle du droit au respect de la vie privée, elle reprend une considération antérieure selon laquelle « *lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe* »²⁰²⁴, mais elle ajoute immédiatement qu'elle « *considère que le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître* »²⁰²⁵. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'apprécier la proportionnalité de l'ingérence dans le droit garanti par l'article 8 de la Convention, le but légitime

2019 CEDH (Gr. Ch.), 8 juil. 2004, *Vo c. France*, req. n° 53924/00, préc.

2020 CEDH (Gr. Ch.), 16 déc. 2010, *A., B. et C. c. Irlande*, req. n° 25579/05, préc.

2021 CEDH (Gr. Ch.), 8 juil. 2004, *Vo c. France*, req. n° 53924/00, préc., §82.

2022 *Ibid.*, §84.

2023 *Ibid.*, §85.

2024 V. déjà Comm. EDH, rapport du 12 juil. 1977 (en anglais uniquement), *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, req. n° 6959/75, §59 ; CEDH (Gr. Ch.), 8 juil. 2004, *Vo c. France*, req. n° 53924/00, préc., §76.

2025 CEDH (Gr. Ch.), 16 déc. 2010, *A., B. et C. c. Irlande*, req. n° 25579/05, préc., §213.

retenu n'est pas la protection des droits d'autrui, mais bien celle de la morale. La Cour s'appuie sur le précédent de l'arrêt *Open Door*²⁰²⁶, où « elle a estimé que la restriction litigieuse [...] poursuivait le but légitime de protéger la morale, dont la défense en Irlande du droit à la vie de l'enfant à naître constituait un aspect »²⁰²⁷. « Les restrictions incriminées en l'espèce [...] sont basées sur des valeurs morales profondes concernant la nature de la vie »²⁰²⁸. Un juste équilibre doit donc être ménagé entre le droit des requérantes au respect de leur vie privée et « les valeurs morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie et, par conséquent, la nécessité de protéger la vie de l'enfant à naître »²⁰²⁹. La confusion règne ainsi dès le choix des fondements, ce qui témoigne bien de l'embarras dans lequel se trouve le juge. Il ne s'agit pas exactement des « droits » du fœtus mais des convictions morales du peuple irlandais sur l'existence et la nature de ces droits, convictions dont la Cour entend reconnaître l'importance sans pour autant les faire siennes.

1123. Fonder sur le relativisme moral un jugement qui touche aussi directement à la notion de dignité humaine est bien entendu périlleux. C'est pourquoi la Cour insiste fortement sur la gravité et la complexité de la situation, ainsi que sur l'importance qu'elle représente dans la conscience nationale en question. « On ne saurait douter de l'extrême sensibilité des questions morales et éthiques soulevées par la question de l'avortement ni de l'importance de l'intérêt général en jeu »²⁰³⁰. La Cour cite ensuite l'arrêt *Vo*, pour souligner à nouveau l'impossibilité d'adopter une décision catégorique sur une base scientifique établie en la matière. Enfin, elle observe : « Les droits revendiqués au nom du fœtus et ceux de la future mère étant inextricablement liés [...], dès lors qu'on accorde aux Etats une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, il faut nécessairement leur laisser aussi une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte. Il s'ensuit que, même si l'examen des législations nationales semble indiquer que la plupart des Etats contractants ont résolu le conflit entre les différents droits et intérêts en jeu dans le sens d'un élargissement des conditions d'accès à l'avortement, la Cour ne saurait considérer ce consensus comme un facteur décisif pour l'examen du point de savoir si l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être en Irlande a permis de ménager un juste équilibre entre les droits et intérêts en présence, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention »²⁰³¹. On en revient ainsi aux droits de l'enfant à naître, sans mention des convictions morales à leur sujet. Les circonvolutions rhétoriques employées témoignent de la difficulté devant laquelle se trouve placé le juge européen. C'est bien parce qu'il n'entend pas décider qu'il renvoie l'ensemble de la question à la marge d'appréciation des États.

2026 CEDH (Plén.), 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, req. n° 14234/88 et 14235/88 : *Ann. fr. dr. int.* 1992, 629, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1993, 751, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RTDH* 1993, 345, obs. RIGAUX.

2027 CEDH (Gr. Ch.), 16 déc. 2010, *A., B. et C. c. Irlande*, req. n° 25579/05, préc., §222.

2028 *Ibid.*, §226.

2029 *Ibid.*, §230.

2030 *Ibid.*, §233.

2031 *Ibid.*, §237.

1124. Dire que le juge n'estime pas opportun de décider lui-même ne signifie pas nécessairement que toute décision est impossible, mais seulement qu'il considère la question comme trop incertaine pour être tranchée par lui. Que le doute concerne l'établissement d'un pronostic incertain, l'interprétation d'un droit ambigu ou l'appréciation de l'équilibre entre des intérêts incommensurables, il produit des effets qui peuvent être plus ou moins intenses en fonction de la question posée et de la position de son destinataire²⁰³². Autrement dit, le juge apprécie toujours la possibilité de décider à la lumière de la conception qu'il se fait de sa propre compétence : même à considérer une question comme complexe, il lui reste encore à fixer où se trouve le seuil de complexité au-delà duquel il ne lui appartient plus de se prononcer. Le juge choisit « de laisser subsister ou non l'incertitude normative »²⁰³³. C'est ainsi que peuvent s'entendre, dans le prolongement de la logique du contrôle de proportionnalité, le raisonnement consensuel et l'argument tiré de la plus grande légitimité démocratique des décideurs nationaux. **Relève de la discrétion de l'autorité initialement compétente ce qui est moins décidable par le juge que par elle et seulement cela.**

1125. L'arrêt *S.A.S. c. France*²⁰³⁴ en fournit une illustration notable en ce qui concerne l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public. Après avoir reconnu que la protection du « vivre ensemble » pouvait constituer un but légitime justifiant une restriction des droits garantis par les articles 8 et 9 de la Convention, la Cour s'interroge sur la proportionnalité de cette atteinte. Elle reconnaît la présence de critiques légitimes à l'encontre de la législation en cause, en particulier le fait qu'une interdiction générale peut paraître excessive ainsi que la crainte liée aux propos islamophobes qui ont entouré l'adoption de la loi²⁰³⁵. Elle relève toutefois, inversement, que l'incrimination ne vise pas une manifestation de la religion en tant que telle, qu'elle peut s'appliquer à d'autres comportements et que les peines encourues sont très modérées²⁰³⁶. Ces éléments ne permettant pas de trancher, une sous-conclusion est que la décision d'incriminer ou non la dissimulation du visage constitue en fait un choix entre deux conceptions du pluralisme. L'une est davantage attachée à la liberté d'exprimer son identité culturelle et religieuse ; la seconde insiste sur l'idée que l'espace public est un lieu où chacun doit accepter de voir et reconnaître ses semblables et d'être vu et reconnu par eux. Or précisément, cette option constitue pour la Cour un « *choix de société* », un jugement de valeur qui échappe au domaine de son contrôle. Dans ces conditions et à défaut de consensus européen, il y a lieu de reconnaître à l'État « *une ample marge d'appréciation* », car « *lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national* »²⁰³⁷. Même si, à partir de ce point, c'est la discrétion des autorités nationales qui l'emporte, le raisonnement mené par le juge lui

2032 V. à titre général *supra*, Titre I, Chapitre 1.

2033 P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 397.

2034 CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juil. 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11 : D. 2014, p. 1451 ; *ibid.* p. 1701, chron. CHASSANG ; *JCP G.* 2014, n° 826, obs. SURREL ; *ibid.* n° 974, note LEVADE ; *RSC* 2014, p. 626, obs. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2014, p. 620, obs. HAUSER.

2035 *Ibid.*, §§147-149.

2036 *Ibid.*, §§151-152.

2037 *Ibid.*, §§154-156.

permet de préciser la question, de définir ce sur quoi porte son doute et, par cela même, de délimiter le champ de sa propre non-intervention. Les questions préalables telles que la neutralité religieuse de l'incrimination, la relative clémence des peines prévues ou l'interprétation du vivre-ensemble comme relevant des « *droits et libertés d'autrui* » constituent autant d'éléments que la Cour s'estime compétente pour apprécier et qui pourraient, dans une autre espèce, la mener à écarter la marge d'appréciation de l'État concerné.

1126. Enfin, il est également possible d'interpréter en termes de décidabilité la considération dont témoigne la jurisprudence de la Cour envers les systèmes de procédure nationaux et la question du choix de la peine. La formule employée dans le domaine des procédures pénales *in absentia* paraît éclairer une partie importante de la jurisprudence à cet égard : « *La Convention laisse aux États contractants une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leurs systèmes judiciaires de répondre aux exigences de l'article 6* », mais il appartient à la Cour « *de rechercher si le résultat voulu par [la Convention] se trouve atteint* »²⁰³⁸. Cette liberté de mise en œuvre va de pair avec une interprétation globale du droit à un procès équitable. La Cour estime ainsi que même si ce droit « *ne souffre certes aucune dérogation* », « *la définition de cette notion [de procès équitable] ne saurait être soumise à une règle unique et invariable mais est au contraire fonction des circonstances propres à chaque affaire.* »²⁰³⁹ Il convient donc d'apprécier « *l'équité globale d'un procès* » en prenant en compte, « *s'il y a lieu, les droits minimaux énumérés à l'article 6 § 3 [...]. Ces droits minimaux ne sont toutefois pas des fins en soi : leur but intrinsèque est toujours de contribuer à préserver l'équité de la procédure pénale dans son ensemble.* »²⁰⁴⁰ Une telle approche évite en principe à la Cour de trop s'exposer aux critiques qui lui prêteraient l'intention d'imposer arbitrairement un modèle procédural commun à l'ensemble des États parties. Elle lui permet normalement de continuer à exercer son contrôle, tout en reconnaissant la présence, au sein de chaque système juridique concerné, de spécificités dans lesquelles il ne lui revient pas de s'immiscer. Il en va de même et à plus forte raison en matière de choix de la peine, domaine dans lequel la Cour fait preuve d'une extrême retenue.

2038 CEDH (2^e s.), 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*, req. n° 20491/92, §55. V. également CEDH (Gr. ch.), 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00, §83 : AJDA 2005, p. 541, obs. FLAUSS ; JDI 2005, p. 483, note BACHELET. V. déjà, concernant le droit d'accès à un tribunal en matière civile : CEDH (Ch.), 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, §26 : RUDH 1990, 127, obs. CALLEWAERT, DEJEANT-PONS et SANSONETIS ; Cah. dr. eur. 1980, 470, obs. COHEN-JONATHAN ; Ann. fr. dr. int. 1980, 323, obs. PELLOUX ; JDI 1982, 511, obs. ROLLAND : « *L'article 6 par. 1, s'il garantit aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à leurs "droits et obligations de caractère civil", laisse à l'État le choix des moyens à employer à cette fin. [...] Quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la Cour de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer ; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice selon des modalités non contraires à l'article 6 par. 1* ».

2039 CEDH (Gr. ch.), 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, req. n° 15809/02 et 25624/02, §53 : Dr. pénal 2008, Chron. 3, obs. DREYER ; JCP G. 2008, I, 110, n° 6, obs. SUDRE ; RTDH 2009, p. 763, obs. SAVONET.

2040 CEDH (Gr. Ch.), 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, §251 : JCP G. 2016, n° 39, p. 1753, obs. MILANO ; *ibid.*, Chron. 45, obs. ROBERT, CLAVERIE-ROUSSET, DETRAZ et PERRIER ; *ibid.*, 2017, Chron. 1, obs. SUDRE ; Gaz. Pal. 2016, n° 34, p. 38, obs. BERLAUD ; *ibid.*, n° 39, p. 17, note MÉSA ; *ibid.*, n° 41, p. 34, note ANDRIANTSIMBAZOVINA ; RSC 2017, p. 130, chron. MARGUÉNAUD ; Dr. pénal 2017, Chron. 4, obs. DREYER ; JDI 2017, p. 1065, note GODEFROY. V. déjà CEDH (Ch.), 16 déc. 1992, *Edwards c. Royaume-Uni*, req. n° 13071/87, §34 : la cour « *doit considérer le procès dans sa globalité, y compris le rôle qu'y joua la juridiction d'appel* » ; sa tâche « *consiste à rechercher si la procédure litigieuse, envisagée en bloc, revêt un caractère équitable, notamment quant au mode d'administration des preuves* ».

1127. **Conclusion du second paragraphe.** Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, la marge d'appréciation peut ainsi s'analyser comme une expression juridique du scepticisme. Le juge, placé devant une question qu'il ne s'estime pas en mesure de résoudre, reconnaît par défaut la compétence du premier décideur pour en connaître. Notons toutefois que cette présentation ne suffit pas à elle seule pour expliquer les usages pratiques qui sont faits de cette technique, ni pour en prescrire la mise en œuvre. Elle ne constitue qu'une articulation entre diverses théories substantielles, concernant entre autres les sources de légitimité des autorités compétentes, le degré de connaissance requis pour fonder une décision ou encore la portée normative des principes en présence et les méthodes d'interprétation qui leur sont adaptées. En revanche, elle peut servir d'instrument analytique et critique, soit pour éclairer le sens des décisions qui reconnaissent ou écartent le pouvoir discrétionnaire de l'autorité contrôlée, soit pour vérifier leur conformité aux principes sur lesquelles elles se fondent.

1128. **Conclusion de la première section.** Il se confirme ainsi que si la notion de marge d'appréciation entretient des liens profonds avec le contrôle de proportionnalité, elle ne peut pour autant pas être considérée comme un simple accessoire de ce contrôle. Au contraire, c'est lorsque le contrôle de proportionnalité fait défaut, lorsqu'il ne peut entièrement satisfaire aux besoins du jugement, que l'on revient au pouvoir discrétionnaire et que la marge d'appréciation est appelée à intervenir. Cette limitation peut toutefois être très étendue dans les matières les plus affectées par l'incommensurabilité. Si la marge d'appréciation intervient pour répondre aux cas les plus difficiles, cela signifie également qu'elle peut intervenir dans des cas très graves. Le scepticisme du juge risque donc de se muer en défaitisme à l'égard de la garantie des droits et il importe alors de redoubler de prudence et de diligence avant d'en venir à cette solution par défaut.

1129. En toute hypothèse, la définition du champ du contrôle reste entre les mains du juge. C'est à lui qu'il revient de déterminer jusqu'où sa compétence lui permet de décider, de connaître du fond et à partir d'où, au contraire, il doit restituer ce pouvoir de décision à l'autorité compétente en principe. Or le renvoi au pouvoir discrétionnaire, s'il peut passer pour un acte neutre d'un point de vue formel, emporte bien un effet substantiel : la reconnaissance de la licéité de la mesure litigieuse. L'autorité publique concernée est bien sûr libre de ne pas réprimer, mais dans la majorité des cas, la contestation est justement née de l'exercice de la répression. L'application de la notion de marge d'appréciation emporte donc bien souvent une conclusion favorable à l'action répressive. Cette mécanique d'apparence banale est porteuse d'un sens important : le simple doute du juge ou l'absence d'approbation expresse de sa part ne peut suffire à remettre en cause le principe de la répression pénale. Cette dernière constitue, à cet égard, un moyen d'action comme un autre pour l'autorité publique compétente.

Section 2. La présomption de nécessité de la répression

1130. Il n'y a rien de choquant, en principe, à ce que le juge qui ne s'estime pas compétent pour établir un jugement de valeur en laisse l'appréciation à l'autorité compétente au premier chef. Force est d'admettre en revanche que cette mécanique occupe une place particulièrement importante en droit pénal, notamment mais non exclusivement en ce qui concerne les sanctions. En témoigne l'adoption en matière de peines d'un contrôle minimal et négatif basé sur l'absence de disproportion manifeste, tant par le Conseil constitutionnel²⁰⁴¹ que par la Cour européenne des droits de l'homme²⁰⁴². Cette timidité juridictionnelle peut se comprendre d'un point de vue pragmatique. Ainsi qu'il a été soutenu précédemment²⁰⁴³, la proportionnalité des peines est soumise à une forme d'incommensurabilité qui non seulement lui est spécifiquement et intrinsèquement liée, mais qui est en outre très profonde.

1131. Se pose toutefois un problème plus vaste, qui est celui de la portée de cette incommensurabilité. S'il est quasiment impossible de s'assurer que la peine édictée ou prononcée est proportionnée, cela ne fait-il pas purement et simplement obstacle à ce qu'elle puisse être considérée comme juste ? Si nous ne sommes en mesure ni d'établir l'existence d'un lien rationnel satisfaisant entre la gravité de l'infraction et la souffrance infligée par la sanction, ni de nous assurer que la sévérité contribue réellement à la prévention de nouveaux délits, comment affirmer que la peine est « *strictement et évidemment nécessaire* », ainsi que l'exige la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? Par extension, puisque le droit pénal se définit par référence à la peine²⁰⁴⁴, comment assurer la nécessité d'une incrimination, dès lors que son application peut mener à prononcer des sanctions dont la proportionnalité ne peut être assurée ? Comment justifier l'usage de la coercition dans le cadre des procédures pénales, qui ne sont étymologiquement qu'un « cheminement vers la peine » ?

1132. Bien entendu, ces questions ne sont pas nouvelles. Marc Ancel remarquait déjà que « dans une philosophie pénale humaniste on pourra[it] dénier à la Société [...] le droit d'imposer à l'individu, même délinquant, une peine, c'est-à-dire une souffrance. »²⁰⁴⁵ Sur ce point, l'école de la défense sociale nouvelle rejoint le mouvement abolitionniste : « Nous n'aimons pas cette activité [du châtement], parce qu'il existe une grave dissonance entre le fait de causer volontairement de la

2041 Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, §62 : D. 1982, p. 441, note DEKEUWER ; AJDA 1981, p. 275, note RIVERO ; RDP 1981, n° 1, note PHILIP. ; D. 1981, p. 101, note PRADEL.

2042 CEDH, 17 janv. 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, spéc. §89 : D. 2012, p. 1294, chron. CÉRÉ, HERZOG-EVANS et PÉCHILLON ; JCP G. 2012, n° 1531, chron. SUDRE. Comp. Conclusions reprises par CEDH (Gr. ch.), 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, §102 : D., 2013, p. 1748, obs. LÉNA ; *ibid.*, p. 2081, note RENUCCI ; *ibid.*, 2014, Pan. 1235, obs. CÉRÉ ; AJ Pénal, 2013, p. 494, obs. VAN ZYL SMIT ; RSC, 2013, p. 625, note PONCELA ; *ibid.*, p. 649, obs. ROETS ; JCP G., 2013, n° 918, obs. SUDRE ; Dr. pénal, 2013, n° 165, obs. BONIS-GARÇON.

2043 V. à titre général *supra*, Titre I, Chapitre 2.

2044 V. E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 1 : « Le droit pénal peut être présenté comme la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique - la peine - est prononcée [...]. »

2045 M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 3^e éd., Cujas, coll. « Publications du Centre d'études de défense sociale », 1981, p. 271.

souffrance et les autres activités élémentaires qui s'exercent dans notre société. »²⁰⁴⁶ « Si notre mauvaise conscience nous pose la moindre difficulté pour justifier le châtement, alors il y a lieu de poursuivre et de cultiver une politique de la mauvaise conscience qui rendra tout aussi difficile à justifier l'existence des prisons. »²⁰⁴⁷ Ce qui change, ici, tient à ce que la proportionnalité de la peine est supposée faire l'objet d'une motivation et d'un contrôle, donc d'opérations de connaissance de la part des juges, d'un raisonnement qui se voudrait objectif et fondé sur des considérations concrètes quant à l'efficacité réelle de l'acte répressif à adopter. Il ne suffit pas, pour résoudre le problème, de rappeler que la Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle restreint sur cette motivation. Les articles 130-1 et 132-1 du Code pénal imposent au juge de s'interroger sur la question. Autrement dit, le problème de la justification de la peine constitue désormais une question de droit positif qui intervient directement au niveau des affaires individuelles.

1133. Or, dans le même temps, les sources du principe de proportionnalité admettent elles-mêmes à titre général que la répression pénale est justifiée dans son principe. La Convention européenne des droits de l'homme n'énonce pas d'exigence semblable à celle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'article 5 prévoit que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* », mais que chacun peut être privé de cette liberté s'il « *est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* », sans exiger de condition de nécessité ou de proportionnalité. Autrement dit, il n'est pas requis que soit démontrée la nécessité de la peine, dès lors qu'elle est légale et prononcée par un tribunal au terme d'un procès équitable. De même la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, bien qu'elle exige que les peines soient « *strictement et évidemment nécessaires* », prévoit aussi expressément des cas où la répression est requise. L'article 7 dispose ainsi que « *ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis* » et l'article 9 que « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* » (nous soulignons). Enfin l'article 132-59 du Code pénal ne permet au juge d'accorder la dispense de peine que « *lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé.* »

1134. Le droit positif semble ainsi imposer au juge, simultanément, de s'interroger sur la proportionnalité de la peine qu'il prononce et de présumer, de manière irréfragable, que la répression pénale est bien nécessaire dans son principe et qu'il n'y a pas lieu pour lui de s'interroger sur cette question. Cette conception trouve un écho dans la jurisprudence relative aux droits fondamentaux. Lorsqu'une question de principe se pose, les juges présumant en effet – parfois avec une grande générosité – que le droit pénal constitue au moins un outil approprié aux fins qui lui sont traditionnellement attribuées. L'avantage est que le système conserve ainsi une certaine stabilité ; l'inconvénient est que cette stabilité est sous bien des aspects celle d'un colosse aux pieds d'argile.

2046 N. CHRISTIE, *Limits to Pain*, Universitetsforlaget, Martin Robertson, 1981, p. 18-19 : « *We do not like the activity because intentionally causing pain is in grave dissonance with other basic activities in our society.* »

2047 V. RUGGIERO, *Penal Abolitionism*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2010, p. 4 : « *And if bad conscience makes it relatively hard to justify punishment at all, a politics of bad conscience should be pursued and maintained, making it just as difficult to justify the existence of prisons.* »

Ce phénomène de présomption et de réticence à se doter d'une théorie fondatrice peut être observé sous deux formes. La première correspond aux cas où le contrôle de proportionnalité intervient, de manière exceptionnelle, en faveur de la répression plutôt qu'à son encontre. Tel est notamment le cas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'une espèce se trouve aux frontières de la légalité criminelle, mais que le comportement concerné est fondamentalement contraire aux droits garantis par la Convention. Dans ces cas, la Cour tend à estimer que la réponse pénale s'impose comme une évidence, parce qu'elle lui paraît quasiment indispensable (§1). Les États peuvent ainsi être tenus de réprimer et, réciproquement, les individus sont supposés être en mesure de s'attendre à ce que leurs actes emportent des conséquences pénales. La seconde forme de cette présomption de nécessité anime en général la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'incriminations. Il peut être amené à exercer un contrôle de proportionnalité, mais il se refuse systématiquement à interroger les fondements du droit pénal et, ce faisant, il en admet l'intervention dans un champ extrêmement large. La nécessité de la répression est alors présumée à un tel point qu'elle s'en trouve banalisée (§2).

§1. La répression indispensable à la garantie des droits

1135. La Cour européenne des droits de l'homme semble considérer comme un lieu commun que le droit pénal ait vocation à intervenir pour répondre aux violations les plus graves des droits garantis par la Convention. D'un point de vue objectif, elle considère ainsi que les obligations positives de protection des droits qui pèsent sur les États parties peuvent inclure pour certains cas l'obligation de mettre en place un système répressif effectif. La nécessité de principe du recours au droit pénal est alors considérée comme une évidence (I) : elle est affirmée sans qu'il soit nécessaire de la démontrer. À cette évidence objective s'ajoute une évidence subjective : si la nécessité de réprimer n'a pas besoin d'être démontrée spécialement, parce qu'elle est découlée de la nature même des actes concernés. Par conséquent, en présence de certains crimes fondamentalement opposés aux valeurs élémentaires défendues par la Convention, la Cour interprète de manière très favorable à la répression le principe de légalité criminelle et son corollaire exigeant que la répression soit prévisible. À ses yeux, les auteurs de tels actes ne peuvent pas ignorer qu'ils violent manifestement les droits de l'homme et s'exposent ainsi à une réponse pénale, même en présence d'ambiguïtés du droit national à cet égard au moment des faits. La répression étant évidemment nécessaire, elle est aussi évidemment prévisible (II).

I. L'évidente nécessité de la répression

1136. La Cour européenne des droits de l'homme a, dès ses arrêts *Marckx* et *Airey* de 1979, considéré que la garantie de certains droits établis par la Convention comprennent à la charge des États des obligations positives de protection²⁰⁴⁸. L'arrêt *McCann* a précisé que ces obligations pouvaient inclure celle de « mener une forme d'enquête efficace »²⁰⁴⁹ lorsqu'il est possible qu'une

2048 CEDH (Plén.), 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, §31 : CDE 1980, 473, obs. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1980, p. 317, chron. PELLOUX. CEDH (ch.), 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, §25: JDI 1982, p. 187, chron. ROLLAND ; AFDI 1980, p. 323, chron. PELLOUX.

2049 CEDH (Gr. ch.), 27 sept. 1995, *McCann c. Royaume-Uni*, req. n° 18984/91, préc., §161.

violation grave ait été commise. Tel est le cas, en particulier, « lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme »²⁰⁵⁰ ou « lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'État, de graves sévices illicites et contraires à l'article 3 »²⁰⁵¹ de la Convention.

1137. En principe, toutefois, une obligation de protéger et d'enquêter n'implique pas nécessairement une obligation de réprimer. Des mesures préventives autres que l'incrimination et l'usage de peines dissuasives peuvent s'avérer appropriées. L'enquête peut être effective même si elle débouche sur une sanction civile ou administrative. Toutefois dans bien des cas ces solutions paraissent insuffisantes à la Cour, qui a progressivement consacré de véritables obligations de réprimer, imposant aux États d'employer les moyens du droit criminel²⁰⁵². L'arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* du 26 mars 1985 était précurseur en la matière, la Cour y ayant considéré, concernant les viols subis par une enfant handicapée mentale, que la protection du droit civil était « insuffisante » et que « seule une législation criminelle [pourrait] assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine »²⁰⁵³. Toutefois aucune règle générale n'était alors dégagée et une partie des arguments avancés devant la Cour tenaient moins à la valeur particulière de la répression qu'aux difficultés que représentaient pour la requérante les contraintes d'une procédure civile.

1138. C'est l'arrêt *Osman* qui envisage réellement pour la première fois le principe d'une obligation de réprimer à titre général. Cette possibilité y est présentée comme un lieu commun : « Nul ne conteste que l'obligation de l'État à cet égard va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations »²⁰⁵⁴ (nous soulignons). Le devoir d'incriminer serait ainsi si évidemment et unanimement reconnu qu'il ne serait même pas nécessaire d'en démontrer le fondement. La considération est cependant curieuse, car l'obligation positive débattue en l'espèce ne relève pas du droit pénal *stricto sensu*. Au contraire, cette mention révèle la dimension sécuritaire sous-jacente de cette jurisprudence. La Cour note ainsi que les parties s'accordent quant au fait que « l'article 2 de la Convention puisse, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui. »²⁰⁵⁵ Le rapprochement de la logique de l'incrimination et de celle de la protection contre

2050 *Ibid.*

2051 CEDH (Ch.), 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, req. n° 24760/94, §102 : *JCP G.* 1999, I, 105, n° 12, obs. SUDRE ; *D.* 1999, Somm. 266, obs. HENNION ; *RTDH* 1999, p. 383, obs. ROSENBERG.

2052 V. à titre général H. DUMONT, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », Y. CARTUYVELS, Y. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 45-73 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », Y. CARTUYVELS, Y. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 85-106.

2053 CEDH (Ch.), 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, §§27, 7-8 : *Cah. dr. eur.* 1988, 462, obs. COHEN-JONATHAN ; *RSC* 1985, p. 629, obs. PETTITI ; *JDI* 1986, 1082, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

2054 CEDH (Gr. ch.), 28 oct. 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, n° 23452/94, préc., §115.

2055 *Ibid.*

la dangerosité des comportements d'autrui est remarquable. L'obligation positive est encore définie de manière très relative et elle semble relever du domaine de la police administrative. Elle n'est méconnue que s'il est démontré que les autorités « *savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque.* »²⁰⁵⁶

1139. À partir du début des années 2000, la Cour s'engage pleinement sur la voie des obligations positives de réprimer. Les arrêts *Calvelli et Ciglio* et *Mastromatteo* de 2002, tout en concluant à l'absence de violation de l'article 2, confirment et développent le principe. Dans le premier arrêt, la Cour considère que « *si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale* »²⁰⁵⁷. Cela signifie *a contrario* qu'une atteinte volontaire à la vie devrait en principe recevoir une réponse pénale pour que la Convention soit respectée. La Cour s'abstient toutefois de le confirmer et, comme dans l'arrêt *Osman*, la discussion de principe est complètement occultée. Le second arrêt est plus explicite. La Cour observe d'abord qu'est en question « *l'obligation d'assurer une protection générale de la société contre les agissements éventuels d'un ou de plusieurs personnes purgeant une peine d'emprisonnement pour avoir commis des crimes violents et d'en définir l'étendue* »²⁰⁵⁸. Encore une fois, cette nouvelle obligation positive qui postule la nécessité du recours au droit pénal et même à l'incarcération est simplement affirmée sans autre forme de motivation. C'est ensuite un contrôle de proportionnalité qui est effectué, à l'égard à la fois de la législation italienne en général et de la situation particulière qui a mené à la saisine. Il est notamment indiqué qu'une des « *fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société, par exemple en empêchant un criminel de récidiver et de nuire ainsi davantage.* »²⁰⁵⁹ Le « *but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement* »²⁰⁶⁰ n'est reconnu qu'à titre secondaire et sous une formulation qui évoque curieusement celle d'une clause de limitation. La Cour conclut d'ailleurs que le « *système mis en place en Italie prévoit des mesures suffisantes pour assurer la protection de la société* »²⁰⁶¹, ce qui confirme encore une fois tant l'esprit proportionnaliste du contrôle que la doctrine sécuritaire sur laquelle il repose²⁰⁶². Si l'arrêt constate l'absence de violation de la Convention, il confirme en revanche que la Cour entend désormais s'assurer que le droit pénal des États parties soit suffisamment protecteur.

2056 *Ibid.*, §116.

2057 CEDH (Gr. ch.), 17 janv. 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, req. n° 32967/96, §51 : *Europe* 2002, comm. 204, obs. DEFFAINS. V. dans le même sens CEDH (Gr. ch.), 9 avr. 2009, *Šilih c. Slovénie*, req. n° 71463/01, §194 : *JDI* 2010, p. 988, chron. DECAUX et TAVERNIER.

2058 CEDH (Gr. Ch.), 24 oct. 2002, *Mastromatteo c. Italie*, req. n° 37703/97, §69 : *JCP G.* 2003, I, 109, n° 1, obs. SUDRE.

2059 *Ibid.*, §72.

2060 *Ibid.*

2061 *Ibid.*

2062 En l'espèce, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 2. Elle a rendu plus tard un arrêt constatant une violation sur un fondement similaire : CEDH (2° s.), 15 déc. 2009, *Maiorano c. Italie*, req. n° 28634/06 : *RSC* 2010, p. 219, obs. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 2011, p. 621, note LARRALDE.

1140. Cette orientation générale de la théorie pénale de la Cour est confirmée et approfondie dans l'arrêt *M. C. c. Bulgarie*. Notons qu'en raison de l'approche *in concreto* privilégiée par la méthodologie de la Cour et de la présence de la marge nationale d'appréciation, l'obligation d'incriminer le comportement attentatoire aux droits garantis est en fait incorporée à l'exigence d'une réponse pénale effective. Autrement dit, le niveau de détail auquel l'exigence est formulée ne distingue pas entre le droit pénal substantiel et sa mise en œuvre concrète ou entre ce qui doit être intégré à la législation et ce qui peut être le fruit d'une jurisprudence interne constante. Ce qui importe, c'est le système dans son ensemble. Le principe est néanmoins clair : « *les Etats ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives* »²⁰⁶³. Un argumentaire mêlé d'interprétation consensuelle et de prise en considération des avancées scientifiques en psychologie mène immédiatement la Cour à approfondir cette obligation : « *Toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des auteurs de certains types de viol et par conséquent de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu. Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique.* »²⁰⁶⁴

1141. Le fait que l'article 8 participe au fondement de la solution est significatif. Les droits « indérogeables » ne sont pas les seuls concernés et rien ne s'oppose donc en principe à ce que le respect de l'obligation positive dégagée soit contrôlé sous le critère de la « nécessité dans une société démocratique ». La Cour reconnaît d'ailleurs, au cours de son contrôle, que « *les autorités bulgares n'avaient pas la tâche aisée puisqu'elles se trouvaient en présence de deux versions contradictoires des faits et qu'il existait peu de preuves "directes"* », mais elle estime « *que les autorités compétentes n'ont pas usé de toutes les possibilités qui s'offraient à elles pour établir les circonstances des actes dont il s'agit et n'ont pas apprécié avec suffisamment de précision la crédibilité des déclarations contradictoires recueillies* »²⁰⁶⁵. Il existait donc bien une raison légitime pouvant expliquer que la procédure n'ait pas abouti, mais cette raison était insuffisante pour justifier l'inertie dont ont fait preuve les autorités bulgares. Le contrôle de proportionnalité critique l'absence de répression ou, plus précisément, l'absence de diligence des autorités chargées d'exercer cette répression. Ce type de raisonnement est étendu par analogie au champ de l'article 4 par l'arrêt *Siliadin* du 26 juillet 2005²⁰⁶⁶, où la Cour estime qu'il y a lieu de rechercher « *si la*

2063 CEDH (1^{ère} s.), 4 déc. 2003, *M. C. c/ Bulgarie*, req. n° 39272/98, §153 : *JCP G.* 2004, I. 107, chron. SUDRE ; *RSC* 2004, p. 441, obs. MASSIAS ; *RTD Civ.* 2004, p. 364, obs. MARGUÉNAUD ; *RDP* 2004, p. 803.

2064 *Ibid.*, §166.

2065 *Ibid.*, §§176-177.

2066 CEDH (2^e s.), 26 juil. 2005, *Siliadin c. France*, req. n° 73316/01, §§89 et 112 : *AJDA* 2005, p. 1886, chron. FLAUSS ; *D.* 2006, p. 346, note ROETS ; *ibid.*, p. 1717, obs. RENUCCI ; *RSC* 2006, p. 139, obs. MASSIAS ; *ibid.*, p. 431, obs. MASSIAS ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. MARGUÉNAUD.

législation en cause et l'application qui en a été faite en l'espèce ont été défaillantes au point d'emporter violation » de la Convention²⁰⁶⁷ (nous soulignons).

1142. Observons que dans ces arrêts, la Cour s'abstient en général de critiquer directement les lacunes de la législation nationale. Elle relève le cas échéant des ambiguïtés, mais c'est un effet de cumul qui mène au constat de violation. L'insuffisance de la protection dont ont bénéficié les requérants ou leurs proches est autant due aux faiblesses du droit écrit qu'à l'application trop restrictive qui en a été faite par les autorités compétentes. Seul l'arrêt *X. et Y.* fait découler le constat de violation de l'absence d'incrimination applicable au moment des faits. La Cour revient toutefois à une solution de ce type dans l'arrêt *K.U. c. Finlande* du 2 décembre 2008, au terme d'un contrôle de proportionnalité particulièrement favorable à la répression.

1143. À l'origine de la saisine, une personne malveillante avait diffusé une fausse annonce sur un site de rencontres en divulguant certaines informations personnelles sur le requérant, alors âgé de 12 ans. La loi pénale finlandaise alors en vigueur incriminait bien une telle atteinte à la vie privée, mais elle ne permettait pas de contraindre le fournisseur d'accès à Internet à transmettre aux autorités les informations d'identification de ses usagers, ce qui avait fait échec aux poursuites en l'espèce. L'arrêt énonce que « *même si l'affaire n'atteint pas le degré de gravité de X. et Y. c. Pays-Bas, [...] elle ne doit pas être sous-estimée. L'acte litigieux était de nature pénale, et il concernait un mineur, désigné comme cible pour les pédophiles [...]. Il est évident que tant l'intérêt public que la protection des intérêts des victimes d'infractions commises contre leur bien-être physique ou psychologique commandent que soit disponible un recours permettant d'identifier l'auteur des faits [...] et de le traduire en justice, de sorte que la victime puisse obtenir une réparation pécuniaire de cette personne.* »²⁰⁶⁸ La motivation est quelque peu ambiguë, car la Cour parle de « *réparation pécuniaire* », ce qui pourrait suggérer qu'une solution de droit civil paraîtrait suffisante, mais elle se fonde spécifiquement sur la gravité de l'acte en question, sur sa « *nature pénale* » et sur « *l'intérêt public* ». De plus c'est bien à l'activité de la police et aux nécessités des poursuites qu'elle se réfère tout au long de son examen de la cause. Or « *l'évidence* » ainsi martelée est-elle si manifeste que cela ? La gravité des faits ne doit pas être minimisée, mais elle paraît difficilement comparable à celle d'un viol, d'un meurtre ou de la réduction d'une personne en esclavage et l'interventionnisme de la Cour en la matière peut surprendre. En outre, l'argument selon lequel « *les faits datent de 1999, c'est-à-dire d'un moment où il était bien connu qu'Internet, précisément en raison de son caractère anonyme, pouvait être utilisé à des fins criminelles* »²⁰⁶⁹ paraît particulièrement douteux. La Cour se réfère à la Convention sur la cybercriminalité, qui, ouverte à la signature deux ans après les faits, ne comprenait aucune stipulation évoquant le harcèlement en ligne. Elle semble exiger rétrospectivement du législateur finlandais un esprit d'initiative exceptionnel.

1144. Le raisonnement est donc déjà critiquable, mais c'est la dernière partie qui est la plus remarquable en ce qui concerne la présente étude. La Cour énonce : « *Même si la liberté d'expression et la confidentialité des communications sont des préoccupations primordiales et si les*

2067 *Ibid.*, §130.

2068 CEDH (4^e s.), 2 déc. 2008, *K.U. c. Finlande*, req. n° 2872/02, §§45, 47 : *Lamy dr. de l'immatériel* 2009, n° 45, p. 59, note COSTES ; *JDI* 2009, p. 1057, note DECAUX et TAVERNIER.

2069 *Ibid.*, §24.

utilisateurs des télécommunications et des services Internet doivent avoir la garantie que leur intimité et leur liberté d'expression seront respectées, cette garantie ne peut être absolue, et elle doit parfois s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui. Sans préjudice de la question de savoir si, compte tenu de sa nature répréhensible, la conduite de la personne ayant passé l'annonce illégale sur Internet relève ou non de la protection des articles 8 et 10, le législateur aurait dû en tout cas prévoir un cadre permettant de concilier les différents intérêts à protéger dans ce contexte »²⁰⁷⁰ (nous soulignons). Le contrôle de proportionnalité devient contrefactuel. Il est établi à partir de l'hypothèse fictive où les autorités nationales auraient adopté la mesure répressive suggérée par la Cour, de manière pour elle à démontrer que ses exigences sont sensées²⁰⁷¹. Ce type de contrôle mène à une réduction considérable de la marge nationale d'appréciation qui tend à forcer la répression plutôt qu'à la tempérer. En outre il intervient dans un champ où l'incommensurabilité des valeurs paraît incontournable, car toute solution envisageable *in concreto* aurait, aux yeux de la Cour, constitué une violation. Si les juridictions nationales avaient contraint le fournisseur d'accès à communiquer les données pertinentes en l'absence de toute prévision légale, il ne fait aucun doute qu'elles auraient violé le droit au respect de la vie privée garanti à l'auteur de la fausse annonce par l'article 8 de la Convention. Pour donner de l'arrêt une interprétation cohérente, il est donc nécessaire de conclure que c'est bien le législateur qui a manqué à ses obligations. L'arrêt *K.U.* préfigure en ce sens celui rendu par la grande chambre dans l'affaire *Söderman c. Suède* le 2 décembre 2008. S'agissant d'atteintes à l'intimité de la vie privée d'une mineure commises par son beau-père, l'obligation de mener une enquête effective y est distinguée de la question de savoir « si l'État défendeur était ou non doté d'un cadre juridique adéquat au regard de ses obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention »²⁰⁷², soumise à un contrôle distinct (emphasis dans le texte). En revanche, dans cette dernière espèce, la Cour indique bien que « le droit pénal n'était pas forcément la seule voie apte à permettre à l'État défendeur de remplir ses obligations »²⁰⁷³ et s'intéresse donc subsidiairement à la protection offerte par le droit civil suédois.

1145. La jurisprudence imposant des obligations positives de réprimer marque ainsi l'adoption et le développement d'une véritable doctrine répressive de la Cour. Celle-ci a employé à plusieurs reprises le contrôle de proportionnalité dans le sens d'un renforcement du droit pénal, sans pour autant en approfondir la motivation générale. La force de l'évidence suffit en principe à fonder l'obligation de réprimer. Ce n'est que lorsque l'on s'éloigne des cas les plus graves que la nécessité de la répression peut à nouveau être interrogée et que des réponses de nature civile peuvent être considérées comme suffisantes pour assurer la garantie des droits.

1146. La jurisprudence relative à l'article 7 de la Convention semble être porteuse d'une idée voisine. Si la nécessité de la répression des actes les plus graves s'impose comme une évidence, il

2070 *Ibid.*, §49.

2071 *V. supra*, 173.

2072 CEDH (Gr. ch.), 12 nov. 2013, *Söderman c. Suède*, req. n° 5786/08, §91 : *RJPF* 2014, p.15, note PELLÉ ; *JCP G.* 2014 ; *Chron.* 3, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2014, *Chron.* 4, obs. DREYER ; *JDI* 2014, p. 992, note ISSA.

2073 *Ibid.*, §108.

est également possible de considérer que cette répression est également prévisible du point de vue des criminels concernés, qui ne peuvent pas ne pas avoir conscience des conséquences potentielles d'actions profondément contraires aux droits humains les plus fondamentaux.

II. L'évidente prévisibilité de la répression

1147. Dans plusieurs affaires, la Cour a été amenée à se prononcer sur les cas de requérants qui, ayant d'abord commis des actes particulièrement graves en qualité d'agents d'un État et avec l'abstention approbatrice de son système répressif, avaient ensuite été condamnés après un changement de régime politique ou, dans une espèce²⁰⁷⁴, en application d'une compétence universelle. L'ensemble de ces cas présentent deux points communs. D'une part, tous les actes en question constituaient des violations graves du droit à la vie et/ou du droit à ne pas être soumis à la torture, commis par les agents d'une autorité étatique. D'autre part, en raison des circonstances, aucun de ces actes ne pouvait se voir appliquer les dispositions de l'article 7, §2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui écarte l'application du principe de légalité criminelle pour le jugement et la condamnation « *d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ». La Cour a donc contrôlé au cas par cas, conformément à sa jurisprudence en la matière²⁰⁷⁵, l'existence, l'accessibilité et la prévisibilité de la loi pénale. Or, à cet égard, elle établit systématiquement un lien entre la gravité des actes concernés, leur caractère contraire aux droits les plus fondamentaux reconnus par la Convention et le droit international et le fait que les requérants ne pouvaient pas ignorer qu'ils s'exposaient ainsi au risque d'une réaction pénale, quand bien même celle-ci semblait être écartée par le droit national au moment des faits.

1148. La Cour a d'abord tenu un raisonnement de ce type dans l'arrêt *S.W. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995. Le requérant avait été condamné pour un viol commis sur la personne de sa femme, à la suite d'un revirement de jurisprudence qui abandonnait l'immunité conjugale jusqu'alors admise en cette matière. Après avoir relevé que l'évolution jurisprudentielle en question était déjà en cours au moment des faits et que la disparition de l'immunité constituait donc « *une étape raisonnablement prévisible de la loi* », la Cour ajoute : « *Le caractère par essence avilissant du viol est si manifeste qu'on ne saurait tenir le résultat des décisions de la Court of Appeal et de la Chambre des lords - d'après lesquelles le requérant pouvait être reconnu coupable de viol quelles que fussent ses relations avec la victime - pour contraires à l'objet et au but de l'article 7 (art. 7) de la Convention, qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, des condamnations ou des sanctions arbitraires [...]. De surcroît, l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du*

2074 CEDH (5^e s.), décision du 17 mars 2009, *Ould Dah c. France*, req. n° 13113/03 : *Gaz. Pal.* 2009, n° 109, p. 18, note ZARKA ; *D.* 2009, p. 1573, note RENUCCI ; *ibid.*, p. 2825, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *RIDP* 2009, p. 452, comm. DUBUY ; *JCP G.* 2009, n° 143, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2009, étude TOULLIER n° 23 ; *ibid.* 2010, chron. 3, obs. DREYER ; *RSC* 2010, p. 353, note GORGOZA ; *JDI* 2010, p. 976, note DECAUX et TAVERNIER.

2075 V. notamment CEDH (Ch.), 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88, §52 : *Ann. fr. dr. int.* 1994, 658, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1994, 790, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RSC* 1994, p. 362, obs. KOERING-JOULIN ; *RTDH* 1994, p. 144, obs. RIGAUX. CEDH (Ch.), 22 nov. 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, §35 : *AJDA* 1996, p. 445, note COSTA ; *RSC* 1996, p. 473, obs. KOERING-JOULIN. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 657-661, 665-667.

mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines. »²⁰⁷⁶ Autrement dit, le requérant ne pouvait pas raisonnablement arguer qu'il n'aurait pas eu conscience de s'exposer à la répression, non seulement parce que le droit applicable était bien prévisible, mais aussi parce que la réaction pénale relevait d'une nécessité évidente au regard de la gravité de ses actes.

1149. Ce type d'argumentaire a ensuite été développé à l'égard d'agents des autorités étatiques ayant commis des actes manifestement contraires aux droits garantis par la Convention. Une série d'arrêts et de décisions en ce sens a été initiée par les arrêts *Streletz, Kessler et Krenz* et *K.-H. W.*, du 22 mars 2001²⁰⁷⁷. Était en question, dans les deux affaires, le recours systématique et immédiat à la force meurtrière employé par les autorités de la République démocratique allemande pour réprimer les tentatives de fuite vers la République fédérale. Les requérants dans l'affaire *Streletz* comptaient parmi les principaux commanditaires de cette violence d'État, tandis que celui de l'arrêt *K.-H. W.* en était un exécutant, jeune soldat à l'époque des faits. Tous ayant été condamnés pénalement après la réunification, ils invoquaient une violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale. La Cour relève toutefois que la législation pénale de la RDA incriminait bien le meurtre sans prévoir d'exception susceptible de s'appliquer aux cas en question. Au contraire, c'était d'une pratique institutionnelle *contra legem* qu'était née l'impunité des requérants dans les deux affaires. À partir de ce constat, les deux raisonnements diffèrent.

1150. L'arrêt *Streletz* insiste sur le fait qu'une telle pratique « *qui méconnaît de manière flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'État y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de "droit" au sens de l'article 7 de la Convention* ». La Cour ajoute que « *les requérants qui, en tant que dirigeants de la RDA, avaient créé l'apparence de légalité émanant de l'ordre juridique de la RDA, puis ont mis en place ou poursuivi une pratique méconnaissant de manière flagrante les principes mêmes de cet ordre, ne sauraient se prévaloir de la protection de l'article 7 § 1 de la Convention. Raisonner autrement serait méconnaître l'objet et le but de cette disposition, qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires* »²⁰⁷⁸. La position personnelle des requérants justifie donc une interprétation particulière du principe de légalité : de manière générale, il ne doit pas être instrumentalisé pour permettre à un responsable politique d'organiser sa propre impunité au mépris des droits les plus fondamentaux qui soient.

1151. Une telle explication n'est pas suffisante pour l'arrêt *K.-H. W.*, le requérant n'ayant en rien participé à l'organisation de la pratique répressive en question. La Cour relève au contraire qu'il

2076 CEDH (ch.), 22 nov. 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, §43-44 : *AJDA* 1996, p. 445, note COSTA ; *RSC* 1996, p. 473, obs. KOERING-JOULIN.

2077 CEDH (Gr. ch.), 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98 : *RTDH* 2001, 1109, obs. Tavernier ; *RSC* 2001, p. 639, obs. MASSIAS ; *JDI* 2001, 278, obs. GUILLOT. CEDH (Gr. ch.), 22 mars 2001, *K.-H. W. c. Allemagne*, req. n° 37201/97 (en anglais uniquement) : *AJDA* 2001, p. 1060, chron. FLAUSS ; *RSC* 2001, p. 639, obs. MASSIAS.

2078 CEDH (Gr. ch.), 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, préc., §§87-88.

était encore une jeune recrue et qu'en cette qualité, il avait été soumis à l'endoctrinement de la *Nationale Volksarmee* et vivait sous la menace permanente d'une enquête militaire²⁰⁷⁹. Elle exerce alors un contrôle approfondi visant à déterminer « *dans quelle mesure le requérant, en tant que soldat, savait ou aurait dû savoir qu'ouvrir le feu sur des personnes qui voulaient simplement passer la frontière constituait un crime d'après le droit de la RDA* »²⁰⁸⁰ (nous soulignons). Observons ici le renversement : il ne s'agit plus de vérifier que la condamnation était suffisamment prévisible, mais qu'elle n'était pas absolument imprévisible. Les arguments avancés confirment l'attitude très réprobatrice de la Cour envers le requérant, au coût de quelques raccourcis rhétoriques. Ainsi « *tous les citoyens de RDA connaissaient [...] la nature du régime appliqué aux frontières* ». Le requérant « *savait donc ou aurait dû savoir qu'un engagement pour une période de trois ans au service de l'armée revenait pour lui à donner son allégeance au régime en place et impliquait la possibilité de se voir attribuer un poste à la frontière, où il courrait le risque d'avoir à tirer sur des fugitifs* » (nous soulignons)²⁰⁸¹. « *La Cour estime que même un soldat ne pouvait faire preuve d'une obéissance totale et aveugle envers des ordres qui enfreignaient non seulement les principes juridiques de la RDA elle-même mais aussi les droits de l'homme internationalement reconnus [...]. Même si le requérant était dans une situation particulièrement difficile sur le terrain, de tels ordres ne pouvaient justifier d'ouvrir le feu sur des personnes désarmées qui essayaient seulement de quitter le pays.* »²⁰⁸² C'est une conception sévère de la responsabilité pénale qui est mise en mouvement, vraisemblablement fondée sur l'*actio libera in causa*. En s'engageant volontairement, le requérant a accepté l'éventualité de la situation de contrainte dans laquelle il s'est ensuite trouvé. Surtout, la Cour lui reproche soit d'avoir sciemment violé les standards internationaux de protection des droits de l'homme, soit de n'avoir simplement pas pris la peine d'en prendre connaissance. Certes, il y a peut-être une certaine ironie de l'histoire lorsqu'une telle critique concerne le cas d'un jeune homme ayant vécu sous un régime autoritaire protégé par l'Union soviétique. En tout état de cause, c'est bien le fait que son crime a violé les valeurs fondamentales des droits de l'homme qui mène la Cour à présumer qu'il ne pouvait pas ne pas avoir conscience de la gravité de ses actes et, partant, de leur illégalité manifeste.

1152. Le raisonnement est conclu par un double contrôle de proportionnalité. D'abord, concernant le requérant, l'état de contrainte liée à son statut d'alors ne saurait justifier les graves violations des

2079 CEDH (Gr. ch.), 22 mars 2001, *K.-H. W. c. Allemagne*, req. n° 37201/97, préc., §71.

2080 *Ibid.*, §72.

2081 *Ibid.*, §74 : « *Moreover, he had voluntarily enlisted for a three-year period in the NVA. Every citizen of the GDR knew the State's restrictive policy on the freedom of movement, the nature of the border-policing regime, the desire of the majority of its people to be allowed to go abroad and the fact that a number of them, known as "fugitives from the Republic" (Republikflüchtlinge), attempted by all available means to do so. The applicant therefore knew or should have known that enlisting for a three-year period of military service amounted to giving his allegiance to the regime in power and entailed the possibility of being posted to the border, where he would run the risk of being obliged to fire on unarmed fugitives.* »

2082 *Ibid.*, §§75-76 : « *Furthermore, the Court takes the view that even a private soldier could not show total, blind obedience to orders which flagrantly infringed not only the GDR's own legal principles but also internationally recognised human rights, in particular the right to life, which is the supreme value in the hierarchy of human rights.*

Even though the applicant was in a particularly difficult situation on the spot, in view of the political context in the GDR at the material time, such orders could not justify firing on unarmed persons who were merely trying to leave the country. »

droits de l'homme commises par lui. La Cour approuve en ce sens les juridictions allemandes d'avoir considéré que « *“dans les circonstances de la cause, le meurtre d'un fugitif désarmé par un tir soutenu constituait un acte si épouvantable, injustifiable sous tous rapports, qu'il aurait dû être immédiatement et manifestement apparent même aux yeux d'une personne endoctrinée qu'il y avait là une violation du principe de proportionnalité et de l'interdiction fondamentale d'ôter la vie à autrui”* »²⁰⁸³. Le contrôle de proportionnalité porte alors non pas sur la répression, mais sur le comportement du requérant et permet précisément de justifier l'atteinte à ses droits. Ensuite, la Cour relève que lors du choix de la peine, « *les juridictions allemandes ont dûment pris en compte la différence de responsabilité entre les anciens dirigeants de la RDA et le requérant en condamnant les premiers à des peines d'emprisonnement, tandis que le requérant a été soumis à une peine assortie d'un sursis probatoire* »²⁰⁸⁴. Le respect de la proportionnalité-mesure, relevé par le juge européen de manière superfétatoire, sert d'argument pour considérer que la répression était bien justifiée en l'espèce. Notons qu'ici, les systèmes argumentaires normalement liés à la marge d'appréciation sont absents, le droit garanti étant en principe absolu. Les faits sont anciens, certains éléments tiennent aux conditions de vie et d'information de la population sous un régime dissous et les enjeux politiques de la réunification nationale sont directement concernés. La Cour se prononce néanmoins directement sur le fond et sur la situation particulière du requérant, y compris en ce qui concerne son *for* intérieur, plutôt que de n'examiner que le système juridique et les pratiques qui lui sont liées. Elle ne se contente pas de reconnaître que la condamnation a eu lieu dans un cadre juridique approprié, elle approuve activement le raisonnement des juridictions nationales en l'espèce.

1153. Des observations similaires peuvent être émises à l'égard de la décision *Ould Dah c. France* du 17 mars 2009 qui, bien qu'elle déclare la requête manifestement irrecevable, le fait au terme d'un examen détaillé au fond²⁰⁸⁵. Le requérant était un officier mauritanien auquel étaient reprochés des actes de torture commis au cours d'affrontements interethniques entre 1990 et 1991. Il fut arrêté, poursuivi et condamné en France en application de la compétence universelle prévue aux articles 689-1 et 689-2 du Code de procédure pénale, en dépit de l'adoption par le législateur mauritanien d'une loi d'amnistie. À nouveau, la Cour semble exercer un contrôle de proportionnalité inversé, exposant longuement les raisons pour lesquelles elle estime nécessaire de limiter la portée du principe de légalité invoqué par le requérant et en particulier d'écarter l'application de la loi d'amnistie mauritanienne. La décision, citant de nombreux éléments de droit international et comparé, insiste sur « *l'impérieuse nécessité de l'interdiction de la torture et de la poursuite éventuelle des personnes qui enfreignent cette règle universelle* ». Cette règle serait vidée de sa substance si la loi de l'État du *for* était écartée « *au profit de décisions ou de lois de*

2083 *Ibid.*, §80 : « *The Court notes that the German courts examined in detail the extenuating circumstances in the applicant's favour before giving the following ruling: “The decisive factor is that the killing of an unarmed fugitive by sustained fire was, in the circumstances of the case, such a dreadful act, not justifiable by any defence whatsoever, that it must have been immediately apparent and obvious even to an indoctrinated person that it breached the proportionality principle and the elementary prohibition on the taking of human life”.* »

2084 *Ibid.*, §81 : « *Moreover, in passing sentence, the German courts duly took account of the differences in responsibility between the former leaders of the GDR and the applicant by sentencing the former to terms of imprisonment, whereas the applicant in the present case was given a suspended sentence subject to probation.* »

2085 CEDH (5^e s.), décision du 17 mars 2009, *Ould Dah c. France*, req. n° 13113/03, préc.

circonstance adoptées par l'État du lieu des infractions, agissant pour protéger ses propres ressortissants ou, le cas échéant, sous l'influence directe ou indirecte des auteurs de ces infractions, en vue de les disculper ». On retrouve ainsi la même logique qui fonde les obligations positives d'incriminer : la garantie du droit à ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants exige des États parties à la Convention, lorsqu'il y a lieu, qu'ils répriment de tels comportements de manière effective. La Cour va même plus loin puisque son contrôle porte jusque sur les justifications de la loi d'amnistie mauritanienne. Elle cherche alors à déterminer si cette loi vise un but légitime et si elle établit bien un juste équilibre entre les intérêts concurrents de la réconciliation nationale et de l'effectivité de la répression de la torture. « *Certes, d'une manière générale, on ne saurait exclure la possibilité d'un conflit entre, d'une part, la nécessité de poursuivre les crimes commis et, d'autre part, la volonté de réconciliation du corps social d'un pays. En tout état de cause, aucun processus de réconciliation de ce type n'a été mis en place en Mauritanie. Cependant, comme la Cour l'a déjà relevé, l'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. On ne saurait dès lors remettre en cause l'obligation de poursuivre de tels faits en accordant l'impunité à son auteur par l'adoption d'une loi d'amnistie susceptible d'être qualifiée d'abusives au regard du droit international.* » À nouveau, la nécessité de réprimer est considérée comme évidente et n'appelle pas de démonstration particulière, mais elle permet de justifier un important tempérament au principe de légalité criminelle, voire en un sens aux limites de la compétence de la Cour. En dehors de ces circonstances exceptionnelles, elle n'aurait pas vocation à interroger de telle manière les fondements d'une loi adoptée par un État qui n'est et ne peut être ni partie à la Convention, ni le prédécesseur historique d'un État partie. Il s'agit pour elle d'assurer que la Convention n'offre pas aux auteurs d'actes contraires à ses fondements philosophiques les plus essentiels une protection qui pourrait sembler indécente.

1154. Le même esprit semble enfin animer la solution adoptée dans l'arrêt de grande chambre *Kononov c. Lettonie*, concernant la condamnation d'un requérant qui, en 1944, avait commandé, en qualité d'officier de l'armée soviétique, une opération punitive contre un village letton où un groupe de partisans rouges avaient précédemment été découverts et éliminés par l'armée allemande²⁰⁸⁶. La Cour consacre d'abord de longs développements au *jus in bello* applicable à l'époque des faits pour vérifier que les actes commis par le requérant constituaient bien des crimes de guerre susceptibles de lui être imputés personnellement²⁰⁸⁷. Elle s'intéresse ensuite à la question de la prévisibilité de la répression et reprend certains des motifs de principe de l'arrêt *K.-H. W.*, réaffirmant que « *même un simple soldat ne saurait complètement et aveuglément se référer à des ordres violant de manière flagrante non seulement les propres principes légaux de son pays, mais aussi les droits de l'homme sur le plan international et, surtout, le droit à la vie, qui est la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme* »²⁰⁸⁸. Elle observe cependant que « *le code pénal de 1926 ne renfermait aucune référence aux lois et coutumes internationales de la guerre et que ces lois et coutumes*

2086 CEDH (Gr. ch.), 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, req. n° 36376/04 : D. 2010, p. 2732, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; RSC 2010, p. 696, obs. ROETS.

2087 *Ibid.*, §§200-227.

2088 *Ibid.*, §236.

internationales n'avaient pas fait l'objet d'une publication officielle en URSS ou en RSS de Lettonie. »²⁰⁸⁹ Le raisonnement qui suit emploie alors un jeu de présomptions très sévère, similaire en bien des points à celui mis en œuvre dans l'arrêt *K.-H. W.*. D'une part, « les lois et coutumes internationales de la guerre étaient en soi suffisantes en 1944 pour fonder la responsabilité pénale individuelle du requérant. »²⁰⁹⁰ Cela ne suffit pas à démontrer l'accessibilité et la prévisibilité, mais la Cour ajoute « qu'en 1944 ces lois constituaient une *lex specialis* détaillée fixant les paramètres du comportement criminel en temps de guerre, qui s'adressait avant tout aux forces armées et, en particulier, aux commandants »²⁰⁹¹ (passage souligné en italiques dans le texte). C'est donc la qualité d'officier du requérant qui permet de considérer qu'il connaissait ou aurait dû connaître les règles du *jus in bello* en question : « Le requérant en l'espèce était sergent dans l'armée soviétique, et il était affecté au régiment de réserve de la division lettone : à l'époque des faits, il était membre d'une unité de commando et à la tête d'un peloton qui avait pour activités principales le sabotage militaire et la propagande. Étant donné sa position de commandant militaire, la Cour estime qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il apprécîât avec un soin particulier les risques que comportait l'opération »²⁰⁹². Enfin, la nature des actes commis écarte tout doute résiduel : « Eu égard au caractère manifestement illégal des mauvais traitements et de la mort infligés aux neuf villageois dans les circonstances, établies, de l'opération menée le 27 mai 1944 [...] même la réflexion la plus superficielle du requérant aurait indiqué à l'intéressé qu'à tout le moins les actes en cause risquaient d'enfreindre les lois et coutumes de la guerre telles qu'elles étaient interprétées à l'époque et, spécialement, d'être jugés constitutifs de crimes de guerre pour lesquels, en sa qualité de commandant, il pourrait voir sa responsabilité pénale individuelle engagée »²⁰⁹³. Autrement dit, la réaction pénale à venir était si évidente dans son principe qu'elle aurait dû apparaître au requérant au seul regard de la gravité des actes commis. Il ne semble pas importer à cet égard que, ainsi que la Cour le relève elle-même plus tôt dans l'arrêt, la répression des crimes de guerre au niveau individuel n'ait constitué qu'une « exception notable et instructive » avant la Seconde Guerre mondiale²⁰⁹⁴. La prévisibilité de la répression se déduit avant tout du fait que les actes en question constituaient une violation manifeste des droits de l'homme.

1155. L'évidente nécessité du système répressif s'illustre ainsi tant à travers les obligations positives de réprimer que dans le contentieux particulier de l'application de l'article 7 aux crimes qui nient les principes mêmes de la Convention. Les deux hypothèses ont pour fondement commun le postulat selon lequel le droit criminel constitue une garantie essentielle contre les plus graves atteintes qui puissent être portées aux droits fondamentaux. Son intervention est un *minimum*, elle n'est en rien exclusive d'autres modes de prévention et de résolution des conflits, mais elle n'en est pas moins indispensable au regard de la gravité des situations en question. En complément de cette affirmation, la jurisprudence relative au principe de légalité ajoute que les comportements les plus

2089 *Ibid.*, §237.

2090 *Ibid.*, §238.

2091 *Ibid.*

2092 *Ibid.*

2093 *Ibid.*

2094 *Ibid.*, §209.

hostiles à l'État de droit et aux droits de l'homme sont si intolérables que leur répression ne peut qu'être prévisible.

1156. Dans les cas étudiés jusqu'à présent, la nécessité de principe de la répression n'est présumée que pour des hypothèses extrêmes. L'arrêt *Södermann* indique ainsi que la Cour est prête à admettre dans une large mesure le recours à des solutions alternatives au droit pénal. Toutefois, même dans cet arrêt, elle le considère encore comme un instrument potentiellement adapté. Sans être impérative, la répression peut ainsi être simplement présumée utile dès lors qu'une atteinte aux droits est constatée. La jurisprudence du Conseil constitutionnel adopte cette seconde forme de présomption, mais elle lui procure une portée si générale qu'elle semble à bien des égards banaliser le droit pénal en le traitant comme un moyen ordinaire de régulation des comportements.

§2. La répression banalisée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

1157. Le minimalisme du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel étant bien connu, il peut sembler incongru de parler encore d'incommensurabilité dans ce contexte. Toutefois la question se pose inévitablement si l'on se réfère aux motifs adoptés par le Conseil lui-même. Selon ses propres termes, il entend s'assurer que le législateur ait établi entre les principes à valeur constitutionnelle « *une conciliation qui [ne soit] pas manifestement déséquilibrée* » et c'est en raison des limites de son pouvoir d'appréciation et de décision qu'il se contente généralement d'un contrôle restreint. Le lecteur qui souhaite dégager des principes directeurs de cette jurisprudence peut reconnaître là l'énoncé d'une tension entre la compétence du juge et la discrétion du législateur pour la résolution de laquelle l'incommensurabilité intervient nécessairement. En outre, force est d'admettre que les moyens matériels et humains consacrés à la recherche juridique ou de terrain au service du Conseil sont extrêmement réduits. En résumé, que l'on interprète les décisions du Conseil d'un point de vue interne ou externe, le problème du rapport entre accès à l'information et pouvoir de décision se présente nécessairement et peut expliquer – en partie – la faiblesse du contrôle exercé.

1158. Admettons donc que le Conseil s'estime mal placé pour développer une théorie du droit pénal et qu'à défaut, il laisse la voie libre au législateur. Quelles que soient ses raisons institutionnelles, cette orientation n'en est pas moins porteuse de sens. Elle définit en effet la portée d'une très large présomption de nécessité de la répression. Lorsque le Conseil affirme exercer un contrôle, tout en laissant l'essentiel de la décision à la discrétion du législateur et, le cas échéant, de l'autorité judiciaire, il indique nécessairement dans le même temps que toutes les options qui pourront être choisies par eux dans le cadre ainsi délimité seront justifiées au regard des droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil n'aborde pas les questions fondamentales, mais il prend bien position à leur égard, dans l'exercice d'une compétence qui lui est réservée – le contrôle de la constitutionnalité des lois – et par des décisions revêtues de l'autorité de la chose interprétée. C'est un silence gêné peut-être, mais ce n'en est pas moins un silence approuvateur.

1159. Or la jurisprudence du Conseil n'a jamais consacré le principe selon lequel le droit pénal ne doit constituer qu'un ultime recours. L'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du

citoyen de 1789 énonce pourtant que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* », formulation qui aurait aisément pu donner lieu à une interprétation consacrant un principe d'*ultima ratio*. Toutefois ce texte ne connaît quasiment aucune application jurisprudentielle. Les décisions qui s'y réfèrent sont rarissimes et se contentent de citer le texte sans que cela mène à un examen particulier²⁰⁹⁵. L'usage du pouvoir d'incriminer et, ce faisant, d'étendre le champ d'intervention de l'ensemble du système pénal, n'est pas soumis par principe à un mode de contrôle spécialement renforcé. Le Conseil constitutionnel le considère vraisemblablement comme un instrument parmi d'autres mis à la disposition du législateur par l'article 34 de la Constitution. En particulier, il n'existe pas dans ce domaine d'équivalent du *Harm Principle*, qui exigerait que l'emploi du droit pénal soit réservé à la protection des libertés ou, éventuellement, de l'ordre public²⁰⁹⁶. Au contraire, le Conseil considère « *qu'il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits, ainsi que des peines qui leur sont applicables* » (nous soulignons)²⁰⁹⁷. Certaines décisions vont même plus loin et affirment « *qu'il est loisible au législateur* »²⁰⁹⁸ (nous soulignons) d'établir de nouvelles infractions, même s'il lui « *incombe* » également « *d'assurer, ce faisant, la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés* » et « *de respecter le principe de la légalité des peines et le principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines et des sanctions* »²⁰⁹⁹. Il paraît difficile de banaliser davantage le pouvoir d'incriminer qu'en énonçant ainsi qu'il s'exerce littéralement à loisir.

1160. Cette banalisation s'observe également dans le contrôle de proportionnalité proprement dit. En particulier, même si ce contrôle varie légèrement en intensité en fonction de quels droits ou liberté sont limités, il ne remet jamais en cause la pertinence de principe du droit pénal pour réaliser les fins visées par le législateur. La plupart des décisions se contentent d'ailleurs de reprendre sommairement le raisonnement avancé par celui-ci et de relever l'existence d'un lien – aussi ténu soit-il – avec un principe constitutionnel. Cette tendance apparaît nettement à partir d'une décision du 8 janvier 1991 dans laquelle le Conseil relève, d'une part, que les dispositions de l'article 3 de la

2095 Cons. const., déc. n° 2000-426 DC du 30 mars 2000, *Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice*, §5 : AJDA 2000, p. 442, comm. SCHOETTL ; RDP 2000, 863, comm. LUCHAIRE. Cons. const., déc. n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, §3 : JCP G. 2010, n° 1018, note MATHIEU.

2096 V. *supra*, p. 228.

2097 Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, §12 : D. 2000, p. 113-114, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; même revue, p. 197-198, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; *Procédures* 1999, n° 12, p. 3-4, obs. J. BUISSON ; RDP 1999, n° 5, p. 1287-1292, note F. LUCHAIRE ; RFDC 1999, n° 39, p. 587-594, note S. SCIORTINO-BAYART ; LPA 1999, p. 12-16, note B. MATHIEU ; AJDA 1999, p. 694-700, note J.-E. SCHOETTL.

2098 Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, §§60 et 103 : D. 2004, p. 1273, obs. NICOT ; RSC 2003, p. 614, obs. BÜCK. V. également Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, §75 : RSC 2011, p. 227, obs. DE LAMY ; *ibid.*, p. 789, étude GRANGER ; AJCT 2011. 182, étude DREYFUS. Cons. const., déc. n° 2011-204 QPC du 9 déc. 2011, *M. Jérémy M. [Conduite après usage de stupéfiants]*, §5 : AJ pénal 2012, p. 96, obs. CÉRÉ ; *Dr. pénal* 2012, comm. 22, obs. ROBERT. Cons. const., déc. n° 2011-163 QPC du 16 sept. 2011, *M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux]*, §4 : JCP G. 2011, n° 1160, note LEPAGE ; *Dr. fam.* 2012, comm. 112, obs. BONFILS.

2099 Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, préc., §§60 et 103

loi déferée, portant interdiction de la publicité en faveur du tabac « trouvent leur fondement dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique » et, d'autre part, « que le législateur en définissant la propagande et la publicité indirectes a entendu préciser la portée de ces concepts afin d'éliminer la possibilité de faire échec à l'interdiction édictée par l'article 3 de la loi déferée ; que les précisions ainsi données apparaissent comme le corollaire des prescriptions dudit article 3 »²¹⁰⁰. Le paternalisme juridique inhérent à un tel usage de l'instrument pénal appellerait au moins quelques considérations de principe, mais la question n'est même pas évoquée. La seule intention du législateur suffit à caractériser la nécessité de son intervention²¹⁰¹.

1161. Il pourrait être argué que dans ce cas précis, le contrôle est particulièrement léger parce que le principal grief tient à une atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, laquelle ne bénéficie en tout état de cause que d'une protection minimale dans la jurisprudence du Conseil. En témoignent d'ailleurs plusieurs décisions rendues en 2010 au sujet du régime pénal des paris et des jeux de hasard²¹⁰² ainsi que celle, plus récente, sur la réglementation de l'exploitation des voitures de transport avec chauffeur²¹⁰³. Toutefois ce contrôle restreint s'applique dans un champ bien plus étendu, y compris lorsque le Conseil semble se référer à des principes aussi fondamentaux que la lutte contre la traite des êtres humains. Les deux décisions rendues sur la question du régime pénal de la prostitution sont ainsi remarquables par cet aspect. En 2003, le Conseil rappelle que, sous réserve du respect des principes constitutionnels, « il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions » avant de considérer « que le racolage public est susceptible d'entraîner des troubles pour l'ordre public, notamment pour la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques ; qu'en privant le proxénétisme de sources de profit, la répression du racolage sur la voie publique fait échec au trafic des êtres humains ; que la création par le législateur d'un délit de racolage public ne se heurte dès lors à aucune règle, ni à aucun principe de valeur constitutionnelle »²¹⁰⁴. Il ne voit pas davantage d'inconvénient à ce que soit interdit le fait « de vendre, de louer ou de tenir à la disposition, de quelque manière que ce soit, d'une ou plusieurs personnes, des véhicules de toute nature en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution », dès lors que ces dispositions « n'interdisent nullement aux personnes qui se prostituent d'acquérir un véhicule et de

2100 Cons. const., déc. n° 90-283 DC du 8 janv. 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, §§11, 15 et 21 : *AJDA* 1991, p. 382, obs. WACHSMANN ; *RFDC* 1991, 293, obs. FAVOREU ; *RDSS* 1991, 204, comm. CAYLA.

2101 V. dans le même sens Cons. const., déc. n° 2015-727 DC du 21 janv. 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, §§11 et 21 : *AJDA* 2016, p. 126 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 31, note MARINO ; *JCP S.* 2016, n° 1170, note MARIÉ ; *Constitutions* 2016, p. 125, obs. BIOY.

2102 Cons. const., déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, §§22-25 : *D.* 2010, p. 1321, note LEVADE ; *ibid.*, p. 1229, chron. FOMBEUR ; *RFDA* 2010, p. 458, note GAÏA ; *Constitutions* 2010, p. 363, obs. LE POURHIET ; *ibid.*, p. 387, obs. LEVADE ; *Rev. crit. DIP* 2011, n° 1, étude SIMON ; *RTD civ* 2010, p. 499, obs. DEUMIER. Cons. const., déc. n° 2010-55 QPC du 18 oct. 2010, *M. Rachid M. et autres [Prohibition des machines à sous]*, §§5-6 : *AJDA* 2011, p. 649, obs. LOMBARD. Cons. const., déc. n° 2010-73 QPC du 3 déc. 2010, *Société ZEturf Limited [Paris sur les courses hippiques]*, §13 : *AJDA* 2011, p. 649, obs. LOMBARD.

2103 Cons. const., déc. n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre [Voitures de transport avec chauffeur – Interdiction de la « maraude électronique » – Modalités de tarification – Obligation de retour à la base]*, §§13 et 23 : *AJDA* 2015, p. 1020 ; *D.* 2015, p. 1092, et les obs. ; *ibid.*, p. 1294, obs. KENFACK ; *JT* 2015, n° 176, p. 14, obs. DELPECH.

2104 Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, préc., §§60-61.

l'utiliser »²¹⁰⁵. En 2019, il approuve la pénalisation des clients de la prostitution, même en dehors du cas où la vulnérabilité de la personne qui se prostitue est apparente, parce que « *le législateur a entendu, en privant le proxénétisme de sources de profits, lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, activités criminelles fondées sur la contrainte et l'asservissement de l'être humain[, qu'il] a ainsi entendu assurer la sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » et qu'il « *a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées* »²¹⁰⁶. La motivation est légèrement plus abondante qu'en matière de liberté d'entreprendre, mais c'est toujours l'appréciation du législateur qui détermine réellement la nécessité de principe du recours à la répression. De plus, comme en ce qui concernait précédemment la publicité en faveur du tabac ou les paris et jeux d'argent, la question de savoir sous quelles conditions il peut être admissible de réprimer des actes librement consentis pour protéger l'une des personnes participantes n'est tout simplement pas posée, ce qui est d'autant plus problématique lorsque, comme ici, la loi incrimine le comportement de la victime ou risque de l'exposer à la précarité ou à la discrimination²¹⁰⁷.

1162. Ce rejet de tout ce qui peut s'apparenter à de la théorie générale²¹⁰⁸ intervient également dans les décisions de censure et dans celles qui font, par exception, application d'un contrôle plus sévère. Le domaine de la liberté d'expression et de communication en fournit plusieurs exemples notables. La question de la répression du négationnisme permet ainsi une comparaison intéressante. Dans trois décisions, le Conseil a rappelé à ce sujet qu'il est « *loisible* » au législateur « *d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* »²¹⁰⁹. Toutefois, deux des trois incriminations en question sont déclarées contraires à la Constitution. Dans la décision du 28 février 2012, le Conseil relève que la loi déferée « *réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide "reconnus comme tels par la loi française"* ». Il

2105 *Ibid.*, §§66-67. V. Code pénal, art. 225-10, 4°.

2106 Cons. Const., déc. n° 2018-761 QPC du 1^{er} févr. 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, préc., §§11-12.

2107 Comp. Cons. const., déc. n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, préc., §4 : « *Considérant [...] qu'il [le législateur] a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité* ».

2108 V. P. WACHSMANN, « *Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients de prostituées* », *Jus Politicum Blog*, 21 février 2019.

2109 Cons. const. 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, n° 2012-647 DC, §5 : *D. actu.*, 1^{er} mars 2012, obs. LAVRIC ; *D.* 2012, p. 987, note ROUX ; *JCP G.* 2012, n° 425, note LEVADE et MATHIEU ; *ibid.*, n° 307, *Libres propos*, note TERRÉ ; *Gaz. Pal.* 2012, 1. 808, note AMSON ; *RSC* 2012, p. 179, obs. FRANCILLON ; *ibid.*, 2013, p. 436, obs. DE LAMY ; *AJDA* 2012, p. 411, obs. GRAND ; *ibid.*, p. 1406, note MACAYA et VERPEAUX ; *Dr. pénal* 2012, Chron. 5, obs. MOUYSSSET. Cons. const., déc. n° 2015-512 QPC du 8 janv. 2016, *M. Vincent R. [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité]*, §5 : *D. actu.*, 1^{er} févr. 2016, obs. LAVRIC ; *D.* 2017, Pan. 1328, obs. JACQUINOT et VAILLANT ; *RSC* 2016, p. 81, obs. FRANCILLON ; *D.* 2016, p. 76, obs. WACHSMANN ; *ibid.*, p. 521, obs. PERRIER et RASCHEL ; *ibid.*, Pan. 2424, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *AJ Pénal* 2016, p. 205, obs. ROUX-DEMARE. Cons. const., déc. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, §192 : *AJ fam.* 2017, p. 90, obs. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2017, p. 686, note SAFI ; *ibid.*, p. 2501, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, 2018, p. 919, obs. RÉGINE ; *ibid.*, p. 1344, obs. DEBAETS et JACQUINOT ; *JA* 2017, n° 553, p. 3, édito. GUILLOIS ; *ibid.*, n° 553, p. 7, obs. BENAZETH.

estime « qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication »²¹¹⁰. La décision du 8 janvier 2016 rebondit ensuite sur cette considération pour opérer un *distinguo* : « La négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi »²¹¹¹. Le fondement exact de cette distinction n'est pas précisé, mais il peut être déduit du reste de la décision. Pour le Conseil, « la négation des crimes contre l'humanité commis durant la seconde guerre mondiale, en partie sur le territoire national, a par elle-même une portée raciste et antisémite »²¹¹², car les propos de ce type « constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme »²¹¹³. Il s'en déduit que les dispositions contestées « visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale », qu'elles « n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques » et que l'atteinte ainsi portée à la liberté d'expression « est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur. »²¹¹⁴

1163. De nombreuses étapes du raisonnement sont ici manquantes, à commencer par la plus fondamentale : la légitimité de la répression des discours racistes est sous-entendue, mais elle n'est absolument pas expliquée. De même, si l'on comprend assez intuitivement quelle peut être la différence de portée entre une loi et une décision juridictionnelle définitive, les mots « autorité de la chose jugée » sont absents. En tout état de cause, le Conseil n'explique aucunement en quoi ce critère règle à ses yeux l'épineux problème de l'association du droit criminel à l'affirmation de vérités historiques. Il en confirme pourtant le caractère déterminant dans sa décision du 26 janvier 2017. Le texte déféré incrimine la négation, la minimisation ou la banalisation outrancière de divers crimes, sans toutefois qu'il soit requis que ces actes aient fait l'objet d'une décision juridictionnelle définitive au fond. Aussi le Conseil observe que ces dispositions ont pour effet « d'imposer au juge, pour établir les éléments constitutifs de l'infraction, de se prononcer sur l'existence d'un crime dont la négation, la minoration ou la banalisation est alléguée, alors même qu'il n'est pas saisi au fond de ce crime et qu'aucune juridiction ne s'est prononcée sur les faits dénoncés comme criminels. [...] Dès lors, ces dispositions font peser une incertitude sur la licéité d'actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de débats historiques qui ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité qui s'impose s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression. »²¹¹⁵ Au-delà de la confusion entre « l'autorité de la chose jugée et la vérité de la chose jugée »²¹¹⁶, peut encore une fois être remarquée une redoutable absence de fondement théorique. Il y a bien une sorte

2110 Cons. const. 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, n° 2012-647 DC, préc., §6.

2111 Cons. const., déc. n° 2015-512 QPC du 8 janv. 2016, *M. Vincent R. [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité]*, §10.

2112 *Ibid.*

2113 *Ibid.*, §7.

2114 *Ibid.*

2115 Cons. const., déc. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, préc., §196.

2116 F. SAFI, « À la recherche d'un fondement à l'incrimination du négationnisme », *D.*, 2017, p. 686.

de contrôle de proportionnalité, mais c'est un contrôle hors-sol, fondé sur des axiomes répressifs impensés.

1164. Enfin, même en admettant d'attribuer ces flottements à une complexité politique qui affecterait particulièrement le sujet du négationnisme, d'autres extraits de la jurisprudence du Conseil confirment qu'il n'entend jamais remettre en question en principe le recours au droit pénal, y compris lorsqu'il déclare une incrimination contraire à la Constitution au terme d'un contrôle de proportionnalité. Dans les décisions des 10 février et 15 décembre 2017, le Conseil censure ainsi deux tentatives successives d'incriminer la consultation habituelle de sites faisant l'apologie du terrorisme²¹¹⁷. Ainsi qu'il a été précédemment observé²¹¹⁸, le contrôle de proportionnalité qui est alors exercé porte sur deux points. D'abord, le Conseil relève l'abondance des moyens déjà existants pour la prévention des actes terroristes et la répression de leur préparation, sans préciser exactement ce qui est ainsi démontré²¹¹⁹. L'absence de nécessité semble être une interprétation envisageable, mais elle n'est pas explicitée. Ensuite, il est reproché aux deux textes d'incriminer la consultation habituelle de sites terroristes sans exiger que soit démontrée l'intention de commettre un acte terroriste au moment de cette consultation et sans définir avec suffisamment de précision l'exception de « *bonne foi* » ou de « *motif légitime* »²¹²⁰. *A contrario*, le Conseil ne s'oppose à aucun moment, en principe, à ce que soit incriminé le simple fait de consulter une information librement accessible, en l'absence de toute manœuvre frauduleuse ou avertissement préalable. Lorsque la question est évoquée, elle est toujours indissociablement liée à celle de l'élément psychologique, avec une insistance qui laisse d'ailleurs entendre qu'il suffirait au législateur d'ajouter une précision sur ce point qu'il puisse adopter cette incrimination.

1165. Encore une fois, ce n'est pas la faible intensité du contrôle qui est ici problématique, mais c'est avant tout le fait qu'il ne porte que sur des sous-problèmes. Le Conseil semble ainsi considérer que tout comportement matériel peut faire l'objet d'une incrimination. N'entendant manifestement se prononcer sur aucune question qui touche aux fondements du système pénal, il préfère présumer que tous les usages de la répression sont en principe admissibles. Son contrôle, à supposer qu'il puisse être renforcé dans de telles conditions, risque ainsi de demeurer en tout état de cause un contrôle de périphérie, focalisé sur des points de détail superficiels.

2117 Cons. const., déc. n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]* : *JCP G.* 2017, n° 13, p. 613, comm. GORGOZA et LAMY ; *AJDA* 2017, p. 433, note GOESEL-LE BIHAN ; *D.* 2017, p. 1134, note MAYAUD ; *Dr. pénal* 2017, n° 6, p. 35, note CONTE ; *RTDH* 2017, p. 681, note GONZALES et SALES ; *RSC* 2017, p. 385, note LAMY ; *RFDC* 2017, p. 726, comm. CATELAN. Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]* : *D.* 2018, p. 87, note MAYAUD ; *JCP G.* 2018, p. 189, note GORGOZA et LAMY ; *JCP A.* 2018, n° 7, p. 38, note LATOUR ; *AJDA* 2018, p. 297, obs. GOESEL-LE BIHAN ; *Dr. pénal* 2018, n° 2 p. 36, obs. CONTE ; *AJ Pénal* 2018, p. 148, obs. PERRIER.

2118 *V. supra*, p. 248.

2119 Cons. const., déc. n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]*, préc., §§7-13. Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]*, préc., §§6-13.

2120 Cons. const., déc. n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]*, préc., §§14-16. Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]*, préc., §§14-16.

1166. **Conclusion de la seconde section.** Au premier abord, les deux orientations jurisprudentielles ici étudiées paraissent procéder de la même prémisse. L'une comme l'autre présupposent, sans qu'il soit nécessaire de le démontrer, que l'existence du système pénal est en principe justifiée et qu'il n'y a pas lieu de la remettre en cause. Cela n'exclut pas pour autant la critique et la contestation des modalités de la répression. Seulement, ses fondements généraux n'appellent aucune discussion. Pourtant chacun de ces ensembles de décisions exprime bien un positionnement général et, à cet égard, tout semble les opposer. Lorsque le juge impose à un législateur de se doter d'un système répressif pour répondre à un type d'atteintes spécifique, il renforce de ce fait, même implicitement, la conception du droit pénal comme un instrument spécial et « discontinu »²¹²¹. À défaut même de toute certitude quant à la proportionnalité des châtiments à venir, il reste au moins la solennité de la valeur expressive du pénal, sa fonction d'anathème. Cette valeur symbolique n'est toutefois préservée que dans la mesure où le juge lui-même se défend d'en faire un usage excessif. Elle perd de son sens dès que l'exceptionnel commence à devenir commun. Tel est précisément l'effet de banalisation qui découle d'une politique jurisprudentielle indécise, qui accepte toutes les rationalités pénales sans distinction. La pusillanimité du juge, en un sens, contribue à une dévalorisation de la répression, en ce double sens qu'elle perd à la fois son autorité et la force de sa connexion aux valeurs sociales fondamentales. Le fait que ces deux tendances opposées puissent coexister aux sources d'un même système juridique illustre de manière saisissante, s'il en était encore besoin, combien le droit criminel contemporain est riche en paradoxes.

2121 E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 248.

1167. **Conclusion du second chapitre.** En l'état actuel du droit, le pessimisme épistémologique paraît bien peu favorable aux libertés fondamentales. Lorsque le juge ne s'estime pas en mesure de décider, c'est un retour à la répression qui s'opère, que celle-ci procède d'une compétence discrétionnaire refoulée par le contrôle de proportionnalité ou que sa légitimité soit postulée à défaut de pouvoir être démontrée. Certes, le renvoi à la marge d'appréciation du décideur initial peut, dans quelques hypothèses, mener à ce que lui soit aussi reconnue la liberté de ne pas réprimer. C'est toutefois une bien maigre garantie, dès lors qu'en toute hypothèse, la liberté de réprimer est reconnue simultanément. Certes, les jurisprudences qui approuvent activement l'emploi du droit pénal contre les tortionnaires et les oppresseurs, voire qui l'imposent comme une évidence, visent en premier lieu à une protection des droits d'autrui qui semble au premier chef indispensable. Certes, elles affirment à cette occasion ce que le droit pénal a d'exceptionnel et de rare. Pour autant, elles ne posent pas d'obstacle de principe à l'emploi de l'instrument répressif dans d'autres domaines – tel n'est tout simplement pas leur objet. En dépit des immenses distinctions qui subsistent entre toutes les approches étudiées au présent chapitre, en dépit de leurs orientations philosophiques qui peuvent paraître diamétralement opposées, toutes partagent ainsi, au fond, un sens commun : **la résignation face à l'incommensurabilité entraîne l'acceptation de la répression.** Reste une voie alternative, brièvement évoquée au cours des présents développements. L'abolitionnisme, que l'on taxera si on le souhaite d'utopisme, de naïveté, voire d'intellectualisme bourgeois, peut contribuer à réenchanter le scepticisme en matière pénale, y réinsuffler un espoir qui ne consiste pas simplement à s'en remettre à la bienveillance des autorités répressives. Dans le cadre du contrôle juridictionnel de proportionnalité, toutefois, cette voie de réflexion semble close. « Le système pénal, parce qu'il est autopoïétique, ne semble pas pouvoir admettre ce qui viendrait modifier son sens »²¹²².

2122 M. COQUET, in C. BÉAL et L. DELIA, « Entretien avec Margaux Coquet sur l'abolition du système pénal », *Rue Descartes*, 2018, n° 93, p. 102-119.

1168. **Conclusion du second titre.** Deux thèmes communs semblent lier l'ensemble des réponses apportées par la doctrine et la jurisprudence au problème de l'incommensurabilité des valeurs. Ces thèmes sont le compromis et l'autolimitation.

1169. Il est question de compromis, parce qu'une tension demeure toujours entre la volonté de conserver le contrôle de proportionnalité et l'impossibilité de le mener jusqu'à ses dernières conclusions. Toute solution envisageable implique qu'une ou plusieurs des promesses de la doctrine de la proportionnalité se trouvent irréalisées, car elles ne peuvent pas être toutes satisfaites dans le cadre d'une activité juridictionnelle réelle. Lorsque Dworkin entend décrire un contrôle juridictionnel idéal, il l'associe d'ailleurs à la figure d'un demi-dieu accomplissant avec succès des tâches fantasmagoriques. Dès lors, si l'on n'entend pas abandonner purement et simplement le modèle proposé, une série de choix doivent être opérés. La discrétion du juge est-elle préférable à celle du décideur initial ? Dans quelle mesure est-il possible et souhaitable de traduire par des règles générales un contrôle supposément casuistique ? À partir de quel point les décisions contrôlées peuvent-elles être considérées comme purement opérationnelles ou purement dogmatiques ?

1170. Ces interrogations appellent elles-mêmes des réponses concrètes déterminées au regard des circonstances de chaque cause. Dans le même temps, elles ne peuvent être appréhendées qu'à partir de certains présupposés concernant les fondements et la portée de principe du contrôle juridictionnel. Des techniques telles que le renvoi à la marge d'appréciation, l'élaboration de règles jurisprudentielles d'orientation du contrôle ou la substitution de l'appréciation du juge à celle du décideur initial, lorsqu'elles sont adoptées au regard d'un cas d'espèce, indiquent aussi quel pouvoir le juge entend exercer sur l'évaluation de l'opportunité d'une décision. Les *sentencing guidelines* adoptées par un organe non juridictionnel constituent à cet égard une quasi-exception. Le législateur se saisit alors directement de ces questions. Il le fait toutefois sous le contrôle du juge de la constitutionnalité des lois, auquel il incombe de mettre fin aux atteintes excessives au pouvoir d'individualisation du juge pénal²¹²³. En définitive, il revient ainsi toujours à un juge d'apprécier la bonne répartition des pouvoirs de décision et de contrôle.

1171. En ce sens, la façon dont le juge apprécie l'incommensurabilité l'amène à pratiquer une autolimitation qui varie tant dans sa forme que dans son intensité. En établissant des règles directrices pour l'avenir, il se met en mesure d'assurer la cohérence et la prévisibilité de sa jurisprudence. En limitant la portée de son contrôle à ce qu'il peut connaître avec suffisamment de précision, il limite le risque d'arbitraire par un travail réflexif. En toute hypothèse, cette prise de décision sur la portée du contrôle repose sur un double présupposé. En premier lieu elle n'a de sens que si le système répressif lui-même est bien fondé à exister en tant que tel. Dès lors que le juge envisage de retenir ou de contraindre son contrôle, même partiellement, il reconnaît que certaines atteintes aux libertés ou certaines marges d'erreur doivent être considérées comme acceptables par défaut. Par conséquent et *a contrario*, même s'il est envisageable que l'incommensurabilité soit révélatrice d'une aporie, en particulier ici si aucune peine ne peut être rationnellement défendue comme proportionnée, cet argument général ne peut mener à la remise en cause des fondements du système pénal sans que cela entre en contradiction avec la pratique de l'autolimitation. En second

2123 *Supreme Court of the United States*, 11 janv. 2005, *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). V. *supra*, p. 534.

lieu, toute décision d'autolimitation de ce type suppose aussi à titre préalable que le juge soit suffisamment bien placé pour apprécier l'étendue et la gravité de l'incommensurabilité. Il lui revient donc au moins d'apprécier les limites de sa propre connaissance et il doit être postulé qu'il en a bien la capacité. L'adoption d'un système d'autolimitation revient ainsi, à ce second degré, à écarter toute forme de nihilisme épistémologique qui voudrait que l'incommensurabilité vide de son sens le contrôle de proportionnalité. L'autolimitation du juge fait du contrôle de proportionnalité de la répression un système de pensée en vase clos, imperméable à ce que l'on pourrait appeler les arguments « de rupture ». Elle mène à reconnaître l'existence d'un seuil minimal d'optimisme épistémologique.

1172. Ajoutons enfin que, dans certains cas, la question n'est même pas posée. Lorsque le juge est lui-même compétent matériellement, comme l'est la juridiction de jugement à laquelle il incombe de choisir une peine, il est tenu de décider, quelles que soient les limites de sa connaissance et des notions en jeu. Un tel pouvoir semblant échapper à toute forme de systématisation, le juge est en quelque sorte confronté directement à l'énigme de la proportionnalité devant une incommensurabilité qui semble indépassable. S'il ne lui appartient pas alors de remettre en question son propre pouvoir de décision, la seule solution qui s'ouvre à lui est celle d'une décision partiellement irrationnelle, un « moment de folie » au sens où l'entendait Derrida²¹²⁴. Quitte à présumer irréfragablement la nécessité du système pénal, un tel choix devrait en toute hypothèse être la cause d'une grande intranquillité.

2124 G. BENNINGTON, « A Moment of Madness: Derrida's Kierkegaard », *Oxford Literary Review*, 2011, vol. 33, n° 1, p. 103–127.

1173. **Conclusion de la seconde partie.** L'étude des limites conceptuelles et pratiques du contrôle de proportionnalité révèle que, sans aller jusqu'à parler de « culte »²¹²⁵, il y a bien ici matière à démystifier. La proportionnalité n'est assurément pas une « baguette magique »²¹²⁶, une clé de résolution universelle qui permettrait de traiter de manière rationnelle l'ensemble des conflits entre principes fondamentaux. Au contraire le discours proportionnaliste, sous couvert de systématisation, présente parfois le risque de mener à une simplification excessive des problématiques traitées. Cette simplification tient, en résumé, à une prise en compte insuffisante, voire nulle, du fait que le contrôle repose inévitablement sur des informations lacunaires : au mieux des pronostics incertains, au pire des jugements de valeur pour lesquels aucun critère objectif ne peut être dégagé. La situation est plus grave encore en matière de peines où, sauf à abandonner la notion même de punition, la recherche de la proportionnalité suppose que l'on mesure la valeur positive de la souffrance infligée. La modélisation des raisonnements en logique formelle ne permet pas de remédier à ces incertitudes structurelles, ces incommensurabilités. De même, les rares tentatives d'élaboration d'un système de règles visant à déterminer la peine proportionnée ne proposent que des présentations schématiques, approximatives et incomplètes, lorsqu'elles ne sont pas simplement arbitraires ou contre-productives.

1174. Le contrôle de proportionnalité, fondé sur une légitimité rationaliste, peut-il alors porter sur des questions qui ne peuvent pas faire l'objet d'une démonstration rationnelle satisfaisante ? L'incommensurabilité confirme qu'au-delà de l'enjeu de la protection des libertés fondamentales, un enjeu institutionnel est également présent. Là où les termes de la proportionnalité sont réellement incommensurables, définir le champ et le régime du contrôle revient à reconnaître un pouvoir discrétionnaire soit au juge, soit à l'autorité matériellement compétente. Il apparaît donc d'autant plus essentiel de distinguer avec précision les domaines dans lesquels les critères de la proportionnalité demeurent opérants de ceux dans lesquels ces critères ne permettent pas de justifier la décision adoptée.

1175. Or l'incommensurabilité elle-même appelle une appréciation nuancée et circonstanciée. Dès lors qu'il s'agit de déterminer la qualité des liens qui unissent un acte matériel à ses finalités, la possibilité de cette connaissance dépend au premier chef de l'acte et des fins en question. Dans bien des cas, le problème tient d'ailleurs davantage à l'imprécision ou à l'ambiguïté de l'information qu'à son absence. Tel est le cas, par exemple, lorsque c'est la nécessité d'un acte d'investigation coercitif ou d'une mesure de sûreté qui est en cause. Leur succès n'est, par définition, jamais garanti avant leur mise en œuvre et toute la question est de savoir à partir de quel point l'incertitude peut passer pour raisonnablement acceptable au regard de la garantie des droits. Devant de telles interrogations, le doute peut être atténué par des techniques adaptées, telles que le recours à des conseils éclairés, l'élaboration d'une jurisprudence qui contribue à la prévisibilité du contrôle, voire l'établissement de directives qui l'encadrent. Ces méthodes ont toutefois pour trait commun que

2125 G. WEBBER, « Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, vol. 23, n° 1 ; A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137.

2126 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 10.

leur mise en œuvre va nécessairement à l'encontre de l'esprit de l'analyse proportionnaliste, qui vise en principe à améliorer la garantie des libertés par une approche concrète et casuistique de leur protection. En outre, l'intervention d'influences extérieures dans l'activité juridictionnelle est elle-même susceptible de faire l'objet d'une instrumentalisation politique, ou plus simplement de produire un effet d'orientation du jugement qui dépasse le champ de l'incertitude à résoudre. Ces difficultés sont particulièrement illustrées, respectivement, par la crise des *sentencing guidelines* fédérales aux États-Unis et par les controverses liées à l'usage croissant des expertises de dangerosité.

1176. Il importe donc en cette matière d'avancer avec précaution. Le contrôle de proportionnalité peut indéniablement constituer un progrès dans le sens de la garantie de droits « concrets et effectifs » En revanche, l'enthousiasme qu'il suscite ne doit pas inciter à minimiser les enjeux de pouvoir qui y demeurent toujours présents. L'étude de l'incommensurabilité peut, en ce sens, contribuer à la formation d'une critique effective du raisonnement proportionnaliste, qui mette en lumière et en parallèle, d'une part, les limites de la doctrine de la proportionnalité et, d'autre part, celles des diverses techniques qui visent à encadrer ou à limiter le contrôle qu'elle préconise. On pourra voir, au choix, la marque d'une sorte d'ironie conceptuelle ou celle au contraire d'une cohérence dialectique, à ce que tout revienne, en fin de compte, à une question de tempérance et de juste mesure²¹²⁷.

2127 *Ibid.*, p. 19 : « L'antinomie de la flexibilité et de la sécurité juridique peut et doit être vaincue, non par le renoncement unilatéral à l'une au profit de l'autre, mais bien par la recherche de leur *concordance pratique*, c'est-à-dire, de la combinaison optimale de la réalisation relative de chacune des deux valeurs en présence. [...] Cet état de "concordance pratique" est toujours inachevé, instable et imparfait : voilà pourquoi il convient d'y voir, non tant un résultat accessible, mais bien un "horizon régulateur de la fonction de juger", une requête insatiable adressée à la "mauvaise conscience" du juge. » (italiques dans le texte)

Conclusion générale

1177. *A posteriori*, le rapprochement qui a pu être observé, au cours des dernières décennies, entre le domaine des droits fondamentaux et celui du droit pénal ne paraît pas surprenant. La politique criminelle et les principes du droit répressif ont toujours suscité l'attention des doctrines libérales. Ces principes sont fondés sur la conviction que le droit pénal est un droit odieux mais indispensable, à la fois paroxysme de l'autorité et première garantie contre les abus des tiers, « épée et bouclier »²¹²⁸ des libertés. Aussi y a-t-il matière à se réjouir de ce que la justiciabilité de ces libertés, normes substantielles de valeur supérieure à la loi et directement applicables aux litiges, entraîne une évolution des méthodes et de certaines des solutions de fond. C'est, pourrait-on dire, un « signe de santé » du système de garantie des droits, qui indique que l'affirmation d'un lien étroit entre le droit criminel et la protection des libertés ne tient pas de la simple pétition de principe.

1178. Cette évolution emporte néanmoins une complexification de la tâche du juge judiciaire. Il est mené à interpréter et appliquer les règles du droit pénal à la lumière de notions autonomes découlant de diverses sources du droit des libertés²¹²⁹. Un dialogue entre systèmes doit donc être mis en place et, à cette fin, le contrôle de proportionnalité constitue un instrument attrayant. Il offre un vocabulaire commun qui se veut concret, rationnel, axiologiquement neutre et, surtout, indépendant des catégories abstraites propres à chaque système juridique.

1179. Or la proportionnalité, « idée simple » en apparence, doit être prise « au sérieux »²¹³⁰. Les notions de juste mesure, d'équilibre, de nécessité, appellent elles-mêmes un travail d'interprétation. Qui plus est, la méthode proportionnaliste se présente comme un modèle de raisonnement pragmatique, fondé sur des pesées de valeurs et rejetant la technique du syllogisme au profit de la règle du cas. Sans précision complémentaire, la pratique d'un tel contrôle peut s'avérer imprévisible et la garantie ainsi apportée aux libertés peut être illusoire. La formule des hauts magistrats qui ont souhaité doter la Cour de cassation d'une « doctrine du contrôle de proportionnalité » est fort à propos à cet égard. Il ne s'agit pas seulement d'adopter expressément le contrôle, mais aussi d'orienter son exercice en connaissance de cause dans un esprit de cohérence.

1180. Divers aspects du contrôle de proportionnalité appellent une prise de position de la part du juge dans le cadre d'une telle doctrine. La présente étude a eu pour objet d'identifier celles de ces questions qui peuvent être considérées comme les principales et de proposer des éléments d'analyse

2128 CARTUYVELS Y., Y. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

2129 Hormis les droits spécifiquement attachés à la matière pénale, tels que le droit à la présomption d'innocence, le principe de légalité ou le principe *ne bis in idem*, la plupart des droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme ou le bloc de constitutionnalité revêtent en effet une portée générale qui, dès lors qu'elle s'étend au-delà des limites du droit pénal, appelle une interprétation spécifique dans cette matière. Les droits européens emploient en outre, en raison de leur vocation internationale, des notions autonomes distinctes de celles du droit interne. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas exposée à cette difficulté mais c'est l'institution elle-même qui se montre réfractaire à l'emploi des catégories juridiques utilisées couramment dans les diverses branches du droit dont il a à connaître. V. sur ce point P. CONTE, « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, juillet 2018, n° 20-21, p. 93-101.

2130 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2001.

susceptibles de participer à leur résolution. Il s'agissait moins de prescrire une méthode de contrôle en particulier que d'éclairer certains enjeux sous-jacents qui devraient être pris en considération lors de l'élaboration et la mise en œuvre de cette méthode ou à l'occasion de sa critique. Pour ce faire, il a paru judicieux d'étudier les problématiques pénales comme des cas particuliers de la théorie de la proportionnalité, telle qu'elle était déjà développée en matière de libertés. Il a donc fallu repartir systématiquement des problématiques proportionnalistes les plus générales, de façon à pouvoir apprécier comment elles affectaient les questions pénales ou, inversement, comment le droit pénal permettait de les étudier sous un jour nouveau. Cette approche s'est révélée fructueuse de deux manières.

1181. En premier lieu, il a été ainsi possible de rapprocher des questions qui pouvaient paraître distinctes mais qui, du point de vue de la structure du raisonnement, ne sont pas sans similitudes. Les écueils principaux semblent pouvoir être résumés par les expressions de **dévalorisation des normes** et d'**incertitude des solutions**.

1182. Le risque de la dévalorisation des normes dans le flou de la proportionnalité a été relevé à plusieurs titres. Les causes de ce risque ont pu être analysées et diverses techniques permettant d'y remédier ont été présentées. Parce qu'elle repose sur une logique de pesée de valeurs ou d'intérêts concurrents, la proportionnalité peut mener à relativiser la distinction entre les droits fondamentaux et les simples intérêts subjectifs. Tout droit pourrait alors être remis en question, sous réserve que de « bonnes » justifications soient avancées. Le contrôle tend en outre à considérer les règles de droit comme des instruments orientés vers un but, plutôt que comme des limites inflexibles imposant ou prohibant certains actes. Cela peut mener à un affaiblissement de la garantie des droits par le jeu d'une rhétorique utilitariste, selon laquelle la protection accordée dépendrait toujours des buts visés par l'autorité publique et de l'efficacité de son action. Le problème se pose *a fortiori*, d'une part, dans le cadre des droits considérés comme intangibles, tels que le droit à ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et, d'autre part, en présence de conflits entre droits fondamentaux. Il importe donc que le juge établisse en connaissance de cause dans quelle mesure il accepte de raisonner en termes d'efficacité et qu'il se fixe, le cas échéant, des limites adéquates. Il peut notamment, pour ce faire, avoir recours à des notions telles que la substance intangible des droits, ou encore déterminer par principe que certaines justifications ne peuvent jamais suffire à fonder des atteintes à un droit donné.

1183. Réciproquement, l'autorité de la loi est aussi susceptible d'être dévalorisée par un tel mode de raisonnement. Si la protection normalement réservée aux droits fondamentaux est accordée à tous les intérêts individuels et si elle permet d'écarter *in concreto* l'application de la loi, celle-ci perd de sa force impérative, alors qu'elle est l'expression ordinaire du caractère démocratique d'un régime politique. Il importe en outre de garder à l'esprit la nécessité de garantir une bonne administration de la justice, qui requiert un *minimum* de stabilité et, partant, de rigidité dans l'interprétation et l'application des normes. Il en va ainsi d'autant plus à l'égard des règles de procédure protectrices de la personne poursuivie qui, faute de garde-fous, pourraient être contestées *in concreto* au nom des droits des victimes. Aussi le contrôle de proportionnalité ne peut-il pas se substituer entièrement à l'interprétation catégorique des normes. Il importe que le juge définisse,

par un travail d'interprétation préalable, dans quel champ la proportionnalité est susceptible d'intervenir ou, au contraire, d'être exclue. Si, en outre, le contrôle est exercé dans un esprit de dialogue, afin de permettre au juge judiciaire d'accorder sa jurisprudence avec celle des juges européens, l'usage des procédures de saisine pour avis prévues par le droit de l'Union comme, désormais, par le droit européen des droits de l'homme, ne peut qu'être encouragé.

1184. Quant à l'incertitude des solutions, elle est à bien des égards un corollaire de l'adoption d'une méthode casuistique. Le contrôle de proportionnalité y est toutefois particulièrement exposé, dès lors qu'il repose à la fois sur une approche probabiliste des questions de fait et sur la métaphore de la pesée des intérêts, qui imposent inévitablement un certain degré d'approximation dans le raisonnement. Ce caractère approximatif peut être une cause majeure d'insécurité juridique. Le négliger reviendrait à confier au juge une compétence de contrôle arbitraire et manifestement contraire à l'esprit rationaliste de la doctrine de la proportionnalité. Aussi il importe d'étudier rigoureusement les sources de cette approximation, de manière à y remédier dans toute la mesure du possible. Le premier tempérament et le plus élémentaire consiste à exiger une motivation renforcée des décisions, technique qui semble se systématiser dans la législation pénale contemporaine et la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. L'obligation de motivation impose à l'autorité compétente – juridictionnelle ou non – un retour nécessaire sur sa propre réflexion, en même temps qu'elle renseigne le justiciable et le juriste sur le processus décisionnel. À défaut d'une telle exigence, la compétence est purement discrétionnaire.

1185. Cette technique ne permet toutefois pas de lever toutes les ambiguïtés. Le fait est que le contrôle de proportionnalité amène nécessairement le juge à émettre des jugements de valeurs qui échappent en partie à toute présentation rationaliste. D'une part, le juge de la proportionnalité se prononce, même *a posteriori*, sur un simple pronostic : est-il, au moment de l'adoption de la décision contrôlée, suffisamment vraisemblable qu'elle atteigne son but et qu'elle y parvienne de manière optimale ? L'appréciation se fonde sur des éléments de fait qui sont lacunaires par nature et le juge raisonne nécessairement en termes de crédibilité. D'autre part et surtout, les notions de pesée, d'équilibre, d'optimisation entre des principes concurrents impliquent la comparaison quantitative de valeurs incommensurables. Il n'existe, fort heureusement, pas d'échelle de mesure commune entre la valeur de la liberté individuelle et celle de la sécurité publique. Lorsque le contrôle atteint le point où une telle mesure est supposée être dégagée, il paraît donc impossible qu'il soit mené à son terme sans devenir irrationnel.

1186. La question se pose alors de savoir si cette incommensurabilité peut être surmontée. À notre sens, elle ne prive pas entièrement de fondement le contrôle de proportionnalité, mais elle incite à en relativiser fortement la portée. C'est donc un problème épistémologique qui se présente. L'enjeu en est de distinguer les aspects de la proportionnalité qui sont suffisamment accessibles à la connaissance pour qu'ils puissent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de ceux qui doivent échapper à ce contrôle. Les réponses apportées à cette problématique dépendent elles-mêmes, d'une part, des circonstances de la cause et, d'autre part, de la façon dont se conçoit, dans le système juridique en question, la compétence du juge et, en particulier, son pouvoir normatif. Plus la confiance est grande en la capacité du juge à déterminer ce en quoi consiste la solution juste, plus

son pouvoir de contrôle peut être préservé. Inversement, plus les questions en présence paraissent subjectives, plus il importe de réfréner l'exercice du contrôle de proportionnalité. L'identification des causes, de la nature et de la portée de l'incommensurabilité est donc essentielle pour permettre au juge de déterminer quel doit être le cadre de son contrôle. Certaines solutions palliatives peuvent de plus être envisagées, telles que le recours à des conseils d'experts pour minimiser le risque d'erreur empirique ou le développement de règles jurisprudentielles encadrant le contrôle de manière à lui conférer davantage de prévisibilité. Toutefois, ces palliatifs peuvent s'avérer insuffisants. Lorsque tel est le cas et qu'il apparaît que le juge ne peut connaître d'une question sans outrepasser les limites de son pouvoir de décision, la conclusion devrait revenir, dans cette mesure, à la marge de discrétion de l'autorité matériellement compétente.

1187. L'étude des problématiques ainsi résumées incite à émettre un constat simple. **Du point de vue de la structure du raisonnement, le contrôle de proportionnalité de la répression apparaît d'abord comme un contrôle de proportionnalité ordinaire**, soumis aux mêmes limites conceptuelles et méthodologiques que celles qui affectent le modèle général dont il est une application. Cette assimilation est particulièrement visible dans le domaine de la procédure pénale, où les règles de proportionnalité sont abondamment développées tant par le législateur que par la jurisprudence. **Le contrôle s'y distingue de celui qui peut être pratiqué dans d'autres matières non pas par la définition de ses critères, mais par l'importance des enjeux substantiels en présence et, par conséquent, par la rigueur particulière qui est requise dans ce cadre.**

1188. En second lieu, toutefois, l'étude de la proportionnalité de la répression dans le cadre de la théorie des libertés permet de relever **les caractères exceptionnels de la proportionnalité des sanctions punitives**. Ces caractères sont, d'une part, la soumission de ces sanctions à un principe de proportionnalité qui leur est propre et, d'autre part, la forme extrême d'incommensurabilité qui les affecte. Elles se distinguent en cela non seulement des autres atteintes aux libertés susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité, mais également des autres actes répressifs qui, ainsi qu'il vient d'être exposé, sont en principe soumis à un contrôle ordinaire.

1189. D'une part il se confirme que le principe habituellement appelé « proportionnalité des peines », ici nommé proportionnalité-mesure, comprend des exigences qui ne peuvent être considérées comme des applications particulières du principe général, ici appelé proportionnalité-justification. En effet, l'exigence d'une mesure commune à la sanction et au comportement fautif qu'elle réprime procède d'une logique rétrospective : la mesure recherchée est établie à partir d'un fait déjà advenu, plutôt qu'en fonction d'un objectif futur qu'il reste à réaliser. En outre ce principe est bien spécifique au domaine des sanctions punitives et la rigueur de son application dépend au premier chef de l'importance que représente la fonction de punition dans les justifications de la sanction concernée. Ce sont ainsi toujours les peines au sens strict qui sont le plus directement soumises à cette exigence, tandis qu'elle s'applique avec moins d'intensité aux sanctions non-pénales telles que celles qui peuvent être prononcées par des autorités administratives indépendantes.

1190. Par conséquent, il importait d'exposer comment ce principe à part pourrait s'articuler avec celui, plus général, de la proportionnalité-justification. Bien qu'ils répondent à des rationalités différentes, les deux principes ne sont en réalité pas incompatibles. D'abord, dès lors que certains sens de la peine, tels que sa valeur dissuasive ou sa fonction de réinsertion, sont tournés vers l'avenir, elle peut être considérée, au regard de ces finalités, comme une mesure restrictive ou privative de droits ou de libertés soumise à une condition de proportionnalité-justification. Ensuite, même si la proportionnalité-mesure n'est pas en soi une relation entre un moyen et une fin, son respect peut être considéré comme une fin à satisfaire ou comme un principe limitateur au sens de la proportionnalité-justification. Observons que cette conception ne sous-entend pas un rapport de hiérarchie particulier entre les deux principes. L'équilibre à ménager entre eux dépend en premier lieu des différents fondements et objectifs de la peine, qui dépendent eux-mêmes de la sanction en question et de l'ensemble des circonstances de la cause.

1191. En revanche et d'autre part, cet équilibre peut, à bien des égards, paraître hypothétique. En effet le second caractère exceptionnel des sanctions punitives tient à leur incommensurabilité. Cette incommensurabilité résulte de causes différentes de celle qui fait ordinairement obstacle au contrôle de proportionnalité. Elle ne tient pas seulement à l'impossibilité d'établir une pesée rationnelle entre des valeurs fondamentales, mais au fait que l'une des valeurs en présence est nécessairement une souffrance, infligée intentionnellement, dont il faudrait donc, aux fins du contrôle, donner une appréciation quantitative. Toutes les doctrines pénales qui fournissent une définition du châtement passent en effet par la notion de souffrance et par son utilisation comme un mode d'action particulier à la peine. **Se prononcer sur la proportionnalité d'une peine supposerait donc que l'on évalue l'aptitude du traitement en question à faire souffrir, ainsi que les qualités et l'efficacité de cette souffrance pour réaliser les fins recherchées.** En outre, même à supposer que l'on puisse, pour l'intérêt de l'exercice de pensée, faire abstraction de l'argument tiré du principe de dignité humaine, aucune école de la rétribution n'est jamais parvenue à élaborer une échelle de peines satisfaisante du point de vue de la proportionnalité-mesure. De même, les preuves de la valeur préventive de la peine paraissent, au mieux, très lacunaires et globalement insuffisantes par rapport à ce qui devrait être exigé en proportionnalité-justification.

1192. Ainsi présentée, l'idée même de proportionnalité des peines semble constituer un paradoxe, susceptible de remettre en question l'institution de la peine dans le cadre de tout système libéral qui adopte le modèle du contrôle de proportionnalité. Or si l'on élimine la peine c'est le système répressif entier qui se trouve privé de fondement. Dans le même temps, l'ensemble des textes qui fondent aujourd'hui le contrôle de proportionnalité postulent manifestement la légitimité et la nécessité d'un tel système. Certaines lignes jurisprudentielles semblent d'ailleurs reposer sur une présomption irréfragable de cette légitimité. Il en va par exemple ainsi lorsque la Cour européenne des droits de l'homme déduit de certains droits garantis par la Convention des obligations positives de réprimer à la charge des États. Il en résulte toutefois que le juge qui condamne se trouve pleinement confronté au paradoxe, puisqu'il est chargé de motiver le choix d'une sanction incommensurable, dont il n'a aucun moyen de s'assurer de la nécessité.

1193. Le doute quant aux fondements du système pénal n'est pas nouveau, mais il semble se trouver ici renouvelé. La logique de la proportionnalité, en remettant en cause les solutions anciennes et en interrogeant systématiquement leurs justifications, nous contraint à faire face à des apories et à des paradoxes que l'écran de la légalité nous permettait jusqu'ici d'ignorer. C'est l'étude d'un principe de droit positif et d'une technique de contrôle juridictionnel qui mène à aborder ces questions fondamentales, lesquelles seraient sans cela restées cantonnées au domaine de la philosophie pénale. Est-il si surprenant de découvrir ainsi, sous les enjeux du contrôle de proportionnalité de la répression, la question plus fondamentale de la proportionnalité du droit pénal ? Peut-être faut-il y voir un signe de tout ce que peut encore apporter à notre matière l'éclairage du droit des libertés. « Combien d'obscurités ultérieures qui disparaîtront à la clarté de ces principes ! », s'enthousiasmait Ortolan après avoir énoncé les deux limites de la « pénalité humaine » néoclassique : « Jamais plus qu'il n'est juste et jamais plus qu'il n'est utile »²¹³¹. Combien d'obscurités qui, depuis, sont loin d'avoir été dissipées, mais dont, peut-être, nous connaissons à présent un peu mieux les contours.

2131 J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal. Pénalité - juridictions - procédure. Suivant la science rationnelle, la législation positive, et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles*, 3^e éd., Paris, Plon, 1863, p. 101.

Bibliographie

I. Articles de dictionnaires et d'encyclopédies

AMBROISE-CASTÉROT C., « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017.

ANGEVIN H. et M. LAFOURCADE, « Art. 622 à 626-1 - Fasc. 20 : Demandes en révision », *JurisClasseur Procédure pénale*, LexisNexis, 2018.

AUBIN E., « Fonction publique : contentieux disciplinaire », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2016.

BARANGER D., « Utilitarisme (utilitarisme classique et droit) », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 1498-1503.

CAPPELLO A., « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017.

CARIO R. et S. RUIZ-VERA, « Victimes d'infraction », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.

CÉRÉ J.-P., « Amende forfaitaire », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019.

COHEN-DONSIMONI V., « Fasc. 18-40 : Droit disciplinaire », *Jurisclasseur Travail Traité*, LexisNexis, 2019.

CRUCIS H.-M. et E. BREEN, « Fasc. 108-40 : Sanctions administratives », *Jurisclasseur Administratif*, LexisNexis, 2019.

DALLOZ M., « Circonstances aggravantes », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.

DELVOLVÉ P., « Conseil d'État », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2017.

DOURNEAU-JOSETTE P., « Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications électroniques », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.

DOURNEAU-JOSETTE P., « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2013.

DUBOIS J.-P., « Pouvoir discrétionnaire », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015.

FITTE-DUVAL A., « Fonctionnaire et agent public », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2014.

GHICA-LEMARCHAND C., « Art. 99-3 et 99-4 - Fasc. 20 : Réquisitions judiciaires au cours de l'instruction », *JurisClasseur Procédure pénale*, LexisNexis, 2017.

- DE GRAËVE L., « Juridictions de l'application des peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017.
- GROUDEL H., « Art. 706-3 à 706-15 - Fasc. 20 : Recours en indemnité ouvert à certaines victimes de dommages résultant d'une infraction », *JurisClasseur Procédure pénale*, LexisNexis, 2019.
- GUERDER P., « Presse : procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019.
- GUÉRIN D., « Art. 132-71 à 132-80 - Fasc. 20 : Circonstances aggravantes définies par le Code pénal. – Bande organisée. Préméditation. – Effraction et escalade. – Port ou usage d'une arme. – Caractère raciste de l'infraction. – Caractère sexiste de l'infraction. – Utilisation d'un moyen de cryptologie. – Qualité de conjoint, de concubin ou de partenaire lié à la victime par un PACS », *Jurisclasseur Pénal Code*, LexisNexis, 2019.
- GUILLERME J. et P. BOUDON, « Proportion », *Encyclopædia Universalis*.
- HERZOG-EVANS M., « Réhabilitation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.
- ILIOPOULOU-PENOT A., « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2018.
- JOUANJAN O., « État de droit », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 649-653.
- LAGARDE P., « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2018.
- LALANDE A., « Comparative (Proposition) », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll.« Quadrige Dicos poche », 2010, p. 154.
- LALANDE A., « Mesure », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll.« Quadrige Dicos poche », 2010, p. 610.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Art. 132-1 - Fasc. 20 : Individualisation des peines », *JurisClasseur Pénal Code*, LexisNexis, 2019.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Art. 132-17 à 132-22 - Fasc. 20 : Prononcé des peines », *JurisClasseur Pénal Code*, LexisNexis, 2019.
- LE CALVEZ J. et E. BREEN, « Fasc. 1458 : Droit constitutionnel répressif », *Jurisclasseur Administratif*, LexisNexis, 2019.
- LELIEUR J., « Mandat d'arrêt européen », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019.
- LITTRÉ É., « Proportion », *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, vol. 3/ p. 1353.
- MOULY J. et J. SAVATIER, « Droit disciplinaire », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2019.

- PÉANO D., « Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir – Contrôle de la légalité interne », *Jurisclasseur Administratif*, LexisNexis, 2009.
- PÉDRON P., « Art. 122-8 - Fasc. 10-30: Mineur délinquant.-Juridictions de jugement spécialisées pour mineurs.-Mesures et sanctions éducatives », *Jurisclasseur Pénal Code*, LexisNexis, 2015.
- PHILIPPOT M., « Gamme », *Encyclopædia Universalis*.
- PICAVET E., « Utilitarisme », L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1319-1321.
- PICOD Y., « Nullité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019.
- REDON M., « Énergie », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019.
- ROETS D., « Art. 111-1 - Fasc. 20 : Classification des infractions », *Jurisclasseur Pénal Code*, LexisNexis, 2010.
- SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ S., « Art. 1178 à 1185 - Fasc. 40 : Contrat. – Nullité du contrat. – Effets de la nullité », *JurisClasseur Civil Code*, LexisNexis, 2018.
- SICILIANOS L.-A. et M.-A. KOSTOPOULOU, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme - Garanties générales du procès équitable », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2019.
- SUDRE F., « Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l’homme. - Droits garantis. - Droit à un procès équitable. », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis, 2018.
- SUDRE F., « Fasc. 6523 : Convention européenne des droits de l’homme. - Droits garantis. - Droit de propriété et droit à la non discrimination », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis, 2016.
- TAILLEFAIT A., « Fasc. 190 : Fonctions publiques - Responsabilité disciplinaire », *Jurisclasseur Administratif*, LexisNexis, 2015.
- TILLET É., « Histoire des doctrines pénales », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2010.
- VUITTON X., « Fasc. 1200-95 : Référé. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés. – Fonctions du juge des référés », *JurisClasseur Procédure civile*, LexisNexis, 2016.
- WACHSMANN P., « Fasc. 6520 : Convention européenne des droits de l’homme. - Droits garantis. - Libertés de la personne physique », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis, 2018.
- XYNOPOULOS G., « Proportionnalité », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, France, Lamy : Presses universitaires de France, DL 2003, 2003, p. 1251-1253.
- « Proportionnalité », *Dictionnaire de l’Académie française*, 9^e éd., 2011, vol. 3.

II. Manuels et ouvrages généraux

BORÉ J. et L. BORÉ, *La cassation en matière pénale*, Paris, France, Dalloz, 2011.

BOULOC B., *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Dalloz, 2017.

BOULOC B., *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017.

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Presses universitaires de France, 2014.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2016.

DESPORTES F. et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009.

DREYER E., *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019.

GAÏA P., R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, et É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll.« Grands arrêts », 2018.

GASSIN R., P. BONFILS, et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, 7^e éd., Dalloz, 2011.

GUÉRY C. et P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, coll.« Dalloz action », 2018.

GUINCHARD S. et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2009.

HERZOG-EVANS M., *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, coll.« Dalloz action », 2016.

JOBARD-BACHELLIER M.-N., X. BACHELLIER, et J. BUK LAMENT, *La technique de cassation*, 9^e éd., Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2018.

KLIP A., *European criminal law : an integrative approach*, Cambridge, Royaume-Uni, coll.« Ius communitatis series [Texte imprimé]. - Antwerp : Intersentia, [2009?]- », n° 2, 2012, vol. 1/.

LARGUIER J., P. CONTE, et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 23^e éd., Dalloz, coll.« Mémentos », 2018.

LETTERON R., *Libertés publiques*, 9^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2012.

LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^e éd., Paris, France, Dalloz, 2017.

MACKAAY E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, Thémis, coll.« Méthodes du droit », 2008.

MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., Dalloz, coll.« Connaissance du droit », 2016.

- MASSOT J., H. FOUQUET, J.-H. STAHL, M. GUYOMAR, et A. BRETONNEAU, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, 6^e éd., Berger-Levrault, coll.« Les indispensables », 2018.
- MAYAUD Y., *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, coll.« Classiques », 2018.
- MERLE R. et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome I. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997.
- PIN X., *Droit pénal général*, 10^e éd., Dalloz, 2019.
- PONCELA P., *Droit de la peine*, 2^e éd., Presses universitaires de France, coll.« Thémis », 2001.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, coll.« Références », 2016.
- PUECH M., *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle. Tome 1. Légalité de la répression. Droit pénal général*, Cujas, 1976.
- ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, coll.« Thémis », 2005.
- SATZGER H., *International and european criminal law*, München, Allemagne, C. H. Beck, 2012, vol.
- SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Presses universitaires de France, 2015.
- VARINARD A. et J. PRADEL, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 11^e éd., Dalloz, coll.« Grands arrêts », 2018.
- WACHSMANN P., *Les droits de l'homme*, 6^e éd., Dalloz, coll.« Connaissance du droit », 2018.
- WACHSMANN P., *Libertés publiques*, 8^e éd., Dalloz, coll.« Cours », 2017.
- WALINE J., *Droit administratif*, 27^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2018.
- ZOLLER É., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, France, Dalloz, 2010.

III. Thèses et monographies

A. Philosophie du droit et théorie du droit (à l'exception des ouvrages spécialisés en droit criminel)

ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2002.

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Allemagne, Suhrkamp, 1994.

BARAK A., *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, traduit par Doron KALIR, Cambridge University Press., Cambridge, pays multiples, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012.

BASSET A., *Pour en finir avec l'interprétation : usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Paris, France, Institut universitaire Varenne, 2015.

BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004.

BOLAÑOS B., *Attentes normatives et proportionnalité : éléments d'une théorie de la décision juridique*, Thèse de doctorat, Paris I, 2006.

BOMHOFF J., *Balancing constitutional rights : the origins and meanings of postwar legal discourse*, Cambridge, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2013.

CARTUYVELS Y., B. CHAMPETIER, A. WYVEKENS, et M. VAN DE KERCHOVE, *Soigner ou punir ? : un regard critique sur la défense sociale en Belgique*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, coll.« Travaux et recherches (Bruxelles) », n° 57, 2010

CASADAMONT G. et P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004.

COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013.

DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, France, Presses universitaires de France, coll.« Quadrige. Essais, débats », 2004.

DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel*, Paris, France, Éd. du Seuil, coll.« La Couleur des idées », 2004.

DWORKIN R., *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.

DWORKIN R., *A matter of principle*, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Clarendon press, cop. 1985, 1985.

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.

FRANK J., *A democracy of distinction: Aristotle and the work of politics*, Chicago, Etats-Unis d'Amérique, University of Chicago Press, 2005.

HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, Thèse de doctorat, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 1991.

HABERMAS J., *Vérité et justification*, traduit par Rainer ROCHLITZ, Gallimard, coll.« NRF essais », 2001.

HABERMAS J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit par Christian BOUCHINDHOMME et traduit par Rainer ROCHLITZ, Gallimard, coll.« NRF Essais », 1997.

LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Fondation Varenne, L.G.D.J., coll.« Collection des thèses », 2010.

MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne: douze autres essais*, Dalloz, coll.« Bibliothèque Dalloz », 2009.

VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses universitaires de France, coll.« Quadrige », 2006.

VILLEY M., *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001.

WEBBER G.C.N., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009.

B. Histoire du droit pénal et des doctrines pénales (ouvrages antérieurs à 1950 et/ou consacrés à l'histoire pénale)

ALIGHIERI D., *La monarchie*, traduit par Michèle GALLY, Belin, coll.« Littérature et politique », 1993.

ANCEL M., *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 3^e éd., Cujas, coll.« Publications du Centre d'études de défense sociale », 1981.

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, traduit par Jean VOILQUIN, Garnier-Flammarion, 1965.

ARISTOTE, *Poétique*, traduit par Ch. BATTEUX, Paris, J. Delalain, 1874.

AULU-GELLE, *Nuits Attiques*, in *Oeuvres complètes d'Aulu-Gelle*, DE CHAUMONT, FLAMBART et BUISSON, Paris, Garnier frères, 1863, vol. 2/2.

BASIL MONTAGU, *The Opinions of Different Authors Upon the Punishment of Death*, Longman, Hurst, Rees, Orme, and Brown, 1816.

BAUMAN R.A., *Crime and punishment in ancient Rome*, London; New York, Routledge, 1996.

BEAUMANOIR P. de, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, A. Picard et fils, 1899, vol. 1/2.

- DE BEAUMONT G. et A. DE TOCQUEVILLE, *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France, suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques*, 3^e éd., Paris, Charles Gosselin, 1845.
- BECCARIA C., *Des délits et des peines*, traduit par Maurice CHEVALLIER, Paris, Flammarion, coll.« Les livres qui ont changé le monde », n° 22, 2010.
- BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, traduit par Etienne DUMONT, 3^e éd., Paris, Rey et Gravier, 1830, vol. 1/3.
- BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, traduit par Etienne DUMONT, 3^e éd., Paris, Rey et Gravier, 1830, vol. 2/3.
- BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, traduit par Etienne DUMONT, 3^e éd., Paris, Bossange, 1825, vol. 1/2.
- BENTHAM J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, T. Payne, 1780.
- BERTILLON A., *L'identité des récidivistes et la loi de relégation*, G. Masson., Paris, coll.« Annales de Démographie internationale », 1883.
- BREASTED J.H., *Ancient Records of Egypt, vol. IV - The Twentieth to the Twenty-Sixth Dynasties*, Chicago, University of Chicago Press, 1906.
- BROOK T., J. BOURGON, et G. BLUE, *Death by a thousand cuts*, Cambridge, Mass., États-Unis d'Amérique, Harvard University Press, 2008.
- CANTARELLA E., *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Albin Michel, 2000.
- CARBASSE J.-M., *La peine de mort*, PUF, coll.« Que sais-je ? », 2016.
- CHAUVEAU A. et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 3^e éd., Paris, Imprimerie & librairie générale de jurisprudence, 1852.
- DEBUYST C., F. DIGNEFFE, et A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, vol. 2 : La rationalité pénale moderne et la naissance de la criminologie*, Montréal, Canada ; Belgique, Presses de l'université de Montréal, 1998.
- DOMAT J., *Traité des lois*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, coll.« Bibliothèque de philosophie politique et juridique », 1989.
- DONNEDIEU DE VABRES H., *La politique criminelle des États autoritaires: la crise moderne du droit pénal*, Paris, France, Dalloz, coll.« Bibliothèque Dalloz », 2009.
- DOUCET J.-P., *La loi pénale*, 4^e éd., Saint Gildas de Rhuys, 2017.
- DURKHEIM É., *De la division du travail social. Thèse présentée à la faculté des lettres de Paris*, Félix Alcan, 1893.

- FAUCONNET P., *La responsabilité. Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920.
- FERRI E., *La sociologie criminelle*, 3^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1893.
- GAROFALO R., *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e éd., Paris, Félix Alcan, 1890.
- GARRAUD R., *Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1912.
- GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. PRADIER-FODÉRÉ, PUF, coll.« Quadrige Grands textes », 2005.
- HOBBS T., *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651.
- KANT E., « Principes métaphysiques de la doctrine du droit », *Métaphysique des moeurs II. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, traduit par Alain RENAUT, Flammarion, 1994, p.
- KANT E., *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit (Première partie de la métaphysique des moeurs), suivis d'un essai philosophique sur la paix perpétuelle et d'autres petits écrits relatifs au droit naturel*, traduit par Jules BARNI, Paris, Auguste Durand, 1853.
- KANT I., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1798.
- LOCKE J., « Traité du gouvernement civil », *Essai et Lettre sur la tolérance. Traité du gouvernement civil*, traduit par David MAZEL, Flammarion, coll.« Le Monde de la philosophie », 2008.
- LOMBROSO C., *L'homme criminel*, traduit par REGNIER et traduit par BOURNET, 4^e éd., Paris, Félix Alcan, 1887.
- MERLE R., *La pénitence et la peine: théologie, droit canonique, droit pénal*, Paris, France, Éd. du Cerf : Éd. Cujas, coll.« Ethique et société », 1985.
- MERLEAU-PONTY M., *Sens et non-sens*, Paris, France, Nagel, 1948.
- MOMMSEN T., *Le droit pénal romain*, traduit par Joseph DUQUESNE, Paris, France, A. Fontemoing, coll.« (Manuel des antiquités romaines ; 17-19) », 1907, vol. 3/.
- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Lavigne, 1845.
- NIETZSCHE F., *Généalogie de la morale*, traduit par Henri ALBERT, 3^e éd., Paris, Société du Mercure de France, 1900.
- ORTOLAN J., *Éléments de droit pénal. Pénalité - juridictions - procédure. Suivant la science rationnelle, la législation positive, et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles*, 3^e éd., Paris, Plon, 1863.

PLATON, *Sophiste ; Politique ; Philèbe ; Timée ; Critias*, traduit par Emile CHAMBRY, Paris, Garnier frères, 1992.

PLATON, *Protagoras, Euthydème, Gorgias, Ménexène, Ménon, Cratyle*, traduit par Émile CHAMBRY, Flammarion, 1967

PRINS A., *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles et Leipzig, Misch et Thron, 1910.

RICŒUR P., *Le Juste 2*, Esprit, coll.« Philosophie », 2001.

ROSSI P., *Traité de droit pénal*, traduit par Faustin HÉLIE, 4^e éd., Paris, Librairie De Guillaumin et Cie, 1872.

SALEILLES R., *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, Félix Alcan, 1927.

SALEILLES R., *Essai d'une théorie générale de l'obligation : d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, successeur, 1890.

SCHEIL V., *La loi de Hammourabi (vers 2000 av. J.-C.)*, Paris, Ernest Leroux, 1904.

SÉNÈQUE, « De la colère », *Oeuvres complètes de Sénèque le philosophe*, traduit par Élias REGNAULT, Paris, Firmin Didot, 1869, p.

TARDE G., *La philosophie pénale*, 5^e éd., Lyon, Paris, A. Storck et G. Masson, 1900.

TIRAQUEAU A., *De Pænis Legum, ac Consuetudinum, Statutarumque temperandis, aut etiam remittendis, & id quibus quotque ex causis*, 1559.

DE VITORIA F., *La justice*, traduit par Jean-Paul COUJOU, Dalloz, 2014.

Le « De Poenis Temperandis » de Tiraqueau (1559), traduit par André LAINGUI, Economica, 1986.

La théologie de saint Thomas ou Exposition de la Somme théologique en Français, traduit par Georges MALÉ, Paris, Perisse frères, 1857.

La Loi salique, https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/loi_salique.htm, traduit par P. A. PEYRÉ, consulté le 21 mai 2018.

C. Philosophie et théorie du droit pénal (ouvrages postérieurs à 1950)

BOONIN D., *The problem of punishment*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2008.

CAPPADORO H., *Les sens de la peine*, L'Harmattan, coll.« BibliothèqueS de droit », 2018.

CHRISTIE N., *Limits to Pain*, Universitetsforlaget, Martin Robertson, 1981.

CUSSON M., *Pourquoi punir ?*, Paris, France, Dalloz, coll.« Collection Criminologie et droits de l'homme, ISSN 0989-3687 », 1987.

- DELMAS-MARTY M., *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, France, Éd. du Seuil, DL 2010, 2010.
- DELMAS-MARTY M., *Les chemins de la répression: lectures du Code pénal*, Paris, France, Presses universitaires de France, coll.« Droit d'aujourd'hui, ISSN 0336-5263 », 1980.
- DUFF R.A., *Answering for crime: responsibility and liability in the criminal law*, Oxford, Royaume-Uni, Hart Publishing, 2007.
- DUFF R.A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Oxford University Press, 2001.
- FEINBERG J., *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law, volume four*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1988.
- FEINBERG J., *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law, volume three*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1986.
- FEINBERG J., *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law, volume two*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1985.
- FEINBERG J., *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law, volume one*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1984.
- FEINBERG J., *The moral limits of the criminal law*, New York, Etats-Unis, Oxford University Press, 1984.
- FEINBERG J., *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970.
- GARLAND D., *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2002.
- GOLASH D., *The case against punishment: retribution, crime prevention, and the law*, New York, New York University Press, 2005.
- GRISSET P.L., *Determinate Sentencing: The Promise and the Reality of Retributive Justice*, State University of New York Press, 1991.
- HART H.L.A., *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, 2^e éd., Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2008.
- VON HIRSCH A. et A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing: exploring the principles*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, coll.« Oxford monographs on criminal law and justice », 2005.

- VON HIRSCH A., K.A. KNAPP, et M. TONRY, *The Sentencing Commission and its Guidelines*, Northeastern University Press, 1987.
- HONDERICH T., *Punishment: the supposed justifications revisited*, Rev. ed., London ; Ann Arbor, MI, Pluto Press, 2006.
- HULSMAN L., J. BERNAT DE CELIS, M. ANGEL, et C. FAUGERON, *Peines perdues: le système pénal en question*, Paris, France, le Centurion, coll.« DHS Droits de l'homme et solidarité, ISSN 0290-3717 », 1982.
- HUSAK D.N., *Overcriminalization: the limits of the criminal law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- JAREBORG N., *Scraps of penal theory*, Iustus Förlag, 2002.
- JAREBORG N., *Essays in criminal law*, Uppsala, Iustus Förlag, 1988.
- VAN DE KERCHOVE M., *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009.
- KLEINIG J., *Ethics and Criminal Justice an Introduction.*, Leiden, Cambridge University Press, 2008.
- KLEINIG J., *Punishment and desert*, Martinus Nijhoff, 1973.
- LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Fondation Varenne, L.G.D.J., coll.« Collection des thèses », n° 39, 2010.
- LAUTERWEIN C.C., *The Limits of Criminal Law. A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Farnham, Royaume-Uni, Ashgate, 2010.
- MATHIESEN T., *The Politics of Abolition Revisited*, Routledge, 2015.
- MOORE M.S., *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Oxford University Press, 2000.
- MORRIS N., *The future of imprisonment*, The University of Chicago Press, 1974.
- MORRIS N. et M.H. TONRY, *Between prison and probation: intermediate punishments in a rational sentencing system*, New York, Oxford University Press, 1990.
- PARIGUET M., *Sens de la peine et procédure pénale*, Thèse de doctorat, Nantes, 2010.
- PERŠAK N., *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York, Springer, 2007.
- RUGGIERO V., *Penal Abolitionism*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2010.
- RYBERG J., *The ethics of proportionate punishment: a critical investigation*, Dordrecht, Pays-Bas, coll.« Library of ethics and applied philosophy », n° 16, 2004.

SIMESTER A.P. et A. VON HIRSCH, *Crimes, harms, and wrongs : on the principles of criminalisation*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart Publishing, 2011.

TADROS V., *The ends of harm. The moral foundations of criminal law*, Oxford, Royaume-Uni ; New-York, Etats-unis d'Amérique, Oxford University Press, coll.« Oxford legal philosophy », 2011.

TONRY M., *Sentencing Matters*, Oxford University Press, 1996.

WALDRON J., *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Massachusetts ; London, Royaume-Uni, Harvard University Press, 2012.

WRINGE B., *An Expressive Theory of Punishment*, Palgrave Macmillan, 2016.

D. Autres thèses et monographies

AFROUKH M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Lille, France, Atelier national de reproduction des thèses, 2010.

AGOSSOU-PENEL M.L.N., *La contrainte dans la phase préparatoire du procès pénal*, Thèse de doctorat, Dynamiques du droit, Montpellier, France, 2011.

ANDERSEN B.D., S. HANSEN, et J. JENSEN, *Le petit livre rouge des écoliers et lycéens*, traduit par Lonni BOLO et traduit par Etienne BOLO, Lausanne, CEDIPS, 1970.

ASHWORTH A., *Positive obligations in criminal law*, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2013.

ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, 5^e éd., Cambridge University Press, 2010.

AUBERT J.-L., É. SAVAUX, et J. FLOUR, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, coll.« Université », 2014.

AUTEXIER C., *Introduction au droit public allemand*, Paris, France, Presses universitaires de France, coll.« Droit fondamental. Droit politique et théorique, ISSN 0760-9930 », 1997.

BARBÉ V., *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux: étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, France, LGDJ : Lextenso, DL 2009, 2009.

BARRAL P., *Existe-t-il un véritable contrôle de proportionnalité en droit privé ? : étude comparative franco-allemande*, Thèse de doctorat, Strasbourg, 2013.

BOHLANDER M., *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012.

BOHLANDER M., *Principles of German Criminal Law*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.

CAMPBELL A.W., *Law of Sentencing*, West, 2004.

- CAPPELLO A., *La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2014.
- CHAVENT-LECLERE A.-S., *La proportionnalité et le droit pénal général*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, Lyon, France, 2002.
- CHRISTOFFERSEN J., *Fair balance : proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Pays-Bas, coll.« International studies in human rights, ISSN 0924-4751 », n° 99, 2009.
- COPAIN C., *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, Thèse de doctorat, École doctorale de droit, Lyon, France, 2011.
- COQUIN C., *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, UFR de droit et sciences sociales, France, 2001.
- CORNESSE I., *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse de doctorat, Montpellier I, 2000.
- COULIBALY M., *Le principe de proportionnalité en droit répressif français*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I, 2003.
- COURTAIGNE-DESLANDES C., *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris, France, 2010.
- DEBAA A., *Le principe de proportionnalité en droit international humanitaire*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nord, France, 2010.
- DEFFAINS N., *Le régime répressif des libertés publiques*, Thèse de doctorat, Strasbourg 3, 1993.
- DELMAS-MARTY M. et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger: de la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, France, Economica, 1992.
- DRÉAN-RIVETTE I., *La personnalisation de la peine dans le code pénal*, Paris, France, Hongrie, Congo, coll.« Traité de sciences criminelles », 2005.
- DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, coll.« Publications de l'Institut international des droits de l'homme », n° 13, 2011.
- DUVIGNEAU F., *Le principe de proportionnalité en droit comparé (Europe, Etats-Unis)*, S.l., 1994, France, 1994.
- EASTON S. et C. PIPER, *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice*, 4^e éd., Oxford University Press, 2016.
- EDDADSI B., *La certitude de la sanction pénale*, Thèse de doctorat, Université de Nice, France, 2010.

- FAVOREU L., P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, É. OLIVA, et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, coll.« Grands arrêts », 2013.
- FITZMAURICE C. et K. PEASE, *The psychology of judicial sentencing*, Manchester, UK, Royaume-Uni, 1986.
- GÉNAUT B., *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 86, 2009.
- GIROT M., *La dépenalisation: un instrument au service du droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, France, 1994.
- GUINCHARD A. et Y. MAYAUD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale: du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, Paris, France, LGDJ, coll.« Bibliothèque de sciences criminelles, ISSN 0523-5049 », n° 38, 2003.
- HARBO T.-I., *The function of proportionality analysis in European law*, Brill, 2015.
- HARBOE N., *Les Conditions subjectives de la culpabilité*, Oslo, Norvège, J. Dybwad, 1930, vol. 3/.
- HATRY S., *Essai de définition du principe constitutionnel de la proportionnalité des peines applicables aux mineurs*, France, 2008.
- HEUSCHLING L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002.
- HUSSON C., *Droit international des droits de l'homme et valeurs : le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, France, Bruylant, coll.« Droit de la convention européenne des droits de l'homme [Texte imprimé], Thèses / dirigée par Frédéric Sudre. - Bruxelles : Bruylant », n° 4, 2012.
- JACQUINOT N., *Ordre public et constitution*, Thèse de doctorat, France, 2000.
- JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll.« Droit public positif », 1992.
- KAPLAN J.M. et J.E. MURPHY, *Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines*, Thomson Reuters, 2016.
- VAN DE KERCHOVE M., *Le droit sans peines: aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, coll.« Publications des facultés universitaires Saint-Louis. Collection générale », n° 41, 1987.
- KIESO D.W., *Unjust sentencing and the California Three Strikes law*, New York, LFB Scholarly Pub, coll.« Criminal justice : recent scholarship », 2005.
- KOMMERS D.P., R.A. MILLER, et R.B. GINSBURG, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, NC, Etats-Unis, Duke University Press, 2012.

- LÉCUYER G. et L. CADIET, *Liberté d'expression et responsabilité: étude de droit privé*, Paris, France, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 56, 2006.
- LEGG A., *The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality*, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Oxford University Press, 2012, 2012.
- LESTRADE E., *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, France, 2009.
- LOUSSOUARN Y., P. BOUREL, et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2013.
- LOVEGROVE A., *The framework of judicial sentencing: a study in legal decision making*, Cambridge University Press, 1997.
- MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité: essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, France, Institut universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », 2014.
- MEKHANTAR J., *Le Contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, Lille, France, Atelier national reprod. th. Univ. Lille 3, 1990.
- MÖLLER K., *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, 2012.
- MOUREAU N. et D. RIVAUD-DANSET, *L'incertitude dans les théories économiques*, Paris, La Découverte, coll.« Repères », 2004.
- MOUYSSET O., *Contribution à l'étude de la pénalisation*, Paris, France, LGDJ-Lextenso éd., coll.« Bibliothèque de sciences criminelles », n° 43, 2008.
- MUZNY P., *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme: essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, France, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 2 vol.
- PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, France, Économica, 1990.
- ROUZIÈRE-BEAULIEU O., *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de Doctorat, Université de Montpellier, 2017.
- SAINATI G. et U. SCHALCHLI, *La décadence sécuritaire*, Paris, France, la Fabrique, 2007.
- SCHNEIDER A.L., *Deterrence and Juvenile Crime. Results from a National Policy Experiment*, New York, Springer-Verlag, coll.« Research in Criminology », 1990.
- SCIORTINO-BAYART S., *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, Thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille 3, 2000.

SELLIN T., M.E. WOLFGANG, et S. TURNER, *The measurement of delinquency*, New Jersey, Etats-Unis, Patterson Smith Montclair, coll.« Patterson Smith series in criminology, law enforcement and social problems. - Montclair (N.J.) : Patterson Smith », n° 209, 1978.

SEN A., *The Standard of Living*, Cambridge University Press, 1987.

SOUVIGNET X., *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, DL 2012, coll.« Droit de la convention européenne des droits de l'homme, Thèses », n° 5, 2012.

STASIAK F., *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse de doctorat, Nancy, France, 1995.

SULLIVAN E.T. et R.S. FRASE, *Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009.

SUMMERS R.S., *Essays on the nature of law and legal reasoning*, Duncker & Humblot, , n° 151, 1992.

ŠUŠNJAR D., *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2001.

XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1996.

ZYL SMIT D. van, *Taking life imprisonment seriously in national and international law*, La Hague, Pays-Bas, 2002.

IV. Mélanges

Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic, PUN - Éditions universitaires de Lorraine, 2018.

Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme. Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin, Limal, Belgique, Anthemis, 2014.

Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges, Dalloz, 2014.

La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2012.

Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012.

La peine dans tous ses états : hommage à Michel van de Kerchove, Bruxelles, Belgique, Larcier, 2011.

De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009.

Les droits individuels et le juge en Europe : mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2000.

Mélanges offerts à Georges Levasseur : droit pénal, droit européen, Gazette du Palais ; Litec, 1992.

Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu. tome 1, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 1992.

Droit pénal contemporain : mélanges en l'honneur d'André Vitu, Cujas, 1989.

Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel, A. Pedone, 1975, 2 vol.

Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public, L.G.D.J., 1974, 2 vol.

V. Rapports

GIAMETTA C. et N. RASSOUW, *Que pensent les travailleur.se.s du sexe de la loi prostitution ? Enquête sur l'impact de la loi du 13 avril 2016 contre le « système prostitutionnel »*, Médecins du monde France, 2018.

VON HIRSCH A., *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Committee for the Study of Incarceration, 1976.

Guidelines Manual, United States Sentencing Commission, 2018.

Étude d'impact. Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, Ministère de la justice, 2018.

Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale. Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 2018.

Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 15 au 27 novembre 2015, Strasbourg, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 2017.

Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Cour de cassation, 2017.

Imposition of community and custodial sentences, Sentencing Council for England and Wales, 2017.

Sentencing Children and Young People, Sentencing Council for England and Wales, 2017.

Étude d'impact. Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle, Ministère de la justice, 2015.

Rapport annuel 2013, Strasbourg, Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, 2014.

Rapport annuel 2009, Strasbourg, Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, 2010.

VI. Ouvrages collectifs

ALIX J. et O. CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, coll.« Thèmes & Commentaires », 2017.

ASHWORTH A., L. ZEDNER, et P. TOMLIN (dir.), *Prevention and the limits of the criminal law*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2013.

BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? (Actes de colloque) », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117.

BERG M., S. KAPSCH, et F. STRENG (dir.), *Criminal justice in the United States and Germany: history, modernization, and reform*, Heidelberg, Allemagne, Universitätsverlag Winter, 2006.

BERNARD D., Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, D. SCALIA, et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Belgique, Anthemis, 2013.

BERNARD D. et K. LADD (dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, coll.« Collection générale », n° 151, 2019.

BOULAD-AYOUB J., M. ANTAKI, et P. ROBERT (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Laval, Canada, Presses universitaires de Laval, 2013.

BURGAUD E. et S. DELBREL (dir.), *Les sens de la peine*, Pulim, coll.« Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 50, 2018.

CAHN O., K. PARROT, et X. PIN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal: actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Paris, France, Lextenso éditions, 2013.

CANTO-SPERBER M. (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 1^{re} éd., Presses universitaires de France, 1996.

CARTUYVELS Y., Y. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

CENTRE DE RECHERCHE JURIDIQUE POTHIER, *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, Paris, France, LexisNexis, 2017.

CENTRE DE RECHERCHE PLURIDISCIPLINAIRE ET MULTILINGUE, *Entre droit et morale: la finalité de la peine*, Bern, Suisse, Allemagne, Belgique, coll.« Travaux interdisciplinaires et plurilingues », n° 12, 2010.

CENTRE D'HISTOIRE JUDICIAIRE et INSTITUT D'HISTOIRE DES ANCIENS PAYS DE DROIT ÉCRIT, *La douleur et le droit*, Paris, France, Presses universitaires de France, 1997.

CHAIRE UNESCO DE PHILOSOPHIE. COLLOQUE, *Justice, droit et justification: perspectives transculturelles*, Frankfurt am Main, Allemagne, coll.« Philosophie et transculturalité », n° 9, 2010.

- CHANG R., *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, 1998.
- CHU D.C. et G.R. NEWMAN (dir.), *Crime and punishment around the world - Asia and Pacific*, Santa Barbara, Californie, ABC-CLIO, 2010.
- DEBÈNE M., G. TEBOUL, et G. CONAC, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789: histoire, analyse et commentaires*, Paris, France, Economica, 1993.
- DEIGH J. et D. DOLINKO (dir.), *The Oxford handbook of philosophy of criminal law*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, coll.« (The Oxford handbook of philosophy) », 2011.
- DELMAS-MARTY M., *Raisonner la raison d'État: vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, France, Presses universitaires de France, coll.« Les Voies du droit, ISSN 0766-6764 », 1989.
- DELMAS-MARTY M., G. GIUDICELLI-DELAGE, É. LAMBERT-ABDELGAWAD, et UNITÉ MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARÉ, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, France, Société de législation comparée, coll.« Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », n° 5, 2003.
- DELPÉRÉE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, L.G.D.J., coll.« Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », n° 37, 2002.
- D'ONORIO J.-B. et COLLOQUE NATIONAL DES JURISTES CATHOLIQUES (dir.), *La subsidiarité : de la théorie à la pratique*, Paris, France, Téqui, coll.« Publications de la Confédération des juristes catholiques de France », 1995.
- D'ONORIO J.-B. et CONFÉDÉRATION DES JURISTES CATHOLIQUES DE FRANCE. COLLOQUE NATIONAL (dir.), *La faute, la peine et le pardon : actes du XVe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, France, P. Téqui, coll.« Publications de la Confédération des juristes catholiques de France », 1999.
- DUBOUT E., S. TOUZÉ, M. DELMAS-MARTY, CENTRE DE RECHERCHE SUR L'UNION EUROPÉENNE, CENTRE D'ÉTUDES DE DROIT INTERNATIONAL ET COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ DU MAINE, et CENTRE D'ÉTUDES SUR LA COOPÉRATION JURIDIQUE INTERNATIONALE, *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, A. Pedone, coll.« Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », n° 15, 2010.
- GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF et IRJS Éditions, 2011.
- GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, *Le juge constitutionnel et la proportionnalité*, Paris, France, Economica, coll.« Annuaire international de justice constitutionnelle », n° 25, 2010.
- VON HIRSCH A., A. ASHWORTH, et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing: readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009.

- VON HIRSCH A. et J.V. ROBERTS (dir.), *Previous convictions at sentencing: Theoretical and applied perspectives*, Hart Publishing, 2010.
- HUSCROFT G., B.W. MILLER, et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.
- JACQUES F. et S. GOYARD (dir.), *Le droit, le juste, l'équitable*, Salvator, 2014.
- JEANCLOS Y. (dir.), *La dimension historique de la peine. 1810 - 2010*, Économica, 2013.
- JUDE J.-M. (dir.), *La clémence et le droit*, Economica, coll.« Études juridiques », 2011.
- LABRUSSE-RIOU C. et J.-M. FERRY, *Droit naturel: relancer l'histoire ?*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, coll.« Droit et religion », n° 2, 2008.
- LÉAUTÉ J. (dir.), *La responsabilité pénale : travaux du Colloque de philosophie pénale, 12 au 21 janvier 1959*, Dalloz (Strasbourg, impr. Muh-Le Roux), 1961.
- LENEUF F., S. SCHILLER, et CENTRE DE RECHERCHES DROITS ET PERSPECTIVES DU DROIT, *Les conflits de normes : le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, Paris, France, GIP Mission de recherche Droit et justice, 2012.
- LETOUZEY E. (dir.), *La motivation de la peine*, Ceprisca, coll.« Colloques », 2019.
- LUDWICZAK F. et J. MOTTE DIT FALISSE (dir.), *Du sens de la peine*, L'Harmattan, 2017.
- MASSÉ M., J.-P. JEAN, et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll.« Droit et justice », 2009.
- MBONGO P. et INSTITUT DE DROIT PUBLIC, *L'excès: l'hypermodernité , entre droit et politique*, Paris, France, Mare & Martin, coll.« Droit & science politique », 2012.
- MORRIS N. et D.J. ROTHMAN (dir.), *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in western society*, New York, Etats-Unis, Royaume-Uni, 1998.
- MUNRO C. et M. WASIK (dir.), *Sentencing, judicial discretion and training*, 1992^e éd., London, Sweet & Maxwell.
- OTTENHOF R. (dir.), *L'individualisation de la peine: de Saleilles à aujourd'hui ; suivie de L'individualisation de la peine : cent ans après Saleilles*, Ramonville Saint-Agne, France, Érès, 2001.
- PAVLAKOS G. (dir.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007.
- PETERSILIA J. et K.R. REITZ (dir.), *The Oxford handbook of sentencing and corrections*, Oxford University Press, 2012.
- PFERSMANN O., G. TIMSIT, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT CONSTITUTIONNEL, et CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR L'ADMINISTRATION PUBLIQUE (dir.), *Raisonnement juridique et*

interprétation: journée d'étude internationale, 14 juin 1999, Paris, France, Publications de la Sorbonne, coll.« De Republica », n° 3, 2001.

REDOR M.-J., *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, coll.« Droit et justice », n° 29, 2001.

REX S. et M. TONRY (dir.), *Reform and Punishment: The Future of Sentencing*, Devon, Royaume-Uni, Willan, 2002.

ROBERTS J.V. (dir.), *Exploring sentencing practice in england and wales*, Palgrave Macmillan, 2015.

ROUSSEAU D., F. SUDRE, CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES COMPARATIVES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES, et INSTITUT DE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: droits et libertés en Europe*, STH, coll.« Les Grands colloques », n° 1990, 1990.

RYBERG J. et J.V. ROBERTS (dir.), *Popular punishment: On the normative significance of public opinion*, Oxford University Press, 2014.

SAENKO L. (dir.), *Le nouveau Code pénal 20 ans après. État des questions*, L.G.D.J., Lextenso, 2014.

SILKENAT J.R., J.E. HICKEY, et P.D. BARENBOIM (dir.), *The Rule of Law and Legal State Doctrines as a Methodology of the Philosophy of Law*, Springer, 2014.

SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Anthemis & Nemesis, coll.« Droit et justice », n° 108, 2014.

TONRY M.H. (dir.), *The future of imprisonment*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004.

TONRY M.H. (dir.), *The handbook of crime & punishment*, New York, Oxford University Press, 2000.

TSAGOURIAS N. (dir.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge University Press, 2007.

VERDIER R. et A. ADLER (dir.), *La vengeance: études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie. Volume 1, Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales*, Paris, France, Ed. Cujas, 1981.

VILLEY M. (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Paris, France, Presses universitaires de France, 1983.

WEIDSBURD D., D.P. FARRINGTON, et C. GILL (dir.), *What Works in Crime Prevention and Rehabilitation. Lessons from Systematic Reviews*, Springer, 2016.

ZEDNER L. et J.V. ROBERTS (dir.), *Principles and values in criminal law and criminal justice: Essays in honour of andrew ashworth*, Oxford University Press, 2012.

VII. Contributions de travaux collectifs et articles de revues

ASHWORTH A., « Desert », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 102-107.

ALEINIKOFF T.A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », *The Yale Law Journal*, avril 1987, vol. 96, n° 5, p. 943.

ALEXY R., « The Construction of Constitutional Rights », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 1, p. 20-32.

ALEXY R., « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, décembre 2003, vol. 16, n° 4, p. 433-449.

ALEXY R., « Constitutional rights, balancing, and rationality », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 2, p. 131-140.

ALIX J., « Une liaison dangereuse. Dangereusité et droit pénal en France », GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La dangereusité saisie par le droit pénal*, PUF et IRJS Éditions, 2011, p. 49-78.

ALIX J. et O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC*, 2017, p. 845.

ALLEN F.A., « The Decline of the Rehabilitative Ideal », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, vol. 1/ p. 11-15.

ALM D., « Self-Defense, Punishment and Forfeiture », *Criminal Justice Ethics*, août 2013, vol. 32, n° 2, p. 91-107.

ANTAKI M., « The Rationalism of Proportionality's Culture of Justification », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 284-307.

ASHWORTH A., L. ZEDNER, et P. TOMLIN (dir.), *Prevention and the limits of the criminal law*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2013.

ASHWORTH A.J., « Sentencing reform structures », *Crime and Justice*, 1992, vol. 16, p. 181-241.

ASP P., « Preventionism and criminalization of nonconsummate offences », A. ASHWORTH, L. ZEDNER et P. TOMLIN (dir.), *Prevention and the limits of the criminal law*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2013, p. 24-46.

BALL J.C., « The Deterrence Concept in Criminology and Law », *Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science*, 9 octobre 1955, vol. 46, n° 3, p. 347-354.

- BARAK A., « Proportionality and Principled Balancing », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 1, p. 2.
- BARBIER H., « Quand la liberté du créancier de choisir la sanction contractuelle échappe au contrôle de proportionnalité », *RTD Civ.*, 2016, p. 356.
- BÉAL C. et L. DELIA, « Entretien avec Margaux Coquet sur l’abolition du système pénal », *Rue Descartes*, 2018, n° 93, p. 102-119.
- BEAUSSONIE G., « Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l’individualisation des peines et renforçant l’efficacité des sanctions pénales », *RSC*, 2014, p. 809.
- BÉNABENT A., « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137.
- BENNINGTON G., « A Moment of Madness: Derrida’s Kierkegaard », *Oxford Literary Review*, 2011, vol. 33, n° 1, p. 103–127.
- BERGER V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l’homme », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 40-45.
- BERMAN D.A., « Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 95, n° 3, p. 653-688.
- BERMAN M.N., « Punishment and justification », *U of Texas Law, Public Law Research Paper*, 2006, n° 129.
- BIERSCHBACH R.A. et S. BIBAS, « Constitutionally Tailoring Punishment », *Michigan Law Review*, 2013, vol. 112, n° 3, p. 13–17.
- BOCCON-GIBOD O., « La Chambre criminelle précise sa jurisprudence sur la motivation des peines fermes d’emprisonnement », *RSC*, 2012, p. 389.
- BONIS-GARÇON É., « Motivation du sursis avec mise à l’épreuve - Champ d’application de l’obligation de motivation en matière correctionnelle », *Dr. pénal*, 2018, p. comm. 20.
- BONNET J. et A. ROBOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821.
- BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l’épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011, vol. 4, n° 88, p. 913.
- BOUSTA R., « La “« spécificité »” du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, vol. 4, p. 859.
- BOUVAIST G., « Allemagne : apprendre le maniement des armes en Syrie ne fait pas de vous un terroriste », *Dalloz actualité*, 29 octobre 2015.
- BOWMAN III F.O., « Mr. Madison Meets a Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform », *Stanford Law Review*, 2005, vol. 58, n° 1, p. 235-265.

- BOWMAN III F.O., « The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis », *Columbia Law Review*, 2005, vol. 105, n° 4, p. 1315-1350.
- BOYER A., « Ce serait folie d'ignorer les conséquences », *Archives de philosophie du droit*, 2005, vol. 48, p. 275-289.
- BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*, Paris, France, L.G.D.J., 1974, vol. 2/ p. 297-306.
- BRAITHWAITE J., « Minimally Sufficient Deterrence », *Crime and Justice*, 2018, vol. 47, n° 1, p. 69-118.
- BRETONNEAU A. et J. LESSI, « Sanctions infligées aux agents publics : M. Lebon sort du Recueil », *AJDA*, 2013, p. 2432.
- BRINK D.O., « Retributivism and legal moralism », *Ratio Juris*, 2012, vol. 25, n° 4, p. 496–512.
- BRODEUR J.-P., « Sanction pénale et contre-impunité », *Informations sociales*, 2005, n° 7, p. 122-133.
- BROWN D.K., « Cost-Benefit Analysis in Criminal Law », *California Law Review*, mars 2004, vol. 92, n° 2, p. 323.
- CAHN O., « Le sentencing anglo-américain, avenir de l'administration des peines en France ? », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, p. 249-266.
- CAHN O., « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale », O. CAHN, K. PARROT et X. PIN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal : actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Paris, France, Lextenso éditions, 2013, p. 17-64.
- CAMOUS E., « Le contrôle de proportionnalité des saisies pénales », *JCP G.*, 2019, n° 6, doctrine 150.
- CAMOUS E., « Le droit de propriété et la peine de confiscation », *Dr. pénal*, 2019, n° 3, étude 8.
- CANTEGREIL J., « La doctrine du « combattant ennemi illégal » », *RSC*, 2010, vol. 1, p. 81-106.
- CARON D., « La bellicisation de la lutte contre le terrorisme : un défi au droit », *Droit répressif au pluriel: droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme. Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Limal, Belgique, Anthemis, 2014, p. 113-136.
- CERF A., « Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux », M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordre publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Droit et justice », n° 29, 2001, p. 63-83.
- CHANTEUR J., « Rétribution et justice chez Platon », M. VILLEY (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Paris, France, Presses universitaires de France, coll.« Travaux et recherches de l'Université de droit,

d'économie et de sciences sociales de Paris. Série philosophie du droit, ISSN 0290-4926 », n° 1, 1983, p. 27-35.

CHARBONNEAU É., « Norme juridique et norme technique », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, vol. 28, p. 83.

CHARITÉ M., « Les déclarations d'inconstitutionnalité “de date à date” en contentieux constitutionnel français », *RFDA*, 2018, p. 775.

CHAUVIN P. et C. KLEITZ, « Contrôle de proportionnalité : “Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne” », *Gaz. Pal.*, 6 décembre 2016, n° 281w8, p. 10.

CHAZAL J.-P., « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.*, 2016, p. 121.

CHAVENT-LECLÈRE A.-S., « Halo sur la jurisprudence de la Chambre criminelle en matière de confiscations et saisies », *AJ Pénal*, 2019, p. 8.

CHENEDÉ F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796.

CHEVREAU E., « La clémence en droit romain », J.-M. JUDE (dir.), *La clémence et le droit*, *Economica*, coll.« Études juridiques », 2011, p. 15-28.

COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « Proportionality and the Culture of Justification », *The American Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 59, n° 2, p. 463-490.

COTELLE G., « Consécration implicite de la procédure de confiscation sans condamnation préalable », *AJ Pénal*, 2016, p. 463.

CHARBONNEAU É., « Norme juridique et norme technique », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, vol. 28, p. 83.

COLB S.F., « Freedom From Incarceration: Why Is This Right Different From All Other Rights », *NYUL Rev.*, 1994, vol. 69, p. 781.

COMBACAU J., « Conclusions générales », M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordre publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Droit et justice », n° 29, 2001, p. 415-434.

COMBARNOUS et GALABERT, « Le Conseil d'Etat, juge de cassation », *L'Actualité juridique - Droit administratif*, 1960, I, chron., p. 95-98.

COMBEAU P., « Le sens de la sanction administrative », E. BURGAUD et S. DELBREL (dir.), *Les sens de la peine*, Pulim, coll.« Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 50, 2018, p. 37-54.

COMMISSION DE RÉFLEXION SUR LA RÉFORME DE LA COUR DE CASSATION, *Compte-rendu de la séance d'ouverture*, https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/reforme_cour_30358.html, consulté le 14 septembre 2015.

CONTE P., « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, juillet 2018, n° 20-21, p. 93-101.

- COSTA J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434-437.
- COURTOIS G., « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, p. 29-66.
- DADOUN A., « L'intensité variable de la proportionnalité de la peine de confiscation », *Dr. pénal*, 2017, n° 7-8, dossier 6.
- DALY K., « Rethinking judicial paternalism: Gender, work-family relations, and sentencing », *Gender & Society*, 1989, vol. 3, n° 1, p. 9–36.
- DANET J., « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC*, 2010, p. 49.
- DARSONVILLE A., « Ordre public et droit pénal », C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Cujas, coll.« Actes & études », 2013, p. 287-296.
- DÉCIMA O., « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ Pénal*, 2012, p. 380.
- DELMAS-MARTY M., « Comment sortir de l'impasse ? », *RSC*, 2010, p. 107-110.
- DELMAS-MARTY M., « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIXe au XXe siècle - Introduction », *RSC*, 2010, p. 5-8.
- DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754.
- DESSECKER A., « Dangerosité, longues peines de prison et mesures préventives en Allemagne. Séminaire GERN "Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité" (Neuchâtel, 3 septembre 2008) », *Champ pénal/Penal field*, 2009.
- DEUMIER P., « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, p. 578.
- DEUMIER P., « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, p. 578.
- DHAMI M.K., « Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities? », *Law and Contemporary Problems*, 2013, vol. 76, n° 1, p. 289-307.
- DOOB A.N. et C.M. WEBSTER, « Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis », *Crime and Justice*, 2003, vol. 30, p. 143-195.
- DREYER E., « La motivation de la peine et le contrôle de proportionnalité », E. LETOUZEY (dir.), *La motivation de la peine*, Ceprisca, coll.« Colloques », 2019, p. 57-81.
- DREYER E., « Confiscation et proportionnalité », *Gaz. Pal.*, 6 novembre 2018, n° 38, p. 73.

DREYER E., « Motivation - La Cour de cassation contrôle-t-elle la motivation des peines par les juges du fond ? », *Dr. pénal*, avril 2018, n° 4, étude 8.

DREYER E., « Peines - La motivation des peines : quoi et comment ? », *JCP G.*, 19 mars 2018, n° 12, doct. 330.

DREYER E., « Existerait-il une méta-légalité en droit pénal ? », *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN - Éditions universitaires de Lorraine, 2018, p. 95-107.

DREYER E., « La motivation de toute peine : un revirement à regret ? », *AJ Pénal*, 2017, p. 175.

DREYER E., « L'objet de la sanction pénale », *D.*, 2016, p. 2583.

DREYER E., « Un contrôle si faible de constitutionnalité... », *AJ pénal*, 2015, p. 248.

DREYER E., « La subsidiarité du droit pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247-263.

DUBOUT É., « La procéduralisation des droits », F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Anthemis & Nemesis, coll.« Droit et justice », n° 108, 2014, p. 265-300.

DUFF R.A., « Punishment, Retribution and Communication », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 126-134.

DUMONT H., « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », Y. CARTUYVELS, Y. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 45-73.

DUPRÉ DE BOULOIS X., « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *JCP G.*, 2 mai 2016, n° 18, p. doct. 552.

EHRlich I., « The deterrent effect of criminal law enforcement », *The Journal of Legal Studies*, 1972, p. 259-276.

ENGLE E., *The history of the general principle of proportionality : an overview*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431179, consulté le 7 septembre 2015.

ESCAMILLA-CASTILLO M., « The purposes of legal punishment », *Ratio Juris*, 2010, vol. 23, n° 4, p. 460-478.

FAGET J., « La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations », *Champ pénal/ Penal field*, 2008, vol. 5.

FATTACCINI C., « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation). Le point de vue d'un avocat aux Conseils », *D.*, 2015, p. 1734.

- FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », *Droit pénal contemporain : mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 169-209.
- FERRAND J., « Pérégrinations sur le sens-tiers de la peine. (Excès, Dette, Incommensurabilité) », D. BERNARD et K. LADD (dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, coll.« Collection générale », n° 151, 2019, p. 151-176.
- FERRAND J., « Le conflit des rationalités pénales au siècle des lumières : Jalons pour penser les politiques criminelles contemporaines », J. BOULAD-AYOUB, M. ANTAKI et P. ROBERT (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Laval, Canada, Presses universitaires de Laval, 2013, p. 155-201.
- FICARA J. et P. KUENTZ, « La peine de contrainte pénale, entre constat d'échec et perspectives d'évolution », *AJ Pénal*, 2017, p. 172.
- FRAISSE R., « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 74-85.
- FRANCILLON J., « Publication de sondages d'opinion sur internet dans la semaine précédant le scrutin : encore une loi française abrogée judiciairement », *RSC*, 2002, p. 125.
- FRASE R.S., « Forty Years of American Sentencing Guidelines: What Have We Learned », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 79-135.
- FRASE R.S., « Limiting Retributivism », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 135-142.
- FRASE R.S., « State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues », *Columbia Law Review*, 2005, vol. 105, n° 4, p. 1190-1232.
- FRASE R.S., « Limiting Retributivism », M.H. TONRY (dir.), *The future of imprisonment*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004, p. 83-119.
- FRASE R.S., « Sentencing principles in theory and practice », *Crime and Justice*, 1997, p. 363-433.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du Bon Juge Magnaud », *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 335-342.
- FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 156.
- FROMONT M., « République fédérale d'Allemagne. L'État de droit », *RDP*, 1984, p. 1203-1226.
- FULCHIRON H., « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 1376.
- FULCHIRON H., « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 2496.
- FULCHIRON H., « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 1980.

- GALLMEISTER I., « Nullité du mariage entre alliés en ligne directe : contrôle de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 953.
- GARDNER J., « Introduction », *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, 2^e éd., Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, 2008, p.
- GAUTIER P.-Y., « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : “l’anti-Daguesseau” », *JCP G.*, 15 février 2016, n^o 7, p. n^o 189.
- GAZAL-AYAL O., H. TURJEMAN, et G. FISHMAN, « Do Sentencing Guidelines Increase Prosecutorial Power: An Empirical Study », *Law & Contemp. Probs.*, 2013, vol. 76, p. 131.
- GENUIT P., « Du cens de la peine aux sens pénitentiels : Principe éthique et traitement légal de la peine », F. LUDWICZAK et J. MOTTE DIT FALISSE (dir.), *Du sens de la peine*, L’Harmattan, 2017, p. 49-64.
- GEORGITSI E., « La proportionnalité comme instrument de “conciliation” des normes antagonistes. Regard critique sur l’identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *RIDC*, 2011, vol. 63, n^o 3, p. 559-584.
- GIACOPELLI M., « Vers une généralisation de l’exigence de motivation en droit de la peine ? », *D.*, 2017, p. 931.
- GIACOPELLI M., « La loi du 15 août 2014 relative à l’individualisation des peines et renforçant l’efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *AJ pénal*, 2014, p. 448.
- GIUDICELLI-DELAGE G., « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l’ennemi », *RSC*, 2010, vol. 1, p. 69-80.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, mai 2012, n^o 7.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n^o 46, p. 62-69.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d’une théorie générale », *RFD Const.*, 2001, vol. 45, p. 67-83.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel », *RFD Const.*, 1997, vol. 30, p. 227-267.
- GRIDEL J.-P., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n^o 46, p. 113-118.
- GRIFFON-YARZA L., « Illégalité des peines : quel traitement ? », *Dr. pénal*, juillet 2016, n^o 7-8, p. étude 14.
- GROS F., « Les quatre foyers du sens de la peine », *Et ce sera justice*, Odile Jacob, 2001, p. 11-138.

HAGUENAU-MOIZARD C., « Vers une harmonisation communautaire du droit pénal ? », *RTD Eur.*, 2006, p. 369.

HAIST M., « Deterrence in a Sea of " Just Deserts": Are Utilitarian Goals Achievable in a World of " Limiting Retributivism"? », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2009, p. 789–822.

HARCOURT B.E., « Preventing Injustice », *Politique(s) criminelle(s): mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 633-648.

HARCOURT B.E., « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *Déviance et Société*, 22 mars 2011, Vol. 35, n° 1, p. 5-33.

HARCOURT B.E., « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II) », *Déviance et Société*, 2011, vol. 35, n° 2, p. 163-194.

HARCOURT B.E., « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIXe et XXe siècles », *RSC*, 2010, vol. 1, p. 31-48.

HARCOURT B.E., « The collapse of the harm principle », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1999, p. 109–194.

HAUSER J., « Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu », *RTD Civ.*, 2016, p. 831.

HENRIOT J., « La commensurabilité de la peine chez Aristote », M. VILLEY (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Paris, France, Presses universitaires de France, 1983, p. 37-49.

HERZOG-EVANS M., « Existe-t-il un délai raisonnable de révocation du SME ? », *AJ Pénal*, 2017, p. 302.

HERZOG-EVANS M., « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ Pénal*, 2012, p. 75.

VON HIRSCH A., A. BOTTOMS, E. BURNEY, et P.-O. WIKSTRÖM, « Deterrent Sentencing as a Crime Prevention Strategy », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing : readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, p. 57-70.

VON HIRSCH A. et N. JAREBORG, « Appendix 3 - Gauging Crime Seriousness : A "Living Standard" Conception of Criminal Harm », *Proportionate sentencing : exploring the principles*, Oxford, Royaume-Uni, Oxford University Press, coll.« Oxford monographs on criminal law and justice », 2005, p. 186-219.

VON HIRSCH A. et N. JAREBORG, « Gauging Criminal Harm : A Living-Standard Analysis », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, vol. 11, p. 1-38.

HOAREAU J., « "Préférer miséricorde à rigueur de justice", pardon exemplaire, aux XIVe et XVe siècles », Y. JEANCLOS (dir.), *La dimension historique de la peine. 1810 - 2010*, Économica, 2013, p. 45-59.

- HOFER P.J., « Federal Sentencing after Booker », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 137-186.
- HOLMES O.W. Jr., « The Path of the Law », *The Harvard Law Review*, 1897, vol. 10, p. 457.
- HOLTERMANN J.V., « Getting Real or Staying Positive: Legal Realism (s), Legal Positivism and the Prospects of Naturalism in Jurisprudence », *Ratio Juris*, 2015.
- HOULOU A., « Le droit pénal chez Saint Augustin », *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, vol. 52, p. 5-29.
- HOWELL R., « Sentencing Reform Lessons: From the Sentencing Reform Act of 1984 to the Feeney Amendment », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2004, vol. 94, n° 4, p. 1069-1103.
- HUSCROFT G., « Proportionality and the Relevance of Interpretation », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 186-202.
- JACOBS J., « The Liberal Polity, Criminal Sanction, and Civil Society », *Criminal Justice Ethics*, décembre 2013, vol. 32, n° 3, p. 231-246.
- JAKOBS G., « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, vol. 1, p. 7-18.
- JAMIN C., *Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux*, https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/introduction_comparative_31563.html, consulté le 13 septembre 2015.
- JEAN J.-P., « Le libéralisme autoritaire », *Le Monde diplomatique*, octobre 1987, p. 1 et 16-17.
- JEAN-PIERRE D., « Les trente ans de la jurisprudence Lebon », *JCP A.*, 2008, n° 2147.
- JESTAZ P., J.-P. MARGUÉNAUD, et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.
- JEULAND E., « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, octobre 2017, n° 2, dossier 9.
- JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G.*, 11 janvier 2016, n° 1-2, supplément, p. 20-26.
- KALFLÈCHE G., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 46-53.
- KALUZYNSKI M., « Le criminel sous le regard du savant », É. HEILMANN (dir.), *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, Éditions Autrement, coll.« Série Mutations/Sciences en société », n° 145, 1994, p. 74-87.

- KELLER R., « Développement du contrôle du juge de cassation sur le choix d'une sanction disciplinaire », *Lebon*, 2014.
- KELLER R. et C. FORTIER, « Le couronnement/l'aboutissement de l'arrêt Lebon : le choix de la sanction disciplinaire fait l'objet d'un contrôle plein du juge administratif », *AJFP*, 2014, p. 5.
- VAN DE KERCHOVE M., « Introduction », D. BERNARD, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, D. SCALIA et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Belgique, Anthemis, 2013, p. 11-33.
- VAN DE KERCHOVE M. et VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, L.G.D.J., coll.« Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », n° 37, 2002, p. 153-160.
- KING R.D. et M.T. LIGHT, « Have Racial and Ethnic Disparities in Sentencing Declined? », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 365-437.
- KLATT M., « Taking rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion », *Ratio Juris*, 2007, vol. 20, n° 4, p. 506-529.
- KLECK G., B. SEVER, S. LI, et M. GERTZ, « The Missing Link in General Deterrence Research », *Criminology*, 2005, vol. 43, n° 3, p. 623-659.
- KOERING-JOULIN R. et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 1998, p. 106.
- KUMM M., « Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review », *New York University School of Law Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, 2009, n° 09-10.
- KUMM M., « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification : The Point of Rights-Based Proportionality Review », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, n° 2, p. 141-175.
- KUMM M. et A.D. WALLEN, « Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 67-89.
- LACEY N., « Historicising criminalisation: conceptual and empirical issues », *The Modern Law Review*, 2009, vol. 72, n° 6, p. 936-960.
- LARGUIER J., « Mort et transfiguration du droit pénal », R. CASSIN et M. ROLLAND (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, France, A. Pedone, impr. 1975, 1975, vol. 2/2, p. 123-150.
- LEBLOIS-HAPPE J., « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal.*, 23 mai 2015, n° 143, p. 10.

LEBLOIS-HAPPE J., « Le Code pénal et le droit européen : harmonie ou cacophonie ? », L. SAENKO (dir.), *Le nouveau Code pénal 20 ans après. État des questions*, L.G.D.J., Lextenso, 2014, p. 37-57.

LEBLOIS-HAPPE J., « Le prononcé de la peine par le juge », *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, Société de législation comparée, coll.« Colloques », n° 9, 2008, p. 201-215.

LEBLOIS-HAPPE J., « Rétention de sûreté vs. Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ pénal*, 2008, p. 209.

LEBLOIS-HAPPE J., « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la Chambre criminelle », *Dr. pénal*, 2003, chron. 11.

LÉNA M., « Deux ans après, qu'en est-il de la mise en œuvre de la loi du 15 août 2014 ? », *AJ Pénal*, 2016, p. 509.

LÉNA M., « Rappel de l'obligation de double motivation des peines d'emprisonnement ferme », *Dalloz actualité*, 5 novembre 2014.

LÉVY J.-P., « Pénalisation et répression : adaptation à la criminalité ou dérive sécuritaire ? », *Gaz. Pal.*, 12 mai 2004, vol. 133, p. 2-4.

LORRAIN R. et C. INGRAIN, « La nécessaire réforme des peines d'emprisonnement encourues « illégales » », *Dr. pénal*, octobre 2015, n° 10, p. étude 20.

LORRAIN R. et C. INGRAIN, « L'impact du quantum d'une peine d'emprisonnement encourue sur l'applicabilité de certaines règles de procédure pénale », *AJ Pénal*, 2015, p. 589.

LOUVEL B., « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 19 octobre 2015, vol. 43, n° 1122, entretien, p. 1906-1912.

LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326.

LUDWICZAK F., « Introduction. Quelques réflexions relatives au sens juridique de la peine », F. LUDWICZAK et J. MOTTE DIT FALISSE (dir.), *Du sens de la peine*, L'Harmattan, 2017, p. 19-28.

MALABAT V., « Les mutations du droit pénal à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », J. ALIX et O. CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, coll.« Thèmes & Commentaires », 2017, p. 173-188.

MALABAT V., « Délit de participation à une bande violente : petit exercice de lecture à l'intention des membres du Conseil constitutionnel (Article 222-14-2 du Code pénal) », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, vol. 4, p. 895-898.

MANDON C., « Le sens de la peine pour les protagonistes de l'infraction : auteur et victime », E. BURGAUD et S. DELBREL (dir.), *Les sens de la peine*, Pulim, coll.« Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 50, 2018, p. 55-101.

- MARGAINE C., « Le sens de la peine du point de vue des professionnels de l'exécution des peines », E. BURGAUD et S. DELBREL (dir.), *Les sens de la peine*, Pulim, coll.« Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 50, 2018, p. 103-112.
- MARGUÉNAUD J.-P., « De la juste place européenne de la proportionnalité », *RTD Civ.*, 2016, p. 301.
- MARGUÉNAUD J.-P., « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD Civ.*, 2014, p. 307.
- MARGUÉNAUD J.-P., « Conclusions générales », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 119-128.
- MARTENS P., « L'irrésistible ascension de la proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 1992, vol.1, p. 49-68.
- MARTIN F., « Les chambres disciplinaires des professions de santé », *RDSS*, 2016, p. 310.
- MARZAL T., « La Cour de cassation à "l'âge de la balance". Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD Civ.*, 2017, p. 789.
- MASSÉ M., J.-P. JEAN, et A. GIUDICELLI, « Prologue. Le droit pénal au prisme de la postmodernité : évolutions et ruptures », M. MASSÉ, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll.« Droit et justice », 2009, p. 17-40.
- MATTÉI J.-F., « La mesure de la justice », F. JACQUES et S. GOYARD (dir.), *Le droit, le juste, l'équitable*, Salvator, 2014, p. 95-112.
- MAYAUD Y., « De la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales : la thèse de « l'implication » confirmée... », *RSC*, 2013, p. 807.
- MAYAUD Y., « La preuve des diligences normales dans les infractions d'imprudence : preuve par implication », *RSC*, 1997, p. 837.
- MEADE J. et J. WALDFOGEL, *Do Sentencing Guidelines Raise the Cost of Punishment?*, Cambridge, Massachusetts, National Bureau of Economic Research, coll.« NBER Working Paper Series », 1998.
- MELANDER S., « Ultima Ratio in European Criminal Law », *European Criminal Law Review*, 2013, vol. 3, n° 1, p. 45-64.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (Le contrôle du respect du principe d'égalité) », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 70-73.
- MERLE R., « La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970 », *RSC*, 1971, p. 567.

- METZ J., « La responsabilité dans le droit canonique médiéval », J. LÉAUTÉ (dir.), *La responsabilité pénale: travaux du Colloque de philosophie pénale, 12 au 21 janvier 1959*, Paris, France, Dalloz (Strasbourg, impr. Muh-Le Roux), coll.« Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg », n° 8, 1961, p. 84-116.
- MILLAUD F. et J.-L. DUBREUCQ, « Les outils d'évaluation du risque de violence : avantages et limites », *L'information psychiatrique*, 15 novembre 2012, Volume 88, n° 6, p. 431-437.
- MILLER B.W., « Proportionality's Blind Spot: "Neutrality" and Political Philosophy », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 370-396.
- MISRETTA P., « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC*, 2017, p. 273.
- MÖLLER K., « Proportionality and Rights Inflation », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 155-172.
- MOOR P., « Systématique et illusion du principe de la proportionnalité », *Les droits individuels et le juge en Europe : mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319-341.
- MOORE M.S., « A Tale of Two Theories », *Criminal Justice Ethics*, mai 2009, vol. 28, n° 1, p. 27-48.
- MOORE M.S., « The Moral Worth of Retribution », A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled sentencing: readings on theory and policy*, Oxford ; Portland, Or., Royaume-Uni, Hart publishing, 2009, vol. 1/ p. 110-114.
- MORESO J.J., « Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism », *Ratio Juris*, mars 2012, vol. 25, n° 1, p. 31-46.
- MOULY J. et J.-P. MARGUÉNAUD, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.*, 2005, p. 36.
- MUREINIK E., « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », *South African Journal on Human Rights*, 1994, vol. 31, p. 10.
- NAGIN D.S., « Deterrence in the Twenty-First Century », *Crime and Justice*, 2013, vol. 42, n° 1, p. 199-263.
- NAGIN D.S., F.T. CULLEN, et C. LERO JONSON, « Imprisonment and Reoffending », *Crime and Justice*, 2009, vol. 38, n° 1, p. 115-200.
- NAIM-GESBERT É., « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 54-61.

- NASH J.F., « The Bargaining Problem », *Econometrica*, 1951, vol. 18, p. 155.
- NOVAK M., « Three Models of Balancing (in Constitutional Review) », *Ratio Juris*, mars 2010, vol. 23, n° 1, p. 101-112.
- PARIZOT R., « Présomption d'innocence versus marqueurs de culpabilité : quel équilibre ? », *RSC*, 2019, p. 127.
- PARIZOT R., « Surveiller et prévenir... à quel prix ? », *JCP G*, 5 octobre 2015, vol. 41, p. 1816-1824.
- PARIZOT R., « L'anticipation de la répression », O. CAHN, K. PARROT et X. PIN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal: actes de la Journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Paris, France, Lextenso éditions, 2013, p. 123-129.
- PARIZOT R., « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.*, 19 novembre 2009, vol. 40, p. 2701-2703.
- PARRAIN-VIAL J., « La souffrance infligée par la peine juridique peut-elle être juste ? », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, vol. 28, p. 141-154.
- PATERNOSTER R., « How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence ? », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010, n° 3, art. 6, p. 765-823.
- PELTIER V., « Le sens de la sanction pénale », E. BURGAUD et S. DELBREL (dir.), *Les sens de la peine*, Pulim, coll.« Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 50, 2018, p. 23-35.
- PELTIER V., « Proportionnalité et confiscation d'un bien produit d'une infraction », *Dr. pénal*, 2017, n° 2, comm. 31.
- PERRIER J.-B., « La diffusion de la motivation des peines : de la Constitution aux contraventions », *AJ Pénal*, 2018, p. 407.
- PERRIER J.-B., « Une décision empreinte de pragmatisme », *AJ Pénal*, 2010, p. 470.
- PERRY A.E., « Sentencing and Deterrence », D. WEIDSBURD, D.P. FARRINGTON et C. GILL (dir.), *What Works in Crime Prevention and Rehabilitation. Lessons from Systematic Reviews*, Springer, 2016, p. 169-191.
- PETERSEN N., « How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones : Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 8, p. 1387-1408.
- PETTIT P., « Conséquentialisme », M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 1^{re} éd., Presses universitaires de France, 1996, p. 313-320.
- PHILIP L., « La constitutionnalisation du droit pénal français », *RSC*, 1985, p. 711.

- PHILIPPE X., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 6-16.
- PICARD E., « Introduction générale », M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordre publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Droit et justice », n° 29, 2001, p. 17-61.
- PIN X., « Une politique criminelle en quête de rationalité: le cas français », J. BOULAD-AYOUB, M. ANTAKI et P. ROBERT (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Laval, Canada, Presses universitaires de Laval, 2013, p. 39-69.
- PONCELA P., « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, vol. 28, p. 123-135.
- PORAT I., « Mapping the American Debate over Balancing », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 397-416.
- PRADEL J., « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.*, 2019, p. 490.
- PRAKKEN H. et G. SARTOR, « The three faces of defeasibility in the law », *Ratio Juris*, 2004, vol. 17, n° 1, p. 118–139.
- PRÉVOST-GELLA J., « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à la jurisprudence Gonzalez-Gomez », *RFDA*, 2017, p. 855.
- PRIOU-ALIBERT L., « Nécessité et proportionnalité du mandat d'arrêt délivré à un non-résident français », *Dalloz actualité*, 23 février 2017.
- RAOULT S., « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *RSC*, 2014, p. 655.
- RAOULT S. et W. AZOULAY, « Progressivité de la réponse pénale - Perspectives critiques », *AJ Pénal*, 2017, p. 337.
- RIVERO J., « "Filtrer le moustique et laisser passer le chameau" ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 », *AJDA*, 1981, p. 275.
- RIVERS J., « The Presumption of Proportionality », *The Modern Law Review*, 2014, vol. 77, n° 3, p. 409–433.
- RIVERS J., « Proportionality and discretion in international and European law », N. TSAGOURIAS (dir.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge University Press, 2007, p. 107-132.
- RIVERS J., « Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing », G. PAVLAKOS (dir.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, p. 167-188.

- RIVERS J., « Proportionality and variable intensity of review », *The Cambridge Law Journal*, 12 mars 2006, vol. 65, n° 1, p. 174-207.
- ROBERT A.-G., « La victime et la sanction pénale », C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 135-147.
- ROBERT J.-H., « La proportionnalité en droit pénal », E. LETOUZEY (dir.), *La motivation de la peine*, Ceprisca, coll.« Colloques », 2019, p. 13-33.
- ROBERT J.-H., « La marée montante de la proportionnalité », *JCP G.*, 4 avril 2016, n° 14, p. n° 401.
- ROBERT J.-H., « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Dr. pénal*, février 2008, n° 2, p. repère 2.
- ROBERT J.-H., « Et de quatre lois inconvenantes », *Dr. pénal*, 2002, comm. 31.
- ROBERT J.-H., « Le carcan aux lois », *Dr. pénal*, juillet 2001, n° 100006.
- ROBERTS J.V., « The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 187-253.
- ROBERTS J.V., « Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues », *Law and Contemporary Problems*, 2013, vol. 76, n° 1, p. 1-25.
- ROLAND S., « L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Cujas, coll.« Actes & études », 2013, p. 9-20.
- ROUJOU DE BOUBÉE G., « Proportionnalité de la mesure de restitution », *RDI*, 2017, p. 195.
- ROXIN C., « The Legislation Critical Concept of Goods-in-law under Scrutiny », *European Criminal Law Review*, 2013, vol. 3, n° 1, p. 3.
- SAAS C., « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *D.*, 2017, p. 961.
- SAFI F., « À la recherche d'un fondement à l'incrimination du négationnisme », *D.*, 2017, p. 686.
- SAINT-PAU J.-C., « Les investigations numériques et le droit au respect de la vie privée », *AJ Pénal*, 2017, p. 321.
- SARTOR G., « The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes », *German Law Journal*, 1 août 2013, vol. 14, n° 8, p. 1419-1456.
- SAUVÉ J.-M., « Quel juge pour les libertés ? », *D.*, 2016, p. 1320.
- SAVELSBERG J.J., « Law that does not fit society: Sentencing guidelines as a neoclassical reaction to the dilemmas of substantivized law », *American Journal of Sociology*, 1992, p. 1346–1381.
- SCHAUER F., « Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 1, p. 34-45.

- SCHEID D.E., « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, juillet 1997, vol. 10, n° 2, p. 441-506.
- SENON J.-L., « Dangerosités psychiatriques et criminologiques : des peurs sociales au questionnement sur l'évaluation actuarielle et les mesures de sûreté », M. MASSÉ, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll.« Droit et justice », 2009, p. 173-189.
- SERMET L., « Le contrôle de proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 26-31.
- SEUBE J.-B., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 86-92.
- SILKENAT J.R., J.E. HICKEY, et P.D. BARENBOIM (dir.), *The Rule of Law and Legal State Doctrines as a Methodology of the Philosophy of Law*, Springer, 2014.
- DA SILVA V.A., « Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 juin 2011, vol. 31, n° 2, p. 273-301.
- SIMON D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des communautés européennes », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, n° 46, p. 17-25.
- SIMON H.A. (dir.), « A Behavioral Model of Rational Choice », H.A. SIMON (dir.), *Models of Man: Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, John Wiley & Sons, 1966, p. 241 et s.
- SMITH S.F., « Overcoming Overcriminalization », *J. Crim. L. & Criminology*, 2012, vol. 102, p. 537.
- SORDINO M.-C., « De la proportionnalité en droit pénal », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, France, LexisNexis, 2012, p. 711-735.
- SPAAK T., « Realism about the Nature of Law », *Ratio Juris*, 2015.
- STINNEFORD J.F., « Rethinking Proportionality Under the Cruel and Unusual Punishments Clause », *Virginia Law Review*, 2011, p. 899-978.
- STITH K. et K. DUNN, « A Second Chance for Sentencing Reform: Establishing a Sentencing Agency in the Judicial Branch », *Stanford Law Review*, vol. 58, n° 1, p. 217-234.
- STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1992, vol. 37, p. 143-171.
- SUDRE F., « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme - De quoi est-il question ? », *JCP G*, 13 mars 2017, n° 11, doct. 289.
- TADROS V., « Crimes and security », *The Modern Law Review*, 2008, vol. 71, n° 6, p. 940-970.

- TAGGART M., « Proportionality, Deference, Wednesbury », *NZL Rev.*, 2008, p. 423.
- TERRÉ F., « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G*, 15 juin 2009, n° 25, p. n° 31.
- THÉODORIDÈS A., « La peine dans le régime pharaonique », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1991, LV-La peine (Antiquité) (I), p. 21-36.
- TILLEMENT G., « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pénal*, décembre 2003, chron. 34.
- TONRY M., « Predictions of Dangerousness in Sentencing : Déjà Vu All Over Again », *Crime and Justice*, 2019, vol. 48, p. 439-482.
- TONRY M., « The Functions of Sentencing and Sentencing Reform », *Stanford Law Review*, 2005, vol. 58, n° 1, p. 37-66.
- TONRY M., « Setting sentencing policy through guidelines », S. REX et M. TONRY (dir.), *Reform and Punishment: The Future of Sentencing*, Devon, Royaume-Uni, Willan, 2002, p. 75-104.
- TONRY M., « Federal Sentencing “Reform” since 1984: the Awful as Enemy of the Good », *Crime and Justice*, vol. 44, n° 1, p. 99-164.
- TULKENS F., « The paradoxical relationship between criminal law and human rights », *Journal of international criminal justice*, 2011, n° 9, p. 577-595.
- VAN DE KERCHOVE M., « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, 2008, p. 805.
- VAN DROOGHENBROECK S., « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », Y. CARTUYVELS, Y. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 75-109.
- VEEL P.-E.N., « Incommensurability, Proportionality, and Rational Decision-Making », *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, n° 2, p. 177-228.
- VERDIER R., « Le système vindicatoire, esquisse théorique », R. VERDIER et A. ADLER (dir.), *La vengeance: études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie. Volume 1, Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales*, Paris, France, Ed. Cujas, 1981, p. 17 et s.
- VIGNEAU V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 123.
- VILLEY M., « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *Arch. Phil. Dr.*, 1983, p. 181-203.
- VILLEY M., « La fonction rétributive de la peine chez Saint Thomas », M. VILLEY (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Paris, France, Presses universitaires de France, coll.« Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. Série philosophie du droit, ISSN 0290-4926 », n° 1, 1983, p. 65-71.

- VILLEY M., « La responsabilité chez St Thomas », J. LÉAUTÉ (dir.), *La responsabilité pénale: travaux du Colloque de philosophie pénale, 12 au 21 janvier 1959*, Paris, France, Dalloz (Strasbourg, impr. Muh-Le Roux), coll.« Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg », n° 8, 1961, p. 117-133.
- VIOLEAU O., « Précisions sur la motivation de la proportionnalité de la peine de confiscation », *AJ Pénal*, 2017, p. 142.
- WACHSMANN, « Qualification », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, France, Lamy : Presses universitaires de France, 2003, p. 1277-1283.
- WACHSMANN P., « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l’incrimination des clients de prostitués », *Jus Politicum Blog*, 21 février 2019.
- WACHSMANN P., « “Dans le leurre du seuil”. Sur la détermination de l’applicabilité de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme », *Penser le droit à partir de l’individu. Mélanges en l’honneur d’Élizabeth Zoller*, Dalloz, coll.« Études, mélanges, travaux », 2018, p. 203-225.
- WACHSMANN P., « But d’intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l’Etat du fait des lois », A. CARTIER-BRESSON, M. COLLET et C.-A. DUBREUIL (dir.), , Paris, France, Dalloz, 2015, p. 679-688.
- WACHSMANN P., « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, décembre 2010, n° 5.
- WACHSMANN P., « De la légitimité de l’atteinte à un droit individuel pour des motifs d’intérêt général », *AJDA*, 1991, p. 382.
- WACHSMANN P., *Faut-il incriminer les discours de haine? Le cas français*, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/21/faut-il-incriminer-les-discours-de-haine-le-cas-francais/>, consulté le 29 octobre 2015.
- WEATHERBURN D. et S. MOFFATT, « The Specific Deterrent Effect of Higher Fines on Drink-Driving Offenders », *British Journal of Criminology*, 2011, vol. 51, p. 789-803.
- WEBBER G., « Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, vol. 23, n° 1.
- WEBBER G.C.N., « On the Loss of Rights », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d’Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 123-154.
- WEINRIB J., « When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality », *Ratio Juris*, 1 septembre 2017, vol. 30, n° 3, p. 341-352.
- WEYEMBERGH A., « L’espace pénal européen, “épée” des droits fondamentaux dans l’Union européenne », Y. CARTUYVELS, Y. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN

DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 175-209.

XAVIER C., « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *La création du droit jurisprudentiel - Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 511-531.

YOUNG A.L., « Proportionality Is Dead: Long Live Proportionality! », G. HUSCROFT, B.W. MILLER et G.C.N. WEBBER (dir.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014, p. 43-66.

ZABALZA A., « Sens et contresens de la peine : le défi de la justice pénale », E. BURGAUD et S. DELBREL (dir.), *Les sens de la peine*, Pulim, coll.« Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 50, 2018, p. 11-22.

Index alphabétique

- abolition du système pénal**.....237, 569, 590
- administration de la preuve**.....209, 387, 515
- aménagements de peine**.....274, 318, 431, 432, 468, 470, 496
 ab initio.....271-274, 325, 326, 328, 330
- amende forfaitaire**.....429
- amendement**.....418, 427, 436, 438, 441
- amnistie**.....306, 307
- analyse économique du droit**.....159, 162-167, 190, 386
 et néo-utilitarisme.....167
- application horizontale des droits fondamentaux**.....75, 76
- Aristote**.....14-16, 410-412
 définition de la justice.....89, 90
 proportionnalité des peines.....91
 proportionnalité et analogie.....94
- assignation à résidence**.....354, 370, 371, 381
- Augustin d’Hippone**.....414
- Aulu-Gelle**.....413
- autorité de chose interprétée**.....291-293, 484
 par la Cour européenne des droits de l’homme.....291-293
 "arrêts phares".....484
 par le Conseil constitutionnel.....268
 saisine pour avis.....293-295
- Beaumanoir**.....98
- Beccaria**.....17, 96, 98-105, 226, 227, 416, 420, 443, 462
 proportionnalité des peines.....101
- Bentham**.....96, 100, 102-105, 417, 420, 462
 proportionnalité des peines.....102, 103
- Chauveau**.....227
- choix de la peine** .257, 262-264, 268, 270-272, 311, 323, 328
- article 132-19 du Code pénal...271-274, 325, 326, 328, 330
- critères.....
 article 132-1 du Code pénal264, 266, 268, 326-328, 330, 335
- discrétion.....271
- peines complémentaires obligatoires 275, 276
 annulation du permis de conduire.....296
- peines minimales.....270-273, 276
- sentencing guidelines506, 522-524, 526-529, 532, 538
 adoptées par un juge (guideline judgments).....524
 contenu des directives (modèle anglo-gallois).....534, 535
 contenu des directives (modèle fédéral américain).....532
 critique (modèle anglo-gallois).....536
 critique (modèle fédéral américain).....533
 méthodologie (modèle anglo-gallois).529, 530
 méthodologie (modèle fédéral américain)527
 Sentencing Council for England and Wales...492, 527, 529, 531, 532, 534, 537
 séparation des pouvoirs.....524
 United States Sentencing Commission524, 525, 527, 531, 536, 539
- Code de Hammurabi**.....13
- Code pénal de 1791**.....112
- composition pénale**.....139, 353
- concours idéal d’infractions**.....233
- confiscation**.....265, 275, 279, 323, 331-335
 d’une ou plusieurs armes.....275
 du véhicule.....275
 mesure de sûreté.....333
 proportionnalité de l’atteinte portée au droit de propriété.....331, 332, 334
 saisies spéciales.....333
 sanction réelle.....332
- conflit de droits fondamentaux**...171, 174, 392

conséquentialisme.....	101, 103, 105, 352, 360, 379, 383
conséquentialisme non-utilitariste.....	190
espérance de gain.....	352, 354, 356, 358, 372
contrôle d'identité.....	260, 261, 293
contrôle de proportionnalité.....
approche relationnaliste.....	196
balancing.....	53-57, 61, 62, 77, 78
clause de limitation.....	36, 47-49, 51-53
contentieux disciplinaire.....	336
continu.....	354, 356, 461, 503
contrôle concret de l'application de la loi..	288
empiètement du judiciaire sur le domaine	
du législateur.....	288, 289
interprétation téléologique.....	290
contrôle continu (définition).....	307
diachronique.....	356
diachronique (définition).....	302
droits "a priori"	71
et contrôle de la dénaturation des faits.....	337
et contrôle des motifs en cassation..	323, 335, 336
et distinction du fait et du droit.	322, 338, 339
et opportunité de la décision. .	256, 257, 288, 298, 303
686. exercé par le juge de cassation.....	336
sanction "hors de proportion avec la faute"	
.....	337
formule de pondération....	390, 394-396, 485, 506, 507, 517, 521
in abstracto.....	509, 511-513, 515
modèle allemand.....	35
modèle européen.....	53, 57
neutralité axiologique.....	155
probabilités.....	351, 352, 356, 358, 361, 364, 383, 403
proportionnalité-appréciation et	
proportionnalité-interprétation.....	50-53
synchronique.....	355
extension des pouvoirs du juge.....	303
intention initiale de l'auteur de la mesure	
.....	303
synchronique (définition).....	302, 304
"intensité" de l'atteinte et "poids abstrait" du	
principe (définition).....	380
contrôle judiciaire	213, 237-239, 277, 278, 299, 301, 311, 316, 319, 328, 354, 370, 371
Convention européenne des droits de l'homme.....
accusation en matière pénale.....	433
arrêt pilote.....	510, 512
interprétation consensuelle.....	554, 564, 574
fœtus.....	555, 564, 565
notion de peine.....	433, 434
détention de sûreté (droit allemand)....	435-437
principe de subsidiarité.....	155
Convention européenne des droits de l'homme.....
principe de subsidiarité.....	118, 543
convention judiciaire d'intérêt public.....	353
convocation judiciaire.....	257, 259, 260
culture de la justification.....	59, 63, 64, 65, 487
par opposition à une culture de l'autorité....	64
dangerosité.....	362, 363, 492, 494, 499-504
défense sociale.....	106-108, 110, 419, 420, 422-424, 427, 430, 431, 441, 472
nouvelle.....	423, 424, 569
rejet de la peine afflictive.....	423
détention provisoire.....	21, 140-142, 239, 241, 259, 278-280, 306, 309, 354, 355, 357, 370, 371, 384, 511, 518
durée raisonnable.....	141
et comparution immédiate.....	283, 284
motifs légaux du placement ou du maintien	
en détention.....	241
prolongation de la détention ou refus de mise	
en liberté.....	355
réparation à raison d'une détention..	306, 356, 357
dialogue des juges.....	516
diffamation.....	374-376

diminution des bénéfiques marginaux	163, 176, 395
et réclusion criminelle à perpétuité.....	313
discrétion.....	45, 66, 70
choix de la peine.....	262
droit-intégrité (modèle du juge Hercule).400,	480-487, 493, 504
application au contrôle de proportionnalité484, 485
discrétion "faible".....	481
principe d'intégrité.....	483, 486, 487
exigences d'optimisation...544, 550, 553, 555	
marge de discrétion. .255, 296, 321, 541, 543-	546, 548-558, 561-563, 565-568, 580, 590,
591, 593	
décisions opérationnelles.....	562
et garanties procédurales.....	563
fœtus.....	555, 564, 565
notion.....	543
présomption de proportionnalité. .551, 562	
surveillance des communications..558-561	
"hard cases".....	164, 480
dispense de peine.....	263
dissimulation du visage dans l'espace public138, 217, 223, 283, 365, 385, 513, 566
droit à l'égalité.....	221-224
droit à l'égalité.....	172, 205, 220-224
droit à la liberté individuelle.....	
proportionnalité-mesure (non).....	119
droit à la vie. .74, 554, 562, 565, 572, 573, 577,	578, 581
fœtus.....	555, 564, 565
droit à ne pas contribuer à sa propre	
accusation.....	79
droit à ne pas être soumis à la torture ni à des	
peines ou traitements inhumains ou	
dégradants.....81-83, 119, 169, 181-183, 205, 206, 210, 311-
314, 368, 454	
niveau inévitable de souffrance inhérent à la	détention.....368
proportionnalité-mesure.....	120
substance intangible.....	183
droit à ne pas être soumis à la torture ni à des	
traitements inhumains ou dégradants.....	572
droit à ne pas être tenu en esclavage ni en	
servitude.....	574
droit à un procès équitable.192-195, 209, 211,	212, 387
garde à vue.....	191, 192, 194-196, 211, 224
procédures in absentia.....	387, 388, 567
droit allemand.....	31, 34-36, 40, 53, 57
droit au mariage.....	205, 391
droit au respect de la vie privée.....	
.....172, 173, 195, 206, 209, 217-219, 223, 258,	268, 277, 285, 289, 294, 303, 316, 319, 380,
384, 385, 392	
activités d'une nature physiquement ou	moralement dommageables ou dangereuses
.....	285
homosexualité.....	385
pratiques sexuelles consenties.....	285, 292
droit au respect de ses biens.....	
substance intangible.....	179
droit de punir.....	24
droits "a priori".....	71, 72, 80, 208, 359
droits de la défense.....	
22, 189, 192, 194, 210, 211, 279, 280, 284, 302,	388
aspects particuliers de la notion de procès	équitable.....212, 213, 387
procédures in absentia.....	387, 388
droits fondamentaux.....	
comme exigences d'optimisation.....	63
théorie des "rights as trumps".....	61
droits indérogeables.....	175, 177, 181
Durkheim.....	427
échelle des peines.....	
112, 116, 118, 121-125, 130, 131, 133, 141, 142,	149, 269, 272, 273, 275, 277, 446, 456, 457

caractère arborescent.....	121	fonction dissuasive de la peine...	102-104, 407, 408, 413-417, 419-422, 424, 429, 432, 434-437, 441, 443, 444, 452, 459, 460, 462-467, 470, 471
échelonnement de valeurs.....	96	dans la théorie des "just deserts".....	199
incommensurabilité.....	449	dissuasion générale..	415, 419, 422, 459, 462, 464, 465
loi du 23 mars 2019.....	122	dissuasion spéciale.....	462, 463
valeur contraignante envers le juge.....	124	effet dissuasif (évaluation empirique).....	463
"peines encourues illégales".....	124	fonctions de la peine.....	
écoutes téléphoniques.....	559	article 130-1 du Code pénal...	125, 131, 133, 199, 264, 266, 332, 334, 426, 429, 438, 445, 458
efficience de Pareto.....	162	article 707 du Code de procédure pénale	131, 264, 429-431, 467
critère de Kaldor-Hicks.....	386	droit constitutionnel.....	188, 317, 438
État de droit.....	59, 63-65, 68	fonction afflictive (utilisation de la souffrance comme mode d'action)..	406-409, 411, 412, 419, 425, 428, 429, 432, 433, 437, 438, 440, 441, 443, 459, 460, 466, 468-472
et principe de proportionnalité.....	65	amende.....	428
état de nécessité.....	25	dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	434
exemption de peine.....	263	dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	439, 440
exigences d'optimisation.....		dans le Code pénal.....	426
.....	26, 59, 62, 63, 65, 66, 71, 76, 159, 202, 347, 358, 372, 379, 381, 390, 401, 475, 479, 481, 484, 485, 487, 508, 520, 521, 531, 541	définition.....	408
comme fondement du principe de proportionnalité.....	62	exécution de la peine.....	432, 469
discrétion.....		inscription au FIJAIS.....	435
structural discretion (discrétion structurelle).....	545-548, 551-553	interdiction d'inscription sur la liste électorale.....	440
zone of proportionality (zone de proportionnalité).....	548, 549	mesures de sûreté (non).....	441
et absence de fait déterminant.....	359	période de sûreté.....	440
et substance intangible des droits.....	176	régime des peines privatives de liberté.....	429-431
et théorie du droit-intégrité.....	485	retrait de points affectés au permis de conduire.....	434, 435
marge de discrétion.....	544, 550, 553, 555	sens de la peine.....	405, 406, 432, 452, 468
epistemic discretion (discrétion épistémique).....	545-547, 551, 552	fractionnement de la peine.....	431
structural discretion (discrétion structurelle).....	545	garde à vue....	22, 178, 192-195, 212, 213, 241, 259, 278-280, 303, 315-317
faits justificatifs.....	25	finalités prévues par la loi.....	241
Fauconnet.....	412	prolongation.....	317
Ferri.....	106, 107, 420, 421	Garofalo.....	107, 421, 422
Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes.....	435	Garraud.....	20, 227

géolocalisation	280, 303	césure du procès pénal.....	502
25 mars 2014.....	301	en matière fiscale.....	115
gravité de l'infraction ...	408, 444-448, 455, 470	inéligibilité	266, 276, 277, 328
incommensurabilité.....	448	infractions-obstacles	236, 243, 245
Grotius	414, 415, 419	grand excès de vitesse.....	244, 246
harmonisation des législations en matière pénale	168	injonction thérapeutique	238
Hélie	227	interdictions professionnelles	301
hiérarchie des droits fondamentaux ..	380, 389-392	Kant	411, 412
dans la Convention européenne des droits de l'homme.....	205	légalité criminelle ..	570, 571, 576-578, 581, 582
en droit constitutionnel.....	207	accessibilité et prévisibilité.....	160, 577, 581, 582, 593
Hobbes	415	loi d'amnistie écartée.....	580
incertitude empirique ...	349-351, 363, 377, 403	lois et coutumes internationales de la guerre.....	581
incommensurabilité	346-350, 372, 378-381, 393, 396-399, 401-403, 405-407, 442-444, 452, 458-460, 466, 470-473, 475, 476, 479-481, 484, 486, 493, 494, 506, 509, 516, 517, 519, 521, 539	méconnaissance flagrante des droits fondamentaux.....	578
dans le rapport au divin.....	93	obéissance envers des ordres enfreignant les droits de l'homme.....	578, 581, 582
définition.....	347, 349	viol conjugal.....	577
évaluation ordinale.....	380, 381	légitime défense	25
fonction dissuasive de la peine.....	462	libération conditionnelle	318, 379, 430, 467, 469
formule de pondération.....	390, 394-396	terrorisme.....	318
imprécision des pronostics.....	375	libération sous contrainte	430, 431, 467
mesure cardinale.....	380, 386, 393	liberté d'expression	138, 172, 173, 206, 207, 248, 282, 360, 375, 381, 391
proportionnalité-justification de la peine. .465		autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle.....	300, 319
contradiction entre le sens de la peine prononcée et le sens de la peine exécutée	469	liberté de la presse.....	315, 316, 381
raisonnement circulaire.....	465	responsabilité en cascade.....	374, 375
proportionnalité-mesure.....	452, 455-457	secret de l'instruction.....	384
distinction avec l'incommensurabilité dans la proportionnalité-justification...452, 453		liberté d'expression	515
échelle des peines.....	449	liberté de pensée, de conscience et de religion	218, 219
gravité de l'infraction.....	448	liberté individuelle 68, 211, 280, 298-300, 306, 308-310, 315, 316, 319
individualisation de la peine	108-110, 114, 125-127, 129-131, 427, 429, 430, 438, 439, 444, 446, 452, 458, 466, 470	autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle.....	300, 315-317, 319
article 132-1 du Code pénal.....	445		

distinction entre les premières heures de détention et la détention provisoire.....	308	fonction réflexive.....	491
633. et contrôle continu de proportionnalité.....	309	principe général.....	
mesure de sûreté.....	311	en matière contraventionnelle.....	268
peines assorties d'une durée minimale de détention.....	311	en matière correctionnelle.....	266
maintien d'un étranger en zone de transit.	316	en matière criminelle.....	266, 267
substance intangible.....	178	nécessité.....	
libertés fondamentales.....	24	de la détention provisoire.....	370
libertés publiques.....	24	article 144 du Code de procédure pénale.....	278, 354, 370
Locke.....	17, 415	des délits et des peines.....	17, 137
Loi salique.....	95, 97	banalisation de la répression.....	583, 584
mandat d'amener.....	262, 317	consultation habituelle de site terroriste.....	248
mandat d'arrêt.....	519	consultation habituelle de sites terroristes.....	588
mandats de justice.....	258, 259, 262	Harm Principle.....	228, 229, 231, 234-236
mandat d'amener.....	259, 317	homosexualité.....	385, 513
mandat d'arrêt.....	259, 261, 262, 317	incrimination du duel et de la "bagarre".....	230, 231
résidence à l'étranger.....	261	incriminations formelles.....	247
mandat de comparution.....	258, 259, 262	négationnisme.....	586-588
mandat de dépôt.....	259, 262, 328	paris et jeux de hasard.....	585
mesure d'éloignement de l'auteur de violences domestiques.....	239	pratiques sexuelles consenties.....	513
mesures de sûreté.....	126, 145, 147, 148	prostitution.....	585, 586
méta-éthique.....	158	publicité en faveur du tabac.....	585, 586
mineurs délinquants.....	143	racolage.....	585
atténuation de peine.....	270	revente de billets d'entrée ou de titres d'accès.....	369
286. mesure éducative.....	143	ultima ratio.....	24, 424, 437, 443, 583
proportionnalité-mesure (non).....	144	voitures de transport avec chauffeur.....	585
sanction éducative.....	144	mesure partiellement inefficace.....	368
Montesquieu.....	17	naturelle selon Beccaria.....	100, 105
motivation de la peine..	264, 266, 267, 325, 458	négationnisme.....	282
confiscation.....	332	neutralisation du criminel.....	
contrôle de cassation.....	323-326	élimination.....	421
emprisonnement correctionnel sans sursis	265	mesures d'élimination.....	406, 413, 415-417, 419, 421, 422, 424, 426, 441
emprisonnement sans sursis....	271, 272, 274, 280, 325-329	neutralité du juge.....	
et nécessité et proportionnalité..	268, 334, 335	982. biais cognitifs.....	488, 491
		nombres préférés.....	492
		psychologie du choix de la peine..	489, 504
		impartialité.....	487-489, 493
		nullité.....	253, 279, 297, 302-304

obligations positives	definitional balancing (pesée définitoire) 508-510, 517
....74, 75, 76, 513, 515, 562, 571-574, 576, 581, 582	et droit-intégrité.....485
de réprimer.....572, 576	évaluation ordinale.....380, 392
atteintes à la vie.....562, 572, 573	formule de pondération....390, 394-396, 485, 506, 507, 517, 521, 546, 547, 550, 552, 554, 555
atteintes à la vie privée.....575, 576	rule-based balancing.....518, 520, 521, 538
esclavage ou servitude modernes.....574	incrimination du franchissement d'un seuil chiffré.....368
viol.....572, 574	mesure cardinale.....380, 386, 393
système judiciaire efficace.....573	principled balancing (principes de pesée)508-510, 515, 517, 522
ordre public	"intensité" de l'atteinte et "poids abstrait" du principe (définition).....380
.....131, 137, 138, 141, 185, 207, 216, 219, 226-228, 230, 234, 236, 237, 239-241, 244-247, 250, 251, 365, 372, 391, 392, 401, 402	placement à l'extérieur430, 432, 467, 468
neutralité axiologique (non).....240	placement sous surveillance électronique 430, 432, 467, 499
Ortolan227	positivisme
outrage sexiste172	. 95, 99, 106-110, 146, 420, 423, 424, 441, 472, 484, 502
Pacte international relatif aux droits civils et politiques48	Ancel.....423, 424
partie civile25, 187	banalisation de la souffrance.....423
concours idéal d'infractions.....234	état dangereux du criminel.....107, 420, 421
droit d'appel.....187	rejet de la proportionnalité-mesure.....107
peines de substitution à l'emprisonnement237	présomption d'innocence . 310, 334, 374, 375, 384
période de sûreté432, 440, 446, 452, 468	principe de proportionnalité
permission de sortir432	dans la Charte canadienne des droits et libertés.....43
perquisition	dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....42
.....209, 258, 278, 279, 300, 302, 319, 369, 376	dans la Constitution de la République d'Afrique du Sud.....44
fiscale.....315	dans la Convention européenne des droits de l'homme.....38-40, 48
nocturne.....300, 319, 320, 369	dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.....36
système informatique.....258	dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes.....40, 41
pesée des intérêts	dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis.....43, 47, 53-57
31, 35, 36, 54, 59, 61-63, 78, 79, 382, 388, 401, 476, 485, 507, 508, 517, 519, 520	
ad hoc balancing (pesée in casu).....508	
categorical balancing (pesée catégorique).....508, 509, 538	
compensation.....387, 389	
critère de l'importance sociale marginale. 399	
dans les contrôles d'adéquation et de nécessité.....383	

dans le Bill of Rights Act néo-zélandais.....	43	distinction avec la proportionnalité des mesures de sûreté.....	460
dans le droit du Royaume-Uni.....	44	et utilisation de la souffrance.....	459, 460
dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.....	37, 48	incommensurabilité.....	465, 469
dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.....	37	raisonnement circulaire.....	465
dans le Traité sur l'Union européenne.....	42	460
dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.....	168	risque d'instrumentalisation du contrôle...	171
lien avec la théorie des exigences d'optimisation.....	62	proportionnalité-mesure.....	
reconnaissance en droit français.....	45	absence d'égalité entre le crime et la peine	452
principes juridiques.....	487	articulation avec la proportionnalité- justification.....	129, 133, 184
droit-intégrité (modèle du juge Hercule)...	400	exemple de l'affaire Papon.....	185
et valeurs éthiques.....	487	existence de conflits.....	184
par opposition aux règles catégoriques	59, 60, 255, 379	modèle allemand.....	201
poids abstrait.....	380, 390, 394, 395	solution mixte.....	197, 200
Prins.....	422, 423	cardinale.....	96, 97, 113, 117, 455, 456
privation d'aliment.....	352	points d'ancrage.....	457
probabilités.....	361-364, 367, 370-373, 375-377	points d'ancrage.....	456
et déterminisme.....	361	dans la Convention européenne des droits de l'homme.....	118-121, 131, 138, 142
proportionnalité de la répression (définition)	24	peine "nettement disproportionnée" ...	120, 454
proportionnalité des peines.....	158	définition.....	87
unité d'expression de la durée des peines privatives de liberté.....	492	en droit de l'Union européenne.....	115-117
proportionnalité-justification.....		harmonisation des droits nationaux....	117, 118
article préliminaire du Code de procédure pénale.....	142, 277, 519	en droit de l'Union européenne.....	116, 117
conséquentialisme.....	158	et individualisation de la peine.....	110, 126
en matière d'incriminations.....	137	et théorie des "just deserts"	198
en procédure pénale.....	141	exécution des peines.....	132
instrumentalisme.....	160	incommensurabilité.....	452, 453, 455-457
332. néo-utilitarisme.....	167	neutralité axiologique.....	158
exemple de l'article 83 du TFUE.....	168	ordinaire.....	96, 97, 113, 117, 448, 455
néo-utilitarisme.....	166, 167	peines complémentaires...	121, 126, 127, 130
neutralité axiologique.....	158	peines de substitution à l'emprisonnement	126
932. proportionnalité-justification de la peine	459, 461	proportionnalité-mesure des incriminations (non).....	135
		proportionnalité-mesure en procédure pénale (non).....	138
		raisonnement analogique.....	94, 95, 338
		sanctions prononcées par l'Autorité des marchés financiers.....	128

standard de vie.....	450, 451	rétribution....	88, 91, 93, 99-103, 105, 109-112, 119, 124, 125, 130-132, 134, 137, 141, 144, 149, 407-409, 411, 413-415, 422, 427, 429, 432, 437, 439, 441, 443, 445, 452-457, 459, 460, 462, 466, 467, 506
valeur constitutionnelle.....	113, 114	expiation.....	423, 424, 441
"proportionnalité vague".....	457	just deserts.....	188, 197-199, 445
prostitution.....	215, 216, 365, 366	limiting retributivism.....	187-189, 454
Protagoras.....	413	principe de rétribution pris comme une exigence d'optimisation.....	202
protection de l'environnement.....	185	rétributivisme.....	198, 199
protection des témoins.....	280	révision ou réexamen.....	305, 356-358
racolage.....	215, 366	Rossi.....	227
raisonnement catégorique.....54, 57, 59, 61, 63, 80-83, 253-256, 268, 296, 345, 359, 360, 363, 371, 379, 383, 386	Sailleilles.....	108-110, 129, 427
réclusion criminelle à perpétuité.....122, 130, 131	proportionnalité-mesure.....	109
dans la Convention européenne des droits de l'homme.....	131, 313, 314	sanction ayant le caractère d'une punition.....	proportionnalité-mesure.....114
en droit constitutionnel.....	130, 318	sanction fiscale.....	majoration d'impôts.....434
réforme de la Cour de cassation.....	23, 253	sanctions fiscales.....	amende fiscale.....67
doctrine du contrôle de proportionnalité...23, 26, 155		majorations d'impôts.....	114
motivations renforcées.....	517	proportionnalité-mesure.....	114
"concrétisation des contrôles de la loi".....	287	sécurité juridique	479, 507-509, 512, 516, 517, 538, 539
régime répressif des libertés publiques.....	24	semi-liberté.....	430, 432, 467, 468
réhabilitation.....	306, 307, 356, 357	Sénèque.....	413
réinsertion.....	406, 425-427, 430-432, 436-438, 443, 446, 459, 464, 466-470, 472	sens de la peine.....	490, 492
relèvement de la peine.....	264, 265	biais cognitifs.....	490
réparation à raison d'une détention.....	306	service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP).....	495-498
répression (définition).....	25	sonorisation de locaux et fixation d'images.....	320
réquisition judiciaire.....	258, 519	substance intangible des droits.....175-177, 181, 183, 184, 205, 251
facturations détaillées.....	258, 303	conceptions absolutistes (définition).....	176
rétenion de sûreté.....	146, 147, 284, 318, 319, 362, 363, 436, 441, 461, 469, 499, 501-503	conceptions relativistes (définition).....	176
contrôle continu de proportionnalité.....	318	contenu essentiel.....	175
proportionnalité-justification (oui).....	147		
proportionnalité-mesure (non).....	146		

droit à un procès équitable.....	210	consultation habituelle de site terroriste....	248
objectifs à valeur constitutionnelle.....	242	préparation d'acte terroriste.....	246
substance des droits indérogeables.....	181	théorie des "rights as trumps"	77, 78, 80
suivi socio-judiciaire.....	238, 239, 307, 499-501	Thomas d'Aquin.....	410-412
sursis avec mise à l'épreuve.....	238, 239	proportionnalité de la peine au péché.....	91
surveillance de sûreté...146, 147, 441, 499, 501		de Tocqueville.....	417
surveillance judiciaire.....146, 441, 499-501		transaction pénale.....	353
suspension de peine.....	376, 431	trouble psychique ou neuropsychique.....	145
sylogisme.....253-255, 271, 286, 293, 296, 322,		déclaration d'irresponsabilité pénale pour	
323, 353, 358-360, 379, 396		cause de trouble mental.....	147, 148
rule-based balancing.....	518, 520, 521, 538	utilitarisme.....60, 63, 77, 78, 88, 99, 101-103,	
talion.....	14, 88, 93, 98, 411, 452	105, 122, 158, 159, 166-168, 170, 171, 174,	
techniques spéciales d'enquête.....	320, 321	189, 190, 193, 195, 197, 203, 226, 230, 231,	
terrorisme...169, 246, 248, 249, 251, 276, 300,		251, 429	
318, 319		valeur punitive.....	31, 110, 126, 127, 129
aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour		valeur sociale protégée.....	225, 233
irréguliers d'un étranger en France.....	67, 366	vengeance.....	88, 89, 110
aménagements de peine.....	318	visite de véhicules.....	67

Table des matières

Principales abréviations.....	9
Introduction générale.....	13
§1. Éléments de définition du principe de proportionnalité.....	14
§2. Objet de la présente étude : la proportionnalité de la répression.....	19
Partie I. La proportionnalité requise.....	29
Titre I. Un principe fondamental.....	31
Chapitre 1. Un principe général.....	33
Section 1. Un phénomène global.....	34
§1. La diffusion du principe.....	34
I. La formulation du principe dans la jurisprudence allemande.....	34
II. La consécration du principe en droit international et européen.....	36
A. L'apparition de la logique proportionnaliste dans les instruments universels de protection des droits de l'homme.....	36
B. La consécration de la logique proportionnaliste dans les droits européens.....	38
1. La consécration de la proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.....	38
2. La consécration du principe de proportionnalité dans le droit communautaire et de l'Union européenne.....	40
III. La diffusion du principe dans les droits nationaux.....	42
§2. La diversité des modèles.....	47
I. La divergence dans l'expression du principe.....	47
II. La divergence dans les méthodes de contrôle.....	53
Section 2. Un principe transversal.....	59
§1. La transversalité verticale.....	59
I. La structure normative des droits.....	59
A. Une alternative à l'interprétation catégorique.....	59
B. L'expression d'une « culture de la justification ».....	64
II. L'optimisation verticale des droits.....	66
A. L'optimisation générale.....	66
B. L'optimisation spéciale.....	68
§2. La transversalité horizontale.....	70
I. L'extension du champ d'application des droits.....	71
A. L'extension des droits détenus.....	71
B. L'extension des obligations nées des droits.....	73
II. Le risque d'uniformisation du raisonnement juridique.....	76
A. La dilution des droits.....	77
B. La confusion des droits.....	80
Chapitre 2. Une fonction spécifique.....	87
Section 1. La notion de proportionnalité-mesure.....	88
§1. Les racines rétributives.....	88
I. La correction du mal du crime.....	88
II. La conversion du crime en peine.....	93
A. Un rapprochement analogique.....	93
B. Un échelonnement des valeurs.....	96
§2. Les remises en cause conséquentialistes.....	99
I. L'assimilation utilitariste de la proportionnalité-mesure à la nécessité.....	99
A. La proportionnalité beccarienne, corollaire approximatif de la nécessité des peines.....	100

B. La survivance de la proportionnalité-mesure dans l'utilitarisme de Bentham...	102
II. Le rejet de la proportionnalité-mesure par les écoles positivistes de défense sociale	106
III. La réunion de la proportionnalité-mesure et de la défense sociale.....	108
Section 2. Le régime général de la proportionnalité-mesure.....	112
§1. Une portée limitée en matière de peines.....	112
I. La fonction structurante de la proportionnalité-mesure.....	112
A. Les sources supra-législatives de la proportionnalité-mesure.....	112
1. La consécration générale en droit constitutionnel.....	113
a. La proportionnalité-mesure des peines.....	113
b. La proportionnalité-mesure des sanctions ayant les caractères de punitions	114
2. La reconnaissance partielle dans les droits européens.....	115
a. L'application ponctuelle de la proportionnalité-mesure dans le champ du	115
droit de l'Union européenne.....	115
b. L'intervention rarissime de la proportionnalité-mesure en droit européen des	118
droits de l'homme.....	118
B. La structure proportionnaliste de l'échelle des peines.....	121
II. Le recours nécessaire à la proportionnalité-justification.....	125
A. Des peines hybrides.....	125
B. Des évaluations complémentaires.....	129
1. La distribution des compétences.....	129
2. La combinaison des proportionnalités.....	133
§2. Un champ d'application limité à la matière des peines.....	135
I. Une mesure exclusivement opérante en matière de sanctions.....	135
A. L'absence de proportionnalité-mesure des incriminations.....	135
B. L'absence de proportionnalité-mesure des procédures coercitives.....	138
1. Les apparences de la proportionnalité-mesure.....	139
2. L'application réelle de la proportionnalité-justification.....	141
II. Une mesure de punition.....	143
A. Les sanctions non-proportionnelles en droit des mineurs délinquants.....	143
B. Les mesures de sûreté non-proportionnelles en cas de trouble mental.....	145
Titre II. Un enjeu méthodologique.....	153
Chapitre 1. Garantir la neutralité du contrôle.....	155
Section 1. L'exigence de neutralité formelle.....	158
§1. Les caractères utilitaristes de la proportionnalité-justification.....	159
I. L'optimisation des droits, calcul économique.....	159
A. Une ouverture langagière.....	159
B. Une ouverture rhétorique.....	164
II. La soumission du contrôle à une orientation néo-utilitariste.....	166
A. Utilitarisme, analyse économique du droit et néo-utilitarisme.....	166
B. Une influence assumée dans le domaine du droit pénal de l'Union européenne	168
C. Une influence à prévenir en matière de conflit de droits fondamentaux.....	171
§2. Les contrepoids à l'utilitarisme de la proportionnalité-justification.....	174
I. Les contrepoids externes.....	175
A. Les bilan mitigé des contrepoids externes tenant au contenu normatif des droits	175
.....	175
1. Une distinction théoriquement pertinente.....	176
2. Une distinction peu éclairante au regard de la jurisprudence.....	177

a. La mention expresse de la substance du droit privée de portée concrète....	177
b. Le traitement ponctuellement absolutiste d'une substance relative.....	179
c. L'identification d'une substance absolue des droits intangibles.....	181
B. L'insuffisance des contrepoids externes quant aux exigences de la proportionnalité-mesure.....	184
1. L'existence de conflits entre proportionnalité-mesure et proportionnalité-justification.....	184
2. L'inadéquation des solutions absolutistes.....	186
II. Les contrepoids internes.....	189
A. La prise en compte de conséquentialismes non-utilitaristes.....	190
B. L'intégration de la proportionnalité-mesure à la proportionnalité-justification..	197
1. La possibilité de la combinaison.....	197
2. Les modalités de la combinaison.....	200
Section 2. L'exigence de neutralité matérielle.....	204
§1. La rigueur du contrôle assujettie à l'identification des principes limités.....	204
I. L'atteinte à un droit unique.....	205
II. L'atteinte à plusieurs droits.....	208
A. Les atteintes divisibles.....	209
B. Les atteintes téléologiquement indivisibles.....	211
C. Les atteintes matériellement indivisibles.....	213
1. L'atteinte interpersonnelle.....	214
2. L'atteinte individuelle.....	217
III. L'atteinte au droit à l'égalité.....	221
§2. La précision du contrôle assujettie à l'identification des principes justificateurs....	225
I. La protection des libertés publiques.....	225
A. Un fondement de principe en matière d'incriminations.....	226
B. Un fondement accessoire en matière de mesures individuelles.....	236
II. La garantie de l'ordre public.....	239
A. La protection de l'ordre public comme valeur instrumentale.....	241
B. La promotion de l'ordre public comme valeur autonome.....	245
Chapitre 2. Organiser l'articulation des contrôles.....	253
Section 1. L'articulation du contrôle de proportionnalité avec le raisonnement catégorique	255
§1. L'intervention de la proportionnalité dans le silence des règles catégoriques.....	256
I. La proportionnalité de l'usage d'une faculté.....	257
II. La proportionnalité du choix d'une peine.....	262
§2. L'intervention de la proportionnalité comme exception à la règle catégorique.....	269
I. L'exception légale de proportionnalité.....	269
A. L'exception légale de proportionnalité en matière de choix de la peine.....	270
B. L'exception légale de proportionnalité en matière de procédure pénale.....	277
II. L'exception de proportionnalité à l'application de la loi.....	281
A. L'exception énoncée par le juge constitutionnel ou européen.....	282
B. L'exception appliquée par le juge judiciaire.....	286
Section 2. L'articulation des contrôles de proportionnalité entre eux.....	297
§1. L'articulation chronologique.....	297
I. Le contrôle discret.....	298
A. Le contrôle <i>a priori</i>	298
B. Le contrôle <i>a posteriori</i>	302
1. Le contrôle synchronique dans le contentieux des nullités de procédure.....	302

2. Le contrôle diachronique dans les dispositifs de rectification, de pardon et d'oubli.....	304
II. Le contrôle continu.....	307
A. Le contrôle continu exigé par le droit conventionnel.....	308
B. Le contrôle continu appréhendé par le Conseil constitutionnel.....	315
§2. L'articulation hiérarchique.....	322
I. Le contrôle de cassation sur le contrôle de proportionnalité.....	323
A. Le contrôle fondé sur l'obligation générale de motivation des peines.....	323
B. L'hypothèse d'un contrôle spécifique au domaine de la confiscation et des saisies.....	331
II. Le contrôle de proportionnalité en cassation.....	336
Partie II. La proportionnalité inaccessible.....	345
Titre I. Des critères incommensurables.....	347
Chapitre 1. Les formes générales de l'incommensurabilité.....	349
Section 1. L'incertitude empirique.....	351
§1. Les sources de l'incertitude.....	351
I. Un raisonnement probabiliste.....	352
II. L'inapplicabilité de la notion de fait déterminant.....	358
§2. La portée de l'incertitude.....	364
I. La probabilité de l'adéquation.....	364
II. La probabilité de la nécessité.....	367
A. La comparaison de la mesure avec une alternative de même nature.....	368
B. La comparaison de la mesure avec une alternative de nature différente.....	370
III. La probabilité de l'équilibre global.....	372
Section 2. L'incommensurabilité normative.....	379
§1. La possibilité d'évaluations ordinales.....	380
I. L'évaluation à la lumière d'un principe unique.....	381
II. La comparaison à la lumière de principes distincts.....	386
A. Le critère de la compensation.....	387
B. Le critère de la hiérarchie des principes.....	390
§2. Les obstacles à la mesure cardinale.....	393
I. L'échec de la formalisation.....	393
II. L'échec de la redéfinition.....	397
Chapitre 2. L'incommensurabilité spéciale dans la proportionnalité des peines.....	405
Section 1. L'utilisation de la souffrance, critère de la peine.....	408
§1. L'utilisation de la souffrance dans les grandes doctrines pénales.....	409
I. La souffrance, mode d'action favorisé.....	409
A. La souffrance dans les rationalités restitutives de la peine.....	409
B. La souffrance dans les rationalités prospectives de la peine.....	413
II. Le rejet de la primauté de l'action par la souffrance.....	420
§2. La souffrance comme mode d'action en droit positif.....	425
I. La souffrance comme mode d'action adopté par le législateur.....	425
A. La reconnaissance de la souffrance parmi les fonctions assignées à la peine... ..	426
B. La nécessaire utilisation de la souffrance dans le régime des peines.....	428
II. L'utilisation de la souffrance reconnue dans le domaine des droits fondamentaux.....	433
A. La souffrance dans la « matière pénale » et la « peine » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.....	433
B. La notion de punition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	438
Section 2. L'incommensurabilité liée à l'utilisation de la souffrance.....	443

§1. L'incommensurabilité de la proportionnalité-mesure.....	444
I. Les incertitudes quant aux échelles distinctes des crimes et des peines.....	445
II. L'absence de critère de conversion satisfaisant entre crime et peine.....	451
§2. L'incommensurabilité de la proportionnalité-justification des peines.....	458
I. L'incommensurabilité dans les finalités de la peine prises séparément.....	459
II. L'incommensurabilité dans la combinaison des finalités de la peine.....	466
Titre II. Des tempéraments indispensables.....	475
Chapitre 1. Les solutions épistémologiquement optimistes.....	479
Section 1. Le contrôle éclairé.....	480
§1. La diligence du juge.....	480
I. La diligence herméneutique fondée sur l'idéal de cohérence.....	480
II. La diligence axiologique fondée sur l'idéal de neutralité.....	487
§2. L'information du juge.....	493
I. Le service pénitentiaire d'insertion et de probation, interlocuteur de compétence générale.....	496
II. La place renforcée des experts dans le domaine spécial des mesures de sûreté anti-récidive.....	498
Section 2. Le contrôle amendé.....	506
§1. La modulation du contrôle d'équilibre global.....	506
I. L'organisation du contrôle en différents niveaux de généralité.....	507
II. L'abandon de la formule de pondération.....	517
§2. Une technique <i>sui generis</i> : la centralisation du contrôle de proportionnalité des peines au moyen de <i>sentencing guidelines</i> aux États-Unis et en Angleterre.....	522
I. L'élaboration des directives.....	523
A. Les organes spécialisés en <i>sentencing</i>	524
B. Les fonctions des organes spécialisés.....	527
II. Le régime des directives.....	532
Chapitre 2. Les solutions épistémologiquement pessimistes.....	541
Section 1. La reconnaissance d'une marge de discrétion.....	543
§1. La place réduite de la marge d'appréciation dans la théorie des exigences d'optimisation.....	544
I. La discrétion supervisée.....	544
II. La marge d'appréciation comme accessoire du contrôle de proportionnalité.....	550
§2. La convergence de l'incommensurabilité et de la marge d'appréciation.....	555
I. Les limites de la connaissance.....	556
II. Les frontières du jugement de valeur.....	563
Section 2. La présomption de nécessité de la répression.....	569
§1. La répression indispensable à la garantie des droits.....	571
I. L'évidente nécessité de la répression.....	571
II. L'évidente prévisibilité de la répression.....	577
§2. La répression banalisée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	583
Conclusion générale.....	595
Bibliographie.....	601
Index alphabétique.....	645

Guillaume CHETARD

La proportionnalité de la répression

Résumé

Le contrôle de proportionnalité est une technique originale de contrôle juridictionnel qui a connu un succès croissant depuis la fin du XIX^e siècle. Il soumet à une nouvelle condition la licéité de toute atteinte aux libertés fondamentales adoptée par une autorité matériellement compétente. Pour être admissible, cette atteinte doit être justifiée et proportionnée à cette justification.

La répression pénale pouvant se concevoir comme un ensemble complexe d'atteintes légitimes aux libertés adoptées en vue de la lutte contre la criminalité, le contrôle de proportionnalité semble avoir vocation à s'appliquer en matière pénale. Les juges européens et le juge constitutionnel exercent déjà ce contrôle depuis plusieurs décennies. Toutefois ce n'est que récemment que le juge judiciaire s'est expressément engagé dans cette voie. Aussi il importe de présenter les enjeux que représente un tel contrôle dans le domaine du droit criminel.

Le contrôle de proportionnalité fondé sur la protection des libertés repose sur un raisonnement d'un type particulier qui s'éloigne du syllogisme juridique. Sa logique interne le distingue également du contrôle de la proportionnalité des peines aux délits et il convient donc de les étudier conjointement et de les comparer. Ce particularisme appelle un certain nombre de précautions dans la pratique du juge, pour garantir la neutralité de son processus de décision et pour organiser ces différents raisonnements entre eux.

Toutefois, même si ces conditions sont remplies, un important écueil se présente. La proportionnalité suppose d'établir des jugements quantitatifs sur des valeurs fondamentales qui sont par nature incommensurables. Le problème est même aggravé dans le domaine de la proportionnalité des peines. Aussi le contrôle de proportionnalité ne peut-il être exercé que sous des formes atténuées, qui abandonnent une partie de ses promesses initiales.

Résumé en anglais

The proportionality principle, as it arose in the late 19th century, states that limitations of fundamental rights are lawful only if they are proportionate to a legitimate aim. As criminal law may be considered to consist in a wide set of such limitations, the proportionality principle should apply in this field. To that regard, the French judiciary recently adhered to the model of proportionality review.

However, the proportionality principle relies on a particular, non-categorical way of reasoning. It is also distinct from the principle according to which punishments should be proportionate to crimes. Proportionality review thus requires special caution from judges, in order to prevent their decision-making process from losing its neutrality or contradicting itself. Moreover, parts of the review's premises are incommensurable, which means its rationalist promises will need to be watered down.